

ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

dal 1868

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI, Rettore Università “Lumsa”

MARIO CARAVALE, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA, Pres. Em. Corte Costituzionale

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Prof. Em. Università di Bologna

JAVIER FRANCISCO FERRER ORTIZ, Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI, Ord. Università di Modena e Reggio E.

LUIGI LABRUNA, Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO, Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI, Ord. Università di Bologna

FERRANDO MANTOVANI, Prof. Em. Università di Firenze

PAOLO MENGOZZI, Prof. Em. Università di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID, Cat. Universitat de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO, Cat. Universidad de Huelva

ALBERTO ROMANO, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”



STEM Mucchi Editore



ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

dal 1868

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI, Rettore Università “Lumsa”

MARIO CARAVALE, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA, Pres. Em. Corte Costituzionale

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Prof. Em. Università di Bologna

JAVIER FRANCISCO FERRER ORTIZ, Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI, Ord. Università di Modena e Reggio E.

LUIGI LABRUNA, Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO, Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI, Ord. Università di Bologna

FERRANDO MANTOVANI, Prof. Em. Università di Firenze

PAOLO MENGOZZI, Prof. Em. Università di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID, Cat. Universitat de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO, Cat. Universidad de Huelva

ALBERTO ROMANO, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”



STEM Mucchi Editore



Archivio giuridico *online* - ISSN 2282 2828
appendice semestrale *open access* di
Archivio giuridico Filippo Serafini

www.archiviogiuridiconline.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

© Stem Mucchi Editore S.r.l. - 2022

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

e-mail: info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it

indirizzi web: www.mucchieditore.it - www.archiviogiuridiconline.it

facebook - twitter - instagram

Tipografia, impaginazione, gestione sito web: Stem Mucchi Editore (MO)

Publicato nel mese di giugno 2023

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Giuseppe de Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Montserrat Gas-Aixendri – Universitat Internacional de Catalunya
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata
Gianni Santucci – Università di Bologna
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum – Avvocato del Foro di Roma; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carni – “Lumsa” di Roma; Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano; Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna; Prof. Juan José Guardia Hernández – Universitat Internacional de Catalunya; Dott. Alessandro Perego – Univ. Cattolica di Milano; Dott. Nico Tonti – Università di Bologna

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. Gellio); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva delle pagine l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"); "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Geraldina Boni

IL MATRIMONIO CONCORDATARIO: ISTITUTO ATTUALE O ANACRONISTICO?*

Desidero ricordare, a due anni dall'improvvisa morte, il mio Maestro, il Professor Giuseppe Dalla Torre, i cui vasti e lucidi studi sull'argomento hanno costituito il filo rosso di queste pagine.

SOMMARIO: 1. Un tracollo clamoroso. – 2. L'obsolescenza dell'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama del 1984. Amnesia, negligenza o rassegnazione? – 2.1. L'art. 8, n. 1: il matrimonio concordatario 'in entrata'. – 2.2. L'art. 8, n. 2: il matrimonio concordatario 'in uscita'. – 3. Lo scenario contemporaneo. Sorprendenti analogie con la Chiesa degli albori. – 4. L'impatto con la modernità: il ruolo delle stipulazioni concordatarie, ieri ma anche oggi, *novo millennio ineunte*. – 5. Matrimonio canonico *seu* matrimonio naturale: loro visibilità nel matrimonio concordatario. – 6. «Preparare e prepararsi al ritorno».

Appendice. Norme concordatarie in materia matrimoniale di Ilaria Samorè

1. *Un tracollo clamoroso*

Non si meraviglia oramai più nessuno dinanzi alle catastrofiche previsioni in ordine al declino dell'istituto matrimoniale, un declino talmente grave e inarrestabile che ne pare imminente la prossima scomparsa¹. Da molti anni non l'aleatorietà di analisi sociologiche, ma la cruda e incontestabile oggettività dei rilievi statistici comprovano palmarmente come quella flessione che, in particolare a partire dalla fine degli anni Sessanta, su impulso di una secolarizzazione² sempre più prevaricante, pareva concernere quasi solamente i matrimoni religiosi, oggi è generale e apparentemente incontenibile.

* Contributo sottoposto a valutazione.

L'articolo costituisce il testo definitivo della relazione svolta il 18 gennaio 2023 all'interno degli *Incontri di formazione 2023* organizzati dal Vicariato di Roma - Tribunale Interdiocesano di Prima Istanza e Coetus Advocatorum.

¹ Anche se è vero che la morte del matrimonio e della famiglia sta diventando un *topos* un poco inflazionato.

² Come noto, il termine ha assunto e assume molti significati: qui lo si adotta nel senso generico di progressiva autonomia delle scelte della persona dalle religioni e riduzione della religione a questione solo privata.

Secondo quanto certifica l'Istat nella sua pagina *web*, nel 1940 il 98,7 per cento dei matrimoni avveniva in Chiesa e, nella quasi totalità, avvalendosi dell'art. 34 del Concordato lateranense del 1929, essi ottenevano effetti civili; ancora vent'anni dopo i matrimoni celebrati con rito religioso superavano il 98 per cento e si deve attendere – con l'atteccchire delle idee sessantottine³ – il 1977 perché scendano sotto il 90 per cento. Da allora, però, il calo è continuo e inesorabile: e se nel 1990 le celebrazioni religiose, pressoché esclusivamente canoniche con effetti civili, erano ancora l'83,2 per cento, nel 2010 diminuiscono al 63,5 per cento⁴. Nelle prime fasi, invero, il monopolio dei matrimoni concordatari⁵ è stato conteso e diuturnamente eroso da quelli dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In un *milieu* ancora religiosamente compatto e coeso all'insegna del cattolicesimo, a quest'ultimo accedevano o drappelli, pur esigui, di rocciosi laicisti, ma soprattutto frange di cattolici 'del dissenso' dalle *nuances* eterogenee⁶, che avversavano –

³ Ovviamente occorre sempre non cadere in semplificazioni e banalizzazioni per considerare la complessità del fenomeno nelle sue molte cause: cfr. recentemente alcune considerazioni di A. CALVO ESPIGA, *¿Secularidad o privacidad? La irónica disolución de la institución matrimonial*, in *Revista Española de derecho canónico*, LXXVIII (2021), p. 884 ss.

⁴ Cfr. ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *Documento Il matrimonio*, consultabile all'indirizzo <https://www.istat.it/it/archivio/268061>.

⁵ Come specifica A. NICORA, *Il matrimonio concordatario in Italia*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XVI (2003), p. 340, nota 1, «L'espressione "matrimonio concordatario" è di uso comune, e anche qui verrà utilizzata. Essa è tuttavia imprecisa, perché sembra configurare un terzo tipo di matrimonio rispetto a quello canonico da un lato e a quello civile dall'altro, mentre in realtà si tratta nel caso di un vero e proprio matrimonio canonico al quale lo Stato – alle condizioni pattizamente stabilite – assicura pieno riconoscimento nell'ordinamento civile italiano».

⁶ Lo ricorda efficacemente e con un pizzico di ironia A. NICORA, *Il matrimonio concordatario in Italia*, cit., pp. 342-343: «Il clima della cosiddetta contestazione seguito alle vicende del 1968, e una lettura degli indirizzi del recente concilio Vaticano II tendenzialmente enfatica e talvolta unilaterale, avevano ingenerato in alcuni cattolici un misto di sospetto e di fastidio verso la forma concordataria di celebrazione del matrimonio; e non mancavano sacerdoti ritenuti maestri nella lettura dei nuovi scenari conciliari che inducevano espressamente giovani nubendi, non sempre particolarmente attrezzati sotto il profilo teologico-giuridico, a compiere la scelta della celebrazione separata – quella civile e quella religiosa – individuandola come "scelta pro-

anche invocando il *new deal* del Vaticano II – la via concordataria⁷ per adesione a un separatismo ‘duro e puro’ ovvero deprecandola quale tradimento e inaccettabile commistione tra temporale e spirituale, pur sposandosi, prima o dopo, in chiesa: biforcazione deliberatamente ostentata che cagionava peraltro la tempestiva riprovazione della Santa Sede⁸, nonché la sobria ma irremovibile posizione della stessa Conferenza Episcopale Italiana⁹ a presidio del matrimonio concordatario. Si

fetica”. Non v’è modo in questa sede di approfondire lo stato d’animo caratteristico e le convinzioni assai tenaci e quasi apodittiche che caratterizzavano gli atteggiamenti indicati; né sarebbe del tutto agevole farlo, perché anch’essi esprimevano quella sorta di virus impalpabile e inafferrabile nei suoi precisi contorni ch’era esploso e s’era diffuso come in un baleno nel contesto che s’usa chiamare del “sessantotto”».

⁷ Varie, invero, le posizioni sostenute: si vedano, ad esempio, quelle raccolte nel volume *La revisione del Concordato alla prova*, il Mulino, Bologna, 1977.

⁸ Cfr. SACRA CONGREGAZIONE DEI SACRAMENTI, *A proposito di matrimoni concordatari*, Prot. n. 1301/70 – Roma, 21.IX.1970 – Diretta al Cardinale Presidente della C.E.I., in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, IV (1970), 20 ottobre 1970, n. 11, pp. 197-198: «Essendo sempre più frequenti le istanze, che giungono a questo Dicastero, dirette ad ottenere il permesso di premettere l’atto civile del matrimonio alla celebrazione del matrimonio religioso, mi reco a dovere di notificare all’Eminenza Vostra Reverendissima il pensiero del Santo Padre in proposito, con preghiera di volersi compiacere di portarlo riservatamente a conoscenza della Conferenza Episcopale Italiana. /L’Eminentissimo Cardinale Segretario di Stato, al quale questa Congregazione aveva esposto il problema di cui sopra per averne istruzioni, con lettera del 28 agosto u.s. N. 6034/70 ha risposto nei termini seguenti: “Tutto ben considerato, non si vedono ragioni per le quali codesta Sacra Congregazione dovrebbe discostarsi dalla prassi finora seguita: eccezzuati alcuni casi d’ordine esclusivamente pratico, sui quali l’Ordinario del luogo abbia espresso il suo prudente e motivato giudizio, non si può consentire una deroga a quanto dispone, in materia, l’Istruzione di codesta Sacra Congregazione in data 1° luglio 1929, la quale rimane tuttora valida e vincolante. Il matrimonio religioso, celebrato a norma dell’art. 34 del Concordato, ha in sé tutti i requisiti necessari per produrre pieni effetti civili nell’ordinamento italiano”».

⁹ Al matrimonio concordatario erano dedicati i nn. 99-101 del documento pastorale *Evangelizzazione e sacramento del matrimonio*, approvato dall’ASSEMBLEA GENERALE DELLA CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA e datato 20 giugno 1975, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, IX (1975), 30 giugno 1975, n. 6, pp. 136-137: «Per i cristiani non vi sono diverse possibilità di contrarre valido Matrimonio, ma una sola: la celebrazione, cioè, del Matrimonio secondo la forma stabilita dalla Chiesa. Per i battezzati, infatti, non vi può

versava, del resto, in una faglia di spigolose diatribe ideologiche anche all'interno della 'variopinta' comunità ecclesiale e in specie dell'agitarsi di frementi pulsioni anticoncordatarie pure su questo fronte: sul quale poi, invero, gli animi si sono distesi e rasserrenati, o forse ogni disputa è stata attutita e sopita nel torpore ovattato del disimpegno politico preponderante dei decenni successivi. I matrimoni civili, inoltre, aumenteranno leggermente a seguito della legge n. 898 del 1970 sullo scioglimento del vincolo nuziale, tra chi – pure coloro che o non avevano adito i tribunali ecclesiastici oppure questi non erano pervenuti a una dichiarazione canonica di nullità matrimoniale – desiderava convolare a seconde nozze: e il divorzio breve ha fatto ancor più incrementare, insieme all'esponeziale lievitazione delle rotture coniugali, la regolarizzazione civile delle nuove coppie¹⁰. Ma si è trattato di un bagliore fulmineo a caduco, essendo anche i matrimoni civili tosto travolti dal frenetico decremento. Pure la recente impennata di cerimonie all'allentarsi delle restrizioni causate dall'epidemia da Covid-19 è stata un'effimera parentesi che ha acceso illusori miraggi: tenendo poi presente che, cifre alla mano, a ri-

essere valido Matrimonio che non sia allo stesso tempo sacramento, e come tale sottoposto alla legittima competenza della Chiesa. /Il Matrimonio così contratto deve avere, anche in campo civile, a tutti gli effetti, la rilevanza che spetta ad un valido Matrimonio: in Italia, ciò è garantito al presente dal Concordato in vigore, e corrisponde, non solo ad un diritto dei coniugi, ma anche al dovere che i coniugi stessi hanno di assicurare, nei limiti delle possibilità, il riconoscimento civile alla loro unione matrimoniale, sia nell'interesse legittimo dei figli, sia per riguardo alle esigenze del bene comune della società, di cui la famiglia è la cellula primordiale. [...] /Mentre pertanto rimangono in vigore le disposizioni del Concordato in materia matrimoniale, e sino ad eventuale diversa disposizione della Santa Sede, i Vescovi richiamano l'attenzione dei fedeli sul principio che i cattolici in Italia – salve le eccezioni che l'Ordinario diocesano stimasse opportuno di concedere per giuste ragioni di ordine pastorale – debbano celebrare il Matrimonio soltanto nella forma canonica, avvalendosi del riconoscimento agli effetti civili assicurati dal Concordato. /Essi ricordano, d'altra parte, che secondo la dottrina cattolica, confermata dal magistero conciliare, lo Stato merita pieno rispetto da parte dei credenti, e che sono ipotizzabili e auspicabili rapporti corretti e fecondi fra la Chiesa e lo Stato per il bene comune (cf *Gaudium et spes*, 76)».

¹⁰ Si veda l'analisi che già faceva R. VOLPI, *La nostra società ha ancora bisogno della famiglia? Il caso Italia*, Vita e pensiero, Milano, 2014.

montare sono stati soprattutto i riti civili, e comunque si è registrata un'opposta e più secca tendenza a rimandare la celebrazione parimenti dei matrimoni tardivi dei divorziati, in precedenza più propensi a 'ritentare la sorte'.

Ma il dato più sintomatico e inquietante consiste attualmente nelle massicce percentuali di chi abbraccia la scelta libertaria di affrancarsi da qualsivoglia giogo 'soffocante' e 'opprimente' sia davanti alla Chiesa sia davanti allo Stato, secondo le invalse categorie del pensiero *mainstream* per il quale il matrimonio è aborrito, se non come asfissiante 'prigione', come consunta scoria borghese. Tale scelta diviene sempre più condivisa¹¹, quasi una 'moda' psicologicamente coercitiva sulla scia di un "appiattimento culturale al ribasso", mi si consenta la franchezza, drammatica e deprimente: all'inseguimento delle altalenanti vicissitudini di un amore idolatrato e mitizzato, ma desolantemente autoreferenziale ed egoistico perché volto alla mera massimizzazione della felicità e gratificazione individuale, in una solitudine siderale. Si può, d'altro canto, contestare il giudizio etico, non certo l'eclatante emergenza del fenomeno, con le sue nefaste conseguenze sia sulla tenuta del tessuto comunitario, ma al contempo, come si constaterà, sul diritto¹².

Comunque sia, in questa *débâcle* che ha cumulativamente investito altresì, e rovinosamente, i matrimoni concordatari, nessuna colpa 'diretta' può essere imputata, nel nostro Paese, alle autorità secolari: o almeno alcun attacco è stato sferrato a questi con particolare perfidia. Ai pubblici poteri può essere incontrovertibilmente rimproverata una scarsissima solerzia nel favorire la formazione delle famiglie e nell'appoggiarle con

¹¹ Cfr. ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *Documento Il matrimonio*, cit.: «Ancora nel 1990 le coppie non sposate erano soltanto l'1,3 per cento, con una variabilità sul territorio che andava dal minimo dello 0,5% nel Sud al massimo del 2,2% nel Nord Est. Nel 2015 sono quasi l'8 per cento, con differenze territoriali ancora significative (3,7% al Sud a fronte dell'11,7 % del Nord Est). Nel 2020 le coppie che vivono in libera unione sono complessivamente il 10 per cento e quasi un nuovo nato su tre ha i genitori non coniugati».

¹² Sulla crisi del matrimonio la letteratura è davvero sterminata, giuridica e non.

provvidenze¹³, agevolazioni lavorative, assistenziali o abitative¹⁴, con effetti disincentivanti innegabili e allarmanti che finiscono per colpire principalmente i matrimoni religiosi¹⁵: forse perché la precarietà e la volatilità che marchia l'esperienza odierna mal si confà soprattutto alla temeraria e ardimentosa definitività – per lo meno prognostica – del consenso prestato davanti a Dio. Ma non si tratta di una deterrenza indirizzata ai matrimoni canonici o a quelli concordatari in modo mirato da parte dei nostri governanti: la cui ignavia e insipienza generalizzata sul punto sono tali da non far loro neppure baluginare come quest'amministrazione dissennata stia facendo piombare in un baratro demografico¹⁶.

Semmai, a proposito specificamente dei matrimoni canonici e concordatari, se proprio si devono addebitare errori e negligenze, esse potrebbero essere addossate ai pastori della

¹³ Ha fatto molto discutere la recente proposta di legge d'iniziativa dei deputati Furguele, Billi, Bisa, Gusmeroli, Pretto, che prevedeva, almeno nella prima versione presentata il 13 ottobre 2022, «agevolazioni fiscali per spese connesse alla celebrazione del matrimonio religioso» (cfr. *Atti Parlamentari Camera dei Deputati*, XIX Legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documenti - A.C. 77, pp. 3-4): proposta evidentemente quanto meno discutibile (parimenti alle ragioni addotte a giustificazione), come peraltro molti dei commenti critici alla medesima, non solo faretti di moralismo spicciolo ma addirittura con la presunzione di ipotizzare inesistenti nullità canoniche.

¹⁴ O con agevolazioni fiscali. Segnala opportunamente F. VARI, *Se tutto è famiglia, nulla è più famiglia*, in *Famiglia e diritto*, XXIX (2022), 11, p. 1076: «Ricordo [...] che siamo alle soglie del 30° anniversario dalla sentenza con la quale la Corte costituzionale ha denunciato l'illegittimità del sistema fiscale tuttora vigente, in quanto contrastante con il disegno costituzionale di promozione della famiglia; ma la pronuncia del giudice delle leggi non ha trovato alcun seguito in Parlamento, al quale spetta la decisione politica su come superare l'illegittimità costituzionale rilevata dal giudice delle leggi».

¹⁵ Cfr. A. D'AGOSTINO, *Istat: sempre meno matrimoni. I senior scelgono le unioni civili*, pubblicato online il 27 febbraio 2022 all'indirizzo <https://www.spazio50.org/istat-sempre-meno-matrimoni-i-senior-scelgono-le-unioni-civili/>: «Il calo dei matrimoni colpisce soprattutto le celebrazioni religiose (-67,9% a fronte del -28,9% dei riti civili), tanto che l'incidenza dei matrimoni celebrati con rito civile passa dal 52,6% del 2019 al 71,1% del 2020 (era il 2,3% del totale dei matrimoni nel 1970, il 36,7% nel 2008). Anche per le prime nozze, la scelta del rito civile è predominante (61,1% nel 2020)».

¹⁶ Cfr., per l'Italia, R. VOLPI, *Gli ultimi italiani. Come si estingue un popolo*, Solferino, Milano, 2022.

Chiesa o ai cattolici ‘militanti’, incapaci di rendere attrattive e appetibili anzitutto le celebrazioni canoniche, destinate o no a ripercussioni civilistiche¹⁷. Si investono, tuttavia, discorsi ardui, delicati e complessi rispetto ai quali non solo questo non è il ‘pulpito’ adatto: ma risulta altresì azzardato in essi avventurarsi, o, per lo meno a questo punto del ragionamento, ancora prematuro.

2. *L’obsolescenza dell’art. 8 dell’Accordo di Villa Madama del 1984. Amnesia, negligenza o rassegnazione?*

2.1. *L’art. 8, n. 1: il matrimonio concordatario ‘in entrata’*

Dunque, l’obsolescenza delle norme relative all’efficacia civile del matrimonio canonico, specularmente alla diserzione da questo, pare da riconnettersi prettamente a fattori sociali, economici, ovvero di minor influenza del cattolicesimo sulle abitudini e sulle condotte dei fedeli-cittadini: i quali, ormai immersi nel clima dilagante, senza troppi scrupoli non solo trascurano l’insegnamento tradizionale, pacificamente interiorizzato e metabolizzato sino a mezzo secolo fa – e senza gridare all’inibizione sessuofobica –, secondo cui l’esercizio della genitalità è lecito solo all’interno del matrimonio, ma contravengono altresì con abulica disinvoltura all’obbligo canonico di utilizzare la forma di celebrazione *ad validitatem* e quindi di convolare a *iustae nuptiae in facie Ecclesiae* prima di instaurare convivenze *more uxorio*.

¹⁷ È vero che si registra anche il fenomeno dei matrimoni canonici celebrati da chi è già, anche da anni, sposato civilmente, come riferiva O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, in *Jus-online*, I (2015), 1, p. 8: «Secondo un’indagine CEI del 2009 il 3,4% dei partecipanti è già sposato civilmente (media che sale al 5,8% al Nord Italia), sicché ogni 29 matrimoni concordatari c’è un matrimonio canonico celebrato con il solo rito religioso, evidentemente chiesto da chi, già sposato civilmente, ravvisa nelle nozze canoniche valori ed impegni per così dire più forti rispetto alle nozze civili». Ma si tratta di un fenomeno di non grande rilievo numerico.

Non che i cattolici anagraficamente tali, cioè iscritti nel registro dei battezzati, siano troppo allettati dal matrimonio civile, che continua ad attirarli ben poco: e non certo, probabilmente, per la nullità, invero, l'inesistenza¹⁸, se contratto tra cattolici, inflessibilmente comminata dallo *ius canonicum*¹⁹. Anzi, è risaputo come quest'ultimo non solo non sia più bersaglio delle virulente rampogne ecclesiali del passato e corredato dello stigma infamante di 'turpis concubinatus'²⁰, ma,

¹⁸ Cfr. già A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1941 (ristampa, il Mulino, Bologna, 1993), p. 307. Mi sono occupata ampiamente di questo tema in G. BONI, *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 167 ss., soffermandomi anche sulla possibile *sanatio in radice* di matrimoni civili (con indicazione di ulteriore dottrina).

¹⁹ Come noto, la lettera apostolica in forma di *motu proprio Omnium in mentem* di BENEDETTO XVI del 26 ottobre 2009 (in *Acta Apostolicae Sedis*, CII [2010], pp. 8-10), oltre all'introduzione di alcune modifiche nei cann. 1008-1009 sul sacramento dell'ordine, ha eliminato dal *Codex Iuris Canonici* le tre occorrenze dell'atto formale di defezione dalla Chiesa (formula assente nel *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*), una delle quali contenuta nel can. 1117: imponendosi così, dall'entrata in vigore del *motu proprio* benedettino, l'obbligo della forma canonica anche per il matrimonio di quei cattolici che dopo il battesimo hanno formalmente, e non solo in modo notorio, abbandonato la Chiesa cattolica. La letteratura sull'atto formale di separazione e sul regime successivo alla modifica codiciale è sterminata. In questa trattazione faccio sempre riferimento al vigente Codice di Diritto Canonico per la Chiesa latina.

²⁰ Scriveva G. DALLA TORRE, *Ancora su «due modelli di matrimonio»*. *Considerazioni fra diritto e storia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, V (1988), 1, p. 51, di una «certa rivalutazione del matrimonio civile che mi sembra di intravedere nella nuova codificazione canonica, non solo laddove è fatto divieto al parroco – eccettuato il caso di necessità – di assistere senza licenza dell'Ordinario del luogo al matrimonio di chi sia legato da obblighi naturali, sorti da un'unione precedente che può essere anche civile, verso l'altra parte o verso i figli (can. 1071 § 1); ma anche – e direi soprattutto – nel venir meno della tradizionale equiparazione del matrimonio civile al pubblico concubinato, nel caso sia stato contratto da persone soggette alla forma canonica (can. 1117). A ciò si aggiunga che si è ristretto il caso dei soggetti vincolati alla forma canonica, dandosi conseguentemente una maggior rilevanza al matrimonio contratto nella forma civile da battezzati» (invero quest'ultima annotazione dovrebbe essere rivista alla luce della citata lettera apostolica in forma di *motu proprio* di BENEDETTO XVI, *Omnium in mentem*, 26 ottobre 2009).

già dalla *Familiaris consortio* di Giovanni Paolo II²¹, venga in qualche misura ‘rivalutato’²², addirittura, in alcune evenienze²³, sia tollerato – secondo il parametro del ‘male minore’²⁴ – se non addirittura caldeggiato: si pensi, emblematicamente, alle *Indicazioni* sui matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia della presidenza della Conferenza Episcopale Italiana²⁵.

²¹ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Esortazione apostolica *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXIV (1982), pp. 81-191, n. 81 ss.

²² Si sofferma recentemente al riguardo C. MINELLI, *Matrimonio civile e convivenze more uxorio nella recente riflessione ecclesiale*, in *Diritto canonico e Amoris laetitia*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2019, p. 208 ss., la quale, peraltro sulla scorta di altra dottrina, come anche in seguito si rileverà, nota che «la linea di demarcazione che teoricamente ancora oggi distingue in modo netto il matrimonio civile dalla convivenza di fatto rischia di trasformarsi nella membrana sottile e volutamente permeabile di un processo osmotico tra sostanze che l'*honor matrimonii* rendeva un tempo inassimilabili tra loro».

²³ Invero resta una ‘diffidenza’ nei confronti della celebrazione civile. Ricordo, ad esempio e sempre quanto all’Italia, che l’art. 50, comma 3, del *Decreto generale sul matrimonio canonico* della CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, 5 novembre 1990 (entrato in vigore il 17 febbraio 1991), in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, XXIV (1990), n. 10, p. 259 ss. (il Decreto è consultabile anche nel sito ufficiale della Conferenza Episcopale Italiana), relativamente ai matrimoni misti, dispone: «Fermo restando quanto disposto dal can. 1127, par. 2, di norma – salvo che sia disposto diversamente da eventuali intese con altre confessioni cristiane – si richieda che le nozze siano celebrate davanti a un legittimo ministro di culto) e non con il solo rito civile, stante la necessità di dare risalto al carattere religioso del matrimonio». Recentemente, inoltre, si è ribadito che «sembra inopportuno, onde evitare confusioni, l’uso di ex edifici di culto per la celebrazione di matrimoni civili»: S. RUSSO, *Saluto del Segretario Generale della Conferenza Episcopale Italiana*, in *Dio non abita più qui? Dismissione di luoghi di culto e gestione integrata dei beni culturali ecclesiastici*, ed. F. Capanni, Roma, 2019, p. 26.

²⁴ Valutazione non da tutti condivisa: cfr. vari contributi inclusi nel volume *Permanere nella verità di Cristo. Matrimonio e comunione nella Chiesa cattolica*, a cura di R. DODARO, Edizioni Cantagalli S.r.l., Siena, 2014, *passim*.

²⁵ Cfr. PRESIDENZA DELLA CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Indicazioni I matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia*, 29 aprile 2005, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, XL (2005), n. 5, p. 148, nn. 20-21: «20. A conclusione degli incontri preparatori si dovrebbe raggiungere una sufficiente consapevolezza della comprensione dei nubendi circa il matrimonio cristiano e, di conseguenza, della possibilità di concedere loro la dispensa dall’impedimento di *disparitas cultus*. Qualora ciò non fosse possibile, si orienti la coppia verso un’ulteriore riflessione, concedendole un congruo spazio di tempo. /21. Qualora i due insistano nella volontà di sposarsi, potrebbe essere pa-

Molto più banalmente, pure questi cattolici solo ‘virtuali’, battezzati ma non ‘praticanti’ – mi si perdonerà il vocabolo non perspicuo –, e talora, purtroppo, pure quelli coinvolti attivamente nella compagine ecclesiale, sono ammaliati e divorati dalle tristi congiunture contemporanee, al cui irresistibile contagio anch’essi sembrano apparentemente soggiacere senza disporre di anticorpi: insomma, il naufragio del matrimonio concordatario rispecchia il crollo del matrimonio canonico, e, in definitiva, il collasso dell’istituto matrimoniale *tout court*.

Si stagliano ancora marmorei i precetti del *Catechismo* e i chiari ammaestramenti del magistero dei sommi pontefici, di quelli del passato e di quello regnante²⁶. Così come non sono alterati nel loro tenore e vigono inderogati i canoni del *Codex Iuris Canonici* del 1983: si consideri, a riprova in particolare della crucialità degli effetti civili, il can. 1071 § 1 n. 2, secondo cui, tranne il caso di necessità, non si deve assistere senza la licenza dell’ordinario del luogo al matrimonio che non può essere riconosciuto o celebrato a norma della *lex civilis*²⁷. E, per quanto appunto propriamente afferisce al matrimonio concordatario in specie nella nostra penisola, restano intonsi i disposti concordatari e le prescrizioni del Decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana del 1990²⁸, entrato

storalmente preferibile tollerare la prospettiva del matrimonio civile, piuttosto che concedere la dispensa, ponendo la parte cattolica in una situazione matrimoniale irreversibile»; cfr. anche p. 156, n. 44; p. 158, n. 47. Mi permetto di rinviare a G. BONI, *La normativa canonica sul matrimonio tra cattolici e musulmani*, in *Inmigración, minorías y multiculturalidad*, a cura di A. CASTRO JOVER, A. Torres Gutiérrez, Edita: Adoración Castro Jover DIADI, Lejona, 2006, pp. 59-88; EAD., *Profili canonistici del matrimonio tra cattolici e musulmani*, in *Studi in onore di Piero Pellegrino*, I, a cura di M.L. TACELLI, V. TURCHI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 113-156; EAD., *Profili canonistici del matrimonio tra cattolici e musulmani*, in *In charitate iustitia*, XIX (2011), pp. 33-74.

²⁶ Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Enchiridion della famiglia e della vita. Documenti magisteriali e pastorali dal Concilio di Firenze (1439) a Papa Francesco*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014.

²⁷ Su questo canone sia consentito il riferimento a quanto già rilevavo in G. BONI, *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, cit., p. 36 ss., con illustrazione delle problematiche emergenti.

²⁸ Sulla natura canonica del Decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana cfr., per tutti, A. BETTETINI, *Sull’obbligo, ex art. 60 del decreto della*

in vigore il 17 febbraio 1991, il quale significativamente e perentoriamente esordisce all'art. 1, del tutto in linea con anteriori disposti, seppure con un'inflexione forse meno austera – omesso, ad esempio, l'appellativo *polically incorrect* di 'pubblici peccatori' per i nubendi recalcitranti – ²⁹: «I cattolici che intendono contrarre matrimonio in Italia sono tenuti a celebrarlo unicamente secondo la forma canonica (cfr can. 1108) con l'obbligo di avvalersi del riconoscimento agli effetti civili predisposto dal concordato. /L'Ordinario del luogo può dispensare dall'obbligo di avvalersi del riconoscimento agli effetti civili³⁰ assicurato dal Concordato soltanto per gravi motivi pastorali³¹, stabilendo se nel caso l'atto civile, che per i cattolici

CEI sul matrimonio, di chiedere la delibazione nello Stato delle sentenze canoniche di nullità, in Il diritto ecclesiastico, CIII (1992), I, p. 902 ss.

²⁹ Infatti, come ricordava A. NICORA, *Il matrimonio concordatario in Italia*, cit., p. 342, «L'istruzione data il 1° luglio 1929 dalla Sacra Congregazione de disciplina *Sacramentorum* agli Ordinari d'Italia, e per essi ai parroci, stabiliva perciò al capo I ("Dell'obbligo per gli sposi cattolici di celebrare il solo matrimonio religioso") quanto segue: /"art. 1. I cattolici che intendono contrarre matrimonio, sono gravemente obbligati a celebrare il solo matrimonio religioso, dal quale si ottengono gli effetti civili, non essendovi alcuna ragione, scusa o pretesto di ometterlo, attese le cautele di cui la Chiesa l'ha circondato per renderlo in tutto atto a conseguire il suo scopo religioso e sociale. Art. 2. Qualora gli sposi cattolici osassero contrarre civilmente, sia pure con l'intenzione di celebrare in appresso il matrimonio religioso, saranno trattati come pubblici peccatori ed il parroco si regolerà a norma del canone 1066". /Sarebbe interessante conoscere meglio la vicenda della prima applicazione del nuovo istituto e del rigoroso indirizzo dato dalla Santa Sede, ma non è facile rintracciare studi in proposito. Sembra, in ogni caso, che le indicazioni autorevolmente date siano state serenamente recepite nella prassi pastorale, anche perché in effetti la nuova figura del matrimonio concordatario rispondeva a una diffusa sensibilità».

³⁰ Cfr., per tutti, V. ZOBOLI, *L'ammissione al matrimonio solo canonico*, in *Monitor ecclesiasticus*, CIX (1994), p. 159 ss.

³¹ Commenta argutamente A. NICORA, *Il matrimonio concordatario in Italia*, cit., p. 346: «Non si colgono più riferimenti alla contestazione anticoncordataria. Le preoccupazioni dei vescovi sembrano oramai derivare piuttosto da troppo facili inclinazioni allo sdoppiamento della celebrazione, frutto di superficiali valutazioni delle "ragioni pastorali" in un contesto di attenuazione dei contrasti ideologici, ma nello stesso tempo di estenuazione della consapevolezza della necessaria coerenza istituzionale, del rilievo pubblico delle scelte matrimoniali e della delicatezza dei profili di valore che sono in causa; si tratta di una pericolosa miscela di malintesa comprensione pastorale, di pau-

non ha valore costitutivo del vincolo matrimoniale, debba precedere o seguire la celebrazione del sacramento e richiedendo l'impegno dei nubendi di non iniziare la convivenza coniugale se non dopo la celebrazione canonica»³². E, parallelamente si stabilisce, con corrispondente rigido dettato, l'obbligo di rivolgersi alla Corte d'Appello per l'efficacia della sentenza canonica di nullità matrimoniale, ottemperando ligiamente alla procedura concordataria (art. 60)³³.

Tuttavia, proprio queste previsioni, nel loro severo rigore, paiono davvero relitti vetusti di una stagione remotissima³⁴: e

ra di limpido e argomentato confronto da parte dei pastori, di superficialità di richiesta da parte di nubendi, sullo sfondo di un certo buonismo ecclesiale che confonde la *salus animarum* con il "dire sempre di sì". Per questo motivo, par di capire, si esigono per la dispensa "gravi motivi pastorali", tra i quali potrebbero al limite ricomprendersi casi di "sindrome anticoncordataria" soggettivamente invincibile e però non acutamente polemica piuttosto che superficiali ragioni di utilità materiale o di attesa del rientro del padrino in paese per la festa religiosa».

³² Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Decreto generale sul matrimonio canonico*, 5 novembre 1990, cit., p. 259 ss.

³³ Cfr. peraltro su quest'obbligo A. BETTETINI, *Sull'obbligo, ex art. 60 del decreto della CEI sul matrimonio, di chiedere la deliberazione nello Stato delle sentenze canoniche di nullità*, cit., p. 901 ss., il quale, invero, ne esclude il carattere di obbligo giuridico, disconoscendo anche la natura di dovere giuridico: secondo tale Autore ciò sarebbe comprobato dal fatto che nel Decreto generale la Conferenza Episcopale Italiana «non ha affatto previsto un istituto sanzionatorio e coercitivo in caso di mancato adempimento del contenuto della situazione giuridica configurata dall'art. 60» (*ivi*, p. 905); Bettetini argomenta – in un'ottica peraltro diversa da quella che si adotta in queste pagine (e, credo, da quella che regge anche le disposizioni del Decreto generale) in quanto precipuamente incentrata sul solo 'interesse' del singolo *civis-fidelis* – si tratti di un onere giuridico e di un dovere morale. *Contra* G. MIOLI, *Riflessioni sul processo di nullità matrimoniale nel contesto della deliberazione in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoeChiese.it), n. 13 del 2019, p. 4 ss., il quale sostiene che «Quanto alla qualificazione giuridica dell'obbligo, esso deve ritenersi a tutti gli effetti un dovere giuridico», motivando tale convinzione con diverse e ponderate ragioni, in gran parte valide anche in riferimento all'obbligo di cui all'art. 1. Cfr. a conferma V. ZOBOLI, *L'ammissione al matrimonio solo canonico*, cit., p. 166 ss.

³⁴ Con riferimento al menzionato art. 60, G. MIOLI, *Riflessioni sul processo di nullità matrimoniale nel contesto della deliberazione in Italia*, cit., pp. 2-3, asserisce che esso «risente dello spirito di ben altri tempi. [...] Esso nasce in un clima politico, sociale, culturale – ma anche normativo e soprattutto giurisprudenziale – 'serenamente' concordatario. [...] D'altronde, l'obbligo di deli-

non solo quanto al *populus ductus*, per l'insubordinazione o la sordità dei fedeli alla loro coattività, molti dei quali con ogni probabilità 'in buona fede', non essendo neppure edotti degli obblighi che li astringono, cui forse troppo tiepidamente vengono richiamati³⁵. Ma ancor più, appunto, quanto al *populus ducens*, perché da esse traluce un'altra era, si direbbe oramai geologica: quella nella quale la 'Chiesa di Roma' e, per quanto di loro pertinenza, le Chiese particolari, tra cui quelle italiane, ambivano a installare saldamente una perfetta contiguità e una coincidenza tra lo *status* canonico di coniuge e il corrispettivo civilistico. Prefiggendosi molteplici fini: anzitutto per attribuire maggiore stabilità e protezione al vincolo religioso³⁶, la cui dignità eminente si voleva irraggiasse altresì

bare dell'art. 60 era il portato, il naturale corollario, faceva *pendant*, per così dire, con l'obbligo di celebrare il matrimonio canonico con effetti civili previsto dall'art. 1 del Decreto generale. In altre parole, da una parte vi era l'obbligo di richiedere il riconoscimento degli effetti civili del matrimonio assicurato dal Concordato, dall'altro vi era l'obbligo di richiedere il riconoscimento degli effetti civili delle pronunce di nullità di quel matrimonio (in una sorta di *simul stabunt, simul cadent*): entrambi questi obblighi erano a loro volta espressione dell'interesse generale della Chiesa a perseguire in Italia un regime pattizio con lo Stato in materia matrimoniale».

³⁵ Anche O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, cit., p. 7, è dell'idea che «il processo di secolarizzazione sta affievolendo in molti la coscienza e persino la conoscenza dei precetti concordatari».

³⁶ Si veda G. DALLA TORRE, *Ancora su «due modelli di matrimonio». Considerazioni fra diritto e storia*, cit., pp. 49-50, il quale ricorda la «singolare vicenda che seguì l'introduzione del matrimonio civile con il codice Pisanelli, allorché [...] per ironia della sorte la stabilità del matrimonio canonico fu sostanzialmente affidata al matrimonio civile [...]. Difatti, dinnanzi alla preoccupazione non solo dello Stato ma anche della Chiesa che, in ragione del doppio regime matrimoniale introdotto dal codice del 1865, potesse dilagare il fenomeno sociale della duplicità di vincoli matrimoniali in sede canonica e in sede civile, non mancarono provvedimenti dell'autorità ecclesiastica volti ad assicurarsi che alle nozze religiose seguissero quelle civili. Con l'effetto, tra l'altro, che nella pratica si preferì rifiutare il matrimonio religioso a quanti fossero legati da un impedimento civile, venendosi così a negare nei fatti l'antico ed immutato principio canonistico della esclusiva competenza della Chiesa di porre in essere impedimenti al matrimonio, anche canonico. /In altre parole, per la preoccupazione che al matrimonio religioso conseguissero nozze civili con altra persona rispetto al coniuge "canonico", si finì per dare una – seppur indiretta – rilevanza canonica agli impedimenti civili, mentre vice-

nel contesto pubblico; ma anche perché la giurisdizione che la Chiesa si arroga³⁷ sui matrimoni tra battezzati³⁸ potesse essere in qualche modo corroborata dalla sua correlativa 'risonanza' nell'ordine dello Stato. E a questo scopo le autorità ecclesiastiche si industriavano dinamicamente e alacramente per ottenere prima che il matrimonio canonico acquisisse rilievo civile, specialmente in virtù di solenni pattuizioni tra la Santa Sede e gli Stati: e poi per indurre e ammonire i fedeli ad avvalersi del matrimonio concordatario così concertato.

Un'altra temperie sembra invece essersi ora insediata; se infatti compulsiamo il più importante tra i documenti pontifici sulla materia degli ultimi anni, l'esortazione apostolica post-sinodale *Amoris laetitia*³⁹, essa, che pur spazia ampiamente, con ricchezza e spessore di riflessioni, in numerosissimi profili del matrimonio e dell'amore nella famiglia, decantandone suggestivamente, addirittura liricamente, la bellezza, non dedica neppure un'epigrafica allusione al matrimonio concordatario o alla proiezione civilistica delle nozze *in facie Eccle-*

versa – e per gli stessi motivi – gli impedimenti canonici vennero a subire un processo di "svalutazione", nella misura in cui ampia divenne la prassi di concessione delle dispense nel caso di impedimenti meramente canonici, onde favorire la celebrazione anche del matrimonio canonico a chi avrebbe altrimenti contratto solo il matrimonio civile»; cfr. *infra*.

³⁷ Invero, come nota P. CAVANA, *Dal «recupero della sovranità» alla questione della laicità. La Corte Costituzionale e la riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici sui matrimoni concordatari (sent. n. 421 del 29 novembre 1993)*, in *Iustitia*, XLVII (1994), pp. 166-167, si tratta invero di «un irrinunciabile principio dello stesso ordinamento canonico in materia matrimoniale, riproposto a chiare lettere nel nuovo *codex iuris canonici* nel can. 1671 [...] e, più in generale, nel can. 1401, n. 1 [...], da cui è agevole desumere il suo fondamento in norme di diritto divino e la sua inderogabilità da parte della stessa autorità ecclesiastica, che non ha pertanto il potere di rinunciare a tale giurisdizione in quanto affidatale dal suo Fondatore».

³⁸ Cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale. Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, Edusc, Roma, 2016, p. 25: «La Chiesa non può fare a meno di sostenere la sua giurisdizione (intesa in senso ampio, comprendente la potestà di legiferare, amministrare e giudicare) circa le questioni matrimoniali dei battezzati, quale conseguenza del rapporto intrinseco del matrimonio con la Chiesa, compresa la sua dimensione istituzionale».

³⁹ FRANCESCO, *Esortazione apostolica postsinodale Amoris laetitia*, 19 marzo 2016, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVIII (2016), pp. 311-446.

siae (ovvero al confronto con quanto in merito sta accadendo negli ordinamenti secolari)⁴⁰: quasi che ciò possa contaminare la poesia del matrimonio cristiano. Si obietterà che altri, più rilevanti e delicati, erano i temi da scandagliare: e tuttavia il segnale non va occultato. Perché se altresì nel 1981 la *Familiaris consortio* non ne faceva cenno, ben altre erano le contingenze, essendo, allora, ancora modestamente incipiente il tramonto dei matrimoni canonici e concordatari e la dilatazione vorticosa della defezione dai medesimi cui si sarebbe a breve assistito: e comunque, nell'esortazione apostolica di Giovanni Paolo II, si insisteva reiteratamente sulla presenza e vitalità dei coniugi nella comunità cristiana ma pure, e accoratamente, in quella civile.

Una cura che, per converso, oggi pare debilitata: anche i più recenti *Itinerari catecumenali per la vita matrimoniale*⁴¹ tacciono completamente sull'auspicabile consonanza, nella sponsalità, tra dimensione religiosa e civile, non rinvenendosi neppure una fugace annotazione a piè di pagina dedicata al matrimonio concordatario: né ci si adopera per raccomandare ai coniugi cristiani di non estraniarsi dal *saeculum* per tale via, quale sale della terra. Parimenti qui si potrebbe eccepire che le questioni giuridiche esorbitavano dall'oggetto precipuo delle considerazioni del Dicastero per i laici, la famiglia e la vita, e che – essendo il testo rivolto alla cattolicità intera – i regimi normativi dei diversi Stati sono differenti quanto all'efficacia civile del matrimonio canonico (della sola forma di celebrazione ovvero con recepimento dell'intera disciplina ecclesiale). Tale efficacia, tuttavia, in un modo o nell'altro, è accor-

⁴⁰ Secondo O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, cit., pp. 18-19, le Chiese in Europa dovrebbero dire una parola chiara sul modello di matrimonio e di famiglia dinanzi a certe involuzioni: tuttavia, annotava «È singolare che nei documenti che stanno accompagnando la preparazione del Sinodo ordinario sulla famiglia (che avrà luogo dal 4 al 25 ottobre 2015) questo punto non sia specificamente approfondito».

⁴¹ Cfr. DICASTERO PER I LAICI, LA FAMIGLIA E LA VITA, *Itinerari catecumenali per la vita matrimoniale. Orientamenti pastorali per le Chiese particolari*, Prefazione del Santo Padre FRANCESCO, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2022.

data in non pochi Paesi, e proprio grazie, sovente, alle trattative con le autorità secolari nel tempo allacciate e gestite con sedulo accanimento dalle autorità della Chiesa centrali e locali: come si desume dalle tabelle delle norme concordatarie e dai grafici esplicativi che se ne traggono allegati al presente contributo⁴². Quindi la sensazione che da tali testi, pur nel loro indubitabile valore pedagogico, si trae con nettezza è quella di un'amnesia, se non una vera e propria noncuranza avvolgente l'efficacia civile del connubio canonico, malgrado l'abnegazione che, segnatamente nel secolo scorso ma anche più di recente, essa è costata, nella compiuta percezione del supporto non obliterabile del diritto alla solidità del matrimonio.

2.2. *L'art. 8, n. 2: il matrimonio concordatario 'in uscita'*

Se pertanto la crisi dell'accesso al matrimonio concordatario discende prevalentemente da un coacervo intrecciato di motivazioni di non semplice ricognizione e descrizione, nonché di ancor più ostico fronteggiamento, invece, e per rimanere in Italia, la corrosione fino allo smantellamento della seconda parte dell'art. 8 del Concordato sancente, questa volta, l'efficacia civile delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale è, senza dubbio, opera consapevolmente e caparbiamente attuata dalla giurisprudenza nostrana: la quale, sepolto l'automatismo di stampo lateranense⁴³, dagli anni Settanta ma

⁴² Al presente articolo è allegata un'Appendice che contiene una raccolta di tutte le disposizioni concordatarie relative alla materia matrimoniale, oltre all'elenco dei concordati nei quali non compare una norma in materia. La raccolta è stata curata dalla Dottoressa Ilaria Samorè che ha anche predisposto le tabelle e i grafici di illustrazione relativi.

⁴³ Sull'art. 34 del Concordato lateranense e il sistema automatico da esso previsto cfr. l'ottima sintesi di D. BIANCHINI, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale con riferimento al diritto di difesa delle parti*, in *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, a cura di G. DALLA TORRE, P. LILLO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 271 ss. Per tale automatismo, asseriva O. FUMAGALLI CARULLI, *Libertà religiosa e riserva di giurisdizione della Chiesa sui matrimoni concordatari: sentenze canoniche e ordinamento civile*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica

anche successivamente alla firma, nel 1984, della revisione concordataria, si è protervamente accinta – sia pur con flussi oscillanti – alla disintegrazione dell'*exequatur*.

Altrove mi sono soffermata acriticamente su questa sfrontata violazione dell'Accordo di Villa Madama, al cui esito risalta palese come i pronunciamenti canonici di nullità matrimoniale oggi abbiano davvero minime *chances* di entrare nell'ordinamento italiano: dovendo oltrepassare il vaglio degli affilatissimi, 'inquisitoriali' controlli di una delibazione che ha assunto le sembianze della cruna di un ago sempre più sottile, al termine di un accidentato percorso dagli sbocchi aleatori, anzi ricorrentemente esiziali. Si sono infittiti i filtri programmati dai giudici italiani per ostruire, in particolare, quella delibazione che avrebbe frustrato e vanificato le sacrosante aspettative economiche del *partner* debole⁴⁴, il quale non può essere deluso nel suo affidamento, segnatamente a seguito di unioni canoniche protrattesi per periodi prolungati. Esigenze, per vero, del tutto legittime – in linea di massima e astrattamente – che la magistratura italiana ha accolto e sostenuto, al prezzo, però, di decisioni francamente claudicanti e discutibili in punto di stretto diritto, sia pure al fine di sopperire all'ingiustificabile inadempienza e latitanza del legislatore

(www.statoechiese.it), settembre 2011, p. 4, «tutto ciò che è o non è matrimonio per la Chiesa, lo è o non lo è anche per lo Stato italiano. L'automatismo è garanzia di piena libertà religiosa matrimoniale riconosciuta ai cattolici. Insieme è strumento di salvaguardia della concezione matrimoniale della Chiesa. Gli organi statali in sede di delibazione, come in sede di trascrizione, si limitano a prendere atto di quanto avvenuto nell'ordinamento canonico. L'esclusività della giurisdizione ecclesiastica ne diviene logica conseguenza: solo i tribunali ecclesiastici, pertanto, non i tribunali dello Stato, possono dichiarare la nullità del matrimonio». Non affronto qui (se non incidentalmente) il tema della riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici (oramai invero misconosciuta).

⁴⁴ Cfr. quanto spiegavo in G. BONI, *Exequatur delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e decreto di esecutività della Segnatura Apostolica: alla ricerca di una coerenza perduta. Qualche riflessione generale scaturite dalla lettura di una recente monografia*, in *Il diritto ecclesiastico*, CXXIII (2012), segnatamente p. 312 ss.

nazionale: incitato addirittura dalla stessa Santa Sede⁴⁵, incompetente al riguardo, a correggere norme antiquate e inique (senza tuttavia incorrere in ulteriori patenti aporie, a loro volta ‘patogene’ per la fisiologia del matrimonio concordatario⁴⁶). Eppure, quest’ansia – talora apprezzabile negli intenti – della giurisprudenza ha ammannito anche frutti letalmente tossici: infatti, a tali forche caudine sono indiscriminatamente assoggettate pure le nullità di matrimoni concordatari non appesantite da alcuna vertenza patrimoniale, ovvero in cui la sentenza canonica non è platealmente il prodotto di presunte trame losche e fraudolente, e nessuno degli ex coniugi vuole emanciparsi indebitamente – secondo un pregiudizio abbondantemente circolante⁴⁷ – da un assegno di mantenimento. Inoltre, a quest’aggressione avverso la giurisdizione ecclesiastica s’è talora associata una dottrina bellicosa (cui la giurisprudenza non di rado s’accoda), imbevuta di un trito anticlericalismo che ci si augurava di aver confinato a trascorse

⁴⁵ Cfr. l’editoriale comparso su *L’Osservatore Romano* dell’11 febbraio 2012, p. 1: «Sempre in tema matrimoniale, sembra ormai divenuto urgente un intervento, di esclusiva competenza del legislatore italiano, che sostituisca la vetusta legge n. 847 del 1929 e detti nuove disposizioni per l’applicazione delle norme concordatarie sul matrimonio. Ciò anche al fine di provvedere, nel caso di matrimoni canonici invalidamente contratti, a più adeguati interventi a favore delle parti più deboli, tenuto conto del mutato contesto sociale ed economico».

⁴⁶ Cfr. recentemente le attente considerazioni di L. LACROCE, *Il matrimonio concordatario: libertà versus privilegio. Note a margine di Cassazione, Sezioni Unite civili, 30 marzo 2021, n. 9004*, in *Il diritto ecclesiastico*, CXXXII (2021), specialmente pp. 639-641, in merito alle contraddizioni insite nella (pressoché unanimemente auspicata) realizzazione della completa equiparazione degli effetti di natura patrimoniale tra sentenza di nullità matrimoniale canonica e sentenza di cessazioni degli effetti civili.

⁴⁷ Cfr. L. LACROCE, *Il matrimonio concordatario: libertà versus privilegio. Note a margine di Cassazione, Sezioni Unite civili, 30 marzo 2021, n. 9004*, cit., p. 625, il quale parla di un «Filone giurisprudenziale» che mira a «confermare e riaffermare l’idea che la lite in sede ecclesiastica non è quasi mai sorretta da sentimenti di natura religiosa semmai da ragioni economiche finalizzate a eludere l’obbligo di assicurare l’assegno di divorzio all’ex coniuge. La tutela del coniuge più debole finisce così con l’apparire necessariamente alternativa ad ogni ulteriore esigenza, inclusa la salvaguardia dell’impianto sistematico e della coerenza logica e giuridica dell’istituto matrimoniale concordatario».

età di sterili schermaglie, e che invece imperterrita impugna come una spada il dogma veteroliberale dell'esclusivismo giuridico statale: un dogma logoro e fatiscente, oramai ammainato su molti e concomitanti versanti, ma che ancora occlude draconianamente l'ingresso delle sole sentenze canoniche. Reviviscenze antistoriche e coriacee, insomma, di quel «giurisdizionalismo che, come l'araba fenice, rinasce dalle ceneri in forme diverse, forse nuove, ma in realtà sempre antiche»⁴⁸.

E ciò talora senza rendersi conto che con il perorare una retta attuazione delle disposizioni concordatarie in materia matrimoniale non ci si propone affatto di corazzare e blindare obsolete prerogative neoconfessionistiche a beneficio dell'apparato curiale: al contrario, a rimetterci, allorquando sia ingiustificatamente negato l'*exequatur* magari unicamente per preconcepita avversione, sono unicamente quei *cives fideles* sinceramente cattolici⁴⁹ che, in quanto tali e dunque in ossequio al loro sentimento religioso, ma pure ai precetti canonici, ricusano il ricorso al giudice secolare⁵⁰ e al divorzio. A questi, invece, dovranno *obtorto collo* piegarsi, come già devono fare laddove il loro matrimonio sia stato sciolto con dispensa *super rato*, stante l'inossidabile – ma, nondimeno, non troppo plausibile⁵¹ – sbarramento all'efficacia civile del rescritto pontifi-

⁴⁸ A. BETTETINI, *Brevi riflessioni sulla giurisprudenza "apicale" in ambito ecclesiasticistico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2009, p. 12.

⁴⁹ Non solo i coniugi ma anche gli avvocati: cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Alloduzione alla Rota romana*, 28 gennaio 2002, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCIV (2002), pp. 345-346; si veda, per tutti, P. PALUMBO, *La deontologia forense: norme civili e principi canonici a confronto*, in *Matrimonio e processo per un nuovo umanesimo. Il M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus di Papa Francesco*, a cura di Id., G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 52 ss.

⁵⁰ Cfr. quanto rilevava P. BIANCHI, *Il ricorso al giudice civile in ambito matrimoniale canonico: prospettiva canonistica*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XVI (2003), p. 126 ss.

⁵¹ Come nota A. INGOLIA, *Indelibabilità delle dispense super rato. Divorzio coattivo?*, in *ALAF. Rivista dell'associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, XVIII (2014/1), pp. 38-39, «quella della controversa natura della dispensa in parola è una questione nella quale sembrano avvolute unicamente la giurisprudenza e la dottrina italiane, sol che si consideri che essa appare del tutto irrilevante nei confronti di altri ordinamenti statuali, quali quelli della Spagna, del Portogallo, o della Repubblica di Mal-

cio da parte della giurisprudenza italiana⁵² sul presupposto della sua non parificabilità *quoad substantiam* ad una sentenza promanante da autorità giudiziaria⁵³ (tutta da verificare, invero, stanti anche le sopravvenute novità normative canoniche nel segno viceversa della 'giurisdizionalizzazione'⁵⁴).

ta, nei quali il riconoscimento dei rescritti pontifici sul matrimonio rato e non consumato continua ad essere assoggettato allo stesso procedimento previsto dai rispettivi accordi conclusi con la Santa Sede per le cause di nullità del matrimonio decise dai tribunali ecclesiastici. /Al riguardo, va ancora fatto presente che in base al Regolamento del Consiglio europeo n. 2201/2003, recante norme sul riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale, anche tali rescritti acquistano efficacia vincolante per tutti gli Stati membri una volta che siano stati resi esecutivi secondo le norme dei diversi concordati, di modo che non si potrebbe aprioristicamente negare accesso nel nostro ordinamento ad una decisione resa tra cittadini italiani in uno stato terzo con la quale si dia efficacia alla dispensa *super rato*, non senza pregiudizio però del più generale principio di parità giuridica di fronte alla legge nazionale».

⁵² Non è questa la sede per approfondire nel dettaglio tale questione: rinvio al riguardo alle sintetiche ma efficaci considerazioni di A. INGOGLIA, *Indelibabilità delle dispense super rato. Divorzio coattivo?*, cit., pp. 35-40, il quale si sofferma sui diversi profili critici della tesi a favore dell'indelibabilità del provvedimento canonico di scioglimento, e conclude osservando che il ricorso al divorzio «finirebbe per frustrare le istanze religiose dei coniugi credenti, i quali si vedrebbero loro malgrado costretti ad adire il giudice civile del divorzio, con effetti negativi sulla propria condizione canonica e segnatamente sull'ammissibilità alla ricezione dei sacramenti. /Una diversa soluzione più rispettosa delle esigenze confessionali dei coniugi cattolici, ma non scevra da una qualche forzatura, appare invece quella di istaurare un giudizio dinnanzi al tribunale ecclesiastico – anziché iniziare la procedura di scioglimento – per ottenere la declaratoria di nullità del matrimonio *ex capite impotentiae*, ovvero, stante la stretta correlazione tra inconsumazione e fattori di ordine psicologico, anche *ex capite incapacitatis assumendi essentialia onera coniugalitatis*. Cosa quest'ultima che non è, peraltro, sempre possibile, tenuto conto che la mancata consumazione ben può prescindere da una impotenza organica o strumentale, come pure da una incapacità di natura morale, specialmente quando essa sia frutto di fattori contingenti che esulino dalla inettitudine delle parti a porre in essere una copula coniugale».

⁵³ Cfr., per tutti, R.L. BURKE, *Il processo di dispensa dal matrimonio rato e non consumato: la grazia pontificia e la sua natura*, in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, Roma, 1992, p. 135 ss.

⁵⁴ Anche qui, per tutti, si rinvia a J. LLOBELL, *Il m.p. "Quaerit semper" sulla dispensa dal matrimonio non consumato e le cause di nullità della sacra ordinazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 24 del 2012, 9 luglio 2012, pp. 1-52.

In entrambi i casi – meno frequenti quanto allo scioglimento – con disagio e aggravio, e soprattutto conculcando i loro convincimenti interiori⁵⁵ insieme allo *ius connubii* di cui sono titolari e che vorrebbero veritativamente esercitare. Sempre, beninteso, dipanate con giustizia le pendenti questioni patrimoniali: infatti, anche appianate queste ultime, a partire dalle rinomate sentenze della Cassazione del 2014⁵⁶, in caso di convivenze ultratriennali il potere di veto di un coniuge all'aspirazione alla delibazione della sentenza canonica da parte dell'altro è autocratico e inoppugnabile, sussunto indistintamente dalla Corte suprema in quello stravagante o per lo meno anomalo 'ordine pubblico' rimesso alla disponibilità individuale⁵⁷. Insomma, resta inappagato il diritto del coniuge credente, defraudato della sua libertà religiosa, «a prestare coerenza al regime matrimoniale scelto nel momento della conclusione delle nozze, in quanto viene preferito il diritto di chi rinnega la

⁵⁵ Inoltre, O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, cit., p. 10, osserva: «Anche sotto il profilo dei tempi e costi, il procedimento per l'esecutività della nullità canonica è diventato tanto barocco da indurre nella pratica a trascurarlo in favore della via del divorzio, più rapida ed economica, ancorché configgente con i principi cattolici».

⁵⁶ Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 17 luglio 2014, nn. 16379/16380, in *Il diritto ecclesiastico*, CXXV (2014), rispettivamente p. 101 ss., p. 134 ss.

⁵⁷ Osservava inoltre G. DALLA TORRE, *Postille sul matrimonio concordatario*, in *Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato. Studi sulle recenti evoluzioni della giurisprudenza*, a cura di L. SPINELLI, G. DALLA TORRE, Patron Editore, Bologna, 1987, pp. 202-203: «l'esercizio dello *jus poenitendi* non può giungere fino al punto di innovare il regime giuridico di un negozio – nel caso quello matrimoniale –, per effetto dell'esclusiva volontà di una parte *et invita altera*. A ben guardare l'affermata libertà di una delle parti di sottrarre il proprio matrimonio canonico trascritto all'applicazione delle norme confessionali ed all'esame del giudice ecclesiastico, cioè la possibilità di mutarne unilateralmente il regime giuridico, osta contro un principio generale del diritto civile, qual è quello dell'affidamento in materia negoziale. Principio che, notoriamente, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha posto come inderogabile in sede di esecutorietà delle sentenze ecclesiastiche di nullità, che siano fondate sulla riserva mentale di una delle parti. Né pare che possa opporsi la libertà religiosa costituzionalmente garantita – di cui detto *jus poenitendi* sarebbe concreta esplicitazione – al principio civilistico dell'affidamento, sol che si ponga mente al fatto che tale principio costituisce a sua volta [...] concreta esplicitazione di quella priorità della persona umana che è il cardine attorno al quale si costruisce tutto l'ordinamento».

scelta fatta»⁵⁸: con buona pace del «principio dell'affidamento e della buona fede – qualificato dalla Cassazione, proprio con riferimento a questa materia, tra i principi inderogabili del nostro ordinamento in quanto rientranti nella tutela dell'ordine pubblico italiano –»⁵⁹.

Non è questa la sede per esaminare, neppure concisamente, queste tematiche, oramai annose e 'vexatissime'⁶⁰. Quello che qui si intende rimarcare è invece l'atteggiamento conser-

⁵⁸ I. ZUANAZZI, *Libertà religiosa e relazioni familiari*, in I. ZUANAZZI, M.C. RUSCAZIO, M. CIRAVEGNA, *La convivenza delle religioni negli ordinamenti giuridici dei Paesi europei*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022, pp. 351-352.

⁵⁹ P. CAVANA, *Dal «recupero della sovranità» alla questione della laicità. La Corte Costituzionale e la riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici sui matrimoni concordatari (sent. n. 421 del 29 novembre 1993)*, cit., pp. 180-181, il quale nota come negli orientamenti di certa giurisprudenza italiana non si avesse «alcun riguardo per la situazione dell'altro coniuge, che presumibilmente aveva fatto affidamento, all'atto della scelta tra matrimonio civile e matrimonio religioso, sul regime di quest'ultimo, inteso come disciplina del vincolo valida per entrambi i coniugi. Il principio dell'affidamento e della buona fede – qualificato dalla Cassazione, proprio con riferimento a questa materia, tra i principi inderogabili del nostro ordinamento in quanto rientranti nella tutela dell'ordine pubblico italiano [...] – varrebbe quindi, in questo caso, soltanto come limite alla penetrazione di un ordinamento esterno in quello interno (rapporti interordinamentali), e non invece anche a tutela delle posizioni soggettive dei singoli. Addirittura, questo fondamentale principio civilistico verrebbe abbandonato proprio nell'ipotesi di un contrasto di natura religiosa, in evidente violazione del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge [...], legittimando la persuasione che l'esercizio di uno *ius poenitendi* in materia religiosa sia sufficiente a travolgere quegli stessi principi inderogabili di ordine pubblico italiano posti a presidio dell'intangibile sfera di sovranità statale nei confronti di ordinamenti esterni».

⁶⁰ Me ne sono largamente occupata, con ampia citazione di dottrina e giurisprudenza, in G. BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 2 del 2017, 6 febbraio 2017, pp. 1-112; EAD., *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, *ivi*, n. 5 del 2017, 13 febbraio 2017, pp. 1-68; EAD., *Alcune considerazioni sulle possibili difficoltà insorgenti nell'exequatur in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Mitis iudex*, in *Studi in onore di Carlo Gullo*, I, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017, pp. 181-224; EAD., *Riforma del processo di nullità matrimoniale e questioni emergenti in tema di exequatur delle sentenze canoniche*, in *Le sfide delle famiglie tra diritto e misericordia. Confronti ad un anno dalla riforma del pro-*

vato dalla Santa Sede che pare assistere mestamente ma senza sporgere alcun formale reclamo mediante i consueti canali diplomatici, né alcuna ufficiosa e sdegnata protesta, ai colpi unilateralmente assestati alle prescrizioni concordatarie. Dinanzi alle violazioni smaccate, per mano della magistratura italiana, di norme contenute in un trattato internazionale – dotato di copertura costituzionale secondo il tenore del capoverso dell'art. 7 della Costituzione, ubicato tra i *Principi fondamentali*⁶¹ – le autorità ecclesiastiche nemmeno osano lamentare l'infrazione del basilare caposaldo *pacta sunt servanda* o delle regole sull'interpretazione dei trattati sancite dalla Convenzione di Vienna⁶².

Altrove mi sono accinta a segnalare gli aspetti giuridicamente censurabili dello smembramento e della distruzione del procedimento di delibazione come congegnato e delineato nel 1984, che pure si era consensualmente ritenuto, nel solco proprio di quanto additato dalla giurisprudenza italiana anche costituzionale, salvaguardasse esaustivamente i diversi interessi in gioco: e ho inferito sulle discutibili acrobazie ermeneutiche e, quindi, sui difetti argomentativi – nonché sulle incongruenze sfioranti l'illogicità⁶³ – imputabili segnatamente a

cesso di nullità matrimoniale nello spirito dell'Amoris laetitia, a cura di P. PALUMBO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, pp. 113-196.

⁶¹ Ma sulla centralità altresì del primo comma dell'art. 7 della Costituzione e del principio di laicità dello Stato rinvio alle considerazioni di P. CAVANA, *Dal «recupero della sovranità» alla questione della laicità. La Corte Costituzionale e la riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici sui matrimoni concordatari (sent. n. 421 del 29 novembre 1993)*, cit., p. 169 ss.

⁶² Come ricorda O. FUMAGALLI CARULLI, *Libertà religiosa e riserva di giurisdizione della Chiesa sui matrimoni concordatari: sentenze canoniche e ordinamento civile*, cit., pp. 10-11, «La Convenzione di Vienna (23 maggio 1969, ratificata con legge 12 febbraio 1974, n. 112), infatti, non solo prescrive un'interpretazione “in buona fede conformemente al significato comune da attribuire ai termini del trattato nel suo contesto ed alla luce del suo fine e del suo scopo” (art. 31). Prescrive altresì il ricorso ai lavori preparatori come mezzi complementari di interpretazione (art. 32)».

⁶³ Rinvio ancora ai miei lavori e in particolare alle due parti del saggio G. BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex*, cit.; ad esempio rilevavo a pp. 53-54: «chi scrive ci tiene a segnalare l'irragionevolezza dell'ostinazione nello sbarrare la strada al riconoscimento delle pronunce ecclesiastiche di nulli-

numerosi pronunciamenti specie della Corte di Cassazione⁶⁴. Essi finiscono per far barcollare – se non addirittura per far franare, divellendone le colonne portanti – l’impianto logico e

tà, quando oramai, ad esempio in Italia (ma invero in numerosissimi paesi), il divorzio si ottiene con un battere di ciglia. Il controsenso attinge il culmine quando l’assottigliamento della cruna dell’ago attraverso la quale devono passare le decisioni canoniche si raffronta col trattamento di cui fruiscono tutte le sentenze straniere (da dovunque provengano), le quali, dopo la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, hanno efficacia praticamente automatica e indiscriminata in Italia. Dinanzi a quelle straniere, quindi, esse paiono vittime di un *privilegium odiosum* – lontana ormai quella ‘maggiore disponibilità’ di cui discorreva la Corte di Cassazione – : e tutto questo a dispetto del crollo del mito della sovranità dello Stato – la gelosa custodia della quale è stata a lungo invocata contro l’‘invadente’ giurisdizione ecclesiastica – e dell’archiviazione di superstiti sussulti di esclusivismo e monopolio statale della giurisdizione, essendosi avviato oramai l’ordinamento italiano verso un’apertura sempre più accentuata agli altri ordinamenti, persino a quelli totalmente ignoti, distanti per tradizioni e cultura giuridica (nei quali, ad esempio, potrebbe essere consentito senza limitazioni e cautele il ripudio unilaterale della moglie da parte del marito). Un *privilegium odiosum* che rischia di essere residuo stantio di un’avversione ideologica francamente oramai un poco logora: laddove, si badi, come in precedenza rilevato, non connesso alla dovuta e necessaria preservazione dell’affidamento e delle legittime spettanze economiche maturate dopo un’assai prolungata e solidale comunità di vita coniugale e familiare, che oggi sono, in alcuni casi, ancora schiacciate e penalizzate».

⁶⁴ Molto accurata la ricostruzione delle criticità rilevabili nella parabola evolutiva intervenuta da parte di F. DI PRIMA, M. DELL’OGLIO, *L’incrinatura del principio concordatario in materia matrimoniale. Rilievi critici sulla prolungata convivenza come limite alla delibazione*, in *Norma. Quotidiano di informazione giuridica*, 2016, pp. 1-57; in tale saggio si argomenta ampiamente come negli ultimi indirizzi della Cassazione sembri «riecheggiare un impulso affine a quello ravvisabile nel *trend* politico-culturale che negli ultimi anni ’60 conduce all’introduzione in Italia della legge sul divorzio: risultato che – com’è noto – investe anche il c.d. matrimonio concordatario, ma lungo un percorso sin dall’inizio incanalato fuori dalla concertazione, e che in effetti non cesserà mai di assumere una piega palesemente *unilaterale*»: a tale «spirito “unilateralista”» si accompagna una «censurabile scarsa attenzione per i delicati equilibri che reggono le relazioni concordatarie (e il diritto internazionale-concordatario)» e una «prioritaria vocazione ideologica al presidio delle prerogative statali, in senso quasi “ottocentesco”» (*ivi*, p. 2); nella stessa ottica dell’oltranzista ‘difesa dell’orbita statale’ si leggono le connessioni tra la tesi minimizzante o negatoria della riserva di giurisdizione ecclesiastica e l’orientamento secondo cui la ‘prolungata convivenza’ è limite alla delibazione delle sentenze canoniche.

sistematico dello stesso istituto matrimoniale concordatario⁶⁵. Per questo mi sono consociata con chi ha calorosamente invitato la Sede Apostolica a pretendere l'istituzione della Commissione paritetica contemplata dall'art. 14 del Concordato vigente⁶⁶ appositamente per affrontare difficoltà di interpretazione o di applicazione⁶⁷. Ma invano si è aspettata una qualche iniziativa. Infatti, al cospetto di una giurisprudenza che, sia pur al fine di sanare la lacuna legislativa, incede senza soverchi timori e timidezze nel suo lavoro creativo e al contempo sovversivo del Concordato⁶⁸, la Santa Sede ha perseverato sinora in un impacciato silenzio: rotto da rarissime, se non proprio isolate, rimostranze, ma senza polemiche e con toni moderati e garbatissimi⁶⁹. Eppure, la trasgressione di quanto

⁶⁵ Cfr. recentemente le argomentazioni di L. LACROCE, *Il matrimonio concordatario: libertà versus privilegio. Note a margine di Cassazione, Sezioni Unite civili, 30 marzo 2021, n. 9004*, cit., p. 625 ss.

⁶⁶ Invoca da ultimo il «vaglio del legislatore pattizio» L. LACROCE, *Il matrimonio concordatario: libertà versus privilegio. Note a margine di Cassazione, Sezioni Unite civili, 30 marzo 2021, n. 9004*, cit., p. 641.

⁶⁷ Cfr. G. BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, cit., p. 63. Nello stesso senso si esprimeva O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio e enti tra libertà religiosa e intervento dello Stato*, con un saggio di A. PEREGO, Vita e pensiero, Milano, 2012, p. 147.

⁶⁸ Cfr., per tutti, G. FATTORI, *Giurisprudenza creativa, sopravvivenza e crisi del sistema matrimoniale concordatario*, in *Ius Ecclesiae*, XXIX (2017), pp. 299-326.

⁶⁹ Mi riferisco all'editoriale già ricordato comparso in *L'Osservatore Romano* dell'11 febbraio 2012, ricorrenza dei Patti lateranensi, ove si afferma: «E tuttavia non si può fare a meno di rilevare che, talora, l'esperienza giuridica rischia di svolgersi secondo direzioni diverse da quelle racchiuse nella volontà pattizia e nel dato normativo. Il pensiero va a certi orientamenti della giurisprudenza che sembrano non tenere adeguatamente conto del sistema ordinamentale nel suo complesso e che rischiano di svuotare di contenuto l'articolo 8 del Concordato, nella parte in cui prevede la delibazione in Italia delle sentenze di nullità matrimoniale pronunciate dai tribunali ecclesiastici. Occorre ribadire che l'impegno ivi convenuto è precisamente quello di dare efficacia alle sentenze canoniche, dovendo restare i casi di non delibabilità l'eccezione e non la regola. Il che significa che in sede di delibazione delle sentenze stesse si deve tenere conto di quella "specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale, che in esso ha avuto origine", che non a caso il Concordato richiama». Al proposito taluno notò che questo intervento «costituisce un atto di rottura della diplomazia dei rapporti di as-

convenuto nel 1984 c'era e c'è, eccome, da parte di intraprendenti giudici 'co-legislatori'⁷⁰ (!): ai quali, nonostante pullulino in Italia e non solo in questo comparto, non ci si deve cedevolmente assuefare. Una trasgressione – si pensi al *caveat* normativo, acconciamente accluso dalle Alte Parti, di «tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale, che in esso ha avuto origine»⁷¹, impunemente obnubilato⁷² – marchiana, e forse più inconfuta-

solata novità. Senza giri di parole, invero, l'editoriale non firmato (e quindi al massimo grado autorevole) formula senz'altro il capo di accusa: «certi orientamenti della giurisprudenza (...) rischiano di svuotare di contenuto l'articolo 8 del Concordato»: N. COLAIANNI, *A chiare lettere. Un 11 febbraio particolare: Chiesa contro giudici?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), 15 febbraio 2012, p. 1. Ma non ci sono state, stando a quanto ovviamente (mi) risulta, conseguenze, né ulteriori proteste.

⁷⁰ L'espressione è di N. COLAIANNI, *A chiare lettere. Un 11 febbraio particolare: Chiesa contro giudici?*, cit., p. 6. Commenta, ad esempio, L. LACROCE, *Il matrimonio concordatario: libertà versus privilegio. Note a margine di Cassazione, Sezioni Unite civili, 30 marzo 2021, n. 9004*, cit., p. 624: «Nel corso dei decenni che ci separano dall'entrata in vigore della nuova disciplina matrimoniale, la Corte di Cassazione ha finito [...] nella sostanza per riscrivere la disciplina del matrimonio concordatario su molti e peculiari ambiti per come definiti dal legislatore. /Di fronte ai numerosi cambiamenti sociali e alle nuove esigenze maturate nella società la giurisprudenza della Corte di Cassazione con la sua opera interpretativa e di corretta attuazione della legge ha finito con l'integrare le norme positive ma ancor di più ha svolto una vera e propria opera di supplenza sostituendosi alle funzioni proprie del legislatore con decisioni e orientamenti che forse avrebbero meritato una più condivisa mediazione su valori e sensibilità presenti nella società ma non compiutamente rappresentati nelle camere di consiglio della Corte».

⁷¹ Secondo, come noto, il n. 4 lett. b) del Protocollo Addizionale all'Accordo di Villa Madama.

⁷² Osserva il processualcivilista L.P. COMOGLIO, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche e ordine pubblico "flessibile"*, in *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, a cura di O. FUMAGALLI CARULLI, A. SAMMASSIMO, Vita e pensiero, Milano, 2015, pp. 150-151: «Si ha la netta sensazione che – per una (pur giustificata) esigenza di tutela dell'affidamento del coniuge cui non siano addebitabili le cause di invalidità del matrimonio – la Suprema Corte abbia consapevolmente affrontato, nell'ottica dell'"ordine pubblico", il rischio di una forzatura analogica, pur di ovviare in via ermeneutica ad una lacuna ordinamentale che solo il legislatore italiano avrebbe il potere-dovere di colmare. /Permane tuttavia, sotto traccia, un sottile equivoco di fondo, assai resistente, che pregiudica ancor di più le (già compromesse) sorti del matrimonio concordatario, sul quale (ad onta del degrado morale dilagan-

bile del *vulnus* (e non solo alla bilateralità) inferto dall'introduzione del divorzio ovvero della cessazione degli effetti civili per il matrimonio canonico trascritto⁷³, che pure scatenò, all'epoca, asprissime frizioni⁷⁴, bloccando l'*iter* della stessa revisione concordataria⁷⁵: la quale fu del pari punteggiata da atti e

te in vasti strati della società moderna) la grande maggioranza dei cittadini continua a fare assegnamento. /Il *punctum dolens* si identifica, da decenni, in quella "specificità" dell'ordinamento canonico, di cui lo stesso Accordo impone si tenga conto, nell'applicare le disposizioni normative italiane (non esclusa, *a fortiori*, quella dell'ordine pubblico), che riguardano le condizioni di delibabilità delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio. /Di ogni possibile equivoco sarebbe giunta l'ora di liberarsi definitivamente. Ma non penso sia così facile. /Se, per la disciplina sostanziale del c.d. matrimonio concordatario, la predetta "specificità" presuppone – come si dà per scontato – una "riserva" esclusiva in favore dell'"ordine canonico", va da sé che, anche nell'ottica dell'"ordine pubblico", il livello di compatibilità fra i due ordinamenti debba essere costantemente verificato (per così dire) *in apicibus*, ossia nella comparazione omogenea fra i rispettivi "principi generali", e non già nel confronto, impari e non omogeneo, tra "regole speciali", strutturalmente derogatorie, che siano presenti nell'uno e nell'altro (o in uno dei due, a differenza dell'altro).

⁷³ Cfr. la recente e intelligente descrizione dello «strappo» del 1970 e delle incoerenze della posizione del governo italiano di F. DI PRIMA, M. DELL'OGGIO, *L'incrinatura del principio concordatario in materia matrimoniale. Rilevi critici sulla prolungata convivenza come limite alla delibazione*, cit., p. 13 ss., con ampi riferimenti documentali e dottrinali. Proteste sono state sollevate dalla Santa Sede anche in relazione alla tesi dell'essere venuta meno, a seguito dell'Accordo di Villa Madama, la riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici per quanto concerne la dichiarazione di nullità dei matrimoni concordatari: cfr. quanto rileva I. ZUANAZZI, *Libertà religiosa e relazioni familiari*, cit., p. 351; e in particolare su una nota verbale del Consiglio per gli Affari Pubblici della Chiesa del 31 maggio 1985 si vedano F. CIPRIANI, *Alla ricerca della riserva perduta*, in *Il foro italiano*, CXIX (1994), I, cc. 17-18; G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Quinta edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 186; e O. FUMAGALLI CARULLI, *Libertà religiosa e riserva di giurisdizione della Chiesa su matrimoni concordatari: sentenze canoniche e ordinamento civile*, cit., p. 10.

⁷⁴ Riassume O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, cit., p. 3: «L'estensione della "cessazione degli effetti civili" anche ai matrimoni concordatari crea una forte frizione con la Santa Sede, convinta che lo Stato si fosse impegnato in sede concordataria a riconoscere civilmente il matrimonio canonico in tutte le sue qualità essenziali, prima tra le quali l'indissolubilità. Si arriva ad un passo dalla denuncia diplomatica della violazione del Concordato».

⁷⁵ Note di protesta della Santa Sede vi furono ovviamente pure quando il divorzio venne introdotto per tutti i matrimoni anche in altri Paesi: cfr., ad

in generale da uno ‘stile’ per nulla accomodanti da parte della Santa Sede⁷⁶, che controbatteva con puntiglio – tra l’altro non facilmente infirmabile dal punto di vista giuridico – alle obiezioni da parte italiana⁷⁷. Altri tempi: quelli medesimi delle vigorose prese di posizione sopra menzionate della Santa Sede e della Conferenza Episcopale Italiana a sostegno del matrimonio concordatario.

Non si tratta di esigere l’innescò di un’*actio finium regundorum* dal sapore fastidiosamente *rétro* e che verrebbe subito bollata come tracotanza clericale: per converso, una sonora doglianza andava e va sollevata avverso il disconoscimento di quanto ai *cives fideles* è stato concesso⁷⁸, suggellandolo in di-

esempio, quanto riferisce J.T. MARTÍN DE AGAR, *Lectio Magistralis pronunciata per il dottorato honoris causa all’Università cattolica di Budapest*, in *Ius Ecclesiae*, XXIV (2012), pp. 647-648, il quale appunto ricorda quella della Nunziata a seguito della legge spagnola del 7 luglio 1981, e tra l’altro commenta: «Fu allora che scrissi una comunicazione ad un convegno che poi non inviai; i colleghi cui avevo chiesto un parere me lo scongiurarono. /Sostenevo in sintesi che se le cose stavano così non conveniva alla Chiesa pattuire sul matrimonio, poiché a questa parola corrispondono realtà non omogenee nel diritto civile e in quello canonico, il cui divario non poteva che crescere. Perché dunque confondere la gente, dando l’impressione che la Chiesa è d’accordo con quello che lo Stato reputa matrimonio? I miei timori di allora sono stati superati dalla realtà, non potevo immaginare a quali varietà di unioni sarebbe stato dato in seguito il nome di matrimonio; la Chiesa però fa tutto il possibile affinché il matrimonio dei cattolici venga riconosciuto e abbia il sostegno del diritto statale, perciò su questa materia talvolta preferisce un cattivo accordo a nessun accordo, anche se ha dovuto tante volte manifestare il suo dissenso a delle leggi che intaccano l’identità del patto matrimoniale».

⁷⁶ Ne riferisce sinteticamente O. FUMAGALLI CARULLI, *Libertà religiosa e riserva di giurisdizione della Chiesa sui matrimoni concordatari: sentenze canoniche e ordinamento civile*, cit., p. 10.

⁷⁷ Cfr. quanto viene per esteso riportato in *Dieci documenti sulla interpretazione dell’art. 34 del Concordato tra l’Italia e la Santa Sede*, in *Rivista di studi internazionali*, XXXVII (1970), pp. 458-487.

⁷⁸ Cfr. G. BONI, *Exequatur delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e decreto di esecutività della Segnatura Apostolica: alla ricerca di una coerenza perduta. Qualche riflessione generale scaturita dalla lettura di una recente monografia*, cit., p. 321: qui non si tratta di «indulgere ad un neoconversionismo, di perpetuare arbitrarie franchigie, di ‘blindare’ il sistema concordatario ad usbergo dell’istituto matrimoniale canonico né, tanto meno, a beneficio delle autorità ecclesiastiche. [...] Per converso il riferimento unico e dirimente deve rimanere, sia *ex parte Ecclesiae* sia *ex parte Status*, la perso-

sposti non solo armonizzati con la Costituzione, ma coralmemente reputati quali epifanie di quella laicità positiva di cui l'ordinamento italiano fieramente e spesso un poco pomposamente si fregia per bocca della stessa Corte costituzionale⁷⁹. È incomprendibile non tanto la condiscendenza delle autorità ecclesiastiche alle reiterate trasgressioni di precetti concordatari e la mancata replica anche squisitamente tecnico-giuridica agli arresti giurisprudenziali: quanto, soprattutto, la lampante apatia per le istanze religiose di quei cattolici che non solo vogliono obbedire lealmente agli obblighi canonici che sopra ho elencato, ma agognano, e per ragioni di coscienza non per sgravarsi di provvigioni economiche nei confronti degli ex coniugi, l'*exequatur* della sentenza di nullità del proprio matrimonio canonico uniformando ad essa il proprio *status* civilistico. L'essersi questa legittima aspettativa trasformata in una chimera sovente arcana e irraggiungibile nella passiva remissività e immobilismo della Santa Sede e della Chiesa italiana suscita più di una perplessità.

Ciò potrebbe verosimilmente far trapelare il sentore che il matrimonio concordatario – nonostante qui sia traguardato nella sua patologia – venga impassibilmente abbandonato a un *exitus* miserando. Si invertirebbe così *ex abrupto* la rotta rispetto a quel passato non troppo risalente in cui con notevole sacrificio e dispendio di energie, segnatamente dopo la bufera rivoluzionaria settecentesca e le incursioni napoleoniche che avevano brutalmente sospinto il diritto della Chiesa nell'irrelevanza, si mirò, proprio attraverso le stipulazioni pattizie, a recuperare per il matrimonio canonico lo spazio (o una frazione di quello spazio) che il repentinamente e prepotentemente avanzante dominio appena instaurato di quello civile gli ave-

na ed il suo bene: solo così la disciplina dell'una e dell'altro, come deve essere, potrà conciliarsi in una cornice armonica a guarentigia, a sostegno, insomma a totale servizio dell'individuo».

⁷⁹ Per una puntuale ricostruzione della normativa concordataria alla luce del principio supremo di laicità dello Stato cfr. P. CAVANA, *Dal «recupero della sovranità» alla questione della laicità. La Corte Costituzionale e la riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici sui matrimoni concordatari (sent. n. 421 del 29 novembre 1993)*, cit., p. 167 ss.

va bruscamente sottratto. Infatti, come arcinoto, per influsso della dominazione francese e del suo impeto a una forzata e dirompente laicizzazione i legislatori statuali, anche nei Paesi di antica cristianità, avevano traumaticamente spezzato l'intima e secolare compenetrazione, già in qualche modo sottesa alla celebre definizione di Modestino⁸⁰, tra *ius humanum* e *ius divinum*: allo scopo di estromettere recisamente quest'ultimo, insieme al maestoso edificio normativo canonico di elaborazione medievale, dalla disciplina del coniugio. Anche se è vero che il paradigma sul quale tale disciplina inizialmente si forgiò era quello finemente cesellato dalla Chiesa mediante un'evoluzione giuridica millenaria: espungendo unicamente, almeno in prima battuta, i lineamenti più propriamente afferenti alla dimensione religiosa⁸¹. Un esempio archetipico era rappresentato proprio dal primo Codice civile dell'Italia unita, nel quale la regolazione del matrimonio ricalcava pe-

⁸⁰ Come noto, per MODESTINO, «nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio»: D. 23, 2, 1. Osservava G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia tra laicità e libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statotechiese.it), n. 22 del 2018, p. 5: «La dottrina romanistica [...] ha largamente discusso su quale sia il senso da cogliere nel famoso inciso contenuto nell'altrettanto famosa definizione di matrimonio data da Modestino, vale a dire che "Nuptiae sunt [...] divini et humani iuris communicatio", e in particolare se esso stesse a indicare una qualità oggettiva dell'istituto, quale risultato nella sua regolamentazione giuridica della confusione di norme di origine divina e norme di origine umana, ovvero un elemento soggettivo riguardante la doverosità per la donna che, entrando col matrimonio nella famiglia del marito, veniva associata al culto familiare del marito. Ma non c'è dubbio che quella espressione tradisce la consapevolezza dell'afferenza del matrimonio alla sfera del sacro, le sue connessioni con l'elemento religioso, il suo rispondere a regole che prima di essere giuridiche sono di carattere etico-sociale. Con autorevolezza si è affermato essere vero che storicamente il diritto di famiglia è il campo in cui si verifica una intensa trasfusione dell'etica nell'orbita del diritto». Cfr. C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 2005, p. 350 ss.

⁸¹ Celeberrima l'espressione di O. GIACCHI, *Riforma del matrimonio civile e diritto canonico*, in *Jus*, XXI (1974), p. 21: «nella nostra civiltà il matrimonio, quale tale civiltà lo ha inteso, è nato dentro la società cristiana e, per così dire, sui ginocchi della Chiesa». Cfr. peraltro le attente considerazioni contro indebite generalizzazioni di G. DALLA TORRE, *Ancora su «due modelli di matrimonio»*. *Considerazioni fra diritto e storia*, cit., p. 40 ss.

dissequamente fisionomia e requisiti del connubio così come raffigurati dallo *ius Ecclesiae*; tra l'altro, non ne veniva compromessa neppure l'indissolubilità⁸², rigettando il Codice Pisanelli il divorzio che, sulla falsariga del *Code Napoléon*, si era invece estesamente sancito in tutta Europa⁸³, e non scalfendo così l'unitarietà e il nucleo essenziale del matrimonio ricevuto in eredità.

È una storia largamente perlustrata in ogni insenatura, oltre che densa di chiaroscuri, tra avvicinamenti e ripulse⁸⁴, ma nella quale nessuno si è mai sognato di misconoscere il protagonismo del diritto della Chiesa⁸⁵. Quello che ora preme sottolineare attiene allo sforzo davvero titanico, condotto in un

⁸² Scrive O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, cit., p. 2: «gran parte della disciplina del matrimonio civile è mutuata dal diritto canonico, compresa l'indissolubilità, sia perché ritenuta favorevole alla donna come soggetto debole, sia perché lo Stato non intende esasperare il conflitto con il Papa. Siamo a quattro anni dall'unificazione e a cinque prima della breccia di Porta Pia».

⁸³ Venne conservata l'indissolubilità non tanto per ragioni religiose ma di etica sociale, altresì quale forma di tutela per la condizione di inferiorità culturale ed economica delle donne: cfr. G. DI RENZO VILLATA, *Separazione personale (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 1350 ss.

⁸⁴ Davvero suggestivo il percorso nei secoli compiuto da G. DALLA TORRE, *Ancora su «due modelli di matrimonio». Considerazioni fra diritto e storia*, cit., pp. 33-55; dello stesso Autore si vedano ID., *Postille sul matrimonio concordatario*, cit., p. 188 ss.; ID., *Motivi ideologici e contingenze storiche nella evoluzione del diritto di famiglia*, in *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, a cura di F. D'AGOSTINO, Jaka Book, Milano, 1985, p. 35 ss.; ID., *Introduzione al matrimonio celebrato davanti a ministri di culto. Lezioni di diritto ecclesiastico*, Pàtron Editore, Bologna, 1986, p. 59 ss.; cfr. anche A.M. PUNZI NICCOLÒ, *Due modelli di matrimonio*, in *Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato. Studi sulle recenti evoluzioni della giurisprudenza*, cit., p. 11 ss.

⁸⁵ Ancora recentemente, dopo essersi soffermato brevemente sul matrimonio romano, J. FERRER ORTIZ, *La eficacia civil del matrimonio canónico en una sociedad secularizada*, in *Ius Ecclesiae*, XXX (2018), p. 103, asserisce: «En efecto, es un hecho pacíficamente admitido entre los juristas en general, señaladamente entre los romanistas, que el *Derecho clásico respecto al matrimonio es el Derecho canónico*. Y esto sin perjuicio de que a veces los juristas medievales invoquen aforismos procedentes del Derecho romano, pero no porque consideren su nuevo derecho matrimonial como continuación de aquel, sino como argumentos de autoridad y legitimidad de su propia elaboración acerca del matrimonio canónico».

clima sovente di inimicizia se non di frontale ostilità, attuato dalla Santa Sede per imbastire e ricucire relazioni concordatarie con l'obiettivo prioritario di restituire al matrimonio canonico, cui ancora, in molti luoghi, l'enorme maggioranza della popolazione si volgeva prima di iniziare la convivenza, quella valenza che evitava la molestia di una dispendiosa doppia celebrazione: sia pur attraverso la via, obliqua e sovente lastricata di ostacoli, di procedure amministrative come quella della trascrizione. Nonché per tentare di ritagliare una qualche 'corporeità' anche civilistica a quella giurisdizione ecclesiastica a lungo egemonica e ora relegata nell'ombra: sia pur, anche qui, mediante un sentiero disseminato di intoppi. Insomma, era assorbente la preoccupazione di assicurare al matrimonio celebrato *in facie Ecclesiae*, non essendo ovviamente ipotizzabile una *restitutio in pristinum* ai fasti pregressi, un affaccio sul proscenio secolare, e dunque almeno una coesistenza tendenzialmente egualitaria con quello civile: presagendo che questo, partorito quasi come gemello siamese, ben presto avrebbe rifiutato se non radicalmente abiurato la matrice comune dalla quale era rampollato per divaricarsi poi da essa drasticamente e, forse, irrimediabilmente. Uno sforzo immane, tra l'altro, che, pur tra alti e bassi, in talune zone del mondo sembra perdurare: ma che più sovente, come riscontrato, si tende a sommergere nell'oblio.

3. *Lo scenario contemporaneo. Sorprendenti analogie con la Chiesa degli albori*

Sorge quindi spontaneo l'interrogativo – già anticipato – se il mutato contegno della Chiesa, cui pare che le prescrizioni concordatarie sulla materia, guadagnate spesso in Italia con dedizione e conquistate faticosamente lungo il travagliato periodo della revisione postcostituzionale⁸⁶, non premano più eccessivamente, espliciti un'oramai acquisita maturazione, nell'autorità ecclesiastica, della convinzione che il matri-

⁸⁶ Cfr. G. DALLA TORRE, *La riforma della legislazione ecclesiastica. Testi e documenti per una ricostruzione storica*, Pàtron Editore, Bologna, 1985.

monio canonico con effetti civili possa essere serenamente destinato a un ineluttabile e apparentemente irreversibile crepuscolo. Ovvero potrebbe essersi addirittura fatta strada la valutazione che sia velleitario e non più conveniente arroccarsi nella cittadella concordataria dalle mura oramai fatiscenti, che il trinceramento in esse sia divenuto anzi troppo laborioso se non svantaggioso: aderendo quasi a quell'opzione separatista⁸⁷ pure disprezzata e deprecata in un tempo non lontano.

Non pare per converso, come annotato, che si sia a tutt'oggi pervenuti a tale conclusione, almeno in via generale, perché l'attività concordataria ferve ancora vivace anche con Stati non di 'estrazione' cattolica⁸⁸, smentendo vistosamente certi vaticini sulla sua immediata decadenza, se non, dopo il Concilio del Novecento⁸⁹, sul suo irrecuperabile occaso, quasi fosse viziata da un frusto neo-costantinismo. È vero poi che, specie se si volge lo sguardo al di fuori del nostro continente, un rapido sondaggio sui concordati sottoscritti negli ultimi an-

⁸⁷ Sia pur con riferimento alla sola rinuncia al riconoscimento delle sentenze canoniche cfr. quanto rilevava J.I. ARRIETA, *Possibili sviluppi nel diritto canonico matrimoniale e processuale alla luce dei lavori del Sinodo straordinario, in Il diritto di famiglia e delle persone*, XLIV (2015), p. 1018.

⁸⁸ Si veda recentemente D. LE TOURNEAU, *La politique concordataire du Saint-Siège*, L'Harmattan, Paris, 2020. Nella *Prefazione* al volume di A. BLASI, *Concordati africani. Elementi e fonti di diritto concordatario africano*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2022, p. 14, il segretario di Stato P. PAROLIN asserisce: «La particolare dinamicità dell'attività concordataria in terra d'Africa obbligherà l'Autore a futuri aggiornamenti della presente raccolta, con riferimento agli accordi esistenti, a quelli già conclusi ma che sono in attesa di ratifica, e ai progetti attualmente in fase di elaborazione, nel contesto di una sempre maggiore collaborazione tra la Santa Sede e gli ordinamenti civili, espressione di un dialogo pazientemente perseguito e ispirato, in ultima analisi, alla promozione della dignità di ogni essere umano. /L'attività concordataria resta dunque uno strumento fondamentale nell'ambito dei rapporti tra la Santa Sede e gli Stati, in chiave di promozione di comuni interessi piuttosto che di composizione e prevenzione di conflitti; ne è prova l'inserimento di nuove materie, quali, per esempio, i beni culturali, la bioetica, la tutela del creato, che ampliano il novero dei contenuti tradizionalmente disciplinati in sede pattizia».

⁸⁹ Invero, come nota J.T. MARTÍN DE AGAR, *Lectio Magistralis pronunciata per il dottorato honoris causa all'Università cattolica di Budapest*, cit., p. 652, «non c'è stata un'epoca della storia più abbondante di accordi concordatari come appunto quella che va dal Vaticano II ad oggi».

ni dimostra come, nella sussistenza – certo singhiozzante – di norme al proposito⁹⁰, l'attenzione a conseguire gli effetti civili del matrimonio e della giurisdizione canonica denoti talora accenti un poco circospetti, per così dire, e comunque sommessi⁹¹: ma ciò che conta è il dato per il quale essa non sembra af-

⁹⁰ Per una rassegna, sia pur non recentissima, delle diverse disposizioni concordatarie nel mondo in cui è previsto un rilievo del matrimonio canonico e della relativa giurisdizione ecclesiastica (specificando la diversità dei differenti regimi) cfr. M.Á. CAÑIVANO, *La relevancia civil del derecho matrimonial canónico en el derecho concordatario comparado*, in *Los concordatos: pasado y futuro*, a cura di J.M. VÁSQUEZ GARCÍA-PENUELA, Comares, Granada, 2004, p. 297 ss. (che tra l'altro annota, *ivi*, p. 300: «Dentro de los concordatos o acuerdos concordatarios vigentes que se ocupan de la materia, se dan diversas posibilidades de eficacia civil del Derecho matrimonial canónico que podrían sistematizarse en tres modelos: modelo de plena eficacia del Derecho matrimonial canónico o de remisión formal plena; modelo de eficacia restringida del Derecho matrimonial canónico o de remisión formal parcial; y modelo de eficacia formal del Derecho matrimonial canónico, o de consideración del matrimonio canónico como presupuesto para la aplicación de las normas civiles reguladoras de la institución. Se trata de una manera simplificada de explicar las cosas, ya que non hay dos regulaciones concordatarias que sean idénticas»). Si vedano anche G. MANTUANO, *Rilevanza civile del matrimonio religioso negli Stati dell'Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004; S. FERRARI, *La rilevanza civile del matrimonio canonico negli ordinamenti giuridici dei Paesi dell'Unione Europea. Problemi e prospettive*, in *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado*, 17, 2008, pp. 1-18; J.T. MARTÍN DE AGAR, *Rilevanza del matrimonio religioso nei Paesi dell'Unione Europea*, in *Matrimonio canonico e ordinamento civile*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2008, pp. 125-163; R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *Cláusulas concordatarias sobre jurisdicción matrimonial en los textos paticios del pontificado de Juan Pablo II*, in *Iglesia católica y relaciones internacionales*, a cura di M. DEL MAR MARTÍN, M. SALIDO, J.M. VÁSQUEZ GARCÍA-PENUELA, Comares, Granada, 2008, pp. 171-192; ID., *Eficacia civil de las resoluciones canónicas en Derecho concordatario comparado*, in *Estudios eclesiásticos*, LXXXVII (2012), pp. 791-838. Per i testi dei concordati con riferimenti bibliografici relativi ai medesimi cfr. J.T. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di concordati: 1950-1999*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000; ID., *I concordati del 2000*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2001; ID., *I concordati dal 2000 al 2009*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010; *Enchiridion dei Concordati. Due secoli di storia dei rapporti Chiesa-Stato*, EDB, Bologna, 2003. Per una raccolta aggiornata di accordi internazionali della Santa Sede cfr. <https://www.iuscanreg.it/accordi.php>. Rimando anche all'Appendice a questo lavoro sulle norme in materia matrimoniale di Ilaria Samorè.

⁹¹ Ad esempio, in alcuni concordati il matrimonio canonico è soltanto evocato senza riferimenti al riconoscimento civile: cfr. quanto annota G. DALLA

fatto intensamente scemata, ma sia anzi in allerta anche negli accordi con nazioni del tutto aliene alla culla europea⁹² dello *ius canonicum* matrimoniale⁹³. Del resto, se nelle pattuizioni con gli Stati sono indubbiamente affiorate materie inedite e di grande *appeal* nelle quali si avverte impellente l'opportunità del coordinamento coi poteri statuali, sembra tuttavia azzardato ipotizzare che il peso dei beni culturali (ad esempio attualmente molto sotto i riflettori⁹⁴) nell'economia ecclesiale complessiva e soprattutto nella quotidianità dei fedeli possa sopravanzare quello del matrimonio: pure, va detto senza riserbo, per la loro *salus animae*. Tra l'altro, come si è appropriatamente chiosato, in molti Paesi «la *eficacia civil del matrimonio canónico* es la cuestión clave del grado de aceptación o rechazo del hecho religioso por parte del poder secular»⁹⁵. Il

TORRE, *Le res mixtae "tradizionali" negli Accordi del Terzo Millennio*, in *Ephemerides iuris canonici*, LIX (2019), pp. 450-453. Un resoconto interessante delle previsioni concordatarie sul matrimonio in una parte del mondo particolarmente significativa in A. BLASI, *Concordati africani. Elementi e fonti di diritto concordatario africano*, cit., p. 98 ss. Si veda altresì P. VALVO, *Tradizione e rinnovamento nei concordati latino-americani degli ultimi pontificati*, in *Ephemerides iuris canonici*, LIX (2019), pp. 559-591.

⁹² «Storicamente il principio del consenso personale nel matrimonio è principalmente il frutto della presenza della Chiesa cattolica in Europa»: A. NICOLUSSI, *Il consenso matrimoniale*, in *Il margine*, XXVIII (2008), p. 44, il quale poi traccia una sintesi dell'evoluzione giuridica dal diritto romano classico, soffermandosi in particolare sull'apporto fondamentale della concezione cristiana e del diritto canonico. Cfr. anche L. MENGONI, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura europea*, in *Scritti, I Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 357-376.

⁹³ Per riferimenti alle norme concordatarie rinvio ai dati raccolti e sistematizzati nell'Appendice di Ilaria Samorè.

⁹⁴ Cfr., sia pur per un solo continente, A. BLASI, *Concordati africani. Elementi e fonti di diritto concordatario africano*, cit., p. 106 ss. Si vedano altresì alcune considerazioni di A. ZANOTTI, *Una bilateralità in espansione: l'universo frammentato delle intese sub-concordatarie*, in *Ephemerides iuris canonici*, LIX (2019), pp. 521-557.

⁹⁵ J. FERRER ORTIZ, *La eficacia civil del matrimonio canónico en una sociedad secularizada*, cit., 102, che prosegue: «de tal manera que el estudio de las fórmulas establecidas para reconocer o no civilmente el matrimonio canónico permite reconstruir no solo la historia de su sistema matrimonial, sino la historia de las relaciones entre la Iglesia y el Estado».

persistere accanito di norme sul matrimonio indurrebbe allora a congetturare come anche di fronte al quadro fallimentare e demoralizzante sopra delineato non solo per l'Italia, che traduce una scristianizzazione procedente in modo irrefrenabile a livello planetario (per lo meno in Occidente), non si sia ancora stimata inevitabile la resa: come anzi, di fronte alla preconizzabile e quasi coartata capitolazione nel duello per la signoria sul matrimonio, ovvero per la sua perenzione, che i poteri secolari (non necessariamente quelli politici), più forti e agguerriti, avrebbero già vinto in partenza, la Chiesa non intenda demordere né 'deporre le armi'⁹⁶. Dunque, anche in Italia non si dovrebbe essere precipitosi nel ratificare la 'disfatta', pur davanti a uno Stato (ai suoi organi) che, nonostante le ridondanti professioni di rispetto della libertà religiosa⁹⁷ e del pluralismo, è sempre più restio e quasi refrattario nei confronti del matrimonio e della giurisdizione canonica.

Se peraltro fossero davvero queste le sottese e funeste prospettive incipienti, si sagomerebbe davanti agli occhi un panorama sconfortante: infatti, come ha acutamente commentato Giuseppe Dalla Torre, «Due secoli, poco più: sono bastati per veder nascere, crescere ed infine dissolversi (l'espressione non

⁹⁶ Osserva ancora J. FERRER ORTIZ, *La eficacia civil del matrimonio canónico en una sociedad secularizada*, cit., p. 102, «Y, aunque pudiera parecer un contrasentido tratar del reconocimiento de efectos civiles del matrimonio canónico allí donde el matrimonio civil parece haber perdido contornos precisos, la praxis nos muestra que no es así. De una parte, la actividad diplomática de la Santa Sede en los últimos años pone de manifiesto su interés de estipular Concordatos y Acuerdos con los Estados, siempre que sea posible, e incluir en su caso cláusulas específicas acerca de la eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas de nulidad y de disolución *super rato* de dichos matrimonios. Por otro lado, el Derecho comparado muestra también que una mejor comprensión de la proyección de la libertad religiosa sobre el matrimonio, así como del principio de igualdad religiosa, conducen a que cada vez sean más los Estados que reconocen efectos civiles a los matrimonios religiosos».

⁹⁷ Cfr., per tutti, le riflessioni di M.J. ROCA, *El respeto a la libertad religiosa entre los contrayentes y la obligatoriedad de la celebración civil del matrimonio previa a la religiosa*, in *Ius canonicum*, XLVII (2007), pp. 505-525; e di J. FERRER ORTIZ, *El derecho a contraer matrimonio y la libertad religiosa*, in *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, XXX (2014), pp. 677-706.

sembri troppo forte) l'istituto del matrimonio civile»⁹⁸. Non si è trattato, forse, di un traguardo perseguito premeditatamente e pervicacemente: ma il risultato si disegna nitido. Se pure le astrazioni onnicomprensive sono spesso perigliose, credo si possa convenire su un *trend* oramai comune: quello secondo cui i legislatori secolari attuali, dopo averlo 'scippato' alla Chiesa, paiono aver rinunciato a imprimere un significato non equivoco al matrimonio, desemantizzandolo, degiuridicizzandolo e cedendolo a una privatizzazione – nel senso sociologico di una «disarticolazione nel privato»⁹⁹ – dalle maglie sempre più larghe, malleabili, e, quindi, anarchicamente disgregatrici. Così la dottrina civilistica, nell'incresciosa inerzia o comunque nell'imbarazzata laconicità del *conditor legum*, si accontenta di qualificarlo oramai come una sorta di reciproca obbligazione a fini generali, certo non morali ma dai contorni giuridici viepiù nebulosi e sfuggenti: denunciando, nella vaghezza dell'aggettivazione, l'assenza di un criterio fondante pubblicamente convalidato che regga la regolamentazione del rapporto tra l'uomo e la donna. È stato autorevolmente asseverato come si sia, nell'epilogo, infine approdati «alla sostituzione del matrimonio con negozi giuridici aventi effetti in parte analoghi, ma finalità molto diverse»¹⁰⁰. Il matrimonio civile in sostanza si sta dissolvendo ed il suo posto viene preso da patiti di solidarietà»¹⁰¹ o di convivenza: insomma si è convertito 'in

⁹⁸ G. DALLA TORRE, *Veritas non auctoritas facit matrimonium*, in *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, a cura di G. DALLA TORRE, C. GULLO, G. BONI, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012, p. 211.

⁹⁹ La privatizzazione, cioè, non è da intendere «nel senso giuridico di un ritrarsi dal diritto pubblico, il diritto di famiglia essendo sempre stato parte del diritto privato, ma nel senso sociologico di una disarticolazione nel privato»: A. NICOLUSSI, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 51.

¹⁰⁰ Riflessioni interessanti sulla qualificazione negoziale del matrimonio specie durante l'Ottocento, sulla concezione istituzionale e poi sulla ricostituzione del consenso matrimoniale in senso contrattualistico negli ordinamenti secolari, nonché sulle distorsioni che ne sono via via derivate sono sviluppate da A. NICOLUSSI, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 41 ss.

¹⁰¹ G. DALLA TORRE, *Veritas non auctoritas facit matrimonium*, cit., p. 222, il quale anche rileva: «si può osservare che le velleità prometeiche in materia matrimoniale rinnovano in qualche modo, nel moderno legislatore umano,

un'altra cosa'¹⁰² con un 'genoma' mutato'¹⁰³. E in questa 'cosa', già lessicalmente fluida e inafferrabile, rientra «ogni rapporto di coppia, legale o di fatto, etero o omosessuale»¹⁰⁴: considerando non neutre ma del tutto 'indifferenti le differenze'¹⁰⁵, e

l'antico mito del re Mida: l'ineludibile trasformazione del matrimonio in altra cosa». Dalla Torre, come pure qualcuno gli ha imputato fraintendendo completamente il suo pensiero, non negava certo che ci sia un unico vero matrimonio anche intrinsecamente giuridico trascendente la normazione positiva: semplicemente qui e altrove segnalava come da tale matrimonio quello regolato dal diritto statuale si fosse gradatamente e oramai abissalmente discostato, finendo per veicolare un diverso 'modello'.

¹⁰² Cfr. ampiamente G. DALLA TORRE, *Il matrimonio tra diritto e legge. Sondaggi nella storia*, in *Famiglia e diritto nella Chiesa*, a cura di M. TINTI, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014, p. 56 ss.

¹⁰³ Echeggio qui il termine usato da P. DONATI, *La famiglia. Il genoma che fa vivere la società*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2013.

¹⁰⁴ O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, cit., p. 4.

¹⁰⁵ Parlava di un'«ideologia dell'indifferenziato» «distorsiva dello stesso principio di uguaglianza» L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, XLIII (1990), 3, p. 9 ss. (sintetizza il pensiero di quest'Autore e in particolare la sua concezione neo-istituzionale della famiglia e del matrimonio come atto specifico che la fonda A. NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Europa e diritto privato*, XV [2012], pp. 169-195). Cfr. ancora sul disconoscimento delle differenze alcune osservazioni di M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in *Iustitia*, LXIV (2011), p. 293 ss. Osservava, a proposito delle tendenze del diritto e della giurisprudenza italiana nel 2003, A. NICORA, *Il matrimonio concordatario in Italia*, cit., p. 349: «La questione valoriale si attenua sempre più nella coscienza collettiva, e tendono a prevalere considerazioni di tipo principalmente formale, utilitaristico e garantista; il legislatore sembra ormai a rimorchio di queste forti spinte, mentre la giurisprudenza, Corte di Cassazione in testa, sembra addirittura promuoverle e anticiparle. Detto in altri termini, e sempre con certo inevitabile schematicismo: gli articoli 29-31 della Costituzione della Repubblica perdono progressivamente la loro specificità e il loro rilievo (il 31 – tutela della famiglia numerosa – l'ha ormai perso da tempo, e forse non l'ha mai avuto in concreto) mentre si dilata indefinitamente la portata dell'art. 2 (riconoscimento delle formazioni sociali) pagando il prezzo dell'indistinto: chiunque si metta insieme, con qualche minimo di rilievo formale e di continuità, per motivi generalmente affettivi e di reciproco sostegno, è riconosciuto e tutelato tendenzialmente in modo eguale ai coniugi». La dottrina italiana attuale, d'altronde, è giunta ad affermare – con un singolare ribaltamento – che l'interpretazione delle disposizioni costituzionali riguardanti il matrimonio e la famiglia deve muovere e trarre il significato da ciò che la legislazione civile viene a fissare come regole dei rapporti tra i coniugi e tra essi e i figli: cfr., per tutti, R. BIN,

perciò simmetricamente tranciando quell'*unicuique suum tribuere* che del diritto è sempre stato architrave ma anche stella polare. Uno 'tsunami' di 'snaturamento' del palinsesto del matrimonio, dunque, che si è abbattuto sul diritto medesimo, travolgendone la principale funzione.

Dunque, quanto al matrimonio, a quell'originaria conformazione al 'prototipo' canonico, come sopra si è evocato, è susseguita una fase che, prima lentamente e poi in maniera accelerata, da esso ha preso, via via più diametralmente, le distanze. Inabissandosi implacabilmente, uno dopo l'altro, i pilastri consegnatici da millesettecento anni di incubazione antropologica e giuridica: il legame tra matrimonio e famiglia con una turbinosa copiosità di 'aggregazioni familiari'¹⁰⁶; la definitività dell'unione troncata solo dalla morte, oramai preda del 'lunatico' svanire dell'*amour-passion*¹⁰⁷; l'apertura alla prole, con l'ormai consumata scissione tra procreazione e matrimonio¹⁰⁸ (ma anche tra procreazione e sessualità)¹⁰⁹; l'imperativo della fedeltà e tutti i diritti-doveri sponsali, oramai solo nomi-

L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia, in *Famiglia e diritto*, XXIX (2022), 5, pp. 514-524; M. SESTA, *Interessi del minore e stato giuridico della filiazione*, *ivi*, 11, p. 1059 ss.

¹⁰⁶ Cfr., per tutti, il quadro che disegna E. BILOTTI, *Un nuovo diritto della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, XXIX (2022), 11, specialmente p. 1040 ss., il quale tra l'altro non nasconde «un'inquietudine di fondo: la preoccupazione che dietro certe "parole d'ordine" del nuovo diritto della famiglia si nasconda in realtà un arretramento – e non un avanzamento – nella promozione della persona» (*ivi*, pp. 1040-1041); si veda anche M. PARADISO, *Dal matrimonio alla filiazione. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, *ivi*, p. 1045 ss.

¹⁰⁷ Come noto, ha descritto i cambiamenti nella nozione e nelle manifestazioni della passione amorosa nella società occidentale D. DE ROUGEMONT, *L'amour et l'Occident*, Plon, Paris, 1939.

¹⁰⁸ Cfr. recentemente la sintesi dell'intervenuta scissione del legame tra filiazione e matrimonio tracciata da M. PARADISO, *Dal matrimonio alla filiazione. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, *cit.*, p. 1044 ss., il quale anche segnala l'intervenuta separazione tra procreazione e filiazione, intesa come rapporto, nonché tra genitorialità e filiazione.

¹⁰⁹ Mi permetto di rinviare alle argomentazioni che già esponevo in G. BONI, *Alcune considerazioni su procreazione e sessualità nel matrimonio canonico*, in *"Iustitia et iudicium". Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, a cura di J. KOWAL, J. LLOBELL, I, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, pp. 183-206.

nalmente enumerati ma sensibilmente cambiati¹¹⁰ oltre che sguarniti di mezzi di tutela ovvero con mezzi di tutela spuntati o sbilanciati¹¹¹; la pubblicità esteriore del *foedus*¹¹², oramai spogliato di qualsivoglia respiro superindividuale; fino all'archiviazione della dualità tra uomo e donna e al seppellimento dell'eterosessualità tra i reperti preistorici, se non addirittura potenzialmente discriminatori¹¹³. L'adeguamento alla società liquida in cui tutto è transeunte ha schiacciato e frantumato

¹¹⁰ Si vedano, per tutti, le osservazioni riassuntive di M. PARADISO, *Dal matrimonio alla filiazione. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, cit., p. 1047, sulla de-giuridificazione sostanziale del coniugio: «la facilitazione offerta a chi voglia addivenire a separazione personale e a divorzio, l'irrelevanza della colpa nella separazione – atteso che l'addebito è divenuto nella prassi un'eccezione –, la soppressione di ogni residuo dovere già nel corso della separazione e prima ancora del divorzio, la tendenza a ridurre la “misura” della solidarietà post coniugale fanno sfumare il carattere giuridico degli obblighi matrimoniali. A questo oggi si aggiunge, nel quadro dell'operato ampliamento della responsabilità civile, che questa non sanziona la violazione dei doveri familiari. Sanziona piuttosto la lesione dei diritti tutelati nella comune vita di relazione: rivestita con i panni dell'illecito aquiliano, la protezione regredisce al livello della tutela esperibile verso gli estranei, ai quali è appunto rivolto l'apparato sanzionatorio extracontrattuale. /Non sembri azzardato, perciò, ritenere che, come nelle convivenze la disciplina introdotta per via legislativa rimane solidamente ancorata alle *obbligazioni naturali*, analogamente verso queste ultime potrebbe dirsi che inizia a scivolare la disciplina del matrimonio»; cfr. L. LENTI, *Uguaglianza fra tutti i figli, famiglia e matrimonio*, in *Famiglia e diritto*, XXIX (2022), 11, p. 1081. Pregevoli, per converso, i rilievi che oppone A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e cambiamento*, *ivi*, p. 1051 ss., sul «presunto svuotamento del contenuto e del vincolo del matrimonio», segnalando alcune ambivalenze emergenti.

¹¹¹ Cfr. le annotazioni di J. ESCRIVÁ-IVARS, *Derecho natural, matrimonio y familia*, in *Ius divinum*, a cura di J.I. ARRIETA, coordinatore edizione C.-M. FABRIS, Marcianum Press, Venezia, 2010, specialmente p. 1284 ss.

¹¹² Cfr. H. FRANCESCHI, *Una comprensione realistica dello ius connubii e dei suoi limiti*, in *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, a cura di M.A. ORTIZ, Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 20: «Questo svuotamento dei sistemi matrimoniali si è anche concretizzato nel dilagare di leggi e normative che tentano di regolare le “unioni di fatto” come un'alternativa al matrimonio, dato che non si sa più cosa esso sia, per cui fa lo stesso che vi sia o meno impegno, riconoscimento sociale, contenuti specificamente matrimoniali, ecc.».

¹¹³ Non rimane, osserva A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e cambiamento*, cit., p. 1055, che «eliminare la bilateralità per “non discriminare” unioni c.d. poliamorose».

quel *consortium* tra uomo e donna che il cristianesimo aveva portato alla ribalta, basato su lacci tanto potenti da poter i coniugi persino volontariamente privarsi dell'esercizio della sessualità: così come effigiato dall'apoteosi della Sacra Famiglia, riprodotta solo – e sempre più di rado, atteso, paradossalmente, il disturbo che essa suscita – nell'approntamento del pre-sepe natalizio¹¹⁴. Al termine di questo processo di scollamento, manipolazione e poi di eliminazione, tuttavia, non si rinven-gono vinti e vincitori: e se un tempo il matrimonio civile si er-geva quasi eroicamente come pugnace rivale e antagonista¹¹⁵ di quello canonico, potendo l'amore profano fronteggiare orgogliosamente e gagliardamente l'amore sacro, ora non più lo scontro, al fondo tonico e stimolante, ma neppure un minimo confronto dialogico è possibile con un evanescente e impalpa-bile fantasma, senza contenuti e senza consistenza.

Eppure, come altrove ho glossato¹¹⁶, il fondale contempora-neo riesuma copioni *déjà vus*, moltiplicandosi le similitudini con la situazione coeva ai primi vagiti della Chiesa, a quei se-coli nei quali il cristianesimo, dalla sua fondazione, cominciò a espandersi: un'espansione sbalorditivamente celere e verti-ginosa in un contesto di cui, nonostante avversità d'ogni sorta – oltre alle sanguinose persecuzioni –, pacatamente e gradual-mente ma con tenacia incrollabile esso mutò pervasivamente i connotati. Così il matrimonio romano¹¹⁷, relazione fattuale

¹¹⁴ Cfr. le riflessioni di A. ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, *passim*.

¹¹⁵ Cfr. alcune considerazioni di A.C. JEMOLO, *Sul titolo "Del matrimonio" nel progetto definitivo di libro primo del codice civile*, in *Giurisprudenza italiana*, LXXXVIII (1936), specialmente c. 188 ss.

¹¹⁶ Riprendo in questa parte quanto scritto in G. BONI, *Il matrimonio*, in G. BONI, A. ZANOTTI, *La Chiesa tra nuovo paganesimo e oblio. Un ritorno alle origini per il diritto canonico del terzo millennio?*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 104 ss.

¹¹⁷ Ovviamente la letteratura è amplissima, e con non poche differenti sfumature contenutistiche: mi limito a rinviare alle trattazioni 'famose' di R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, Giuffrè Editore, Milano, 1951; E. VOLTERRA, *Matrimonio (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Giuffrè Editore, Milano, 1975, pp. 726-807. Si vedano anche R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, seconda edizione, Cedam, Padova, 2002; ID., *Studi sul*

che cessava all'esaurirsi dell'*affectio coniugalis* e nel quale comunque le cause di scioglimento abbondavano rendendo il legame provvisorio, vulnerabile e fragilissimo¹¹⁸, ove era repressa la fornicazione della sola donna per non pregiudicare la legittimità della discendenza, ove il contestuale concubinato era permesso e disciplinato, ove i figli dipendevano totalmente dal *pater familias* che solo determinava l'identità filiale dei neonati¹¹⁹: anche questo matrimonio, per quanto potesse avvalersi

matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano, Jovene, Napoli, 2012; P. GIUNTI, *Consorts vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Giuffrè Editore, Milano, 2004; R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»*, CV (2011), pp. 197-233. Si sofferma recentemente al riguardo con indicazioni bibliografiche A. CALVO ESPIGA, *¿Secularidad o privacidad? La irónica disolución de la institución matrimonial*, cit., p. 890 ss.

¹¹⁸ Come afferma A. CALVO ESPIGA, *¿Secularidad o privacidad? La irónica disolución de la institución matrimonial*, cit., p. 894, sulla base della letteratura specifica, «Si bien varón y mujer tenían, en principio, reconocido el derecho de romper el matrimonio unilateralmente, la realidad es que, en los casos de rotura unilateral, en la mayoría de los casos, se realizaba por iniciativa del varón».

¹¹⁹ Cfr., per tutti, Y. THOMAS, *Roma: padri cittadini e città dei padri*, in *Storia universale della famiglia*, Mondadori, Milano, 1987, p. 202: «Alla nascita il padre sollevava il piccolo da terra, dove l'aveva depresso la levatrice, e con questo gesto di appropriazione affermava il suo diritto, perché *tollere liberos* voleva dire anche "acquisire la patria potestà". Se si trattava di una bambina, ordinava semplicemente di attaccarla al seno. "Alimentare" (*alii iubere*) una bambina era un modo per dire che la si sarebbe lasciata vivere, mentre la prima alimentazione del maschio si poneva come conseguenza di un gesto attraverso il quale il padre integrava il figlio nella serie dei poteri ereditari e trasmessi». Per i romani non c'erano differenze essenziali tra filiazione naturale e adottiva, l'elemento necessario era quello dell'accettazione volontaria del figlio: cfr. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996, p. 234 ss. Per influsso del cristianesimo si inizia a punire l'aborto, l'infanticidio e l'abbandono dei figli, e si radica l'idea che la filiazione sia una realtà legata al concepimento e alla generazione. Si sofferma criticamente sulla contemporanea «concezione pneumatica (spiritualizzata, volontaristica) e legalistica della filiazione, che taluno va proponendo, la quale pretenderebbe di dissolvere l'elemento naturalistico, riducendo questo specialissimo rapporto a una mera scelta dell'adulto con la conseguente artificiale dissociazione tra biologia e biografia» A. NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, cit., p. 188 ss., il quale afferma tra l'altro: «Alla genitorialità occorre [...] l'oggettività di un fatto, non già la soggettività di un atto unilaterale che riproporrebbe in forma nuova l'arcaico rito

di un diritto sofisticato e levigato, impercettibilmente, nel toro di una ‘manciata di secoli’, si eclissò e sparì sull’onda d’urto della predicazione cristiana¹²⁰. Senza, invero, altisonanti proclami né rumorosi sommovimenti, ma vivendo i neofiti ‘nel Signore’¹²¹ la realtà *terrena* – si badi bene – della consacrazione mutua e complementare tra uomo e donna, essa fu trasfigurata: anzitutto con «il *rispetto assoluto della fedeltà coniugale*, portato sino all’intimo sentire di ciascuno dei coniugi [...] e imposto senza distinzione all’uomo e alla donna, facendo valere un principio di parità che in quei tempi aveva, possiamo ben dirlo, una carica davvero rivoluzionaria», e, simultaneamente, con «l’*indissolubilità del vincolo coniugale*, che impegnava gli sposi cristiani a restare uniti per tutta la vita, astenendosi dall’utilizzare le ampie possibilità di divorzio offerte da tutte le legislazioni dell’epoca»¹²². Infatti, quel consenso, che per il diritto romano era reversibile e inficiava il rapporto al suo dileguarsi, fu reso irrevocabile, attuando una trasmutazione in-

di innalzamento del figlio; sicché dalla fattispecie originaria dello *status* l’elemento biologico non può essere eliminato, privando il minore di un elemento dell’identità personale che deve riflettersi nella filiazione tra le persone, associando, non dissociando, biologia e biografia». Si veda su alcuni recenti sviluppi ALBERTO MARIA GAMBINO, *Tecnologie riproduttive e genitorialità d’intenzione*, in *Famiglia e diritto*, XXIX (2022), 11, p. 1068 ss.

¹²⁰ Anche qui la letteratura è sterminata. Mi limito a rinviare alle belle pagine di G. BARDY, *La conversione al cristianesimo nei primi secoli*, traduzione italiana, Jaka Book, Milano, 2005. ‘Classico’, pure al riguardo, il richiamo di A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, seconda edizione aggiornata a cura di R. GÉNESTAL, J. DAUVILLIERS, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1935; G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano. Studio storico-dottrinale*, Edizioni Paoline, Alba, 1954; E. SCHILLEBEECKX, *Il matrimonio. Realtà terrena e mistero di salvezza*, Edizioni Paoline, Roma, 1986; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit*, Les Editions du Cerf, Paris, 1987. Cfr. anche V. FAGIOLLO, *L’influsso del cristianesimo nell’evoluzione dell’istituto matrimoniale romano*, in *Ephemerides iuris canonici*, XIII (1957), pp. 58-70, nonché il più recente *Christianity and Family Law. An Introduction*, edited by J. WITTE JR., G.S. HAUKE, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

¹²¹ Cfr. San PAOLO, 2 Cor 7,39: «La moglie è vincolata per tutto il tempo in cui vive col marito; ma se il marito muore è libera di sposarsi, purché ciò avvenga nel Signore»; Col 3,18: «Voi mogli, state sottomesse al marito, come conviene nel Signore».

¹²² P. MONETA, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2014, pp. 10-11 (anche la citazione precedente).

tegrale dell'istituto che da quella volontà precettiva si generava. Si impediva in tal modo lo sfaldamento dei matrimoni a detrimento specialmente delle parti inermi e più esposte, solitamente le donne¹²³ sposate in giovinezza e poi ripudiate, sovente derelitte, nel modo precristiano, in condizioni pietose. Celeberrime le reprimende dei Padri della Chiesa per deplorare tali comportamenti indegni e lesivi della giustizia naturale, per arrivare fino alla speculazione tomista che stigmatizzava come fosse iniquo che la moglie, sfiorita l'avvenenza e divenuta infertile, venisse messa in disparte quando aveva maggiormente bisogno d'aiuto¹²⁴. Ma famose e largamente esplorate dalla scienza giuridica sono altresì le sollecitazioni sul diritto affinché la legislazione imperiale¹²⁵ e poi comunque quelle secolari riducessero le possibilità di divorzio¹²⁶. Così, la madre di tut-

¹²³ Per una lettura recente dell'evoluzione giuridica del matrimonio alla luce della tutela della donna cfr. A.M.^a LÓPEZ MEDINA, *La permanente crisis del matrimonio*, in *Revista Española de derecho canónico*, LXXVIII (2021), pp. 1021-1048.

¹²⁴ Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa contra gentiles*, cc. 123-124. Cfr. quanto osservava F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, il Mulino, Bologna, p. 10.

¹²⁵ Riassume C. CARDIA, *La Chiesa tra storia e diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 96: «Con Giustiniano erano previste diverse cause di divorzio, ma l'*Ecloga* dell'VIII secolo già proclama l'indissolubilità del matrimonio pur consentendone lo scioglimento in alcuni casi (impotenza del marito, prostituzione della moglie, attentato contro la vita del coniuge, lebbra). La definitiva sanzione dell'indissolubilità e la dottrina delle *causae nullitatis* rendono la Chiesa arbitra della validità del matrimonio per tutti i fedeli, compresi regnanti e imperatori».

¹²⁶ Ribadisce J. FERRER ORTIZ, *La eficacia civil del matrimonio canónico en una sociedad secularizada*, cit., p. 105: «En definitiva, puede afirmarse que la recepción del Derecho romano en Europa, tan decisiva en las demás ramas del Derecho privado, fue muy limitada en el ámbito del Derecho matrimonial, si se exceptúa la incorporación de aforismos romanos, que aportaban mayor respetabilidad y vigor formal al Derecho canónico, aunque fueran libremente interpretados por éste. Esto es lo que sucede cabalmente con las célebres definiciones de matrimonio, la atribuida a Ulpiano y la de Modestino, que fueron acogidas por los canonistas pero dándoles un alcance y un significado algo distintos. Y lo mismo ocurre de forma más acusada con el brocardo romano *nuptias non concubitus, sed consensus facit*. Para los canonistas no se trata de un *consensus* continuado, sino de un *consensus* pacticio, lo que constituye una de sus grandes aportaciones al Derecho matrimonial. Del intercambio de voluntades entre el varón y la mujer, en un lugar y tiempo determinados, surge un

te le battaglie¹²⁷, combattuta indomabilmente – sia pure con cedimenti nell’arco dei secoli –, è stata quella di patrocinarne e fomentare la non rescindibilità del vincolo proprio di fronte a tradizioni sociali e giuridiche, le più disparate ma spesso collimanti sul punto, in cui i matrimoni si risolvevano friabilmente per mera volontà delle parti (solitamente, allora, quella unilaterale dell’uomo, esente da ogni sindacato o limitazione): esponendoli al vento spietatamente abrasivo del volubile capriccio del singolo¹²⁸. Esattamente come oggi¹²⁹.

In mezzo ci fu anche, è noto, quella convergenza, addirittura quell’«osmosi»¹³⁰ della società ecclesiale e di quelle secolari coalizzate per il consolidamento di un modello di matrimo-

vínculo jurídico perpetuo y exclusivo, que no necesita renovarse cada día. Ese acto de entrega y aceptación mutua de los contrayentes en cuanto cónyuges será la causa eficiente del matrimonio, lo que les convierte en marido y mujer (sociedad conyugal)».

¹²⁷ Invero la Chiesa si è sempre impegnata per veicolare la concezione del matrimonio basata sul consenso personale, insostituibile e irrevocabile dei coniugi: «quella del cristianesimo non è certo una lotta consumatasi soltanto contro le culture antiche. Essa percorre la storia del diritto di famiglia fino ai giorni nostri, rendendo ragione in fondo allo storico Delumeau il quale si interroga e dubita riguardo alla effettività della cristianizzazione dell’Europa» (A. NICOLUSSI, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 47).

¹²⁸ Scrive CH. DELSOL, *La fine della cristianità e il ritorno del paganesimo*, traduzione italiana, Edizioni Cantagalli S.r.l., Siena, 2022, p. 32: «Vi è solo la legge del capriccio che non mette in azione alcuna credenza, e ciononostante, per non apparire frivola, afferma di essere guidata dal principio di libertà».

¹²⁹ Lo nota anche J. FERRER ORTIZ, *La eficacia civil del matrimonio canónico en una sociedad secularizada*, cit., p. 111: «Es como si el divorcio hubiera conducido al matrimonio a través del túnel del tiempo de la historia, retro trayéndolo a la concepción romana, como situación de hecho con consecuencias jurídicas». Secondo A. NICOLUSSI, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 52-53, «Mentre [...] il diritto romano coglie pur sempre la dignità del matrimonio ricercando nel fatto i tratti tipici dell’*honor matrimonii*, la modernità, riducendo il matrimonio a un affare privato e come tale neutro sul piano dell’etica sociale, ne offusca la dignità e rende ambigua la parola stessa che lo designa. E poiché “la parola è un’incarnazione umana del senso”, il consenso matrimoniale vede sbiadire il suo oggetto che si squalifica facendo degradare il matrimonio a un atto privato di disposizione con cui ciascuno, nella sua solitudine disperata, persegue la propria felicità col mezzo dell’altro».

¹³⁰ G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, Tomo secondo *Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione*, Cedam, Padova, 1984, p. 84.

nio che soddisfacesse gli scopi da ciascuna perseguiti: i quali erano però, per queste ultime, oltre che di occhiuto controllo sociale, di ordine prettamente e utilitaristicamente economico e produttivo. Ma, come con intelligenza e premonizione ha ricostruito Giuseppe Caputo sulle orme di un'avveduta dottrina, alle strutture di organizzazione del lavoro arcaiche e del paleocapitalismo ne sono in seguito subentrate altre completamente divergenti, al traino dei «miracoli della tecnologia, dell'automazione, della computerizzazione»¹³¹. Per esse il matrimonio *seminarium rei publicae* era solo un fardello ingombrante da sotterrare, e una libertà sessuale 'sfrenata' – invero apparentemente libera da freni¹³² – nonché possibilmente non procreativa è divenuta il 'campione' su cui investire. Strutture produttive che, va detto incidentalmente, mostrano oggi – e di nuovo – crepe se non vere e proprie falle profonde che scuotono la contemporaneità. Proprio per tali inconciliabili ragioni il sodalizio della Chiesa coi poteri politici sul matrimonio è sempre stato provvisorio ed estemporaneo perché al fondo mistificatorio del *quid* antropologico identificante quest'ultimo.

4. *L'impatto con la modernità e il ruolo delle stipulazioni concordatarie, ieri ma anche oggi, novo millennio ineunte*

E infatti, riprendendo ancora il bandolo dell'ellittico *excursus* appena abbozzato, il ruolo propulsore, anzi sempre più di vera supplenza della Chiesa non si è interrotto nel secondo millennio, come un brillante giurista ha perspicacemente ri-

¹³¹ G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, Tomo secondo *Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione*, cit., p. 96.

¹³² Cfr. G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, Tomo secondo *Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione*, cit., rispettivamente p. 97, p. 98: «se guardiamo a fondo non possiamo non avvederci – come si è avveduto da par suo Adorno – che la nuova libertà sessuale non è se non una nuova forma del controllo sociale. [...] La contraccezione, l'aborto, l'omosessualità, ieri delitti, diventano oggi diritti: in nome, formalmente, della libertà: in verità dell'efficienza produttiva».

assunto: «Quell'ipotetica società del passato, così favorevole al matrimonio e alla famiglia non è mai esistita nella realtà. È esistita, invece, una tendenza progressiva della Chiesa ad assumersi la responsabilità di costruire un diritto matrimoniale per tutta la cristianità, ovvero, per ciò che oggi conosciamo come l'ambito civile dello Stato e l'ambito canonico della Chiesa», soggiungendo: «Dato il vuoto di potere e di *auctoritas* nel mondo secolare di allora, la responsabilità della Chiesa sulla legge naturale e sul sacramento la portarono a colmare quel vuoto storico, ricorrendo, tra le altre risorse, all'ingente costruzione di un sistema giuridico che garantisse l'identità del matrimonio nel momento di contrarlo e che ne regolasse la conflittualità. Il sistema matrimoniale canonico fu l'unico diritto matrimoniale fino alla crisi della riforma protestante¹³³, però mantenne la sua presenza esclusiva nelle monarchie confessionali cattoliche e, in seguito, la sua efficacia civile in molti sistemi giuridici, ricorrendo a vari concordati, fino ad oggi. Sia il sistema giuridico esclusivo e unico per tutta la cristianità sia l'efficacia civile del diritto matrimoniale canonico sono state e sono tuttora delle opzioni e delle *risposte storiche indovinate, probabilmente ispirate*, che hanno contribuito moltissimo all'umanizzazione dei costumi coniugali e familiari in Occidente»¹³⁴ (corsivo mio). Una sintesi, certo, quella di Viladrich, che non entra in tutti gli anfratti minuti, involuti (e spesso anche, almeno di primo acchito antitetici) delle vicende, spesso «tra la storia e il mito»¹³⁵, del matrimonio: ma che ne intercetta il nocciolo.

Comunque sia, l'impatto con la modernità e la tentacolare invasione statale nel campo del matrimonio e della famiglia,

¹³³ Cfr. recentemente la trattazione di A. CALVO ESPIGA, *¿Secularidad o privacidad? La irónica disolución de la institución matrimonial*, cit., p. 898 ss., con indicazioni di letteratura al riguardo.

¹³⁴ P.-J. VILADRICH, *La dimensione giuridico-canonica della preparazione al matrimonio*, in *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, cit., p. 10.

¹³⁵ G. DALLA TORRE, *Ancora su «due modelli di matrimonio». Considerazioni fra diritto e storia*, cit., p. 35, il quale si sofferma con acume sulla cosiddetta 'secolarizzazione del matrimonio', sfatando alcuni giudizi incompleti e luoghi comuni in ordine alla parabola plurisecolare di evoluzione dell'istituto.

pur nella sua violenza, non fu mai patito con sottomessa sopportazione dalle gerarchie ecclesiastiche (Papa¹³⁶ e vescovi), le quali non si esonerarono dall'agone: si pensi, per un esempio incisivo, alle dure reazioni proprio in Italia – che giunsero a volte addirittura alla fulminazione di scomuniche¹³⁷ – all'introduzione del matrimonio civile obbligatorio, ma anche alle proposte di colpire con sanzioni la precedenza della celebrazione canonica rispetto al rito civile¹³⁸: come altrove avveniva e an-

¹³⁶ Non si può non ricordare la nota Lettera Enciclica di LEONE XIII, *Arcanum divinae sapientiae* del 10 febbraio 1880, consultabile online all'indirizzo www.vatican.va. Cfr. A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., p. 90 ss. Su altri interventi di Pio IX e di Leone XIII con riferimento alla situazione italiana si veda D. TARANTINO, "In difesa del matrimonio religioso". *La reazione dell'episcopato italiano al disegno di legge sull'obbligatorietà delle nozze civili all'indomani dell'unità*, supplemento alla rivista *Diritto e religione*, i Quaderni 11, 2017, p. 4 ss.; EAD., *Secundum legum praecepta: l'obbligatorietà del matrimonio civile nell'Italia post-unitaria*, ivi, i Quaderni 12, 2017, specialmente p. 25 ss., ove riferimenti documentali e dottrinali. Cfr. anche P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, il Mulino, Bologna, 1974, p. 155 ss.; G. VISMARA, *Il diritto di famiglia dalle riforme ai codici*, Giuffrè Editore, Milano, 1978.

¹³⁷ Cfr. D. TARANTINO, *Secundum legum praecepta: l'obbligatorietà del matrimonio civile nell'Italia post-unitaria*, cit., p. 5; EAD., "In difesa del matrimonio religioso". *La reazione dell'episcopato italiano al disegno di legge sull'obbligatorietà delle nozze civili all'indomani dell'unità*, cit., p. 5, che ricorda ad esempio una Dichiarazione di principi dei vescovi della provincia ecclesiastica di Chambery da pubblicarsi in tutte le parrocchie della provincia: in essa «Concludevano affermando la comminazione della scomunica maggiore ai fedeli sottoposti alla loro giurisdizione che avessero contratto matrimonio diversamente dalla forma prescritta dalla Chiesa, i quali sarebbero stati privati della partecipazione ai sacramenti in vita ed al momento della morte (compresa la sepoltura ecclesiastica se prima di morire non si fossero riconciliati con la Chiesa), a meno che non avessero proceduto a convalidare canonicamente il matrimonio o non si fossero separati dalla persona ritenuta concubina dalla Chiesa; inoltre dichiaravano la natura illegittima di fronte all'ordinamento canonico dei figli nati da quello che consideravano un mero concubinato»; anche altri furono i vescovi che si mobilitarono, come illustra l'Autrice nei saggi citati. Si veda pure EAD., *L'introduzione del matrimonio civile in Italia, Francia e Spagna: spunti di analisi storico-giuridica comparata*, in *Veritas e jus*, XVII (2018), p. 136 ss.

¹³⁸ Cfr. anche qui, per tutti, sempre con riferimento all'Italia, D. TARANTINO, "In difesa del matrimonio religioso". *La reazione dell'episcopato italiano al disegno di legge sull'obbligatorietà delle nozze civili all'indomani dell'unità*, cit., p. 6 ss.; EAD., *Secundum legum praecepta: l'obbligatorietà del matri-*

cora avviene, rasentando l'abominio dell'oppressione religiosa. Eppure, anche in quelle condizioni di stridente collisione, la Chiesa si premurava di inculcare nei fedeli l'osservanza delle formalità imposte dalla legge secolare per la rilevanza del vincolo canonico, specie «per il bene della prole e per contrastare il rischio della poligamia»¹³⁹, oltre che a scudo dell'indissolubilità: fermo restando che la celebrazione *in facie Ecclesiae* era l'unica valida, tuttavia il matrimonio civile non era solo lecito per i fedeli, ma obbligatorio *indirecte per accidens*¹⁴⁰.

E molto spesso, lo snodo per comporre l'esacerbarsi dei dissi – che si contendevano 'sulla pelle' dei cittadini-fedeli e a nocimento della loro libertà di coscienza – è risieduto proprio nella firma di concordati¹⁴¹. Sempre quanto all'Italia, è noto come Pio XI esclamasse senza titubanze: «Per avere questo articolo 34 del Concordato saremmo andati a trattare con Belzebù in persona!»¹⁴²: esplicitando la determinazione tenace della Chiesa. Ciò che fa ancora più spiccare il paragone con la Chiesa odierna che, evidentemente, tentenna e indietreggia nella

monio civile nell'Italia post-unitaria, cit., p. 9 ss.; EAD., *L'introduzione del matrimonio civile in Italia, Francia e Spagna: spunti di analisi storico-giuridica comparata*, cit., p. 142 ss.

¹³⁹ D. TARANTINO, *Secundum legum praecepta: l'obbligatorietà del matrimonio civile nell'Italia post-unitaria*, cit., p. 15.

¹⁴⁰ Cfr. A. BOGGIANO PICO, *Il matrimonio nel diritto canonico con riferimenti alla legislazione concordataria*, Unione tipografica - Editrice torinese, Torino, 1936, pp. 425-426, che richiamava l'Istruzione del 15 gennaio 1866 della S. Penitenzieria.

¹⁴¹ Cfr. la sintetica ma efficacissima ricostruzione storica di G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia tra laicità e libertà religiosa*, cit., p. 5 ss.

¹⁴² Lo riferiva O. GIACCHI, *Fine dell'art. 24 Concordato?*, in *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica*, II, a cura di O. FUMAGALLI CARULLI, Giuffrè Editore, Milano, 1981, p. 302. E aggiungeva O. FUMAGALLI CARULLI, *Libertà religiosa e riserva di giurisdizione della Chiesa sui matrimoni concordatari: sentenze canoniche e ordinamento civile*, cit., p. 3, che di questa esclamazione «non vi è traccia nel testo ufficiale del discorso, pronunciato davanti ai docenti e studenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore all'indomani della firma dei Patti lateranensi. Ma l'efficacia civile del matrimonio canonico e la riserva ai Tribunali ecclesiastici delle cause di nullità – dunque l'intero spettro della libertà religiosa matrimoniale – erano per il Papa di tale importanza da meritare un'interruzione nella lettura, che colpì l'uditore, nel quale era l'allora studente universitario ventenne Orio Giacchi».

difesa e promozione dell'efficacia civile del diritto e della giurisdizione matrimoniale canonica. Essa si rifugia semmai – valgono a riscontro i documenti sopra citati – nella protezione a oltranza del matrimonio sacramentale dei *christifideles*, rinserrandolo però entro la cinta della, viepiù sparuta, comunità dei credenti: recedendo e abdicando a quel ministero di illuminazione e di guida universale che è iscritto indelebilmente nel DNA del cristianesimo, chiamato a essere fermento del *saeculum*. Mentre al contrario oggi, similmente al momento dei primi passi nell'impero romano, solo la Chiesa potrebbe persuasivamente suggerire come riempire quel vuoto mortifero lasciato dai poteri secolari: che non è certo, anzitutto e solo, un vuoto giuridico, né, tanto meno, legislativo, ma dirupa in un doloroso e terribile vuoto esistenziale. E tuttavia in questa impresa, come già commentava Viladrich, l'ausilio del diritto è tutt'altro che accessorio e marginale: lo suffragano indiscutibilmente proprio quei secoli in cui esso è stato fidato e prezioso alleato nella preservazione e propagazione del matrimonio cristiano nella società civile. Il diritto non quale sovrastruttura vessatoria o ingabbiato nei fraintendimenti e nelle deviazioni giuspositiviste, ma quale latore della giustizia delle relazioni umane.

Tornando a quell'*indissolubilitas* che ha costituito il faro di molte generazioni e che, del resto, «è una chiave decisiva per accedere alla stessa idea di matrimonio»¹⁴³, essa, come si è già accennato, è totalmente svaporata, essendosi tornati pressoché ovunque a una permanente 'ambulatorietà' e rinegoziabilità del consenso nuziale, sottoposto ininterrottamente a verifica. Ciò conduce, in Italia e altrove, non solo al divorzio per volizione *ad libitum* delle parti¹⁴⁴ – con strumenti appunto di

¹⁴³ C.J. ERRÁZURIZ M., *Il fondamento antropologico-giuridico dell'indissolubilità del matrimonio*, in *Ius et matrimonium III. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, a cura di H. FRANCESCHI, M.A. ORTIZ, Edusc, Roma, 2020, p. 28.

¹⁴⁴ J. FERRER ORTIZ, *La eficacia civil del matrimonio canónico en una sociedad secularizada*, cit., pp. 110-111, riassume con molta efficacia le tappe evolutive del divorzio: «Una primera etapa del divorcio para casos excepcionales, el *pequeño divorcio de los casos piadosos*, centrado en la compasión que inspira uno de los cónyuges respecto al otro. Con el tiempo las causales se ampliarán al

recesso unilaterale dal vincolo ad azionabilità incondizionata e di insindacabile applicabilità¹⁴⁵, bastando la soggettiva impressione dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza¹⁴⁶ –, ma pure a procedure di scioglimento sempre più snelle e leste, foriere di 'appendici' sempre più lievi¹⁴⁷ (se si eccettuano, talora, quelle economiche): come si è sentenziato con

divorcio-sanción o divorcio por culpa, como respuesta del sistema al incumplimiento culpable por uno de los cónyuges de las obligaciones matrimoniales o por atentar contra la vida o la integridad física o moral del cónyuge inocente, único legitimado para pedir el divorcio. Con el tiempo, se tratará de superar los inconvenientes del binomio cónyuge culpable-cónyuge inocente con el divorcio-remedio o divorcio-ruptura en el que bastará comprobar el fracaso del matrimonio, materializado en la separación conyugal de hecho o de derecho. En la medida que los cónyuges pueden separarse de común acuerdo y constituir causa de divorcio, el siguiente paso será que puedan divorciarse directamente de común acuerdo sin necesidad de esperar el transcurso de unos plazos. El siguiente paso en esta espiral será el divorcio-repudio o divorcio-exprés, a voluntad de uno de los cónyuges, sin necesidad de invocar causa alguna ni que el otro lo consenta».

¹⁴⁵ Scrive L. Lenti, *Diritto della famiglia*, Giuffrè Editore, Milano, 2021, p. 646: in Italia «il sistema dello scioglimento del vincolo, sia per il matrimonio sia per l'unione civile, è governato dallo stesso principio fondamentale: ciascun componente della coppia ha il diritto potestativo – dunque per propria volontà unilaterale e indipendentemente dalla volontà dell'altro e da ogni circostanza di carattere oggettivo – di sciogliersi dal vincolo del matrimonio o dell'unione civile; l'altro componente si trova in stato di soggezione»; lo stesso Autore rileva come la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria oramai convergano sul «significato – pienamente soggettivo – che ha assunto l'intollerabilità della convivenza, fondamento della separazione giudiziale; come pure sul ridursi del valore precettivo che residua al dovere di convivenza» (*ivi*, p. 647). Cfr. anche ID., *Uguaglianza fra tutti i figli, famiglia e matrimonio*, cit., p. 1079 ss.

¹⁴⁶ Cfr. le condivisibili osservazioni di G. GIACOBBE, *La famiglia dal codice civile alla legge di riforma*, in *Iustitia*, LII (1999), p. 242 ss.

¹⁴⁷ Come ricorda O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, cit., p. 3: «La recente introduzione del divorzio così detto *low cost* (legge 10 novembre 2014 n. 162) accentua la privatizzazione. I coniugi, purché non ci siano figli né questioni patrimoniali, inoltrano domanda in Comune per sciogliere il matrimonio con la spesa minima di 16 euro (l'equivalente dell'imposta da bollo). Possono farsi assistere da un avvocato, ma è facoltativo. Firmano l'accordo e una dichiarazione davanti al Sindaco, che li invita a ripresentarsi dopo trenta giorni per confermare la scelta. Non hanno bisogno della mediazione né del giudice, né dell'avvocato. Tutto è nelle loro mani».

schiettezza, «El más nimio y elemental contrato recibe del ordenamiento jurídico mayor protección en cuanto a su firmeza y estabilidad que el que presta al matrimonio»¹⁴⁸. E le vittime di questa falciida matrimoniale, come ognuno sa, ancora proliferano¹⁴⁹, non meno emarginate e neglette di quelle del passato: con un micidiale dissesto sociale non dissimulabile¹⁵⁰. Anche la stessa poligamia, pure formalmente ancora respinta se non penalmente perseguita nei diritti secolari occidentali, s'è già insinuata in quella febbrile catena di precarie e transitorie parentesi matrimoniali sperimentate da molti, benché susseguenti tra loro¹⁵¹: così, pure la *proprietas* dell'*unitas* pare sgretolarsi, tra l'altro assediata non solo in via di fatto ma da concezioni matrimoniali di difforme ascendenza, anche religiosa,

¹⁴⁸ A. CALVO ESPIGA, *¿Secularidad o privacidad? La irónica disolución de la institución matrimonial*, cit., p. 914 ss., il quale nelle pagine precedenti si era soffermato in particolare sugli ultimi sviluppi normativi in Spagna.

¹⁴⁹ Rileva ad esempio A. NICOLUSSI, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 55: «Oggi [...] la contrattualizzazione del consenso matrimoniale sgancia la manifestazione di volontà dal riferimento a un modello di convivenza che assume come centrale la cura della prole e determina la sua durata anche in rapporto a tali esigenze: i coniugi si possono separare “per rifarsi una vita” anche a scapito di quella dei minori il cui consenso non ha fondato il contratto matrimoniale. Oggi come allora chi non è *sui iuris* riceve tutela non alla stregua di un diritto ma di un favore».

¹⁵⁰ Cfr. FRANCESCO, Esortazione apostolica postsinodale *Amoris laetitia*, 19 marzo 2016, cit., n. 52: «Nessuno può pensare che indebolire la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio sia qualcosa che giova alla società. Accade il contrario: pregiudica la maturazione delle persone, la cura dei valori comunitari e lo sviluppo etico delle città e dei villaggi. Non si avverte più con chiarezza che solo l'unione esclusiva e indissolubile tra un uomo e una donna svolge una funzione sociale piena, essendo un impegno stabile e rendendo possibile la fecondità»; ID., *Discorso nell'incontro con le autorità, la società civile e il corpo diplomatico*, Castello di Dublino, 25 agosto 2018, in *Acta Apostolicae Sedis*, CX (2018), pp. 1308-1309: «Non occorre essere profeti per accorgersi delle difficoltà che le famiglie affrontano nella società odierna in rapida evoluzione o per preoccuparsi degli effetti che il dissesto del matrimonio e della vita familiare inevitabilmente comporteranno, ad ogni livello, per il futuro delle nostre comunità. La famiglia è il collante della società; il suo bene non può essere dato per scontato, ma va promosso e tutelato con ogni mezzo appropriato».

¹⁵¹ E talora anzi si difende la poligamia quale 'modello poliamoroso': cfr. quanto rileva CH. DELSOL, *La fine della cristianità e il ritorno del paganesimo*, cit., p. 46.

che propugnano proprio il matrimonio poligamico simultaneo (invero, solitamente, monoandrico poliginico), reclamando addirittura il diritto alla legalizzazione.

Vale la pena allora porsi il quesito se la Chiesa, in Italia e non solo, possa tranquillamente seguire in questa direzione e disinteressarsi di tale deriva, occupandosi unicamente di serbare accuratamente e meticolosamente presidiare il matrimonio canonico per i soli 'eletti' che se ne avvarranno¹⁵²: abbandonando gli altri al 'vuoto' di cui sopra si è discusso e a quell'idolatrato feticcio totemico della libertà smisurata che diventa trionfo dell'egotismo e del solipsismo. Se possa disdegnare ogni soccorso a quei matrimoni divenuti «cadaveri privi di vita che tempo fa animava ogni membro ed ogni muscolo di quei corpi»¹⁵³, per usare qui un'immagine certamente brutale ma nondimeno realistica. Oppure, al contrario, se non sia urgente e non rinviabile per la Chiesa, come in quei primi secoli gloriosi in cui una minuscola minoranza fu in grado di capovolgere, prima ancora delle leggi, gli usi, le consuetudini, e specialmente la *forma mentis* di masse pagane, sentirsi ancora una volta vocata a una missione di pari ponderosità: ma, al contempo, davvero nevralgica e doverosa. E che il diritto, come costantemente ha fatto, non possa prestare all'uopo aiuti non solo utili ma insostituibili: quali sono stati, dinanzi all'assolutismo statale imperante, le sudate stipulazioni concordatarie che impedirono a lungo la dilapidazione e lo sperpero del patrimonio, anzitutto di umanità e di civilizzazione, paziente-

¹⁵² Parla di un «nuovo gnosticismo secondo cui a pochi eletti sarebbe dato di poter contrarre un vero matrimonio» G. DALLA TORRE, *Libertà matrimoniale e "favor matrimonii"*, in *La persona nella Chiesa: diritti e doveri dell'uomo e del fedele*, a cura di R. MACERATINI, Cedam, Padova, 2003, p. 166.

¹⁵³ Cfr. J. CARRERAS, *La dimensione giuridica del matrimonio e della famiglia*, in *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, a cura di C.J. ERRÁZURIZ M., L. NAVARRO, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 192: «Tra le caratteristiche più rilevanti dei sistemi dei diritti di famiglia contemporanei spicca quella della mancanza di criteri che consentano una coerente interpretazione delle norme relative alle diverse istituzioni. Essendo stati, nella loro origine, debitori dell'ordinamento matrimoniale e familiare canonico, questi sistemi sembrano oggi cadaveri privi della vita che tempo fa animava ogni membro ed ogni muscolo di quei corpi».

mente adunato. Io, nonostante tutto, ne sono sicura e resto fiduciosa: e, in quest'ottica, nutro l'opinione che il matrimonio concordatario, quello canonico con effetti civili, ricopra ancora una preminente centralità, essendo l'anello di congiunzione e la cerniera con la società secolare entro la quale la Chiesa e i cristiani non solo vivono ma devono, per mandato fondazionale, pienamente vivere.

Per i cattolici sposarsi canonicamente e vedere il loro matrimonio rilevare pubblicamente anche per lo Stato italiano, insieme alla *iurisdictio nullitatum* da loro interpellata, è un'estrinsecazione incompressibile e inviolabile di libertà religiosa di *fideles* che sono e devono essere, e inscindibilmente, anche *cives*: non possono, anzi, 'dimettersi da cittadini', come recitava il titolo di un articolo giornalistico di Dalla Torre¹⁵⁴. Libertà religiosa, poi, che, nella declinazione peculiare della libertà matrimoniale, fu alle scaturigini dello stesso matrimonio civile a favore dei non cattolici¹⁵⁵ e che ora, bizzarramente, proprio a loro – mentre per altri diritti confessionali, lo appunto *inci-*

¹⁵⁴ Cfr. G. DALLA TORRE, *Scritti su Avvenire. La laicità serena di un cattolico gentile*, a cura di G. BONI, Edizioni Studium, Roma, 2021, p. 286: invero il titolo dell'articolo era *Non possiamo dimetterci da cittadini*, pubblicato sul quotidiano del 12 maggio 2001. Si sofferma recentemente su queste pagine di Dalla Torre P. BIAVATI, *La laicità nel prisma degli 'Scritti su Avvenire' di Giuseppe Dalla Torre*, in *Archivio giuridico*, CLIV (2022), p. 822 ss., ribadendo che il cristiano «È cittadino che esercita pienamente i suoi diritti quando cerca di trasferire nelle leggi i valori in cui si riconosce, senza prevaricazione ma anche senza timidezza. È cittadino che partecipa alla vita culturale, sociale e politica insieme ad altri, senza rinchiudersi dentro a steccati rassicuranti ma fatalmente minoritari e al contempo senza rinunciare ad essere se stesso. /Soprattutto, non può rinunciare all'impegno, anche quando gli sembra che il mondo vada in altra direzione o che il disincanto di molti renda inutile ogni sforzo per migliorare le cose. Il 'cattolico laico' è pienamente cittadino e da questo ruolo non si può dimettere».

¹⁵⁵ Lo spiega stringatamente ma esaustivamente G. DALLA TORRE, *Postille sul matrimonio concordatario*, cit., p. 187: «il matrimonio civile nasce come strumento di tolleranza nei confronti delle minoranze religiose, onde permettere agli appartenenti a confessioni religiose non riconosciute come ufficiali dallo Stato, ma al più meramente tollerate, la possibilità di celebrare matrimoni con effetti giuridici nell'ordinamento civile. Costoro, infatti, in ragione della propria condizione di "dissidenti religiosi", di eretici o di scismatici, non avrebbero mai potuto essere ammessi a celebrare matrimonio secondo le norme della confessione religiosa di Stato; conseguentemente sarebbero stati di

denter tantum, si azzerano pluralisticamente le frontiere¹⁵⁶ – si vorrebbe precludere. E invece, per i cristiani la partecipazione *toto corde* alla *civitas* consente di dispiegare appieno, con le Chiese domestiche germoglianti nella famiglia, quell’evangelizzazione dell’ordine temporale che autonomamente compete al laicato, «sapendo che in ess[o] può esprimere, con piena legittimità, la propria visione della vita e del mondo, e contribuire, in tal modo, al perseguimento dei suoi fini»¹⁵⁷. È dunque in questa rifrazione *ad extra* che il matrimonio canonico nella sua ‘versione’ concordataria assolve quel *munus* esemplare, se così lo posso definire, che è oggi capitale e primario.

5. *Matrimonio canonico seu matrimonio naturale: loro visibilità nel matrimonio concordatario*

La Chiesa, d’altronde, non si è inventata aprioristicamente e a tavolino il matrimonio, cimentandosi nel tratteggiarne un’architettura ideale e intellettuale sua propria e peculiare: per converso, il matrimonio canonico affonda le radici nella natura umana e nel diritto naturale¹⁵⁸, è il matrimonio naturale¹⁵⁹ al quale si sovrappone ma non ne modifica in alcun modo l’essenza. La prospettiva salvifico-sacramentale presuppone

fatto impediti a contrarre matrimonio e ad acquisire, sul piano civile, il conseguente *status*».

¹⁵⁶ Rinvio alle riflessioni di G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia tra laicità e libertà religiosa*, cit., p. 15 ss.

¹⁵⁷ G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 109; l’Autore si riferisce alla società nella quale il credente opera.

¹⁵⁸ Cfr., per tutti, G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, cit., p. 112: «La Chiesa, in vero, assume (s’intende in maniera problematica) dalla natura umana l’idea di matrimonio. Un’idea, che, di regola, traspare nell’istituto matrimoniale, affermantesi nel tempo nella società (anche non ecclesiale); ma nel quale non si annulla, né con esso si confonde; che, anzi, pur assoggettata, quanto alla sua conoscenza, a tutti i condizionamenti umani (primo fra i quali, alla possibilità di errare), lo esige e lo incalza nel suo divenire storico».

¹⁵⁹ Peraltro, sulle recenti tendenze in ambito teologico cfr. G. BERTOLINI, *Il matrimonio come istituzione: un vincolo di giustizia in quanto verità dell’amore*, in *Studi in onore di Carlo Gullo*, II, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017, p. 321 ss.

ne quella creazionale e la rafforza¹⁶⁰, e l'aforisma di Tommaso d'Aquino secondo cui *gratia non tollit naturam, sed perficit*¹⁶¹ condensa ancora icasticamente in maniera insuperata il nesso tra matrimonio sacramentale, se i nubendi sono entrambi battezzati, e matrimonio naturale. Sul punto l'oceanica meditazione della letteratura teologica e giuridica cristiana è stata sempre unanime e granitica, ancorandosi alla Genesi per poi, in una *continuitas* rinsaldata tra Antico e Nuovo Testamento, transitare alla restaurazione evangelica del progetto creazionale primordiale che la legge mosaica aveva smorzato e appannato. Cristo lo ripristina nella sua cristallina intransigenza e per tutti i matrimoni, non solo quelli tra pochi privilegiati muniti di doti straordinarie ed eccezionali: ristabilendo la monogamia, confermando il divieto del divorzio, biasimando l'adulterio e condannando anche la brama concupiscente della donna (Mt 5,27-32; 19,4-10; Mc 10,2-12).

E lo fa con parole talmente ferme e ferree che gli stessi apostoli ne sono costernati e turbati. Come sarebbero scioccanti e sconvolgenti se pronunciate ai nostri tempi¹⁶². Di più: esse

¹⁶⁰ Cfr. recentemente C.J. ERRÁZURIZ M., *Il fondamento antropologico-giuridico dell'indissolubilità del matrimonio*, cit., pp. 44-45: «Quando San Paolo afferma che “Questo mistero è grande; lo dico in riferimento a Cristo e alla Chiesa!” (Ef 5, 32), si riferisce alla realtà considerata nel versetto precedente, che si muove inequivocamente sul piano della creazione: “Per questo l'uomo lascerà suo padre e sua madre e si unirà alla sua donna e i due formeranno una carne sola” (Ef 5, 31, citando Gen. 2, 24). Quindi, un fondamento antropologico-giuridico dell'indissolubilità è la base indispensabile di un fondamento salvifico-sacramentale. [...] In effetti, l'indissolubilità può essere rafforzata solo se esiste realmente sul piano della natura umana».

¹⁶¹ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I,1,8 ad 2. Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio ai partecipanti al Congresso internazionale tomista*, 16 settembre 2003, leggibile *online* all'indirizzo www.vatican.va.

¹⁶² Tanto è vero che, da tempo e anche oggi, si tenta in vari modi di stemperare il rigore di tali parole evangeliche: non è questa la sede per una disamina né per indicazioni bibliografiche. Sia sufficiente quanto sintetizza P. MONETA, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, cit., p. 248, indicando le principali tendenze interpretative: «Riallacciandosi al più generale atteggiamento di diffidenza verso il diritto della Chiesa, diffusosi in molti ambienti ecclesiastici negli anni successivi all'ultimo Concilio, si è sottolineato il valore di ideale etico, e non di rigoroso precetto giuridico, che l'indissolubilità presenterebbe nella dottrina evangelica. Si è ripercorsa, sin dalle sue prime tappe,

non solo sono attualmente disorientanti, ma si prospettano come criptiche e indecifrabili alla ‘mentalità mondana’¹⁶³ che anni di martellamento indefesso hanno tirannicamente omologato all’individualismo ed edonismo esasperato e a un consumismo, anche esistenziale, parossistico e devastante¹⁶⁴. Tanto che quell’identificazione per secoli scontata – in Italia almeno fino ai Costituenti¹⁶⁵ che qualificarono la («La Repubblica riconosce i diritti della») famiglia come «società naturale fonda-

la formazione della dottrina cattolica sul matrimonio, approfondendo l’esegesi delle opere dei più antichi scrittori cristiani e mettendo in luce quei passi che potessero rivelare prassi e concezioni assai più aperte e possibiliste in ordine allo scioglimento del vincolo coniugale e alla celebrazione di un successivo matrimonio. Si è fatto leva sulle potenzialità e la forza espansiva insita nelle ipotesi di scioglimento già previste dal diritto vigente, insistendo sulla necessità di trasformarne il contenuto tradizionale per adattarlo allo spirito e alle esigenze di questa nostra epoca: tipica, a questo proposito, è la tesi della *consumazione esistenziale e nella fede* [...].».

¹⁶³ Cfr. FRANCESCO, *Allocuzione alla Rota romana*, 23 gennaio 2015, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVII (2015), p. 183.

¹⁶⁴ Già denunciava la «visione immanentistica ed edonistica, che svilisce il vero senso dell’amore sponsale» GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota romana*, 28 gennaio 1991, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXXIII (1991), p. 947. Cfr. anche BENEDETTO XVI, *Allocuzione alla Rota romana*, 26 gennaio 2013, *ivi*, CV (2013), p. 169 ss.

¹⁶⁵ Recentemente E. BILOTTI, *Un nuovo diritto della famiglia*, cit., p. 1042, torna a ipotizzare che «certi mutamenti della realtà sociale hanno tradito l’autentico spirito della Costituzione» e ad auspicare «un “ritorno al futuro” che dovrebbe realizzarsi attraverso la riscoperta della “straordinaria modernità della Costituzione italiana”».

ta sul matrimonio» (art. 29 Cost.)¹⁶⁶ – è divenuta ora quasi ‘indicibile’¹⁶⁷.

Così, purtroppo, anche in *Ecclesia* le parole del Figlio dell’Uomo appaiono arcane e utopisticamente irrealizzabili: tali da incalzare – dinanzi ad un’apparentemente invincibile *duritia cordis* dell’uomo postmoderno – a un loro affievolimento e annacquamento¹⁶⁸, rischiando di tradire il messaggio

¹⁶⁶ La letteratura sull’art. 29 della Costituzione è ovviamente amplissima, come quella sulle successive evoluzioni dell’ordinamento italiano. Rimando qui alle efficaci e del tutto condivisibili considerazioni di P. CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, XXXVI (2007), pp. 902-921, il quale tra l’altro osserva, dopo essersi soffermato sui lavori in Assemblea Costituente: «Nella Costituzione [...] la famiglia rivela non come istituzione posta a fondamento dei rapporti economici della società, secondo quella concezione di matrice liberale che ispirava il codice civile, né in funzione dei preminenti interessi dello Stato apparato, ma essenzialmente, secondo la sua realtà originaria, come comunità naturale, costituita dall’unione tra un uomo e una donna, con assunzione di reciproci diritti e doveri mediante il matrimonio, ove si sviluppa la persona umana in un contesto di reciproca solidarietà tra più generazioni» (*ivi*, p. 903); argomentando poi sull’uso (qui e in altre norme) del verbo ‘riconoscere’, assume: «la Costituzione ha inteso rimarcare l’esistenza di situazioni, rapporti e realtà primarie che precedono la Repubblica, intesa come l’insieme delle articolazioni istituzionali in cui si esprime la comunità politica, e ne costituiscono una sorta di presupposto pre-politico in cui si traduce una visione antropologica di carattere relazionale, in cui, cioè, la persona è colta nel suo naturale svilupparsi e crescere in quel naturale luogo di affetti e di relazioni solidali che è la famiglia» (*ivi*, pp. 903-904). Invero, come ancora si precisa, «si impose la convergenza su una formula di indubbia matrice meta-giuridica [...], che, richiamando il concetto di natura, ma evitando l’appiattimento sulla concezione canonistica, rifletteva un’idea di famiglia teorizzata ed accolta nella tradizione giusnaturalista, sia di matrice religiosa che razionalista. [...] l’art. 29 Cost. presenta una concezione della famiglia in cui la visione giusnaturalista si coniuga con il riconoscimento del carattere storico di taluni aspetti della sua disciplina. La famiglia è individuata come una comunità “naturale”, ossia dotata di una propria peculiare fisionomia di carattere meta-giuridico, radicata in una ben determinata concezione antropologica della persona e in una secolare tradizione storico-giuridica, e, come tale, sottratta al potere condizionante del legislatore, tenuto a rispettarne l’intima natura» (*ivi*, pp. 904-905).

¹⁶⁷ Si vedano anche, sul disegno costituzionale in materia di famiglia, le argomentate riflessioni di F. VARI, *Se tutto è famiglia, nulla è più famiglia*, cit., specialmente p. 1073 ss., il quale si sofferma persuasivamente sulle «ragioni costituzionali della preferenza per il matrimonio».

¹⁶⁸ ‘Fughe in avanti’ che invero paiono allontanare piuttosto che avvicinare i fedeli: cfr. quanto rilevava O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, cit., p. 20.

evangelico nella sua scandalosa provocatorietà¹⁶⁹. Per contro, il cristianesimo si deve porgere più che mai come segno di contraddizione, ieri e oggi: non solo *ad extra* ma anche *ad intra*. Proprio per questo in un mondo in cui solo disquisire di diritto naturale catalizza feroci accuse di bigottismo ottuso e irriducibile, pretendendosi di affossare l'idea stessa di natura creata per rimpiazzarla con quella più anodina e meno conturbante (ma non per questo non passibile di 'sacralizzazione'¹⁷⁰) di 'ambiente', occorre invece, ancora una volta senza assurde vergogne ed anzi arditamente, squarciare il velo dell'ipocrisia di libertà e diritti sovente falsamente accampati, per svelare l'incanto inossidabile del matrimonio voluto da Dio per tutti gli uomini, da sempre, invero, frangibili 'vasi di creta': anche per quelli odierni, ai quali va proposto con «audacia profetica»¹⁷¹,

¹⁶⁹ Ho espresso queste idee in G. BONI, *Il matrimonio tra pluralismo culturale e veritas del diritto divino*, in *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, cit., pp. 163-177.

¹⁷⁰ Sulla nuova religione ecologica cfr., per tutti, CH. DELSOL, *La fine della cristianità e il ritorno del paganesimo*, cit., p. 73 ss., p. 106 ss., che però anche afferma: «La natura ritorna al galoppo: e vi è un fondamento naturale per la morale, qualcosa di semplicemente umano che ci suggerisce un "devi", pur restando evidentemente il suo contenuto ancora in discussione. Non siamo noi a fondare l'obbligo morale: è l'obbligo morale che ci fonda, ecco cosa indica la storia recente» (*ivi*, p. 93).

¹⁷¹ R. DODARO, *La questione in breve*, in *Permanere nella verità di Cristo. Matrimonio e comunione nella Chiesa cattolica*, cit., pp. 20-21, riassumendo vari dei contributi inclusi nel volume di Autori i quali pure sono tutti consapevoli che la mentalità oggi largamente diffusa è «in contrasto con la comprensione cristiana del matrimonio», in totale sintonia con quanto da essi sostenuto asserisce: «Cionondimeno, in una Chiesa nella quale il termine "profetico" è diventato oggi uno *slogan* all'interno di movimenti che sfidano apertamente le prevalenti tendenze culturali, Müller invita la Chiesa a opporsi a un "adeguamento pragmatico a ciò che appare inevitabile", e a proclamare "il Vangelo della santità del matrimonio [...] con audacia profetica". Le difficoltà inerenti all'accettazione dell'insegnamento di Cristo sulla santità del matrimonio furono riconosciute per la prima volta non da un Sinodo dei vescovi, ma dagli apostoli stessi che, quando udirono quest'insegnamento direttamente dal Signore, risposero con incredulità: "se questa è la condizione dell'uomo rispetto alla donna, non conviene sposarsi" (*Mt* 19,20). Tuttavia, sia il cardinale Müller che Paul Mankowski, S.I., nei loro rispettivi saggi, riconoscono che insieme al suo "duro" insegnamento sull'indissolubilità del matrimonio, Cristo promise anche, nelle parole di Mankowski, "un nuovo e sovrabbondante afflato di grazia, di aiuto divino, in modo che nessuno, per quanto debole, tro-

bandendo un'artificiale misericordia che qui sarebbe solo fa-sulla contraffazione.

Ciò ovviamente non implica che il matrimonio sia lo stesso dello stato edenico, sganciato da fattori culturali, asetticamente immune al trascorrere dei millenni: «Proprio perché realtà profondamente radicata nella stessa natura umana, il matrimonio è *segnato dalle condizioni culturali e storiche di ogni popolo*. Esse hanno sempre lasciato una loro traccia nell'istituzione matrimoniale. La Chiesa, pertanto, non ne può prescindere»¹⁷². Ma queste ultime non potranno mai incrinarne o inquinare la verità ontologica, incastonata perpetuamente nel testo biblico e assisa sullo *ius naturale* di quel matrimonio che «ad sacramenti dignitatem [...] evecum est» (can. 1055 § 1) per i battezzati: essa non può essere annebbiata, neppure con il fine pastorale – invero paternalistico – di soccorrere una situazione personale di patimento, come il magistero ha riaffermato senza indugi e riluttanze¹⁷³. Una verità¹⁷⁴, peraltro, genuinamente giuridica in quanto rapportata indivisibilmente alla giustizia della relazione tra uomo e donna, come ha magistralmente delucidato Benedetto XVI¹⁷⁵: la frase «Non esiste [...] un matrimonio della vita e un altro del

vi impossibile fare la volontà di Dio”. [...] La Chiesa non può fare appello alla “divina misericordia” come un modo per sbarazzarsi di quegli insegnamenti di Gesù che trova difficili».

¹⁷² GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota romana*, 28 gennaio 1991, cit., p. 952 (corsivo nell'originale).

¹⁷³ Cfr. da ultimo DICASTERO PER I LAICI, LA FAMIGLIA E LA VITA, *Itinerari catecumenali per la vita matrimoniale. Orientamenti pastorali per le Chiese particolari*, cit., n. 56: «La logica della misericordia, tuttavia, non porta mai ad offuscare le “esigenze di verità e di carità del Vangelo proposte dalla Chiesa”, e mai si dovrà rinunciare a proporre in tutta la sua bellezza e grandezza il disegno divino sull'amore umano e sul matrimonio. Gli ideali più alti e nobili possono apparire esigenti e ardui, ma sono anche quelli che attirano più potentemente l'animo umano, lo stimolano a superarsi e conferiscono valore e dignità alla nostra esistenza terrena».

¹⁷⁴ Sul fatto che «La verdad del matrimonio es ante todo una verdad natural» cfr. le riflessioni di J. MIRAS, *La enseñanza de la Iglesia sobre el matrimonio: perspectivas de recepción en la actualidad*, in *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, cit., p. 351 ss.

¹⁷⁵ Si veda in particolare BENEDETTO XVI, *Allocuzione alla Rota romana*, 27 gennaio 2007, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCIX (2007), p. 90 ss.

diritto»¹⁷⁶ dovrebbe essere scolpita a caratteri di fuoco a perenne memento, per scongiurare pretestuose contrapposizioni, anche nella Chiesa¹⁷⁷.

Non potendomi inoltrare troppo in quest'irto sentiero (del resto già sapientemente setacciato) che mi allontanerebbe dai ragionamenti odierni – benché intorno a tale fulcro essi, al fondo, ruotino – e tornando al matrimonio concordatario, il suo rilievo pubblico e sociale¹⁷⁸ nella compagine civile e la permeabilità dell'ordinamento secolare al medesimo non solo possono ma, a mio parere, debbono riportare in auge o almeno, nelle circostanze contemporanee, rendere *conoscibile* quel matrimonio naturale che solo risponde imperituramente agli aneliti del cuore umano¹⁷⁹. Una conoscenza degli ancoraggi naturali del matrimonio come comunità tra uomo e donna indissolubile, unica, fedele e feconda che la Chiesa ha il gravoso onere, ma anche l'ineguagliabile onore di trasmettere: salvandone, lei sola, quelle vestigia che invece si cospira non a sfumare e scolorire ma a rimuovere.

Non, pertanto, ingenua e inane confidenza in ireniche e del tutto impossibili conciliazioni od omogeneizzazioni demandate a 'incontri di sovranità', quindi a disposizioni concordatarie – fatalmente compromissorie – redatte in accordi interordinamentali di vertice¹⁸⁰: come se le mere ipostatizzazioni normative, ineludibilmente formali, potessero surrogare o convertire la realtà. E neppure si vagheggiano balzane e ridicole 'cro-

¹⁷⁶ BENEDETTO XVI, *Allocuzione alla Rota romana*, 22 gennaio 2011, in *Acta Apostolicae Sedis*, CIII (2011), p. 108. Cfr. P. BIANCHI, «Non esiste [...] un matrimonio della vita e un altro del diritto»: l'esigenza di una seria pastorale prematrimoniale e di una coerente prassi giudiziaria, in *Ius Ecclesiae*, XXIII (2011), pp. 472-485.

¹⁷⁷ Si sofferma recentemente al riguardo A. SAMMASSIMO, *Definizione giuridica del matrimonio e preparazione pastorale ad esso*, in *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, cit., p. 427 ss.

¹⁷⁸ Valore sul quale energicamente insisteva A. NICORA, *Il matrimonio concordatario in Italia*, cit., *passim*.

¹⁷⁹ Cfr. BENEDETTO XVI, *Allocuzione alla Rota romana*, 27 gennaio 2007, cit., p. 86 ss.; ID., Lettera Enciclica *Deus caritas est*, 25 dicembre 2005, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCVIII (2006), pp. 217-252, n. 11.

¹⁸⁰ Cfr. i rilevati critici di G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, cit., specialmente p. 85 ss., p. 96 ss.

ciate' per il reintegro di decrepite supremazie o di porzioni di giurisdizione perdute: del resto, il 'calvario' del matrimonio concordatario in Italia assurge quasi a simbolo della crescente insofferenza, quasi un'inguaribile idiosincrasia nei confronti del medesimo da parte dei pubblici poteri¹⁸¹. Ma occorre continuare a veicolare attraverso la previsione concordataria, e nonostante gli intralci, l'irrinunciabile rivendicazione che a quel matrimonio di cui la Chiesa si fa latrice sia riconosciuto il diritto di cittadinanza che gli spetta¹⁸²: per la libertà religiosa dei cattolici, certo, ma, invero, *proprio tramite loro*, a giovamento collettivo. Si tratterebbe, perciò, *ex parte Ecclesiae*, di esercitare non tanto una *potestas*, «intesa quale *imperium*» – una pretesa, d'altro canto, sorpassata e inconcludente –, quanto piuttosto un'*auctoritas*, quale «sapere socialmente riconosciuto»¹⁸³: un ministero da cui non può pavidamente deflettere in vista di quella salvezza che a tutti deve essere dischiusa. Procurando, qui, per l'unico matrimonio metafisicamente e metempiricamente vero, «un rilievo esterno, nel temporale, in un ordine diverso dal suo»¹⁸⁴.

L'elementare ma altissima unicità assiologica della volontà matrimoniale costitutiva del vincolo¹⁸⁵ va ribadita senza

¹⁸¹ Ne spiega sinteticamente le ragioni S. FERRARI, *La rilevanza civile del matrimonio canonico negli ordinamenti giuridici dei Paesi dell'Unione Europea. Problemi e prospettive*, cit., p. 15 ss., il quale peraltro è convinto che «il futuro del riconoscimento degli effetti civili al matrimonio canonico resta incerto», trattandosi appunto oramai di un «corpo estraneo» mal tollerato (*ivi*, pp. 17-18).

¹⁸² Cfr. J. FERRER ORTIZ, *La eficacia civil del matrimonio canónico en una sociedad secularizada*, cit., p. 113, il quale pure riferisce che dinanzi alla dissoluzione del matrimonio civile «algunos autores se han planteado en España la conveniencia de que la Iglesia católica renuncie a que el Estado reconozca efectos civiles al matrimonio canónico. Pienso que, en buena lógica, más bien habría que preguntarse qué sentido tiene que el nuevo matrimonio civil siga produciendo efectos civiles, habida cuenta de que se ha convertido en un *cajón de sastre* que contiene todo tipo de situaciones, sin orden ni concierto, y su definición resulta inútil o imposible».

¹⁸³ Le due citazioni sono di J. CARRERAS, *La giurisdizione della Chiesa sulle relazioni familiari*, in *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, a cura di ID., Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 47.

¹⁸⁴ G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, cit., p. 105.

¹⁸⁵ La letteratura su questo tema è vastissima. Cito ancora, per la sua chiarezza, G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, cit., pp. 56-57: «La dimen-

ambiguità anche dinanzi alle esaltazioni ecclesiali della sacramentalità del coniugio: beninteso laddove ci si riferisca – come traspira più o meno larvatamente dalla stessa ‘lettura catecumenale’¹⁸⁶, pur valevole sotto altre angolazioni¹⁸⁷ – alla sacramentalità ‘in senso stretto’ e non già a quella *lato sensu* che costantemente la canonistica e la teologia cattolica, sin da San Tommaso, annette ad ogni «Matrimonium scilicet suapte natura, ideoque inter infideles»¹⁸⁸. Il soprannaturale e sublime carattere della sacramentalità, propria del matrimonio tra

sione sacramentale connota il matrimonio canonico, ma per sé non impone un regime giuridico diverso da quello proprio di ogni matrimonio civile. Non v'è nell'ordinamento canonico una manifestazione di volontà matrimoniale di natura sacramentale, che possa essere distinta dalla volontà matrimoniale *tout court*; come, *ex adverso*, conferma l'istituto di convalidazione della *sanatio in radice*, il quale, a richiesta delle parti o della parte (richiesta che non esprime un consenso matrimoniale, l'esistenza del quale è presupposta), consente, ad esempio, che una volontà matrimoniale, espressa nella forma propria dell'ordinamento civile, nata, dunque, e rimasta fuori, anche per un lungo periodo, dall'ambito sacramentale, possa produrre gli effetti sul sacramento: se il matrimonio è davvero tale sul piano naturale, esso è idoneo agli effetti sacramentali, che produrrà quando verranno meno gli ostacoli che vi si oppongono. /Le ragioni teologiche connesse al sacramento [...] non sostituiscono, ma si aggiungono, alle motivazioni di natura soltanto razionale. /Può sembrare paradossale; eppure la Chiesa non ha, in linea di principio, né vuole avere, una dottrina propria ed esclusiva del matrimonio. La Chiesa vuole che il matrimonio sia davvero tale sotto il profilo ontologico, come, *congrua congruis referendo*, vuole e dispone che il pane e il vino da consacrare nell'Eucaristia siano veramente pane e vino; senza che, perciò, si possa dire che essa abbia una nozione sua del pane e del vino»; l'«idea di matrimonio, diffusa per molti secoli nella cultura occidentale, e da questa resa universale, non è fideistica, né è legata alla nozione di sacramento, anche se di questo rappresenta la base appropriata, ma discende da una visione dell'uomo; non è frutto della teologia, ma dell'antropologia filosofica; la quale può anche essere, ed è, aiutata, nel suo sviluppo, dalla conoscenza delle verità rivelate, ma, per sé, in quanto filosofare, vede accomunati tutti, credenti e non credenti» (*ivi*, p. 77).

¹⁸⁶ Condivido talune perplessità espresse al riguardo da A. GRILLO, *Itinerari catecumenali per gli sposi? Un dialogo su fede e matrimonio* (di Antonello Siracusa e Andrea Grillo), pubblicato il 22 giugno 2022 sul blog *Come se non*.

¹⁸⁷ Secondo il magistero di Papa Francesco, che molto ha insistito sul punto. La letteratura, sia pur non di carattere giuridico, è vasta: cfr., per tutti, W. RUSPI, *Prepararsi al matrimonio. Orientamenti e proposte per il catecumenato delle coppie*, EDB, Bologna, 2018.

¹⁸⁸ P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, I, ed. nova, Typis Polyglottis Vaticanis, Romae, 1932, p. 31, nota 26.

battezzati, deve certo essere spiegato ai cristiani, se ne deve illustrare con dovizia di dettagli il mistero di grazia e la pregnanza inestinguibile di doni spirituali, sì che essi possano essere fatti sbocciare. È irrefragabile, pertanto, che «Il matrimonio naturale [...] si comprende pienamente alla luce del suo compimento sacramentale: solo fissando lo sguardo su Cristo si conosce fino in fondo la verità sui rapporti umani»¹⁸⁹; ma la focalizzazione esclusivamente su questo versante e la sua accentuata enfattizzazione – come non si rado avviene in, pur sottilissime e pregevolissime, teorizzazioni dottrinali, ma altresì nella catechesi ecclesiale – sottende un grumo intricato di insidie. L'insidia, da una parte, che venga tacitato e oscurato come il fronte, pure solo unicamente educativo nei confronti dei *christifideles*, sia alquanto, e criticamente, arretrato: poiché, ben prima e ben più tragicamente, è sbiadita se non del tutto ottenebrata la recezione di quelle attitudini congenite innervate sulla razionalità – quella «ragione oggettiva che si manifesta nella natura»¹⁹⁰ – e sul libero arbitrio di cui l'uomo è fornito, che lo hanno elevato sopra l'istinto, infondendogli maturità consapevolezza dell'*indole* appunto *naturale* del connubio e degli indissociabili corollari anche morali e sociali dello stesso¹⁹¹. Confidare unicamente nel supplemento della grazia sacramentale può rivelarsi subdolamente ingannevole se essa non rinviene un substrato su cui allignare: in questo, d'altro canto, scorrono già le «venature d'oro»¹⁹² che la Chiesa ha scoperto e illuminato. Di riflesso e dall'altra parte, si annida

¹⁸⁹ FRANCESCO, Esortazione apostolica postsinodale *Amoris laetitia*, 19 marzo 2016, cit., n. 77. D'altronde nel documento del Papa costante è la sottolineatura dell'«ordine naturale»; cfr. la trattazione di G. BERTOLINI, *Il matrimonio come istituzione: un vincolo di giustizia in quanto verità dell'amore*, cit., p. 323 ss.

¹⁹⁰ BENEDETTO XVI, *Discorso al Parlamento Federale Tedesco*, Reichstag di Berlino, 22 settembre 2011, consultabile *online* all'indirizzo *www.vatican.va* (versione originale in tedesco in *Acta Apostolicae Sedis*, CIII [2011], pp. 663-669).

¹⁹¹ Cfr. sui dibattiti attuali l'approfondita trattazione di G. BERTOLINI, *Il matrimonio come istituzione: un vincolo di giustizia in quanto verità dell'amore*, cit., p. 321 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁹² G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, cit., p. 117.

il pericolo di un abbacinamento che induca i pastori a pilotare coloro che non sarebbero 'pronti' alle 'altezze' del matrimonio canonico sacramentale verso quello civile: incredibilmente ignari sia che il primo, corrispondente all'alleanza imperniata sul vero consenso coniugale aperta a tutti gli uomini, non è appannaggio di irrisorie élites¹⁹³, sia che se il secondo con essa collide non è matrimonio ma un fallace simulacro¹⁹⁴. Oppure si profila il pericolo, non meno infido, di illudersi che possano essere proficui i tentativi di rianimare l'agonizzante matrimonio civile 'neopagano': ad esempio abrogando la portata

¹⁹³ Cfr. le considerazioni di L. DANTO, *Limiter le droit au mariage: la tentation de faire des canons 1077 et 1095 un empêchement dirimant*, in *L'année canonique*, LXI (2020-2021), p. 179 ss.

¹⁹⁴ L. DANTO, *Limiter le droit au mariage: la tentation de faire des canons 1077 et 1095 un empêchement dirimant*, p. 182, si sofferma sulla «habitude prise par certains pasteurs de refuser le mariage canonique à qui n'est pas jugé prêt et de renvoyer les fiancés à la célébration d'un mariage civil» e commenta: «Deux erreurs sont alors commises par l'agent pastoral. La première concerne le rapport entre mariage canonique et mariage civil. En ligne de principe, les deux institutions matrimoniales réclament des dispositions naturelles identiques: si les fiancés ne sont pas prêts au mariage canonique, ils ne sont pas davantage prêts au mariage civil, qu'il s'agisse d'ailleurs de la célébration d'un mariage sacramentel ou de la célébration d'un mariage naturel, les conditions requises étant identiques dans les deux cas. La distinction entre mariage canonique et mariage civil ne recoupant pas la distinction entre mariage sacramentel et mariage naturel, des mariages naturels sont célébrés suivant la forme canonique, tout comme des mariages sacramentels sont célébrés selon les solennités civiles. Rappelons les propos du pape Jean-Paul II à la Rote romaine le 30 janvier 2003, n° 8: "L'Église ne refuse pas la célébration des noces à qui est *bene dispositus*, même si imparfaitement préparé du point de vue surnaturel, du moment qu'il a l'intention honnête de se marier selon la réalité naturelle de la conjugalité". Quelles qu'aient été depuis lors les discussions portant sur la foi, la position magistérielle n'a pas varié, ce qui a fait dire à François, devant le même tribunal apostolique, le 22 janvier 2016: "Le manque de formation dans la foi, ainsi que l'erreur à propos de l'unité, de l'indissolubilité et de la dignité sacramentelle du mariage ne vicient le consentement matrimonial que s'ils déterminent la volonté (cf. c. 1099)". Sulla questione specifica dell'assenza di fede cfr. la sintesi di E. PETIT, *Mariage canonique et foi personnelle*, in *L'année canonique*, LVI (2014), pp. 157-172; nonché la chiara e condivisibile recente ricostruzione di R. DÍAZ DORRONSORO, *La fede e il diritto ai sacramenti. Riflessioni a partire dalla reciprocità tra fede e sacramenti*, in *Sacramenti e diritto. I sacramenti come diritti e come sorgenti di diritto*, Edusc, Roma, 2022, pp. 79-103.

irritante della forma canonica per conferire validità anche allo scambio del consenso *scientemente effettuato* davanti all'ufficiale dello stato civile¹⁹⁵, presumendo un'oramai, direi quasi matematicamente, impossibile *intentio facere id quod facit Ecclesia circa matrimonium*¹⁹⁶. Non si tratta di indulgere a un determinismo cupo e chiuso alla trascendenza, ma di ammettere senza edulcorazioni che il matrimonio civile, come sopra si è appuntato, oramai è un involucro vacuo e scevro di univoco significato, immemore del grembo che lo ha alimentato: e questo degrado ha finito per adulterare e fagocitare, con una velocità fulminante, lo *ius connubii* a cui invece la persona è naturalmente incline e di cui è capace. Sacramento o non sacramento, il matrimonio è uno, quello naturale: si deve avere il coraggio di divulgarlo senza resipiscenze, e senza neppure rimpiangere in alcun modo il riferimento al «Sacramento del matrimonio» di cui all'art. 34 del Concordato del 1929, cassato nel 1984¹⁹⁷. Il matrimonio canonico con effetti civili campeggia e deve continuare a campeggiare a segnacolo di tale unità.

¹⁹⁵ Chi si sposa *volutamente e consapevolmente* con il matrimonio civile oggi difficilmente emetterà un consenso naturalmente sufficiente e valido, solo giuridicamente invalido per vizio di forma. Cfr. per converso le argomentazioni che sviluppava, sia pur su un piano differente, M.A. ORTIZ, *L'obbligatorietà della forma matrimoniale dopo il m.p. "Omnium in mentem"*, in *Ius Ecclesiae*, XXII (2010), pp. 475-492.

¹⁹⁶ Cfr. quanto già osservavano, benché nel quadro di diversi ragionamenti, P. MONETA, *Mentalità occidentale e diritto matrimoniale canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, CXIV (2003), I, soprattutto p. 144 ss.; e P.A. BONNET, *La presunzione legale di cui al can. 1101 § 1 CIC nell'odierno contesto matrimoniale cristianizzato*, in *Matrimonio canonico e realtà contemporanea*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, specialmente p. 71 ss.; si vedano anche le riflessioni di M. MINGARDI, *La sanazione del matrimonio civile*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XXXI (2018), specialmente p. 184 ss. Rinvio infine alle mie, sia pur non recenti, considerazioni in G. BONI, *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, cit., p. 167 ss., p. 470 ss.

¹⁹⁷ Come commenta O. FUMAGALLI CARULLI, *Libertà religiosa e riserva di giurisdizione della Chiesa sui matrimoni concordatari: sentenze canoniche e ordinamento civile*, cit., p. 8, nota 10: «Il riferimento al Sacramento viene meno come conseguenza della sentenza costituzionale 169/1971, che, respingendo il dubbio di legittimità dell'estensione al matrimonio concordatario del regime di divorzio (l. 1 dicembre 1970 n. 898), aveva affermato che l'espressione "Sacramento del matrimonio", a suo tempo inserita nell'art. 34 su richiesta della Santa Sede, non implicava affatto che il Sacramento con le connesse

6. «Preparare prepararsi al ritorno»¹⁹⁸

Sembrano costatazioni, le mie, di un plumbeo e fosco pessimismo, ispirate quasi a quell'«ossessione della fine della cristianità»¹⁹⁹ divenuta oggetto di oramai manieristiche querimonie. Sono viceversa ottimistiche nel prefigurare inattesi e stupefacenti orizzonti di sviluppo per il matrimonio, nella sfida che la Chiesa, col proprio diritto, canonico e concordatario, potrà ingaggiare in quest'Occidente postmoderno: e anche qui senza risibili ardori o deliri di subitanei trionfi, ma nemmeno, come *pamphlet* di moda propugnano, nell'accettazione disfattista «di una lotta all'ultimo sangue, persa in anticipo»²⁰⁰ come «soldati per Waterloo»²⁰¹. Nel contesto attuale, ancora una volta, come nei suoi secoli aurorali, la comunità cristiana si trova in una posizione di minorità e il *suo* matrimonio, cioè il matrimonio naturale, è non solo reietto, ma vilipeso, scher-

caratteristiche dell'indissolubilità fosse stato riconosciuto dallo Stato. A conforto di questa conclusione la Corte aveva citato l'art. 5 legge matrimoniale, osservando che in esso si afferma che il matrimonio canonico produce effetti civili grazie alla trascrizione senza usare il termine Sacramento, ricordando altresì che nella relazione alla medesima legge si afferma che questo abbandono è dovuto alla volontà di evitare concetti teologici in leggi dello Stato».

¹⁹⁸ Tale titolo echeggia, come si vedrà, una frase di Giuseppe Dalla Torre.

¹⁹⁹ CH. DELSOL, *La fine della cristianità e il ritorno del paganesimo*, cit., p. 12.

²⁰⁰ CH. DELSOL, *La fine della cristianità e il ritorno del paganesimo*, cit., p. 12: «Bisogna ammetterlo: nessuna società cristiana è in grado di respingere l'onda moderna, anche se, come la Polonia di oggi, vi oppone una notevole resistenza. È come se un destino contrario governasse i retroscena della storia; tutte le reazioni di difesa, tutti i gesti compiuti per durare ancora nel tempo, moderati o violenti, non hanno sortito alcun effetto: la cristianità ha continuato inesorabilmente la sua marcia verso l'abisso» (*ivi*, p. 22); del resto, per tale Autrice, «la verità deve cessare di essere proposizione o dogma per diventare un alone di luce, una trepida speranza, una cosa inafferrabile che si attende con sogni da mendicante. Il contrario di ciò che ne hanno fatto prima la religione cristiana costituita e conquistatrice, e poi, nella sua scia, le ideologie del Novecento» (*ivi*, p. 85; pure se si riconosce a p. 96: «Viene da chiedersi che cosa resti del cristianesimo se ci sbarazziamo della verità»); anche varie affermazioni sul diritto naturale (cfr. *ivi*, p. 89 ss.) mi sembrano inaccettabili in un'ottica cattolica, che è pure quella dalla quale si muove.

²⁰¹ CH. DELSOL, *La fine della cristianità e il ritorno del paganesimo*, cit., p. 108.

nito, sbeffeggiato. Un contesto nel quale, tra l'altro, in competizione a quelli secolari, si diffondono oramai 'tipologie' matrimoniali, anche religiosamente contrassegnate²⁰², assai diversificate e che mirano a riverberare negli ordinamenti civili²⁰³: tipologie che questi, plasmati dal cristianesimo, ignorano o hanno dimenticato e che bussano assillantemente alle loro porte. E pure rispetto ai quali al matrimonio canonico, *ergo* al matrimonio naturale, e quindi al matrimonio concordatario, spetta il generoso dovere della testimonianza, e di una testimonianza in sé trainante *in hoc mundo* (can. 204 del *Codex Iuris Canonici*): perché, come enuncia senza esitazioni Papa Francesco proprio nell'*incipit* di *Amoris laetitia*, «L'annuncio cristiano che riguarda la famiglia è davvero una buona notizia» (n. 1)²⁰⁴.

In uno dei saggi forse più infervorati del mio Maestro sul tema, egli non soccombeva agli sconcertanti pronostici degli statistici e dei sociologi, ma, inforcando gli occhiali tersi e lungimiranti della storia, rammentava quei corsi e ricorsi che la costellano, e che sempre stupiscono²⁰⁵: spronando a non dispe-

²⁰² Cfr., per tutti, *Le relazioni familiari nel diritto interculturale*, a cura di I. ZUANAZZI, C. RUSCAZIO, Libellula Edizioni, Tricase (LE), 2018; E. CAMASSA, *Multiculturalismo, comunità di vita e familiari e principio di differenziazione*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, a cura di P. PERLINGIERI, S. GIOVA, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, specialmente p. 158 ss. (ove ulteriori riferimenti bibliografici).

²⁰³ Cfr. quanto, sia pur concisamente, osserva S. FERRARI, *La rilevanza civile del matrimonio canonico negli ordinamenti giuridici dei Paesi dell'Unione Europea. Problemi e prospettive*, cit., p. 10 ss., con essenziali riferimenti bibliografici.

²⁰⁴ Affermava risolutamente C. CAFFARRA, *Ontologia sacramentale e indissolubilità del matrimonio*, in *Permanere nella verità di Cristo. Matrimonio e comunione nella Chiesa cattolica*, cit., p. 162: «La post-modernità ha lanciato una sfida mortale alla famiglia perché ha progettato di modificare sostanzialmente il carattere relazionale del matrimonio sul quale la famiglia si fonda. /La Chiesa ha una sola risposta adeguata a questa sfida: annunciare il Vangelo del matrimonio».

²⁰⁵ Cfr. G. DALLA TORRE, *Amore profano e amore sacro ovvero: le vicende dell'istituto matrimoniale*, in *Archivio giuridico*, CCXXXVI (2016), p. 383: «gli stessi fenomeni rilevati in Occidente debbono essere valutati con senso della storia, la quale insegna il susseguirsi di corsi e ricorsi, anche se in forme diverse. Chi avrebbe mai pensato, ad esempio, che ad un secolo così libertino

rare nel 'prodigio' per il quale l'amore sacro e l'amore profano possano parlare di nuovo lo stesso linguaggio, quello universale, *id est naturaliter*, dell'amore oblativo tra un uomo e una donna. E pungolava perciò senza ritrosie a «preparare e prepararsi al ritorno»²⁰⁶. Ha dichiarato a proposito dello sfacelo dei matrimoni Benedetto XVI: «Un combattimento vi sarà sempre. Ma per questo cedere o abbassare l'indice non aiuterebbe la società ad innalzare il proprio livello morale. Mantenere come criterio di giudizio ciò che è difficile, fare in modo che questo sia il metro al quale gli uomini possano sempre commisurarsi, è un compito necessario affinché non seguano altre cadute»²⁰⁷. Un'asserzione, invero, anch'essa, intrisa di fiducia e di speranza, nella certezza che la Chiesa possiede un *depositum* inestimabile a beneficio dell'uomo: al cui servizio si pone il diritto canonico riscoperto e valorizzato nella sua autentica funzione di strumento di giustizia²⁰⁸, e quindi la realtà giuridica sedimentata nel matrimonio concordatario che di quello naturale può essere tramite e vettore, concretando una luce nel buio.

come il Settecento sarebbe seguito un secolo rigorista e puritano quale l'Ottocento! Al di là delle ideologie, il termine "rivoluzione" sembra talora riassumere l'originario senso astronomico di ritorno».

²⁰⁶ G. DALLA TORRE, *Amore profano e amore sacro ovvero: le vicende dell'istituto matrimoniale*, cit., p. 384; e nella conclusione del saggio asserisce: «Da questo punto di vista il diritto non è sovrastruttura, ma struttura profonda, che va riconosciuta, tutelata e promossa. Ed in siffatta prospettiva anche il diritto matrimoniale canonico può fare molto, non solo nello svolgimento della funzione sua propria di sostegno del *christifidelis viator* con le sue debolezze e le sue tentazioni, ma anche come modello proposto alla generalità e capace di suscitare la nostalgia per quanto corrispondente a natura» (*ivi*, p. 392).

²⁰⁷ BENEDETTO XVI, *Luce del mondo. Il Papa, la Chiesa e i segni dei tempi. Una conversazione con Peter Seewald*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, p. 203. Cfr. C. CAFFARRA, *Ontologia sacramentale e indissolubilità del matrimonio*, cit., p. 164: «Il significato fondamentale del richiamo di Gesù al "Principio" è il richiamo alla *verità* del rapporto uomo-donna, esistente non in forza di una imposizione, ma semplicemente in forza del loro essere persona umana-maschio e persona umana-femmina».

²⁰⁸ Cfr. alcune interessanti considerazioni di G. BERTOLINI, *Il matrimonio come istituzione: un vincolo di giustizia in quanto verità dell'amore*, cit., pp. 313-348.

La valenza paideutica del riproporre instancabilmente il matrimonio come *res mixta*, intrinsecamente e incancellabilmente tale²⁰⁹ nella dialettica insopprimibile tra società civile e società religiosa, le quali non dovrebbero essere schizofrenicamente disgiunte perché unica è la *verità vera* del matrimonio²¹⁰, non può subire offuscamenti: tale *officium* è incluso, del resto, nell'inalienabile «funzione pubblica della Chiesa»²¹¹ «di svolgere la sua missione pastorale, educativa, caritativa, di evangelizzazione e di santificazione» (art. 2, n. 1, dell'Accordo del 1984). Il porsi il matrimonio, *prima di ogni normativa*, quale realtà contemporaneamente e inestricabilmente secolare ed ecclesiale per quei fedeli che sono sempre e appieno abitanti della terra fa sì che il rapporto della Chiesa con gli ordinamenti civili sia insito nel suo essere²¹² e si debba in qualche modo ostendere, *anche mediante una normativa*. Un'altra autorevole studiosa recentemente scomparsa affermava con ri-

²⁰⁹ Sia pur senza entrare nelle disquisizioni sul concetto e la categoria delle *res mixtae*, cfr. le puntualizzazioni di G. DALLA TORRE, *Le res mixtae "tradizionali" negli Accordi del Terzo Millennio*, cit., p. 445 ss., e, quanto al matrimonio, p. 450 ss.

²¹⁰ Cfr. le chiare affermazioni di GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota romana*, 30 gennaio 2003, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCV (2003), pp. 393-397.

²¹¹ Questo il discorso di G. DALLA TORRE, *Ancora su «due modelli di matrimonio»*. *Considerazioni fra diritto e storia*, cit., pp. 54-55: «la nuova normativa concordataria sul matrimonio non sembra più passibile di inquadramento e di interpretazione entro gli schemi del passato, che oggi risultano riduttivi ed angusti, bensì nel più ampio quadro del riconoscimento alla Chiesa della "piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa, caritativa, di evangelizzazione e di santificazione" (art. 2, n. 1 Accordo di revisione del concordato). Una norma che è stata valutata come il punto di forza dell'Accordo, nella misura in cui "effettua un riconoscimento grandioso della legittimità, nell'ordine profano, dell'azione della Chiesa nel suo insieme" (Cotta). Con essa, infatti, sembra operarsi – almeno a livello normativo – un formale e pieno riconoscimento della funzione pubblica della Chiesa, che [...] risulta tutto all'opposto di quel suo relegamento nel privato, di quella riduzione "nel pantheon di tutti i possibili sistemi di valore" (Ratzinger), come un gruppo ed una forza fra gli altri, ma senza alcuna pubblica rilevanza, in cui, a ben vedere, è il nocciolo della secolarizzazione quale riduzione dell'uomo nella sua mera dimensione secolare e profana».

²¹² Cfr., per tutti, le riflessioni di C.J. ERRÁZURIZ M., *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale. Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 23 ss., ma *passim*.

solutezza che «per trovare una difesa del matrimonio monogamico, eterosessuale e indissolubile dobbiamo riferirci all'ordinamento concordatario, cioè al matrimonio canonico con effetti civili»²¹³.

È vero che, in particolare in Italia, la metamorfosi realizzatasi in virtù delle ultime scelte legislative²¹⁴ nel diritto matrimoniale e di famiglia²¹⁵ ha reso del tutto 'non sovrapponibile' l'«istituto civile» e l'«istituto canonico»²¹⁶: eppure è proprio per questo al secondo – il quale non deve temere endemiche corruzioni da parte del primo²¹⁷, anzitutto per la sua inconsisten-

²¹³ O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, cit., p. 7; inoltre per tale Autrice, «le Chiese, che nel lungo percorso europeo si sono dimostrate levatrici sagge di democrazia, hanno oggi un compito in più nel dialogo tra loro, con gli Stati e con l'Unione Europea: dire una parola chiara sul modello di matrimonio e di famiglia» (ivi, p. 18).

²¹⁴ Per un panorama aggiornato delle evoluzioni in Italia in questa materia si vedano i puntuali interventi pubblicati nel Forum *Un nuovo diritto della famiglia*, traente occasione dal convegno intitolato *Un nuovo diritto della famiglia: dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione* e tenutosi il 6 maggio 2022 presso l'Università Europea di Roma, in *Famiglia e diritto*, XXIX (2022), 11, pp. 1038-1083; nei saggi anche una ricca bibliografia.

²¹⁵ Cfr. G. BALLARANI, *Modelli familiari e matrimonio concordatario. Una proposta per il "ritorno del sacro"*, in *Lex rationis ordinatio. Studi in onore di Patrick Valdrini*, II, a cura di V. BUONOMO, M. D'ARIENZO, O. ÉCHAPPÉ, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2022, pp. 120-134: tale Autore, alla luce degli interventi normativi specialmente in Italia in materia di diritto di famiglia e di definizione di nuovi modelli giuridici per le relazioni affettive tra adulti, ipotizza «la possibile definitiva privatizzazione dei rapporti affettivi» (ivi, p. 129), e argomenta nella nota 33: «Del resto, assunta la sufficienza dell'autonomia privata dalla costituzione alla estinzione di rapporti affettivi fra adulti; accordati ai conviventi i principali diritti tipici della relazione coniugale; ridimensionata la rilevanza giuridica dei profili personali del rapporto; resa del tutto autonoma la disciplina della filiazione, una volta accordato ai conviventi l'accesso ai residuali effetti (successori, fiscali e legati alla cittadinanza) originariamente legati al solo matrimonio, la debita conseguenza dovrebbe essere la presa d'atto della non necessità dell'intervento dello Stato nella formalizzazione delle relazioni affettive medesime con la conseguente definitiva rinuncia ad ogni forma laica di celebrazione pubblica».

²¹⁶ Lo sottolinea G. BALLARANI, *Modelli familiari e matrimonio concordatario. Una proposta per il "ritorno del sacro"*, cit., p. 131.

²¹⁷ Come pare temere G. BALLARANI, *Modelli familiari e matrimonio concordatario. Una proposta per il "ritorno del sacro"*, cit., pp. 130-131, pp. 133-134. Tale Autore giunge a reputare opportuna la modifica dell'art. 1 del De-

za – è commendato il legato indeponibile di ‘tramandare’ *erga omnes* non un’usanza conformista e folclorica o un cimelio archeologico, ma *il* matrimonio, quello stesso che, grazie al cristianesimo, «ha dato all’Europa il suo particolare aspetto e il suo umanesimo»²¹⁸. Alla fine, anche se può apparire un ossimoro estremo, la rilevanza del vincolo canonico tramite la traiettoria concordataria non ambisce agli effetti civili in quanto tali, oramai appunto ridotti a *flatus vocis* vuoti ed esangui – anzi, in alcuni casi, penalizzanti sotto vari aspetti (ad esempio fiscalmente) rispetto alle convivenze non formalizzate –: ma, ben al di là, a far sopravvivere il matrimonio *in hoc saeculo*.

Pertanto la presenza del matrimonio concordatario sul palco pubblico, l’ostinazione della Santa Sede nell’inserire negli accordi con gli Stati disposizioni sul vincolo canonico, la vigile sorveglianza nel prevenire e reagire senza arrendevolezza agli assalti demolitori: e così, parimenti, il rammemorare ai cattolici quell’obbligo cogente, in Italia *ex art. 1* del Decreto del-

creto generale della Conferenza Episcopale Italiana del 1990 sull’obbligo di assunzione degli effetti civili, rendendo la celebrazione concordataria una facoltà nella disponibilità delle parti. A suo avviso ciò permetterebbe un «ritorno del sacro» come spinta volta a (ri-)affermare il valore cristiano del matrimonio» (*ivi*, pp. 131-132): «da distanza attuale fra gli istituti, l’immutato fondamento sacramentale del matrimonio canonico e l’immutato quadro delle regole giuridiche che lo governano, giustificano a pieno la ragione del “ritorno del sacro”, che ben può tradursi in una nuova affermazione di autonomia del diritto canonico in materia matrimoniale, giusta la dimensione sacramentale dell’unione coniugale» (*ivi*, p. 133). Tra l’altro, per Ballarani, «ai fini della tutela giuridica italiana della posizione dei coniugi “solo canonici”, questi potrebbero “formalizzare” la loro relazione come convivenza ricorrendo, peraltro, alla determinazione contrattuale così come previsto dalla legge n. 76 del 2016, con ciò ottenendo il riconoscimento dei principali diritti coniugali, compresa la disponibilità dello strumento della comunione legale dei beni, con l’esclusione delle conseguenze successorie, fiscali, sulla cittadinanza e in materia di adozione, ad oggi ancora ad appannaggio (quasi) esclusivo delle unioni coniugali e civili» (*ivi*, p. 133, nota 46). L’Autore ha argomentato più ampiamente le sue tesi nell’opera monografica *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, *passim*. In particolare, l’ultima sunteggiata mi pare proposta problematica, soprattutto dal punto di vista dell’avallo prestato a tale legislazione.

²¹⁸ BENEDETTO XVI, *Discorso al nuovo Ambasciatore di Ungheria presso la Santa Sede*, 2 dicembre 2010, consultabile *online* all’indirizzo www.vatican.va.

la Conferenza Episcopale del 1990²¹⁹ ma ben prima e ben più robustamente ancorato alla *conditio activa* di fedele²²⁰, di non asserragliarsi nel solo rassicurante ambito confessionale e invece di ‘esibire’ (anche e proprio nel senso, direi, di ‘sfoggiare’) la propria unione coniugale al cospetto dell’autorità pubblica e della società civile, sono tutt’altro che *modi operandi* da accantonare quali fossili di una civiltà irrimediabilmente defunta. Se divergenti sono state, nell’arco del tempo, le ragioni alla base della salvaguardia e della promozione del matrimonio concordatario²²¹, oggi soprattutto mi sembra che esso incar-

²¹⁹ La dinamica è intimamente connessa al *bonum publicum* che i concordati, ma anche i *christifideles* devono perseguire, come si è cercato di lumeggiare in queste pagine. Essa non è né può essere quella dell’ossequio a una mera ‘logica concordataria’: per questo dissento dalle conclusioni a favore della rinuncia al riconoscimento dell’efficacia nell’ordinamento statale italiano, in particolare delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale, di G. MIOLI, *Riflessioni sul processo di nullità matrimoniale nel contesto della deliberazione in Italia*, cit.

²²⁰ Cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano, Giuffrè Editore, 1989, p. 131 ss.

²²¹ Sintetizzava efficacemente A. NICORA, *Il matrimonio concordatario in Italia*, cit., pp. 348-349: «All’inizio appare prevalente la volontà di rintuzzare la pretesa ideologica dello Stato moderno e di rinforzare con il nuovo istituto un costume largamente presente nel nostro Paese, che tradizionalmente attribuisce valore “vero” al matrimonio celebrato secondo la legge di santa madre Chiesa, offrendo così una soluzione positiva e sicura a quello che sarebbe potuto diventare un conflitto di coscienza o, più ancora, un sistema destinato a logorare lentamente la percezione del primato del matrimonio cristiano. Anche con la figura del matrimonio concordatario Pio XI riteneva di aver concorso a “ridare Dio all’Italia e l’Italia a Dio”, in un quadro di “cristianizzazione” delle strutture istituzionali corrispondente all’asserita realtà e vocazione del popolo italiano. /L’attenzione a evitare il più possibile una duplicità di regimi, fonte potenziale di disordine e di contrasti, era del resto avvertita anche dalla cultura politica prevalente negli anni Venti, che sottolineava la dimensione pubblicistica dell’istituto matrimoniale e avvertiva nella sostanziale consonanza tra convinzioni religiose dei nubendi e disciplina giuridica del matrimonio un elemento di presidio della stabilità del coniugio e della famiglia, destinato a rifluire positivamente sul buon ordine e sulla stabilità dello Stato. /Nel volgere dei decenni successivi il clima culturale, i contesti sociali e le preoccupazioni pastorali si sono ampiamente modificati. La riproposizione dell’obbligo per i cattolici di avvalersi del matrimonio concordatario da parte della Chiesa risponde progressivamente a esigenze di contrasto della mentalità libertaria e divorzistica, che verrebbe favorita dalla dissociazione tra contratto e sacramento, di tendenze contestatrici, elitarie ma pericolose, volte a

ni un eloquente e suavisivo richiamo²²². Sarà così un monito, in particolare, rivolto a chi – echeggio ancora la voce del mio Maestro – «volesse contrarre vero matrimonio e non un qualsiasi patto di solidarietà, comunque questo si chiami»: egli «dovrà tornare a rivolgersi là dove esso risulta ancora presente, nella religione, dove cioè si è custodita gelosamente la consapevolezza dell'essere davvero, il matrimonio, "*divini et humani iuris communicatio*", vale a dire espressione di una legge positiva che è conforme a diritto»²²³.

Matrimonio, quindi, che la Chiesa e i *christifideles* intrepidamente e strenuamente debbono serbare, ma che, innestato *in natura rerum*, hanno l'indefettibile dovere, in vista del *bonum publicum*, di proporre – anzi di risvegliarne «per attrazione»²²⁴ la nostalgia – a tutti: ai legislatori statali²²⁵, cer-

mettere in discussione attraverso il rifiuto del matrimonio concordatario una soggiacente concezione delle relazioni tra la Chiesa e la società civile (ma, alla lunga, lo stesso impianto teologico del matrimonio cristiano), e poi, più recentemente, di una diffusa mentalità pragmatica e utilitaristica che inclina a piegare la sacralità, la forma celebrativa e il conseguente regime giuridico del matrimonio a valutazioni superficiali o emotive, rivelatrici di un'impressionante perdita di spessore nella percezione degli autentici valori in gioco».

²²² Scriveva ancora G. DALLA TORRE, *Amore profano e amore sacro ovvero: le vicende dell'istituto matrimoniale*, cit., pp. 388-389: «Giova qui ricordare che la funzione educativa è intrinseca al diritto positivo: nella misura in cui si pone un modello di comportamento, si orienta l'individuo e la comunità a pensare come buono e giusto, e quindi da seguire, quel determinato comportamento. E si deve notare che tale funzione pedagogica è destinata di per sé a trascendere i delimitati confini della comunità ecclesiale, date le ragioni, più sopra accennate, a proposito del carattere "profetico" che il matrimonio religioso verrà sempre più ad assumere in una realtà sociale segnata dalla eclissi del matrimonio. /L'importante, però, è la chiarezza e la conoscibilità del modello riproposto; come pure è importante rendere evidente nel dato normativo non il giogo, ma il valore sotteso».

²²³ G. DALLA TORRE, *Amore profano e amore sacro ovvero: le vicende dell'istituto matrimoniale*, cit., p. 381.

²²⁴ Cfr. BENEDETTO XVI, *In inauguratione V Coetus Generalis Episcoporum Americae Latinae et regionis Caribicae apud Sanctuarium "La Aparecida"*, 13 maggio 2007, in *Acta Apostolicae Sedis*, CIC (2007), p. 437; FRANCESCO, Esortazione apostolica *Evangelii gaudium* sull'annuncio del Vangelo nel mondo attuale, 24 novembre 2013, *ivi*, CV (2013), specialmente pp. 1025-1026.

²²⁵ Sulla necessità di «ricostruire il nucleo essenziale del matrimonio» nel nostro ordinamento cfr. le riflessioni di A. NICOLUSSI, *La famiglia: una conce-*

to, perché sia «fuente de inspiración [...] como instrumento civilizador respecto a la persona y a la familia»²²⁶. Ma specialmente alle donne e agli uomini del nostro tempo²²⁷, e proprio nella sua identità giuridica, oramai diffusamente estenuata, sfibrata e soprattutto travisata: un'identità che invece, va sempre rimembrato, non deve apparire denigratorio o mortificante la componente affettiva e sentimentale ricondurre alla sfera del diritto, *rectius* della giuridicità, purché questa sia intesa come la sfera non di ciò che è estrinsecamente comandato dalla legge²²⁸ bensì di quell'amore promesso che è intrinsecamente *dovuto in giustizia*²²⁹.

Insomma, per rispondere al quesito di cui al titolo di quest'intervento, il matrimonio concordatario non è affatto un

zione neo-istituzionale?, cit., *passim*, che sintetizza il pensiero di Luigi Menconi.

²²⁶ J. FERRER ORTIZ, *La eficacia civil del matrimonio canónico en una sociedad secularizada*, cit., p. 124.

²²⁷ Cfr. le considerazioni di A. NICOLUSSI, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 57, il quale è dell'avviso che «c'è una dignità del matrimonio, che come uno "strato mitico roccioso" (Horkheimer e Adorno), è rimasta nel volgere delle epoche. /Forse il compito della Chiesa, soprattutto come comunità di fedeli [...] è quello di riproporre alla più vasta comunità degli uomini un concetto "alto" di matrimonio. [...] /D'altra parte, anche se una simile proposta può sembrare ignorata da molti o troppo "alta" per taluni stili di vita del nostro tempo – che addirittura non sembra nemmeno saper dare una risposta univoca alla domanda sull'oggetto del consenso matrimoniale –, bisogna pur decidersi al bivio: o contrattualizzare disperatamente anche il consenso del matrimonio canonico oppure mantenere la speranza nella rinascita della capacità di comprendere la dignità del matrimonio e quindi anche in un nuovo consenso sociale».

²²⁸ Non, dunque, quella «visione prettamente giuridica e formale» che Papa FRANCESCO esorta a superare: cfr. *Allocuzione alla Rota romana*, 21 gennaio 2017, in *Acta Apostolicae Sedis*, CIX (2017), p. 150. Sui pregiudizi nei confronti del diritto canonico matrimoniale cfr. G. BERTOLINI, *Il matrimonio come istituzione: un vincolo di giustizia in quanto verità dell'amore*, cit., p. 313 ss.

²²⁹ Cfr. BENEDETTO XVI, *Allocuzione alla Rota romana*, 27 gennaio 2007, cit., *passim*. Rinviando, anche qui, alle belle pagine di C.J. ERRÁZURIZ M., *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale. Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, cit., *passim*. Si veda anche recentemente sulla dimensione di giustizia inerente al matrimonio e alla famiglia M.A. ORTIZ, *La misericordia, pienezza della giustizia*, in *Studi in onore di Carlo Gullo*, II, cit., p. 297 ss.

istituto anacronistico ma, *pro multis*, una provvidenziale – e non in senso figurato – scialuppa di salvataggio per navigare in acque viepiù burrascose: divenendo icona luminosa della vera «istituzione matrimoniale»²³⁰ ed esteriorizzando quella «decisione di dare al matrimonio una configurazione visibile nella società con determinati impegni»²³¹ cui Papa Francesco ha vibratamente richiamato. Davanti al canto funebre intonato da chi lo farebbe perire in quanto ciò «assicurerebbe maggior chiarezza di posizioni, eviterebbe complicazioni previe e conseguenti sotto il profilo procedurale, darebbe maggior risalto alla dimensione religioso-sacramentale, favorirebbe una più limpida intenzionalità delle scelte, risolverebbe in radice l'annoso problema del trattamento economico del coniuge che subisce la dichiarazione di nullità civilmente deliberata»²³², mi sento, sia pur vent'anni dopo, in totale sintonia con quanto asseriva un grande giurista e uno zelante pastore deceduto da qualche anno, il cardinale Attilio Nicora, al termine di un suo saggio, pure dopo aver dipinto un affresco non roseo perché aderente alla realtà del matrimonio concordatario: «interessa tutto questo ancor oggi alla Chiesa? /Sono convinto che si debba affermare: sì, alla Chiesa interessa, non soltanto in via di principio e in coerenza con un quadro di valori istituzionali tenacemente perseguito nel tempo, ma anche sotto il profilo giuridico-pastorale»²³³. E le interessa non solo per se stessa e per i

²³⁰ FRANCESCO, Esortazione apostolica postsinodale *Amoris laetitia*, 19 marzo 2016, cit., n. 131.

²³¹ FRANCESCO, Esortazione apostolica postsinodale *Amoris laetitia*, 19 marzo 2016, cit., n. 131: cfr. anche n. 132.

²³² A. NICORA, *Il matrimonio concordatario in Italia*, cit., p. 350, che critica recisamente tali posizioni.

²³³ A. NICORA, *Il matrimonio concordatario in Italia*, cit., pp. 351-352, il quale proseguiva indicando alcune insidie del doppio regime: « – il diffondersi della convinzione che la celebrazione religiosa più che come atto originario e costitutivo del coniugio sia da intendere come “benedizione” di un rapporto già instaurato o da instaurare, i cui dinamismi e la cui consistenza sono misurati dalla normativa civile (sempre più di tipo funzionale e sempre meno ricca di aspetti valoriali); / – la tendenza a scegliere il matrimonio civile come “matrimonio di prova”, con riserva di chiederne la “benedizione” attraverso la celebrazione sacramentale se tutto andrà bene, di ricorrere invece al divorzio se le cose si metteranno al peggio; / – il rischio che, nonostante eventuali pro-

suoi ‘affiliati’ perché, come ha ancora scritto con lapidaria fermezza Giuseppe Dalla Torre, «la difesa del matrimonio è una questione di ragione e non di fede²³⁴. Certamente la Chiesa non è sola in siffatto impegno ma è incredibile l’impegno di alcuni perché sia lasciata sola a difendere la ragione»²³⁵.

messe, alla celebrazione religiosa non segua poi quella civile, lasciando il matrimonio canonico privo di efficace riscontro in termini sociali e giuridici, con le ovvie conseguenze sull’eventuale prole e sulla vita di famiglia; o addirittura che si instauri nel tempo un rapporto con altra persona, civilmente sancito, senza che vi sia stata almeno la regolazione minimale delle conseguenze economiche e sociali derivate dal matrimonio canonico; / – la proclività a ritenere che, in ogni caso, il matrimonio non è un istituto “indisponibile” quanto alla sua struttura, ai suoi fini, al suo significato esistenziale, agli impegni che comporta, ma rappresenta una modalità di intessere rapporti a piacimento in un’ottica privatistica, mirata al soddisfacimento di utilità variabili nei modi e nel tempo, se piace – e quando lo si ritenga – anche con dimensione religiosa». E, nella pagina successiva, asseverava: «Ritengo che queste considerazioni meritino di essere valutate con attenzione e con vivo senso di responsabilità, come è richiesto soprattutto a chi nella Chiesa rende il servizio modesto ma insostituibile di curare la chiarezza, il buon ordinamento, la stabilità e la certezza delle relazioni comunitarie nel concreto del vissuto quotidiano, cioè ai giuristi. Non sarebbe “pastorale” una valutazione che pretendesse di prescindere da questi profili, concedendosi a impulsi emotivi o alla sottile tentazione di risolvere i problemi difficili e complessi semplificandoli e superandoli con prospettazioni radicalmente ma ingenuamente alternative».

²³⁴ Cfr. alcune riflessioni di R. DIAZ DORRONSORO, *La fede e il diritto ai sacramenti. Riflessioni a partire dalla reciprocità tra fede e sacramenti*, cit., p. 102: «La fede illumina la ragione, e non deve stupire che dove essa non diventi cultura, tra le prime istituzioni naturali che subiscono un indebolimento nella società ci sia proprio il matrimonio. Ciò non pregiudica, tuttavia, il principio della sufficienza della retta ragione per una celebrazione valida del matrimonio. Pertanto, chi vuole sposarsi secondo retta ragione, agisce mosso dalla grazia, sia esso cristiano o pagano; e se pur non abbia una fede esplicita nella sacramentalità del matrimonio, possiede comunque una fede implicita di essa. Anzi, in virtù della sua natura tipologica, è legittimo pensare che un matrimonio tra i non battezzati vissuto secondo la retta ragione rende visibile la grazia di Cristo fuori della Chiesa nel tempo presente».

²³⁵ G. DALLA TORRE, *Scritti su Avvenire. La laicità serena di un cattolico gentile*, cit., p. 276; si tratta dell’articolo *Il vincolo del matrimonio perno di civiltà* del 17 gennaio 2001: ma tutti i numerosi articoli sulla materia meritano di essere riletti e meditati. Cfr. le riflessioni di M. SESTA, *La bellezza della famiglia fondata sul matrimonio nel pensiero di Giuseppe Dalla Torre*, in *Archivio giuridico*, CLIV (2022), pp. 835-839.

GERALDINA BONI, Matrimonio concordatario: istituto attuale o anacronistico?

Il saggio anzitutto si sofferma sul dato statistico che comprova il declino vertiginoso della celebrazione dei matrimoni in Italia, in particolare dei matrimoni concordatari. Oltre alla diserzione da parte dei cattolici si registra anche, su un versante, la scarsa preoccupazione dell'autorità ecclesiastica di ammonire i fedeli circa l'obbligo di avvalersi dell'efficacia nello Stato delle nozze celebrate *in facie Ecclesiae*, sull'altro l'acquiescenza della medesima nei confronti della demolizione dell'*exequatur* delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale da parte della giurisprudenza italiana, in violazione degli impegni pattiziamente assunti. Un comportamento assai diverso rispetto agli sforzi nel passato e in altre circostanze compiuti per assicurare, specie tramite i concordati, dopo la negazione di ogni competenza della Chiesa al riguardo da parte degli Stati moderni, almeno la perfetta uniformità tra lo *status* canonico di coniuge e quello civile. Avverso l'attuale apparente disinteresse verso il tramonto del matrimonio concordatario, l'opinione sostenuta, argomentata anche attraverso alcuni *excursus* nella storia, è quella secondo la quale sia alla Chiesa istituzionale sia ai *christifideles* si imponga oggi un dovere di testimonianza proprio mediante questo istituto, anello di congiunzione e cerniera tra comunità ecclesiale e società secolare: dinanzi al totale dissolvimento del matrimonio civile esso solo può infatti rendere visibile – e quindi proporre *erga omnes* – quel matrimonio radicato sostanzialmente e immutabilmente nel diritto naturale che l'ordinamento canonico custodisce nel suo seno.

Parole chiave: matrimonio, Concordato, famiglia, efficacia civile, diritto canonico, *exequatur*.

GERALDINA BONI, The concordatarian marriage: a topical or an anachronistic institution?

In the first place, the essay dwells on the statistical data that show the dizzying decline in the celebration of marriages in Italy, in particular of concordatarian marriages, which are canonical marriages with civil effects. In addition to the desertion of Catholics, one can also recognize – on the one hand – a lack of attention by the ecclesiastical authority regarding the admonishing of the faithful about the obligation to make use of the civil effects of marriages that are celebrated *in facie Ecclesiae*, and – on the other hand – the acquiescence of the same ecclesiastical authority regarding the demolition of the *exequatur* of canonical judgments of marriage nullity at the hands of Italian jurisprudence, through the violation of the commitments that were assumed bilaterally. Such behavior appears very different from the efforts that were made in the past and in other circumstances, especially through the Concordats and after the refusal of the recognition of any competence of the Church in this regard by modern States, in order to guarantee at least a perfect uniformity between the spouse's canonical and civil conditions. Against the apparent lack of interest for the current sunset of the concordatarian marriage, the essay supports the opinion – that is also explained by the means of some historical *excursus* – according to which both the institutional Church and the *christifideles* today have a duty of witness that is to be fulfilled precisely through this institution, which is a link and a hinge between ecclesial community and secular society. In fact, in front of the complete dissolution of civil marriage, this is the only institution that can make visible – and therefore propose *erga omnes* – that same marriage, substantially and immutably rooted in natural law, that canon law still keeps in its bosom.

Key words: marriage, Concordat, family, civil effects, canon law, *exequatur*.

APPENDICE

Indice

Tabelle

1. Concordati che sottolineano l'importanza del matrimonio canonico nell'edificazione/costruzione della famiglia e rinviando ad accordi successivi per il riconoscimento degli effetti civili..... 81
2. Concordati che menzionano solamente l'importanza del matrimonio canonico nell'edificazione della famiglia..... 82
3. Concordati che prevedono il riconoscimento degli effetti civili del matrimonio canonico, ma non menzionano la giurisdizione..... 83
4. Concordati che prevedono il riconoscimento degli effetti civili del matrimonio nonché il riconoscimento degli effetti civili delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale e delle dispense per matrimonio rato e non consumato..... 84
5. Concordati che riconoscono gli effetti civili del matrimonio canonico e gli effetti civili delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale 98
6. Concordati generali privi di norme in materia matrimoniale 101

Grafici

1. Anni 1900-1970105
2. Anni 1970-2000106
3. Anni 2000-2023107

TABELLE

1. Concordati che sottolineano l'importanza del matrimonio canonico nell'edificazione/costruzione della famiglia e rinviando ad accordi successivi per il riconoscimento degli effetti civili

Stato (Continente) Data accordo Scambio ratifiche	Titolo (originale)	Titolo (seconda lingua)	Norma (originale)	Norma (seconda lingua)
Gabon (Africa) 12.12.1997 02.06.1999	Accord-Cadre entre le Saint-Siège et la République Gabonaise sur les principes et sur certaines dispositions juridiques concernant leurs relations et leur collaboration.	Accordo Quadro fra la Santa Sede e la Repubblica del Gabon sui principi e su alcune disposizioni giuridiche relative alle loro relazioni e alla loro collaborazione.	Article 12: § 1. En raison de la valeur spirituelle, morale et éducative du mariage canonique, la République gabonaise lui reconnaît une importance particulière dans l'édification de la famille au sein de la Nation. § 2. De ce fait, la République gabonaise s'engage à oeuvrer de concert avec le Saint-Siège, pour une reconnaissance éventuelle du mariage canonique et de ses effets civils.	Articolo 12: § 1. Stante il valore spirituale, morale ed educativo del matrimonio canonico, la Repubblica del Gabon gli riconosce un'importanza particolare nella costruzione della famiglia in seno alla nazione. § 2. Perciò, la Repubblica del Gabon si impegna a operare di concerto con la Santa Sede per un eventuale riconoscimento del matrimonio canonico e dei suoi effetti civili.
Repubblica Centrafricana (Africa) 06.09.2016 05.03.2019	Accord-Cadre entre le Saint-Siège et la République Centrafricaine sur des matières d'intérêt commun		Article 12 §1. En raison de la valeur spirituelle, morale et éducative du mariage canonique, la République Centrafricaine lui reconnaît une importance particulière dans l'édification de la famille au sein de la Nation. §2. De ce fait, la République Centrafricaine s'engage à oeuvrer de concert avec le Saint-Siège, pour une reconnaissance des effets civils du mariage canonique	
Benin (Africa) 21.10.2016 23.08.2018	Accord-Cadre entre le Saint-Siège et la République du Bénin relatif au Statut Juridique de l'Église Catholique au Bénin	Accordo Quadro tra la Santa Sede e la Repubblica del Benin sullo Statuto Giuridico della Chiesa Cattolica in Benin.	Article 13 1. En raison de la valeur spirituelle, morale et éducative du mariage canonique, la République du Bénin lui reconnaît une importance particulière dans l'édification de la famille au sein de la Nation. § 2. La République du Bénin s'engage à oeuvrer de concert avec le Saint Siège pour la conclusion d'une Entente portant sur la reconnaissance des effets civils du mariage canonique.	

2. Concordati che menzionano solamente l'importanza del matrimonio canonico nell'edificazione della famiglia

Stato (Continente) Data accordo Scambio ratifiche	Titolo (originale)	Titolo (seconda lingua)	Norma (originale)	Norma (seconda lingua)
Burundi (Africa) 06.11.2012 28.02.2014	Accord-Cadre Entre le Saint-Siège et la République du Burundi sur des matières d'intérêt commun.		Article 13: En raison de la valeur spirituelle, morale et éducative du mariage canonique, la République du Burundi lui reconnaît une importance particulière dans l'édification de la famille au sein de la Nation.	
Congo - Repubblica Democratica) 20.05.2016 17.01.2020	Accord-cadre entre le Saint-Siège et la République Démocratique du Congo sur des matières d'intérêt commun		Article 12 En raison de la valeur spirituelle, morale et éducative du mariage canonique, la République Démocratique du Congo lui reconnaît une importance particulière dans l'édification de la famille au sein de la Nation.	

3. Concordati che prevedono il riconoscimento degli effetti civili del matrimonio canonico, ma non menzionano la giurisdizione

Stato (Continente) Data accordo Scambio ratifiche	Titolo (originale)	Titolo (seconda lingua)	Norma (originale)	Norma (seconda lingua)
Estonia (Europa) 12.03.1999 ratifica non necessaria	Note verbale circa lo statuto giuridico della Chiesa		8. Marriages celebrated in the Catholic Church, upon registration and for which a certificate of marriage has been issued by the civil registry office, have civil effect.	
Lettonia (Europa) 08.11.2000 25.10.2002	Svētā Krēsla un Latvijas Republikas Līgums	Agreement Between the Holy See and the Republic of Latvia	8. pants 1. No kanonisko laulību noslēgšanas brīža šīs laulības rada Latvijas Republikas likumos noteiktās civiltiesiskās sekas, ja vien starp līgumslēdzējām pusēm nepastāv nekādi civiltiesiski šķēršļi un ir izpildītas Latvijas Republikas likumos paredzētās prasības. 2. Veids un laiks, kurā kanoniskās laulības ir reģistrējamas kompetentajā valsts vai pašvaldību iestādē, tiek noteikts Latvijas Republikas likumos.	Article 8 1. From the moment of its celebration canonical marriage produces the civil effects determined by the legislation of the Republic of Latvia, provided no civil impediments exist between the contracting parties and the requisites foreseen by the laws of the Republic of Latvia have been fulfilled. 2. The way and the time within which a canonical marriage is to be registered with the competent civil authority are determined by the laws of the Republic of Latvia.
Guinea Equatoriale (Africa) 13.10.2012 25.10.2012	Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Guinea Equatoriale sulle relazioni tra la Chiesa Cattolica e lo Stato	Acuerdo entre la República de Guinea Ecuatorial y la Santa Sede sobre las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado	Article 12 Lo Stato riconosce pieni effetti civili al matrimonio celebrato in conformità con le norme del Codice di Diritto Canonico. Per l'effettività di tale riconoscimento, l'Autorità ecclesiastica competente trasmetterà copia autentica dell'atto di matrimonio al funzionario competente dello Stato, il quale dovrà trascrivere il matrimonio nel Registro civile.	Article 12 El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado en conformidad con las normas del Código de Derecho Canónico. Para la efectividad de este reconocimiento, la Autoridad eclesiástica competente transmitirá copia auténtica del acta de matrimonio al funcionario competente del Estado, el cual deberá inscribir el matrimonio en el Registro Civil.
Angola (Africa) 13.09.2019 21.11.2019	Accordo Quadro tra la Santa Sede e la Repubblica di Angola	Acordo-Quadro entre a República de Angola e a Santa Sé	Articolo 14 (Famiglia e matrimonio canonico) 1. In ragione del valore spirituale, morale ed educativo del matrimonio canonico, la Repubblica di Angola riconosce ad esso un'importanza particolare nell'edificazione della famiglia in seno alla Nazione. 2. Sono riconosciuti gli effetti civili del matrimonio celebrato in conformità con le leggi canoniche, a condizione che l'atto di matrimonio sia trascritto negli appositi registri dello stato civile, nei termini da definire nella legge angolana. 3. Le pubblicazioni del matrimonio si effettuano non solo nelle rispettive chiese parrocchiali, ma anche nei competenti uffici del registro civile. 4. Il ministro del matrimonio deve avere nazionalità angolana o, se è straniero, l'autorizzazione di residenza temporanea o permanente in Angola.	Artigo 14 (Família e matrimónio canónico) 1. Em razão do valor espiritual, moral e educativo do matrimónio canónico, a República de Angola reconhece-lhe uma importância particular na edificação da família no seio da Nação. 2. São reconhecidos os efeitos civis ao matrimónio celebrado em conformidade com as leis canónicas, desde que o Assento de casamento seja transcrito nos devidos registos do estado civil, em termos a definir na lei angolana. 3. Os proclamas do casamento fazem-se não só nas respectivas igrejas paroquiais mas também nas repartições competentes do registo civil. 4. O ministro celebrante do casamento deve ter nacionalidade angolana ou, se for estrangeiro, ter a autorização de residência temporária ou permanente em Angola.

4. Concordati che prevedono il riconoscimento degli effetti civili del matrimonio nonché il riconoscimento degli effetti civili delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale e delle dispense per matrimonio rato e non consumato

Stato (Continente) Data accordo Scambio ratifiche	Titolo (originale)	Titolo (seconda lingua)	Norma (originale)	Norma (seconda lingua)
Austria (Europa) 05.06.1933 01.05.1934	Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica Austriaca Concordato entre la Santa Sede y la República Dominicana + Protocolo Final Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Guinea Equatoriale sulle relazioni tra la Chiesa Cattolica e lo Stato	Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und der Republik Österreich	ARTICOLO VII: § 1. La Repubblica Austriaca riconosce gli effetti civili ai matrimoni contratti in conformità del diritto canonico. § 2. Le pubblicazioni di questi matrimoni hanno luogo secondo il diritto canonico. La Repubblica Austriaca si riserva di ordinarne anche la pubblicazione civile. § 3. La Repubblica Austriaca riconosce la competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici nelle cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato. § 4. I provvedimenti e le sentenze relative, quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica. Questo controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione ed alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti. I detti provvedimenti e sentenze definitive coi relativi decreti del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica saranno trasmessi alla Suprema Corte Austriaca. Gli effetti civili incominceranno dalla dichiarazione di eseguibilità emessa dalla Suprema Corte Austriaca in seduta segreta. § 5. I Tribunali ecclesiastici e civili dovranno prestarsi reciproca assistenza legale, nell'orbita ciascuno della propria competenza.	ARTIKEL VII. § 1. Die Republik Oesterreich erkennt den gemäss dem kanonischen Recht geschlossenen Ehen die bürgerlichen Rechtswirkungen zu. § 2. Das Aufgebot dieser Eheschliessungen erfolgt nach dem kanonischen Rechte. Die Republik Oesterreich behält sich vor, auch ein staatliches Aufgebot anzuordnen. § 3. Die Republik Oesterreich anerkennt die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte und Behörden zum Verfahren bezüglich der Ungültigkeit der Ehe und der Dispens von einer geschlossenen aber nicht vollzogenen Ehe. § 4. Die hierauf bezüglichen Verfügungen und Urteile werden, nachdem sie rechtskräftig geworden sind, dem Obersten Gerichtshof der Signatura Apostolica vorgelegt. Dieser prüft, ob die Vorschriften des kanonischen Rechtes über die Zuständigkeit des Richters, die Vorladung, die gesetzmässige Vertretung und das ungesetzmässige Nichterscheinen der Parteien befolgt worden sind. Die genannten endgiltigen Verfügungen und Urteile werden mit den diesbezüglichen Verfügungen des Obersten Gerichtshofes der Signatura Apostolica dem österreichischen Obersten Gerichtshofes übersendet. Die bürgerlichen Rechts Wirkungen treten mit der vom österreichischen Obersten Gerichtshofe in nichtöffentlicher Sitzung ausgesprochenen Vollstreckbarkeitserklärung ein. § 5. Die kirchlichen und staatlichen Gerichte haben einander im Rahmen ihrer Zuständigkeit Rechtshilfe zu leisten.
Repubblica Dominicana (America) 16.06.1954 06.08.1954	Concordato entre la Santa Sede y la República Dominicana + Protocolo Final	Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica Dominicana + Protocollo Finale	Artículo XV: 1. La República Dominicana reconoce plenos efectos civiles a cada matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. 2. En armonía con las propiedades esenciales del matrimonio católico queda entendido que, por el propio hecho de celebrar matrimonio católico, los cónyuges renuncian a la facultad civil de pedir el divorcio, que por esto mismo no podrá ser aplicado por los tribunales civiles a los matrimonios canónicos.	Articolo XV: 1. La Repubblica Dominicana riconosce pieni effetti civili a tutti i matrimoni celebrati secondo le norme del Diritto Canonico. 2. In armonia con le proprietà essenziali del matrimonio cattolico rimane inteso che, per il solo fatto di celebrare il matrimonio cattolico, i coniugi rinunciano alla facoltà civile di chiedere il divorzio, che per ciò stesso non potrà essere applicato dai tribunali civili ai matrimoni canonici

Artículo XVI:

1. Las causas concernientes a la nulidad del matrimonio canónico y la dispensa del matrimonio rato y no consumado, así como el procedimiento relativo al Privilegio Paulino, quedan reservados a los Tribunales y a los órganos eclesiásticos competentes. La Santa Sede consiente que las causas matrimoniales de separación de los cónyuges sean juzgadas por los Tribunales civiles.
2. Las decisiones y sentencias de los órganos y Tribunales eclesiásticos, cuando sean definitivas, se elevarán al Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica para su comprobación y serán transmitidas después, con los respectivos decretos de dicho Supremo Tribunal, por vía diplomática al Tribunal dominicano competente, que las hará efectivas y mandará que sean anotadas en los registros civiles al margen del acta del matrimonio.

En relación con el artículo XV: A) Para el reconocimiento, por parte del Estado, de los efectos civiles del matrimonio canónico, será suficiente que el acta del matrimonio sea transcrita en el Registro civil correspondiente. Esta transcripción se llevará a cabo de la siguiente manera:

El Párroco, dentro de los tres días siguientes a la celebración del matrimonio canónico, transmitirá copia textual del acta de la celebración al competente Oficial del Estado civil para que proceda a la oportuna transcripción. Dicha transcripción debe realizarse dentro de los dos días siguientes a la recepción de la misma acta, y dentro de los tres días de haberla transcrito el Oficial del Estado civil hará la oportuna notificación al Párroco indicando la fecha. El Párroco que sin graves motivos deje de enviar copia del acta matrimonial dentro del plazo citado incurrirá en pena de desobediencia, y el funcionario del Registro civil que no lo transcriba a su tiempo incurrirá en las sanciones que señale la ley orgánica de su servicio.

B) Se entiende que los efectos civiles de un matrimonio debidamente transcrito regirán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio. Sin embargo, cuando la transcripción del matrimonio sea solicitada una vez transcurridos cinco días de su celebración, dicha transcripción no perjudicará los derechos adquiridos, legítimamente, por terceras personas.

No obsta a la transcripción la muerte de uno o de ambos cónyuges.

Articolo XVI:

1. Le cause riguardanti la nullità del matrimonio canonico e la dispensa del matrimonio rato e non consumato, come anche il procedimento relativo al Privilegio Paolino, sono riservate ai Tribunali e ai Dicasteri ecclesiastici competenti. La Santa Sede consente che le cause matrimoniali di separazione dei coniugi siano giudicate dai Tribunali civili.
2. Le decisioni e sentenze dei Dicasteri e Tribunali ecclesiastici, quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica per il relativo controllo e saranno poi, con i rispettivi decreti di detto Supremo Tribunale, trasmesse per via diplomatica al Tribunale dominicano competente, che le renderà esecutive e ordinerà che siano annotate nei registri civili a margine dell'atto di matrimonio.

Circa l'articolo XV: A) Ai fini del riconoscimento degli effetti civili ai matrimoni canonici da parte dello Stato, sarà sufficiente che l'atto di matrimonio sia trascritto negli appositi Registri civili. Questa trascrizione si effettuerà nel modo seguente:

Il Parroco, entro i tre giorni che seguono alla celebrazione del matrimonio canonico, trasmetterà copia integrale dell'atto di celebrazione al competente Ufficiale di Stato civile affinché proceda alla opportuna trascrizione. Detta trascrizione dovrà essere fatta entro i due giorni seguenti alla ricevuta dell'atto stesso, e entro i tre giorni seguenti alla eseguita trascrizione l'Ufficiale di Stato civile ne darà opportuna comunicazione al Parroco indicando la data. Il Parroco che senza gravi motivi tralasci di inviare copia dell'atto matrimoniale nel tempo stabilito incorrerà nella pena di disubbidienza, e il funzionario del Registro civile che non lo trascriva in tempo incorrerà nelle sanzioni comminate dalla legge organica di servizio.

B) Gli effetti civili di un matrimonio debitamente trascritto si intendono sempre decorrenti dalla data della celebrazione canonica del matrimonio medesimo. Tuttavia, qualora la trascrizione sia richiesta trascorsi cinque giorni dalla celebrazione, essa non pregiudica i diritti legittimamente acquisiti dai terzi. Non osta alla trascrizione la morte di uno o di ambedue i coniugi.

Stato (Continente) Data accordo Scambio ratifiche	Titolo (originale)	Titolo (seconda lingua)	Norma (originale)	Norma (seconda lingua)
Colombia (America) 12.07.1973 02.07.1975	Concordato entre la República de Colombia y la Santa Sede	Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica di Colombia	<p>Artículo VII: El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico. Para la efectividad de este reconocimiento la competente autoridad eclesiástica transmitirá copia auténtica del Acta al correspondiente funcionario del Estado quien deberá inscribirla en el registro civil.</p> <p>Artículo VIII: Las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica. Las decisiones y sentencias de éstas, cuando sean firmes y ejecutivas, conforme al derecho canónico, serán transmitidas al Tribunal Superior del distrito judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará su inscripción en el registro civil.</p> <p>Artículo IX: Las Altas Partes Contratantes convienen en que las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos sean tramitadas por los Jueces del Estado, en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia. A solicitud de uno de los cónyuges la causa respectiva se suspenderá en primera instancia y por una sola vez, durante treinta días, para dar lugar a la acción conciliadora y pastoral de la Iglesia, salvo la competencia del Tribunal para adoptar las medidas precautelativas que estime convenientes. Vencido el plazo el respectivo Tribunal reanudará el trámite correspondiente</p>	<p>Articolo VII: Lo Stato riconosce pieni effetti civili al matrimonio celebrato conformemente alle norme del diritto canonico. Per rendere effettivo tale riconoscimento, la competente autorità ecclesiastica trasmetterà copia autentica dell'Atto al rispettivo funzionario dello Stato il quale dovrà trascriverlo nel registro civile.</p> <p>Articolo VIII: Le cause relative alla nullità e allo scioglimento del vincolo dei matrimoni canonici, comprese quelle che si riferiscono alla dispensa del matrimonio rato e non consumato, sono di competenza esclusiva dei Tribunali Ecclesiastici e delle Congregazioni della Sede Apostolica. Le decisioni e le sentenze di queste cause, quando siano divenute definitive ed esecutive, secondo il diritto canonico, saranno trasmesse al Tribunale Superiore del distretto giudiziario territorialmente competente, il quale emanerà i decreti per la loro esecuzione quanto agli effetti civili e ordinerà la loro iscrizione nel registro civile.</p> <p>Articolo IX: Le Alte Parti Contraenti convengono che le cause di separazione dei coniugi legati da matrimoni canonici siano trattate dai Giudici dello Stato, in prima istanza presso il Tribunale Superiore rispettivo ed in seconda istanza presso la Corte Suprema di Giustizia. A richiesta di uno dei coniugi la causa relativa si sospenderà in prima istanza e per una volta sola, durante trenta giorni, per rendere possibile l'azione conciliatrice e pastorale della Chiesa, salva la competenza del Tribunale per adottare i provvedimenti cautelativi che stimi convenienti. Trascorso tale termine il rispettivo Tribunale riprenderà la relativa trattazione.</p>
Repubblica Dominicana (America) 16.06.1954 06.08.1954	Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asunto jurídicos	Accordo tra la Santa Sede e lo Stato Spagnolo circa questioni giuridiche	<p>Artículo 6 1. El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.</p>	<p>Articolo 6 1. Lo Stato riconosce gli effetti civili al matrimonio celebrato secondo le norme del diritto canonico. Gli effetti civili del matrimonio canonico si producono dal momento della celebrazione. Per il loro pieno riconoscimento, sarà necessaria l'iscrizione nel Registro civile, che si effettuerà mediante la semplice presentazione del certificato ecclesiastico dell'esistenza del matrimonio.</p>

2. Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las Partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal Civil competente.

3. La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales.

2. In conformità alle disposizioni del diritto canonico, i contraenti potranno adire i tribunali ecclesiastici per chiedere la dichiarazione di nullità o domandare la dispensa pontificia dal matrimonio rato e non consumato. A richiesta di qualsiasi delle parti, detti provvedimenti ecclesiastici avranno efficacia nell'ordine civile se sono dichiarati conformi al diritto dello Stato con una risoluzione emessa dal tribunale civile competente.

3. La Santa Sede riafferma il valore permanente della sua dottrina sul matrimonio e ricorda a coloro che celebrano il matrimonio canonico il grave obbligo che assumono di attenersi alle norme canoniche che lo regolano e in particolare di rispettarne le proprietà essenziali.

PROTOCOLO FINAL (En relación con el artículo VI, 1.)
 Inmediatamente de celebrado el matrimonio canónico, el Sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. Y, en todo caso, el Párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil que corresponda el Acta del matrimonio canónico para su oportuna inscripción, en el supuesto de que ésta no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas. Corresponde al Estado regular la protección de los derechos que, en tanto el matrimonio no sea inscrito, se adquieran de buena fe por terceras personas.

PROTOCOLLO FINALE (circa l'articolo VI, 1.)
 Subito dopo la celebrazione del matrimonio canonico, il sacerdote davanti al quale è stato celebrato consegnerà agli sposi il certificato ecclesiastico con i dati richiesti per l'iscrizione nel Registro civile. In ogni caso, il parroco nel cui territorio parrocchiale è stato celebrato il matrimonio entro cinque giorni trasmetterà all'incaricato del Registro civile competente l'atto del matrimonio canonico per la sua opportuna iscrizione, per il caso che questa non sia già stata effettuata a richiesta delle parti interessate.
 Spetta allo Stato regolare la protezione dei diritti che, prima che il matrimonio sia iscritto, vengano acquisiti in buona fede da terzi.

Malta (Europa)
 03.02.1993
 25.03.1995

Agreement between the Holy See and the Republic of Malta on the Recognition of Civil Effects to Canonical Marriages and to Decisions of Ecclesiastical Authorities and Tribunals about the Same Marriages + Protocol of Application + Second Additional Protocol

Conventio inter Apostolicam Sedem et Melitensem Rem Publicam de civilibus agnoscendis matrimoniorum canonicorum effectibus necnon sententiarum iisdem super conubiis auctoritatum tribunaliumque ecclesiasticarum + Protocollo Addizionale + Secondo Protocollo Addizionale

Article 1
 1. Civil effects are recognized for marriages celebrated in Malta according to the canonical norms of the Catholic Church, from the moment of their celebration, provided that:
 a) it clearly appears from a certificate issued by the Marriage Registrar that the banns required by civil law have been published, or that a dispensation from the same has been granted; such certificate shall constitute definitive and conclusive proof of the regularity of the banns or of the dispensation therefrom;
 b) the Parish Priest of the place where the marriage was celebrated transmits to the Public Registry an original of the act of marriage compiled in the form established by common accord between the Parties, and signed by the local Ordinary or the Parish Priest or their Delegate, who has officiated at the celebration of the marriage.
 2. The Holy See takes note that the Republic of Malta recognizes the civil effects of canonical marriages where there does not exist between the spouses an impediment that, according to civil law, produces the nullity of the marriage and that the said civil law considers as mandatory or not dispensable.

Articolo 1
 1. Sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni celebrati a Malta secondo le norme canoniche della Chiesa Cattolica, dal momento della loro celebrazione, a condizione che:
 a) risulti da un attestato del «Marriage Registrar» che sono state eseguite le pubblicazioni richieste dalla legge civile, o che vi è stata dispensa dalle stesse, costituendo tale attestato una prova definitiva ed insindacabile della regolarità delle pubblicazioni o della dispensa dalle stesse;
 b) il Parroco del luogo dove è stato celebrato il matrimonio trasmetta al Registro Pubblico un esemplare originale dell'atto di matrimonio redatto nella forma stabilita di comune intesa fra le Alte Parti, e sottoscritto dall'Ordinario del luogo o dal Parroco o dal loro Delegato, che ha assistito alla celebrazione del matrimonio.
 2. La Santa Sede prende atto che la Repubblica di Malta riconosce gli effetti civili dei matrimoni canonici quando non sussista fra i contraenti un impedimento che, secondo la legge civile, produca la nullità del matrimonio e che la stessa legge civile consideri inderogabile o non dispensabile.

Article 2

1. The act of marriage shall be transmitted to the Public Registry for due transcription within five working days of the celebration of the marriage.
2. Should the transmission of the act of marriage not be effected within the established time limit, it shall be the duty of the Parish Priest to effect the same as soon as possible. The spouses, or either of them, always retain the right to demand such transmission. Late transmission shall not be an obstacle to transcription.
3. When it is ascertained that the conditions laid down in Article 1 have been complied with, the Director of the Public Registry transcribes the act of marriage and, as soon as possible, gives written notice of this to the Parish Priest.

Article 3

The Republic of Malta recognizes for all civil effects, in terms of this Agreement, the judgements of nullity and the decrees of ratification of nullity of marriage given by the ecclesiastical tribunals and which have become executive.

Article 4

1. For the purposes of the recognition of the civil effects mentioned in Article 3, the Holy See takes note that:
 - a) from the moment in which notice is given to the Registrar of Courts of the acceptance by the Chancery of the ecclesiastical tribunals of a petition presented by at least one of the parties to obtain the declaration of the nullity of a canonical marriage celebrated after the coming into force of the present Agreement, competence to decide on the matter is recognized solely to the ecclesiastical tribunals, provided that the civil tribunals have not already given a judgement that has become *res judicata*, based on the same grounds of nullity;
 - b) should it be clear that the ecclesiastical judge has admitted the renunciation of a case opened before the ecclesiastical tribunals or that a case has canonically fallen into abatement, the civil tribunals shall be able to again take up the examination of the case that may have already been presented before them and suspended by virtue of what is provided in letter a) above.
2. The Church shall enlighten prospective spouses about the specific nature of canonical marriage and, consequently, about ecclesiastical Jurisdiction concerning the marriage bond. The prospective spouses shall, by way of acceptance, formally take note of this in writing.

Article 5

The judgements of nullity and the decrees of ratification of nullity of marriage given by the ecclesiastical tribunals are recognized as producing civil effects, provided that:

Articolo 2

1. L'atto di matrimonio deve essere trasmesso al Registro Pubblico per la debita trascrizione entro cinque giorni utili dalla celebrazione del matrimonio.
2. Qualora la trasmissione dell'atto di matrimonio non venga effettuata entro il termine stabilito, rimane l'obbligo del Parroco di effettuarla al più presto possibile. Le parti, o anche una di esse, hanno sempre il diritto di chiedere tale trasmissione. La trasmissione tardiva non osta alla trascrizione.
3. Ove consti che le condizioni stabilite nell'articolo 1 siano state soddisfatte, il Direttore del Registro Pubblico trascrive l'atto di matrimonio e, al più presto possibile, ne dà notizia in iscritto al Parroco.

Articolo 3

La Repubblica di Malta riconosce per tutti gli effetti civili, nei termini del presente Accordo, le sentenze di nullità e i decreti di ratifica di nullità di matrimonio emessi dai tribunali ecclesiastici e diventati esecutivi.

Articolo 4

1. Ai fini del riconoscimento degli effetti civili di cui all'art. 3, la Santa Sede prende atto che:
 - a) dal momento in cui viene notificata al «Registrar of Courts» l'accettazione, da parte della Cancelleria dei tribunali ecclesiastici, della domanda presentata da almeno una delle parti per ottenere la dichiarazione di nullità di un matrimonio canonico celebrato dopo l'entrata in vigore del presente Accordo, è riconosciuta unicamente agli stessi tribunali ecclesiastici la competenza di decidere in merito, purché i tribunali civili non abbiano già emanato una sentenza passata in giudicato, basata sugli stessi capi di nullità;
 - b) qualora risulti che sia stata ammessa dal giudice ecclesiastico la rinuncia ad una causa iniziata presso i tribunali ecclesiastici o che una causa sia canonicamente caduta in perenzione, i tribunali civili potranno riprendere l'esame della causa eventualmente già iniziata presso di essi e sospesa in virtù di quanto disposto alla precedente lettera a).
2. La Chiesa illuminerà i futuri sposi in merito alla specifica natura del matrimonio canonico e, di conseguenza, alla giurisdizione ecclesiastica in materia di vincolo matrimoniale. I futuri sposi prenderanno formalmente atto di ciò, per accettazione, in iscritto.

Articolo 5

Le sentenze di nullità e i decreti di ratifica di nullità di matrimonio emessi dai tribunali ecclesiastici sono riconosciuti come efficaci per gli effetti civili, a condizione che:

a) a request is presented, by the parties or either of them, to the Court of Appeal together with an authentic copy of the judgement or decree, as well as a declaration of its executivity according to canon law issued by the tribunal that has given the executive decision;

b) the Court of Appeal ascertains that:

I. the ecclesiastical tribunal was competent to judge the case of nullity of the marriage insofar as the marriage was celebrated according to the canonical form of the Catholic Church or with a dispensation there from;

II. during the canonical judicial proceedings there was assured to the parties the right of action and defence, in a manner substantially not dissimilar to the principles of the Constitution of Malta;

III. in the case of a marriage celebrated in Malta after the 11 August 1975 there has been delivered or transmitted to the Public Registry the act of marriage laid down by the civil law;

IV. there does not exist a contrary judgement pronounced by the civil tribunals and which has become *res judicata*, based on the same grounds of nullity.

Article 6

The provisions of Articles 3 and 5 apply also:

a) to canonical marriages celebrated before the Coming into force of this Agreement;

b) to the judgements of nullity and to the decrees of ratification of nullity of marriage given by the ecclesiastical tribunals between the 16 July 1975 and the coming into force of the present Agreement:

I. if the request for the recognition of the civil effects is presented by both parties or, at least, by one of them with the other party not dissenting;

II. in case there is a dissenting party, if, after the Court of Appeal has granted to this same party a time limit, not exceeding two months, to present a plea to the ecclesiastical tribunal against the judgement of nullity or the decree of ratification of nullity of marriage, such time limit has elapsed to no avail or, if the plea had been entered, the competent ecclesiastical tribunal has rejected the plea or has confirmed the previous judgement of nullity or decree of ratification of nullity of marriage.

Article 7

1. The decrees of the Roman Pontiff *super matrimonio rato et non consummato* are recognized as regards civil effects by the Republic of Malta, upon request, accompanied by an authentic copy of the pontifical decree, presented to the Court of Appeal by the parties or by either of them.

2. The Court of Appeal shall order the recognition of the decrees referred to in paragraph 1 of this Article if it is clear to

a) dalle parti, o da una di esse, sia presentata domanda alla Corte d'Appello insieme con una copia autentica della sentenza o decreto, e con una dichiarazione di esecutività secondo il diritto canonico rilasciata dal tribunale che ha emanato la decisione esecutiva;

b) consti alla Corte d'Appello che:

I. il tribunale ecclesiastico era competente a conoscere della causa di nullità del matrimonio in quanto questo era stato celebrato secondo la forma canonica della Chiesa Cattolica o con dispensa da essa;

II. nel procedimento giudiziario canonico è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio, in modo sostanzialmente non difforme dai principi della Costituzione di Malta;

III. nel caso di un matrimonio celebrato a Malta dopo TU agosto 1975 è stato consegnato, o trasmesso, al Registro Pubblico l'atto di matrimonio prescritto dalla legge civile;

IV. non esiste una sentenza contraria emanata dai tribunali civili e passata in giudicato, basata sugli stessi capi di nullità.

Articolo 6

Le disposizioni di cui agli articoli 3 e 5 si applicano anche:

a) ai matrimoni canonici celebrati prima dell'entrata in vigore del presente Accordo;

b) alle sentenze di nullità e ai decreti di ratifica di nullità di matrimonio emanati dai tribunali ecclesiastici tra il 16 luglio 1975 e l'entrata in vigore del presente Accordo:

I. quando la domanda per il riconoscimento degli effetti civili sia presentata da ambedue le parti o, almeno, da una di esse non contraddicente l'altra parte;

II. nel caso che vi sia una parte contraddicente, quando, dopo che alla stessa parte sia stato concesso dalla Corte d'Appello un termine, non superiore a due mesi, per presentare istanza al tribunale ecclesiastico contro la sentenza di nullità o il decreto di ratifica di nullità di matrimonio, sia trascorso inutilmente tale termine o, se sia stata interposta l'istanza, il competente tribunale ecclesiastico abbia respinto l'istanza o confermato la precedente sentenza di nullità o decreto di ratifica di nullità di matrimonio.

Articolo 7

1. I decreti del Romano Pontefice «*super matrimonio rato et non consummato*» sono riconosciuti per gli effetti civili dalla Repubblica di Malta, dietro richiesta, accompagnata da copia autentica del decreto pontificio, presentata alla Corte d'Appello dalle parti o da una di esse.

2. La Corte d'Appello ordina il riconoscimento dei decreti di cui al numero 1 del presente articolo se consta ad essa che gli

it that such decrees refer to marriages celebrated according to the canonical norms of the Catholic Church:

- a) after the coming into force of this Agreement;
- b) and also prior to the coming into force of this Agreement, on condition that the copy of the decree is presented by both parties, or at least by one of them with the other party not dissenting.

Article 8

In the exercise of its specific functions as regards the recognition of the decrees mentioned in article 7, as well as of the judgements of nullity or of the decrees of ratification of nullity of marriage mentioned in Article 3, the Court of Appeal does not re-examine the merits of the case.

Article 9

The civil effects flowing from the recognition mentioned in Articles 3 and 7 are regulated by civil law.

Protocol of application 3rd February 1993

I. With reference to Article 1.1.b)

- a) The Parties shall establish, by common accord, the form of the act of marriage before the coming into force of the Agreement, through exchange of Notes between the Apostolic Nunciature and the Ministry of Foreign Affairs. They shall follow the same procedure should they, in future, agree to modify the said form.
- b) Except in case of danger of death in which at least one of the parties finds itself, the Marriage Registrar shall, together with the certificate mentioned in Article 1.1.a), issue to the parties a form of the act of marriage, duly filled in with all the information referring to the spouses. The form so prepared shall be consigned to the parties as early as possible after the completion of the period of publication of the banns and, in any case, not later than four days prior to the date fixed for the celebration of the marriage. It is incumbent on the parties to immediately transmit such form to the Parish Priest of the place of celebration. Should the Parish Priest notice any discrepancy between the information referring to the spouses as it appears from the form mentioned above and from the canonical documents, the Parish Priest must, as soon as possible, make the opportune verifications so as to reach agreement with the Marriage Registrar about the correct compilation of the said form.

II. With reference to Article 1.2

For the purpose of putting into effect Article 1.2 the following are understood to be impediments considered mandatory or not dispensable by the civil law:

stessi decreti sono relativi a matrimoni celebrati secondo le norme canoniche della Chiesa Cattolica:

- a) dopo l'entrata in vigore del presente Accordo;
- b) anche prima dell'entrata in vigore di questo Accordo, a condizione che la copia del decreto sia presentata da ambedue le parti o almeno da una di esse non contraddicente l'altra parte.

Articolo 8

Nell'espletamento delle proprie funzioni in ordine al riconoscimento dei decreti di cui all'articolo 7, come pure delle sentenze di nullità e dei decreti di ratifica di nullità di matrimonio di cui all'articolo 3, la Corte d'Appello non procede al riesame del merito.

Articolo 9

Gli effetti civili derivanti dal riconoscimento di cui agli articoli 3 e 7 sono regolati dalla legge civile.

Protocollo addizionale 3 febbraio 1993

I. In relazione all'articolo 1.1b)

- a) Le Alte Parti stabiliranno, di comune intesa, il modulo dell'atto di matrimonio prima dell'entrata in vigore dell'Accordo, mediante scambio di Note tra la Nunziatura Apostolica ed il Ministero degli Affari Esteri. Esse seguiranno la stessa procedura qualora, in futuro, concordassero di apportare modifiche a tale modulo.
- b) Escluso il caso di pericolo di morte in cui si trovi almeno una delle parti, il «Marriage Registrar», insieme all'attestato di cui all'articolo 1.1.a), rilascia alle parti un modulo dell'atto di matrimonio, debitamente riempito con tutti i dati relativi agli sposi. Il modulo così preparato dev'essere consegnato alle parti al più presto dopo la scadenza del periodo delle pubblicazioni e, in ogni caso, non più tardi di quattro giorni prima della data fissata per la celebrazione del matrimonio. Spetta alle parti di trasmettere immediatamente tale modulo al Parroco del luogo della celebrazione. Qualora rilevi qualche discrepanza tra i dati relativi agli sposi come risultano dal modulo di cui sopra e dai documenti canonici, il Parroco deve fare, al più presto possibile, le opportune verifiche al fine di concordare col «Marriage Registrar» la corretta stesura dello stesso modulo.

II. In relazione all'articolo 1.2

Ai fini dell'applicazione dell'articolo 1,2 si intendono come impedimenti considerati inderogabili o non dispensabili dalla legge civile:

- a) the lack of age, which is sixteen years completed for both parties;
- b) the infirmity of mind of at least one of the parties which renders it incapable of contracting marriage;
- c) consanguinity in the direct line and up to the second degree in the collateral line;
- d) the subsistence of a previous marriage, valid in civil law, of at least one of the parties.

III. With reference to Article 4.1.a)

The acceptance by the Chancery of the ecclesiastical tribunals is to be immediately notified in writing by the Chancellor of the same tribunals or his Substitute.

IV. With reference to Article 5.b.i)

The ecclesiastical tribunal is considered to have been competent to judge the case of nullity of the marriage even when it was challenged on the ground of the lack of some element required for the validity of the canonical form or of the dispensation therefrom.

V. With reference to Articles 6.b.i) and 7.2.b)

The peremptory time limit for the presentation of the note of pleas to the Court of Appeal is of twelve working days from the date of notification made by the same Court to the interested party.

VI. The term “parish priest” refers also to any ecclesiastic equivalent to the parish priest, or who Substitutes him, according to canon law.

Second Additional Protocol 6th January

1. Judgements given by ecclesiastical tribunals in cases of nullity upholding the validity of the marriage, which have not been appealed or which have been confirmed on appeal, including *mutatis mutandis* judgements in cases in terms of paragraph (b) subparagraph (i) of Article 6 of the Agreement, are recognized for all purposes of law in Malta and shall be considered as *res judicata* and not subject to re-examination on the same grounds by the civil courts provided that the Court of Appeal ascertains what is laid down in paragraph b) of Article 5 of the Agreement. It shall not in terms of Article 8 of the Agreement re-examine the merits of the case.

2. Whenever a plea for nullity of marriage is presented to the civil court, the judge is to ascertain his competence, in terms of paragraph 1 of Article 4 of the Agreement and of Number 1 of this Protocol.

- a) il difetto di età, che è di sedici anni compiuti per ambedue le parti;
- b) l'infirmità di mente di almeno una delle parti che renda incapace di contrarre matrimonio;
- c) la consanguineità in linea retta e, fino al secondo grado, in linea collaterale;
- d) la sussistenza di un precedente matrimonio, valido agli effetti civili, di almeno una delle parti.

III. In relazione all'articolo 4.1.a)

L'accettazione da parte della Cancelleria dei tribunali ecclesiastici viene immediatamente notificata in iscritto dal Cancelliere degli stessi tribunali o da chi ne fa le veci.

IV. In relazione all'articolo 5.b.i)

Si considera che il tribunale ecclesiastico era competente a conoscere della causa di nullità del matrimonio anche quando questo è stato impugnato per difetto di qualche elemento richiesto per la validità della forma canonica o della dispensa da essa.

V. In relazione agli articoli 6.b.i) e 7.2.b)

Il termine perentorio per la presentazione della nota di contraddizione alla Corte di Appello è di dodici giorni utili dalla data della notifica fatta dalla stessa Corte alla parte interessata.

VI. Col termine «parroco» si intende anche ogni ecclesiastico equiparato al parroco, o che lo sostituisce, a norma del diritto canonico.

Secondo Protocollo addizionale 6 gennaio 1995

1. Le sentenze emanate dai tribunali ecclesiastici in cause di nullità che sono a favore della validità del matrimonio, che non sono state appellate o che sono state confermate in appello, comprese *mutatis mutandis* le sentenze nelle cause di cui all'articolo 6, b), (i) dell'Accordo, sono riconosciute a tutti gli effetti di legge in Malta e saranno ritenute come *res judicata* e non riesaminabili sugli stessi capi dalle corti civili, a condizione che alla Corte di Appello consti quanto è stabilito all'articolo 5, b) dell'Accordo. La stessa Corte, ai sensi dell'articolo 8 dell'Accordo, non procede al riesame del merito della causa.

2. Quando una domanda per ottenere la dichiarazione di nullità del matrimonio è presentata alla corte civile, il giudice accerta la sua competenza ai sensi dell'articolo 4,1 dell'Accordo e del Numero 1 di questo Protocollo.

<p>Malta (Europa) 27.01.2014 (cambio dell'accordo del 03.03.1993) ratifica non necessaria</p>	<p>Third Additional Protocol to the Agreement between the Holy See and the Republic of Malta on the Recognition of Civil Effects to Canonical Marriages and to Decisions of Ecclesiastical Authorities and Tribunals about the Same Marriages</p>	<p>Terzo Protocollo Addizionale all'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Malta sul riconoscimento degli effetti civili ai matrimoni canonici e alle decisioni delle Autorità e dei tribunali ecclesiastici circa gli stessi matrimoni</p>	<p>Art. 2 (Amendment of the Agreement)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Article 4 paragraph 1 of the Agreement is deleted. 2. Article 4 paragraph 2 shall be re-numbered as Article 4. <p>Art. 3 (Amendment of the Protocol of Application)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Paragraph III of the Protocol of Application is deleted. 2. The following paragraphs shall be re-numbered accordingly. <p>Art. 4 (Deletion of Second Additional Protocol)</p> <p>The Second Additional Protocol is deleted</p>	<p>Art. 2 (Modificazione dell'Accordo)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. L'Articolo 4 paragrafo 1 dell'Accordo è cancellato. 2. L'Articolo 4 paragrafo 2 è rinumerato come Articolo 4. <p>Art. 3 (Modificazione del Protocollo Addizionale)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Il paragrafo III del Protocollo Addizionale è cancellato. 2. I paragrafi successivi sono rinumerati di conseguenza <p>Art. 4 (Cancellazione del Secondo Protocollo Addizionale)</p> <p>Il Secondo Protocollo Addizionale è cancellato</p>
<p>Polonia (Europa) 28.07.1993 25.03.1998</p>	<p>Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską</p>	<p>Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia</p>	<p>Artykuł 10</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Od chwili zawarcia małżeństwo kanoniczne wywiera takie skutki, jakie pociąga za sobą zawarcie małżeństwa zgodnie z prawem polskim, jeżeli: <ol style="list-style-type: none"> (1) między nupturientami nie istnieją przeszkody wynikające z prawa polskiego, (2) złożą oni przy zawieraniu małżeństwa zgodne oświadczenie woli dotyczące wywarcia takich skutków i (3) zawarcie małżeństwa zostało wpisane w aktach stanu cywilnego na wniosek przekazany urzędowi stanu cywilnego w terminie pięciu dni od zawarcia małżeństwa; termin ten ulega przedłużeniu, jeżeli nie został dotrzymany z powodu siły wyższej, do czasu ustania tej przyczyny. 2. Przygotowanie do zawarcia małżeństwa kanonicznego obejmuje pouczenie nupturientów o nierozzerwalności małżeństwa kanonicznego oraz o przepisach prawa polskiego dotyczących skutków małżeństwa. 3. Orzekanie o ważności małżeństwa kanonicznego, a także w innych sprawach małżeńskich przewidzianych w prawie kanonicznym, należy do wyłącznej kompetencji władzy kościelnej. 4. Orzekanie w sprawach małżeńskich w zakresie skutków określonych w prawie polskim należy do wyłącznej kompetencji sądów państwowych. 5. Kwestia powiadamiania o orzeczeniach wskazanych w ustępach 3 i 4 może być przedmiotem postępowania określonego w artykule 27. 6. Celem wprowadzenia w życie niniejszego artykułu dokonane zostaną konieczne zmiany w prawie polskim. 	<p>Articolo 10</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Dal momento della celebrazione, il matrimonio canonico comporta gli effetti del matrimonio contratto secondo la legge polacca, se <ol style="list-style-type: none"> (1) fra gli sposi non esistono impedimenti previsti dalla legislazione polacca, (2) in occasione della celebrazione del matrimonio essi fanno una concorde manifestazione della volontà di produrre tali effetti e (3) la celebrazione del matrimonio è stata trascritta nei registri civili su notifica trasmessa all'Ufficio dello Stato Civile entro cinque giorni dalla celebrazione del matrimonio; questo termine verrà prolungato, qualora non fosse stato osservato a causa di forza maggiore, fino al momento della cessazione di essa. 2. La preparazione alla celebrazione del matrimonio canonico comprende l'istruzione dei futuri sposi sull'indissolubilità del matrimonio canonico e sulle norme del diritto polacco concernenti gli effetti del matrimonio. 3. È di esclusiva competenza dell'autorità ecclesiastica sentenziare circa la validità del matrimonio canonico, nonché circa le altre cause matrimoniali previste dal diritto canonico. 4. Sentenziare circa cause matrimoniali nell'ambito degli effetti definiti dalla legislazione polacca, è di esclusiva competenza dei tribunali statali. 5. La questione della notifica delle sentenze di cui ai commi 3 e 4, potrà essere oggetto di procedimento secondo l'articolo 27. 6. Allo scopo di tradurre nella pratica il presente articolo, verranno fatti i necessari cambiamenti nella legislazione polacca.
			<p>Artykuł 11</p> <p>Układające się Strony deklarują wolę współdziałania na rzecz obrony i poszanowania instytucji małżeństwa i rodziny będących fundamentem społeczeństwa. Podkreślają one wartość rodziny, przy czym Stolica Apostolska, ze swej strony, potwierdza naukę katolicką o godności i nierozzerwalności małżeństwa.</p>	<p>Articolo 11</p> <p>Le Parti Contraenti dichiarano la volontà di collaborare per difendere e rispettare l'istituzione del matrimonio e della famiglia, fondamento della società. Esse rilevano il valore della famiglia, e la Santa Sede, per parte sua, riafferma la dottrina cattolica sulla dignità e l'indissolubilità del matrimonio.</p>

<p>Croazia (Europa) 19.12.1996 09.04.1997</p>	<p>Ugovor Između Svete Stolice i Republika Hrvatske o Pravnim Pitanjima</p>	<p>Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Croazia circa questione giuridiche</p>	<p>Ölanak 13. 1. Kanonska zenidba od trenutka sklapanja ima gradanske ucinke prema odredbama zakonodavstva Republike Hrvatske ako ugovorne stranke nemaju civilne zapreke I ako su ispunjeni propisi predvideni odredbama zakonodavstva Republike Hrvatske. 2. Nacin i rok upisa kanonske zenidbe u drzavne matice vjenicanih propisuje zakonodavstvo Republike Hrvatske. 3. Priprava za kanonsku zenidbu obuhvaca pouku buducih su-pruznika o crkvenom nauku glede uzvisenosti sakramenta zenidbe, navlastito o njezinoj jednosti i nerazrjesivosti i o gradanskim ucincima zenidbe sukladno sa zakonodavstvom Republike Hrvatske. 4. Odluke crkvenih sudova o nistavosti zenidbe i odluke Vrhov-ne vlasti Crkve o razrjesenju zenidbenoga veza, dostavljaju se nadleznome drzavnom sudu radi primjene gradanskih ucinaka odluke, u skladu s odredbama zakonodavstva Republike Hrvatske.</p>	<p>Art. 13: 1. Il matrimonio canonico, dal momento della sua celebrazione, produce gli effetti civili secondo le norme legali della Repubblica di Croazia, se non esistono impedimenti civili per i contraenti e se sono adempiuti i requisiti previsti dalla legge della Repubblica di Croazia. 2. Il modo e il tempo utile per l'iscrizione del matrimonio canonico nei registri statali dei matrimoni sono stabiliti dalla rispettiva legge della Repubblica di Croazia. 3. La preparazione al matrimonio canonico comprende l'istruzione dei futuri sposi sull'insegnamento della Chiesa circa l'eccellenza del sacramento del matrimonio, in particolare circa la sua unità ed indissolubilità, nonché sugli effetti civili del vincolo matrimoniale secondo la legge della Repubblica di Croazia. 4. Le decisioni dei Tribunali ecclesiastici sulla nullità del matrimonio e quelle della Suprema Autorità della Chiesa sullo scioglimento del vincolo matrimoniale sono comunicate al competente Tribunale civile, per l'adempimento delle conseguenze civili del provvedimento, secondo le norme legali della Repubblica di Croazia.</p>
<p>Lituania (Europa) 05.05.2000 16.09.2000</p>	<p>Šventojo Sosto ir Lietuvos Respublikos Sutartis dėl santykių tarp Katalikų Bažnyčios ir Valstybės teisinių aspektų</p>	<p>Agreement between the Holy See and the Republic of Lithuania concerning juridical aspects of the relations between the Catholic Church and the State</p>	<p>13 straipsnis 1. Kanoninė santuoka nuo pat religinio jos sudarymo momento sukelis civilines pasekmes pagal Lietuvos Respublikos teisės aktus, jei yra išlaikyti Lietuvos Respublikos įstatymų numatyti reikalavimai. 2. Laikas ir būdas, kaip kanoninė santuoka privalo būti įrašyta valstybiniame santuokų registre, nustatoma kompetentingos Lietuvos Respublikos valstybinės institucijos, suderinus su Lietuvos Vyskupų Konferencija. 3. Pasiruošimas kanoninei santuokai apima būsimųjų sutuoktinių supažindinimą su Bažnyčios mokymu apie santuokos sakramento kilnumą, jos vienumą bei neišardomumą, bei su civilinėmis santuokos pasekmėmis, numatytais Lietuvos Respublikos įstatymuose. 4. Apie Bažnytinio Tribunolo sprendimus dėl kanoninės santuokos pripažinimo niekine ir Bažnyčios Aukščiausios Valdžios nutartis dėl santuokos ryšių nutraukimo privaloma informuoti kompetentingas Lietuvos Respublikos institucijas, siekiant sutvarkyti teises šio sprendimo pasekmes pagal Lietuvos Respublikos teisės aktus.</p>	<p>Article 13: 1. A canonical marriage will have civil effects pursuant to the legal acts of the Republic of Lithuania from the moment of its religious celebration provided there are no impediments to the requirements of the laws of the Republic of Lithuania. 2. The time and manner of recording a canonical marriage in the civil register shall be established by the competent authority of the Republic of Lithuania, in co-ordination with the Conference of Lithuanian Bishops. 3. The preparation for a canonical marriage shall include informing future spouses of the teaching of the Catholic Church on the dignity of the sacrament of marriage, its unity and indissolubility, as well as the civil effects of the marriage bond as provided for by the laws of the Republic of Lithuania. 4. Decisions of ecclesiastical tribunals on the nullity of marriage and decrees of the Supreme Authority of the Church on the dissolution of the marriage bond are to be reported to the competent authorities of the Republic of Lithuania with the aim of regulating legal consequences of such decisions in accordance with the legal acts of the Republic of Lithuania.</p>

Slovacchia (Europa) 24.11.2000 18.12.2000	Základná Zmluva medzi Svätou Stolicou a Slovenskou Republikou	Accordo Base tra la Santa Sede e la Repubblica Slovacca	<p>Článok 10</p> <p>1. Manželstvo uzavreté podľa kanonického práva, ktoré spĺňa aj podmienky uzavretia manželstva ustanovené právnym poriadkom Slovenskej republiky má na území Slovenskej republiky rovnaké právne postavenie a účinky ako manželstvo uzavreté občianskou formou. Štátnu evidenciu manželstiev uzavretých podľa kanonického práva a ich zápis v matrike do knihy manželstiev upravuje právny poriadok Slovenskej republiky.</p> <p>2. Rozhodnutie Katolíckej cirkvi o nulite manželstva alebo o rozviazaní manželstva sa oznámi na žiadosť jednej zo stránok Slovenskej republiky. Slovenská republika bude ďalej konať v tejto veci podľa svojho právneho poriadku.</p>	<p>Articolo 10</p> <p>1. Il matrimonio contratto secondo il Diritto Canonico, che adempie anche le condizioni stabilite dal diritto della Repubblica Slovacca per contrarre il matrimonio, ha nel territorio della Repubblica Slovacca identica validità e identiche conseguenze giuridiche come il matrimonio contratto secondo la forma civile. La registrazione statale dei matrimoni celebrati secondo il Diritto Canonico e la loro iscrizione nel registro matrimoniale è definita nell'ordinamento giuridico della Repubblica Slovacca.</p> <p>2. Le decisioni della Chiesa Cattolica circa la nullità del matrimonio e lo scioglimento del vincolo matrimoniale sono comunicate a richiesta di una delle parti interessate alla Repubblica Slovacca. La Repubblica Slovacca procederà nel caso secondo il suo ordinamento giuridico.</p>
			<p>Článok 11</p> <p>Zmluvné strany budú spolupracovať na ochrane a podpore manželstva, ako aj rodiny, ktorá z manželstva pochádza.</p>	<p>Articolo 11</p> <p>Le Alte Parti collaboreranno alla difesa e alla promozione del matrimonio nonché della famiglia che proviene dal matrimonio.</p>
Portogallo (Europa) 18.05.2004 18.12.2004	Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica Portoghese	Concordata entra a Santa Sé e a República Portuguesa	<p>Articolo 13</p> <p>1. Lo Stato portoghese riconosce gli effetti civili ai matrimoni celebrati in conformità con le leggi canoniche, a condizione che l'atto di matrimonio sia trascritto negli appositi registri dello stato civile.</p> <p>2. Le pubblicazioni matrimoniali si fanno non solo nelle rispettive chiese parrocchiali, ma anche presso i competenti uffici dell'anagrafe.</p> <p>3. I matrimoni in articulo mortis, nell'imminenza di parto, o la cui immediata celebrazione sia espressamente autorizzata dall'Ordinario proprio per un grave motivo di ordine morale, potranno essere contratti indipendentemente dal processo preliminare delle pubblicazioni.</p> <p>4. Il parroco trasmette entro tre giorni copia integrale dell'atto di matrimonio al competente ufficio dell'anagrafe affinché vi sia trascritto; la trascrizione deve essere eseguita entro due giorni e comunicata dal rispettivo funzionario al parroco entro il giorno immediatamente seguente a quello in cui fu effettuata, con l'indicazione della data.</p> <p>5. Senza pregiudizio degli obblighi menzionati al n. 4, la cui inadempienza espone il responsabile alle conseguenze previste nel diritto portoghese e nel diritto canonico, le parti possono sollecitare la suddetta trascrizione, mediante la presentazione della copia integrale dell'atto di matrimonio.</p>	<p>Artigo 13</p> <p>1. O Estado português reconhece efeitos civis aos casamentos celebra dos em conformidade com as leis canónicas, desde que o respectivo assento de casamento seja transcrito para os competentes livros do registo civil.</p> <p>2. As publicações do casamento fazem se, não só nas respectivas igrejas paroquiais, mas também nas competentes repartições do registo civil.</p> <p>3. Os casamentos in articulo mortis, em iminência de parto, ou cuja imediata celebração seja expressamente autorizada pelo ordinário próprio por grave motivo de ordem moral, podem ser contraídos independentemente do processo preliminar das publicações.</p> <p>4. O pároco envia dentro de três dias cópia integral do assento do casamento à repartição competente do registo civil para ser aí transcrita; a transcrição deve ser feita no prazo de dois dias e comunicada pelo funcionário respectivo ao pároco até ao dia imediato àquele em que foi feita, com indicação da data.</p> <p>5. Sem prejuízo das obrigações referidas no nº 4, cujo incumprimento sujeita o respectivo responsável à efectivação das formas de responsabilidade previstas no direito português e no direito canónico, as partes podem solicitar a referida transcrição, mediante a apresentação da cópia integral da acta do casamento.</p>

Articolo 14

1. Il matrimonio canonico produce tutti gli effetti civili a partire dalla data della celebrazione, se la trascrizione verrà fatta entro sette giorni. Se ciò non avviene, produrrà effetti relativamente a terzi soltanto a cominciare dalla data della trascrizione.
2. Non osta alla trascrizione la morte di uno o di ambedue i coniugi.

Articolo 15

1. Celebrando il matrimonio canonico, i coniugi assumono per ciò stesso, di fronte alla Chiesa, l'obbligo di attenersi alle norme canoniche che lo regolano e, in particolare, di rispettarne le proprietà essenziali.
2. La Santa Sede, mentre riafferma la dottrina della Chiesa Cattolica circa l'indissolubilità del vincolo matrimoniale, ricorda ai coniugi, che hanno contratto matrimonio canonico, il grave dovere, che ad essi incombe, di non valersi della facoltà civile di chiedere il divorzio.

Articolo 16

1. Le decisioni delle autorità ecclesiastiche competenti relative alla nullità e alla dispensa pontificia del matrimonio rato e non consumato, verificate dall'organo ecclesiastico di controllo superiore, producono effetti civili, a richiesta di qualsiasi delle parti, dopo revisione e conferma, nei termini del diritto portoghese, da parte del competente tribunale dello Stato.
2. Per tale effetto, il tribunale competente verifica:
 - a) se sono autentiche;
 - b) se provengono dal tribunale competente;
 - c) se sono stati rispettati i principi del contraddittorio e dell'uguaglianza e
 - d) se nei risultati non contraddicono i principi dell'ordine pubblico internazionale dello Stato portoghese.

Artigo 14

1. O casamento canónico produz todos os efeitos civis desde a data da celebração, se a transcrição for feita no prazo de sete dias. Não o sendo, só produz efeitos relativamente a terceiros, a contar da data da transcrição.
2. Não obsta à transcrição a morte de um ou de ambos os cônjuges.

Artigo 15

1. Celebrando o casamento canónico os cônjuges assumem por esse mesmo facto, perante a Igreja, a obrigação de se aterem às normas canónicas que o regulam e, em particular, de respeitarem as suas propriedades essenciais.
2. A Santa Sé, reafirmando a doutrina da Igreja Católica sobre a indissolubilidade do vínculo matrimonial, recorda aos cônjuges que contraírem o matrimónio canónico o grave dever que lhes incumbe de se não valerem da faculdade civil de requerer o divórcio.

Artigo 16

1. As decisões relativas à nulidade e à dispensa pontificia do casamento rato e não consumado pelas autoridades eclesiásticas competentes, verificadas pelo órgão eclesiástico de controlo superior, produzem efeitos civis, a requerimento de qualquer das partes, após revisão e confirmação, nos termos do direito português, pelo competente tribunal do Estado.
2. Para o efeito, o tribunal competente verifica:
 - a) Se são autênticas;
 - b) Se dimanam do tribunal competente;
 - c) Se foram respeitados os princípios do contraditório e da igualdade; e
 - d) Se nos resultados não ofendem os princípios da ordem pública internacional do Estado português.

Andorra (Europa)
17.03.2008
12.12.2008

Accordo tra la Santa Sede ed il Principato di Andorra

Acord entre el Principat d'Andorra Ila Santa Seu

Articolo IX:

1. In conformità con quanto è stabilito dalla sua Costituzione, il Principato di Andorra riconosce gli effetti civili al matrimonio celebrato secondo le norme del Diritto Canonico.
2. Gli effetti civili del matrimonio canonico si producono dal momento della sua celebrazione. Per il pieno riconoscimento di tali effetti si dovrà procedere alla trascrizione nel Registro Civile, che si effettuerà mediante la semplice presentazione del certificato ecclesiastico della esistenza del matrimonio.
3. Subito dopo la celebrazione del matrimonio canonico, il Parroco del luogo dove si è celebrato il matrimonio rilascerà agli sposi il certificato ecclesiastico, ed, entro cinque giorni, trasmetterà al competente Ufficiale dello Stato Civile l'Atto di matrimonio canonico per la sua registrazione.

Article IX:

1. D'acord amb els termes de la seva Constitució, el Principat d'Andorra reconeix els efectes civils al matrimoni celebrat d'acord amb les normes del Dret Canònic.
2. Els efectes civils del matrimoni canònic es produeixen des de la seva celebració. Per al ple reconeixement d'aquests efectes s'haurà de realitzar la inscripció al Registre Civil, que es practicarà amb la simple presentació de la certificació eclesiàstica de l'existència del matrimoni.
3. Immediatament després de la celebració del matrimoni canònic, el Rector del lloc on es va celebrar el matrimoni lliurarà als esposos la certificació eclesiàstica; i, en el període de cinc dies, lliurarà a l'Encarregat del Registre Civil que correspongui l'Acta del matrimoni canònic per a la seva inscripció.

Articolo X:

1. Gli sposi, a norma delle disposizioni del Diritto Canonico, potranno ricorrere ai Tribunali Ecclesiastici per sollecitare la dichiarazione di nullità o potranno chiedere la dispensa pontificia per un matrimonio rato e non consumato.
2. A richiesta di una delle parti, presentata presso la giurisdizione civile andorrana, tali decisioni ecclesiastiche avranno piena efficacia nel campo civile.

Article X:

1. Els esposos, a tenor de les disposicions del Dret Canònic, podran acudir als Tribunals Eclesiàstics per sol·licitar la declaració de nullitat o podran demanar la dispensa pontificia sobre matrimonis rat i no consumat.
2. A petició de qualsevol de les parts, formulada davant de la jurisdicció civil andorrana, aquestes resolucions tindran plena eficàcia en l'ordre civil.

Mozambico (Africa)
07.12.2011
12.03.2012

Accordo su Principi e Disposizioni Giuridiche per il Rapporto tra la Santa Sede e la Repubblica di Mozambico

Acordo sobre Principios e Disposiciones Jurídicas para o Relacionamento entre a República de Moçambique e a Santa Se

Articolo 14 (matrimonio canonico)

1. La Repubblica di Mozambico garantisce la protezione del matrimonio e della famiglia fondata sul matrimonio.
2. Il matrimonio celebrato in conformità alle leggi canoniche, sempre che sia celebrato anche in conformità ai requisiti stabiliti dal diritto mozambicano, produce effetti civili, se verrà registrato secondo le formalità richieste dalla legislazione in vigore in Mozambico.
3. Le dichiarazioni circa la nullità del matrimonio e lo scioglimento del vincolo matrimoniale, rilasciate dalla Chiesa cattolica, saranno comunicate, su richiesta di una delle parti interessate, all'organo dello Stato competente in materia, il quale procederà, nella fattispecie, secondo l'ordinamento giuridico del Mozambico.

Artigo 14 (Casamento canónico)

1. A República de Moçambique garante protecção ao matrimónio e à família fundada sobre o matrimónio.
2. O casamento celebrado em conformidade com as leis canónicas, se for celebrado também em conformidade com os requisitos estabelecidos pelo direito moçambicano, produz efeitos civis, desde que seja registado de acordo com as formalidades exigidas pela legislação em vigor em Moçambique.
3. As declarações de nulidade do matrimónio e da dissolução do vínculo matrimonial, passadas pela Igreja católica, serão comunicadas, a pedido de uma das partes interessadas, ao órgão do Estado competente na matéria, o qual procederá, sobre o caso, conforme o ordenamento jurídico de Moçambique

Capo Verde (Africa)
16.06.2013
03.04.2014

Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Capo Verde sullo Statuto Giuridico della Chiesa Cattolica in Capo Verde

Acordo entre a Santa Sé e a República de Cabo Verde relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica em Cabo Verde

Articolo 11

1. Lo Stato riconosce gli effetti civili al matrimonio celebrato in conformità con le leggi canoniche, a condizione che il rispettivo atto di matrimonio sia trascritto negli appositi registri dello stato civile.
2. Le pubblicazioni matrimoniali si fanno nelle rispettive chiese parrocchiali e presso i competenti uffici dell'anagrafe.
3. Il matrimonio in articulo mortis, nell'imminenza di parto, o la cui immediata celebrazione sia espressamente autorizzata dall'Ordinario proprio per un grave motivo di ordine morale, può essere contratto indipendentemente dal processo preliminare delle pubblicazioni e dall'emissione del certificato di capacità matrimoniale dei fidanzati.
4. Il parroco trasmette all'anagrafe, entro tre giorni, per posta raccomandata con avviso di ricevimento, il duplicato dell'atto di matrimonio, affinché sia trascritta nell'apposito registro; la trascrizione deve essere eseguita entro due giorni e comunicata dal rispettivo funzionario al parroco entro il giorno immediatamente successivo a quello in cui fu effettuata, con l'indicazione della data.
5. Senza pregiudizio degli obblighi menzionati al numero 4, la cui inadempienza espone i rispettivi responsabili alle sanzioni previste nel diritto capoverdiano e nel diritto canonico, secondo l'ordine gerarchico da cui dipendono, le parti possono solle-

Artigo 11

1. O Estado reconhece efeitos civis ao casamento celebrado em conformidade com as leis canónicas, desde que o respectivo assento de casamento seja transcrito no competente livro do registo civil.
2. As publicações do casamento fazem-se nas respectivas igrejas paroquiais e nas competentes repartições do registo civil.
3. O casamento in articulo mortis, em iminência de parto, ou cuja imediata celebração seja expressamente autorizada pelo Ordinário próprio por grave motivo de ordem moral, pode ser contraído independentemente do processo preliminar das publicações e da emissão do certificado de capacidade matrimonial dos nubentes.
4. O pároco envia ao registo civil, no prazo de três dias, por correio remetido com aviso de recepção, o duplicado do assento do casamento, para transcrição em livro próprio, devendo a transcrição ser feita no prazo de dois dias e comunicada pelo funcionário respectivo ao pároco até ao dia imediato àquele em que foi feita, com indicação da data.
5. Sem prejuízo das obrigações referidas no numero 4, cujo incumprimento sujeita os respectivos responsáveis às sanções previstas no direito cabo-verdiano e no direito canónico, dependendo da ordem hierárquica a que estejam sujeitos,

citare la suddetta trascrizione, mediante la presentazione della copia integrale dell'atto di matrimonio.

6. Il matrimonio non trascritto nella forma e nei tempi riferiti dai numeri precedenti, indipendentemente dalla causa, produrrà effetti relativamente a terzi soltanto a cominciare dalla data della sua effettiva trascrizione nell'anagrafe.

7. Le sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale, confermate dall'organo di controllo superiore della Santa Sede, e le decisioni relative alla dispensa pontificia del matrimonio rato e non consumato producono effetti civili, limitandosi il competente organo statale a verificare se sono autentiche, se provengono dal tribunale competente, se sono stati rispettati i principi del contraddittorio e dell'uguaglianza e se, nei risultati, non contraddicono i principi dell'ordine pubblico internazionale dello Stato capoverdiano.

as partes podem solicitar a referida transcrição, mediante a apresentação da cópia integral da acta docasamento.

6. O casamento não transcrito na forma e no prazo referidos pelos números anteriores, qualquer que seja a causa, só produzirá efeitos relativamente a terceiros a partir da data da sua efectiva transcrição no registo civil.

7. As sentenças eclesiásticas em matéria matrimonial, confirmadas pelo órgão de controlo superior da Santa Sé, e as decisões relativas à dispensa pontificia de casamento rato e não consumado produzem efeitos civis, limitando-se o competente órgão do Estado a verificar se são autênticas, se dimanam do tribunal competente, se foram respeitados os princípios do contraditório e da igualdade e se, nos resultados, não ofendem os princípios da ordem pública internacional do Estado cabo-verdiano.

Timor Leste (Asia)
14.08.2015
03.03.2016

Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Democratica di Timor-Leste

Acordo entre a Santa Sé e a República Democrática de Timor-Leste

Articolo 15 (Effetti civili del matrimonio canonico):

1. La Repubblica Democratica di Timor-Leste riconosce tutti gli effetti civili ai matrimoni celebrati secondo le norme del Diritto Canonico, registrati nei termini della legislazione timorese, i quali si producono a partire dalla data della loro celebrazione.

2. Per l'effettività di tale riconoscimento, la competente autorità ecclesiastica trasmette copia integrale dell'atto dell'avvenuto matrimonio al rispettivo funzionario dello Stato, il quale lo trascrive negli appositi registri dello stato civile, nei tempi stabiliti dalla legge timorese.

Articolo 16 (Difesa del vincolo matrimoniale):

La Santa Sede riafferma davanti alla Repubblica Democratica di Timor-Leste il valore permanente della dottrina della Chiesa cattolica circa l'indissolubilità del vincolo matrimoniale.

Articolo 17 (cause matrimoniali):

1. Le cause relative alla dichiarazione di nullità di matrimoni canonici e quelle che si riferiscono alla dispensa dal matrimonio rato e non consumato, sono d'esclusiva competenza dei tribunali ecclesiastici e della Sede Apostolica.

2. Le sentenze relative alla dichiarazione di nullità del vincolo dei matrimoni canonici e alle decisioni di dispensa dal matrimonio rato e non consumato, emanate in conformità con le norme del Diritto Canonico, sono trasmesse al Tribunale del Distretto Giudiziale competente, il quale decreta la loro esecuzione per quanto concerne gli effetti civili e ordina che siano annotate nei registri dello stato civile, a margine dell'atto del matrimonio.

Artigo 15 (Efeitos civis do matrimónio canónico):

1. A República Democrática de Timor-Leste reconhece todos os efeitos civis aos matrimónios celebrados segundo as normas do Direito Canónico, registados nos termos da legislação timorense, os quais se produzem desde a data da sua celebração.

2. Para a efetividade deste reconhecimento, a competente autoridade eclesiástica transmite cópia integral da ata do matrimónio realizado ao correspondente funcionário do Estado, que a transcreve nos devidos livros do Registo Civil, nos prazos estipulados na lei timorense.

Artigo 16 (Defesa do vínculo matrimonial):

A Santa Sé reafirma perante a República Democrática de Timor-Leste o valor permanente da doutrina da Igreja Católica acerca da indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Artigo 17 (Causas matrimoniais)

1. As causas relativas à declaração de nulidade de matrimónios canónicos e as que se referem à dispensa do matrimónio rato e não consumado, são de competência exclusiva dos Tribunais Eclesiásticos e da Sé Apostólica.

2. As sentenças relativas à declaração de nulidade do vínculo dos matrimónios canónicos e às decisões de dispensa do matrimónio rato e não consumado, emanadas em conformidade com as normas do Direito Canónico, são transmitidas ao Tribunal Judicial competente, o qual decreta a sua execução no que respeita a efeitos civis e ordena que sejam averbadas nos registos do estado civil à margem da ata do matrimónio.

5. Concordati che riconoscono gli effetti civili del matrimonio canonico e gli effetti civili delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale

Stato (Continente) Data accordo Scambio ratifiche	Titolo (originale)	Titolo (seconda lingua)	Norma (originale)	Norma (seconda lingua)
Italia (Europa) 18.02.1984 03.06.1985	Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense		<p>Art. 8</p> <p>1. Sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previa pubblicazione nella casa comunale. Subito dopo la celebrazione, il parroco o il suo delegato spiegherà ai contraenti gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi, e redigerà quindi, in doppio originale, l'atto di matrimonio, nel quale potranno essere inserite le dichiarazioni dei coniugi consentite secondo la legge civile.</p> <p>La Santa Sede prende atto che la trascrizione non potrà avere luogo:</p> <p>a) quando gli sposi non rispondano ai requisiti della legge civile circa l'età richiesta per la celebrazione;</p> <p>b) quando sussiste fra gli sposi un impedimento che la legge civile considera inderogabile.</p> <p>La trascrizione è tuttavia ammessa quando, secondo la legge civile, l'azione di nullità o di annullamento non potrebbe essere più proposta. La richiesta di trascrizione è fatta, per iscritto, dal parroco del luogo dove il matrimonio è stato celebrato, non oltre i cinque giorni dalla celebrazione. L'ufficiale dello stato civile, ove sussistano le condizioni per la trascrizione, la effettua entro ventiquattro ore dal ricevimento dell'atto e ne dà notizia al parroco. Il matrimonio ha effetti civili dal momento della celebrazione, anche se l'ufficiale dello stato civile, per qualsiasi ragione, abbia effettuato la trascrizione oltre il termine prescritto.</p> <p>La trascrizione può essere effettuata anche posteriormente su richiesta dei due contraenti, o anche di uno di essi, con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro, sempre che entrambi abbiano conservato ininterrottamente lo stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione, e senza pregiudizio dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi.</p> <p>2. Le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo, sono, su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della corte d'appello competente, quando questa accerti:</p>	

- a) che il giudice ecclesiastico era il giudice competente a conoscere della causa in quanto matrimonio celebrato in conformità del presente articolo;
 - b) che nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano;
 - c) che ricorrono le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere. La corte d'appello potrà, nella sentenza intesa a rendere esecutiva una sentenza canonica, statuire provvedimenti economici provvisori a favore di uno dei coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo, rimandando le parti al giudice competente per la decisione sulla materia.
3. Nell'accedere al presente regolamento della materia matrimoniale la Santa Sede sente l'esigenza di riaffermare il valore immutato della dottrina cattolica sul matrimonio e la sollecitudine della Chiesa per la dignità ed i valori della famiglia, fondamento della società.

Protocollo Addizionale

4. In relazione all'Art. 8

- a) Ai fini dell'applicazione del n. 1, lett. b), si intendono come impedimenti inderogabili della legge civile:
 - 1) l'essere uno dei contraenti interdetto per infermità di mente;
 - 2) la sussistenza tra gli sposi di altro matrimonio valido agli effetti civili;
 - 3) gli impedimenti derivanti da delitto o da affinità in linea retta.
- b) Con riferimento al n. 2, ai fini dell'applicazione degli articoli 796 e 797 del codice italiano di procedura civile, si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale, che in esso ha avuto origine. In particolare,
 - 1) si dovrà tener conto che i richiami fatti dalla legge italiana alla legge del luogo in cui si è svolto il giudizio si intendono fatti al diritto canonico;
 - 2) si considera sentenza passata in giudicato la sentenza che sia divenuta esecutiva secondo il diritto canonico;
 - 3) si intende che in ogni caso non si procederà al riesame del merito.
- c) Le disposizioni del n. 2 si applicano anche ai matrimoni celebrati, prima dell'entrata in vigore del presente Accordo, in conformità alle norme dell'art. 34 del Concordato lateranense e della legge 27 maggio 1929, n. 847, per i quali non sia stato iniziato il procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria civile, previsto dalle norme stesse.

<p>Brasile (America) 13.11.2008 10.12.2009</p>	<p>Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil</p>	<p>Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Federativa del Brasile sullo statuto giuridico della Chiesa Cattolica in Brasile</p>	<p>Artigo 12</p> <p>O casamento celebrado em conformidade com as leis canônicas, que atender também às exigências estabelecidas pelo direito brasileiro para contrair o casamento, produz os efeitos civis, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data da sua celebração.</p> <p>§ 1º. A homologação das sentenças eclesiásticas em matéria matrimonial, confirmadas pelo órgão de controle superior da Santa Sé, será efetuada nos termos da legislação brasileira sobre homologação de sentenças estrangeiras.</p>	<p>Articolo 12</p> <p>Il matrimonio celebrato in conformità con il diritto canonico, che rispetti anche le esigenze fissate dal diritto brasiliano per contrarre matrimonio, produce gli effetti civili, mediante la registrazione nell'apposito registro civile, a decorrere dalla data della sua celebrazione.</p> <p>§ 1º. La delibazione delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale, confermate dall'organo di controllo superiore della Santa Sede, sarà effettuata nei termini della legislazione brasiliana relativa alla delibazione delle sentenze straniere.</p>
<p>Palestina 26.06.2015 01.01.2016</p>	<p>Comprehensive Agreement between the Holy See and the State of Palestine</p>		<p>rinvio agli statuti personali</p> <p>Article 4:</p> <p>7. The right of Catholics to marry in accordance to marriage rites and customs prescribed by the Canon law. In this regard, the State of Palestine recognizes under its legal system the civil effects of such marriages.</p> <p>Article 13 (Personal status):</p> <p>§ 2. Qualified Catholic ministers of religion may perform marriages in accordance with Canon Law, the civil effects of which shall be recognized in accordance with present Palestinian customs and laws.</p> <p>§ 3. The State of Palestine recognizes the jurisdiction of the Catholic ecclesiastical courts in cases concerning matrimonial matters for marriages celebrated according to Canon Law, in accordance with present Palestinian customs and laws.</p>	

6. Concordati generali privi di norme in materia matrimoniale

AFRICA

Stato Data accordo Scambio ratifiche	Titolo (originale)	Titolo (seconda lingua)
Tunisia 27.06.1964 09.07.1964	Conventio (Modus Vivendi)	
Marocco 30.12.1983 e 05.02.1984 ratifica non necessaria	Scambio di Lettere tra il Re del Marocco Hassan II e il Sommo Pontefice Giovanni Paolo II, sulla situazione giuridica della Chiesa cattolica nel Marocco	
Ciad 06.11.2013 22.06.2015	Accord entre le Saint-Siège et la République du Tchad sur le Statut Juridique de l'Église Catholique au Tchad	
Camerun 13.01.2014 ratifica non necessaria	Accord-Cadre Entre le Saint-Siège et la République du Cameroun, relatif au statut juridique de l'Église catholique au Cameroun	Accordo-quadro tra la Santa Sede e la Repubblica del Camerun sullo statuto giuridico della Chiesa cattolica nel Camerun
Repubblica del Congo (Brazzaville) 03.02.2017 02.07.2019	Accordo Quadro tra la Santa Sede e la Repubblica del Congo sulle relazioni tra la Chiesa cattolica e lo Stato	
Burkina Faso 12.07.2019 07.09.2020	Accord entre le Saint-Siège et l'État du Burkina Faso sur le statut juridique de l'Église Catholique au Burkina Faso	
São Tomé e Príncipe 15.08.2022 non ancora ratificato	Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Democratica di São Tomé e Príncipe	

AMERICA

Stato Data accordo Scambio ratifiche	Titolo (originale)	Titolo (seconda lingua)
Haiti 28.03.1860 10.05.1860	Concordato fra Pio IX e la Repubblica di Haiti	
Haiti Cambio dell'accordo del 28.03.1860 08.08.1984 ratifica non necessaria	Cambio dell'accordo del 28.03.1860 Conventio Inter Apostolicam Sedem et Rem Publicam Haitianam	
Ecuador 24.07.1937 26.08.1937	Modus vivendi fra la Santa Sede e la Repubblica dell'Equatore	
Venezuela 06.03.1964 24.10.1964	Convenio entre la Santa Sede y la República de Venezuela	Convenzione fra la Santa Sede e la Repubblica di Venezuela
Argentina 10.10.1996 28.01.1967	Acuerdo entra la Santa Sede y la República Argentina	Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Argentina
Perù 19.07.1980 26.07.1980	Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú	

ASIA

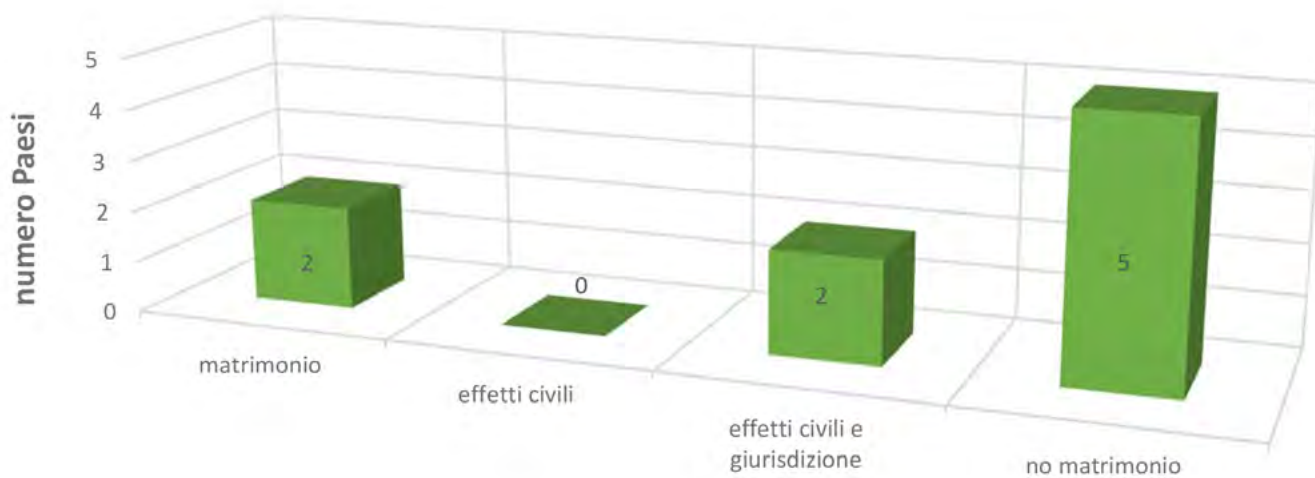
Stato Data accordo Scambio ratifiche	Titolo (originale)	Titolo (seconda lingua)	Specifiche
Israele 30.12.1993 07.03.1994	Fundamental Agreement between the Holy See and the State of Israel	Accordo Fondamentale tra la Santa Sede e lo Stato d'Israele	rinvio ai diritti religiosi
Kazakhstan 24.09.1998 24.06.1999	Agreement between the Republic of Kazakhstan and the Holy See on mutual relations		
Palestina 15.02.2000 ratifica non necessaria	Basic Agreement between the Holy See and the Palestine Liberation Organization		
Azerbaijan 29.04.2011 06.07.2011	Agreement between the Holy See and the Republic of Azerbaijan on the Juridical Status of the Catholic Church in the Republic Of Azerbaijan	Azərbaycan Respublikası və Müqəddəs Taxt-tac arasında Katolik kilsəsinin Azərbaycan Respublikasında hüquqi statusu haqqında Saziş	
Kuwait 10.09.2015 ratifica non necessaria	Memorandum of Understanding between the Secretariat of State of the Holy See and the Ministry of Foreign Affairs of the State of Kuwait on conducting Bilateral Consultations	Memorandum of Understanding tra la Segreteria di Stato e il Ministero degli Affari Esteri dello Stato del Kuwait sulla conduzione delle consultazioni bilaterali	

EUROPA

Stato Data accordo Scambio ratifiche	Titolo (originale)	Titolo (seconda lingua)
Germania 20.07.1933 10.09.1933	Concordato fra la Santa Sede e il Reich Germanico	Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich
Monaco 25.07.1981 cambio dell'accordo del 15.03.1887 30.07.1981	Cambio dell'accordo del 15.03.1887 Convention entre le Saint-Siège et la Principauté de Monaco	
Ungheria 09.02.1990 ratifica non necessaria	Megállapodás a Szentssék és a Magyar Kőstársasag között	Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Ungheria
San Marino 02.04.1992 11.12.1992	Accordo di collaborazione nelle materie di comune interesse	
Svezia 24.11.2001 ratifica non necessaria	Avtal med Heliga stolen i syfte att bekräfta att den romersk-katolska kyrkan i Sverige är en del av folkrättssubjektet den universella katolska kyrkan	Note reversali sullo status giuridico della Chiesa in Svezia
Slovenia 14.12.2001 28.05.2004	Sporazum med Svetim sedežem in Republiki Sloveniji o pravnih vprašanjih	Accordo fra la Santa Sede e la Repubblica di Slovenia su questioni giuridiche
Albania 23.03.2002 21.09.2002	Marrëveshje ndërmjet Republikës së shqipërisë dhe selisë së shentjtë për rregullimin e marrëdhënieve reciproke	Agreement between the Holy See and the Republic of Albania on the Regulation of their Mutual Relations
Bosnia ed Erzegovina 19.04.2006 25.10.2007	Basic Agreement Between the Holy See and Bosnia and Herzegovina	
Montenegro 24.06.2011 21.06.2012	Accordo di Base tra la Santa Sede e il Montenegro	Temeljni Ugovor između Crne Gore i Svete Stolice

GRAFICI

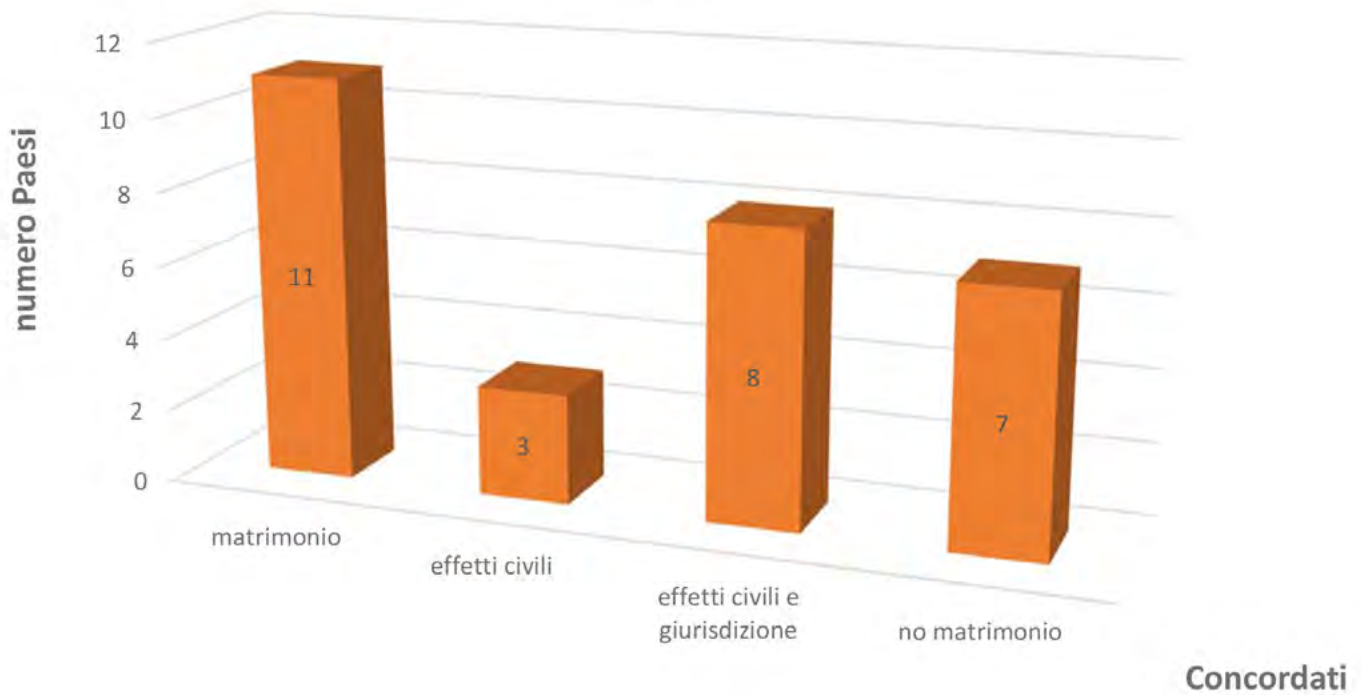
Anni 1900-1970



Concordati

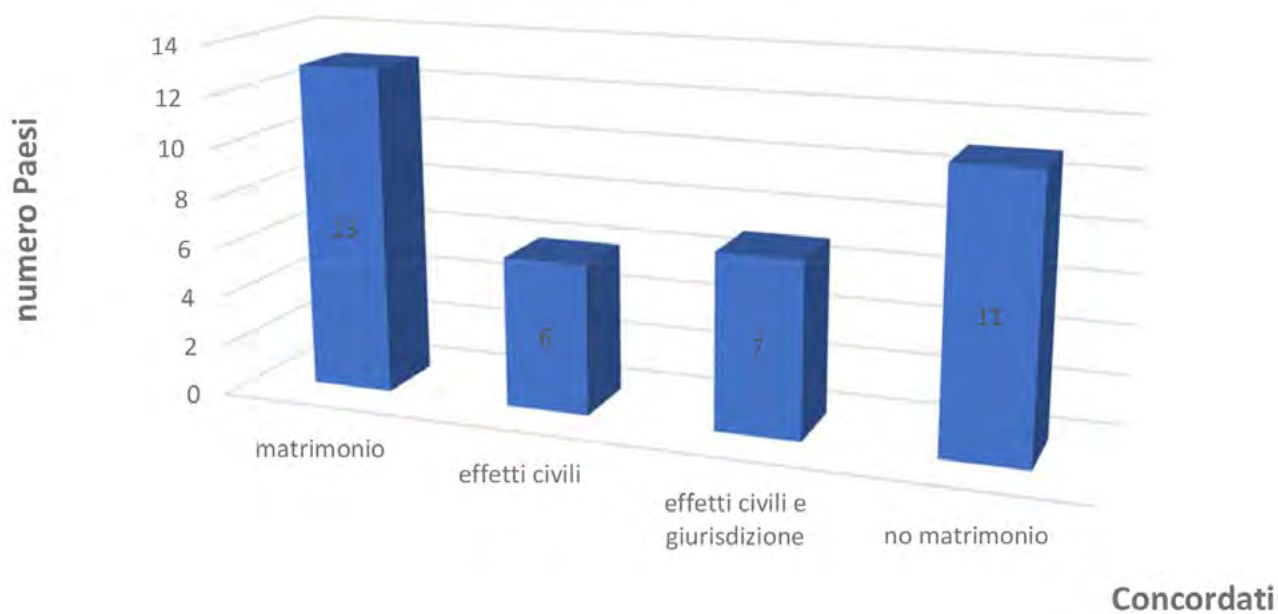
matrimonio (effetti civili + effetti civili e giurisdizione)	effetti civili	effettivi civili e giurisdizione	no matrimonio
Austria (1933)		Austria (1933)	Germania (1933)
Repubblica Dominicana (1937)		Repubblica Dominicana (1964)	Ecuador (1937)
			Venezuela (1964)
			Tunisia (1964)
			Argentina (1966)

Anni 1970-2000



matrimonio (effetti civili + effetti civili e giurisdizione)	effetti civili	effetti civili e giurisdizione	no matrimonio
Colombia (1973)	Gabon (1997)	Colombia (1973)	Perù (1980)
Spagna (1979)	Estonia (1999)	Spagna (1979)	Monaco (1981)
Italia (1984)	Lettonia (1999)	Italia (1984)	Marocco (1983 e 1984)
Malta (1993)		Malta (1993)	Ungheria (1990)
Polonia (1993)		Polonia (1993)	San Marino (1992)
Croazia (1996)		Croazia (1996)	Israele (1993)
Gabon (1997)		Lituania (2000)	Kazakhstan (1998)
Estonia (1999)		Slovenia (2000)	
Lettonia (1999)			
Lituania (2000)			
Slovenia (2000)			

Anni 2000-2023



matrimonio (effetti civili + effetti civili e giurisdizione)	effetti civili	effetti civili e giurisdizione	no matrimonio
Portogallo (2004)	Guinea Equatoriale (2012)	Portogallo (2004)	Albania (2002)
Andorra (2008)	Burundi (2012)	Andorra (2008)	Bosnia ed Erzegovina (2006)
Brasile (2008)	Repubblica Centrafricana (2016)	Brasile (2008)	Montenegro (2011)
Mozambico (2011)	Congo - Repubblica Democratica (2016)	Mozambico (2011)	Azerbaijan (2011)
Guinea Equatoriale (2012)	Benin (2016)	Capo Verde (2013)	Svezia (2011)
Burundi (2012)	Angola (2019)	Palestina (2015)	Slovenia (2011)
Capo Verde (2013)		Timor Leste (2015)	Ciad (2013)
Palestina (2015)			Camerun (2014)
Timor Leste (2015)			Kuwait (2015)
Repubblica Centrafricana (2016)			Repubblica del Congo-Brazzaville (2019)
Congo-Repubblica Democratica (2016)			Burkina Faso (2019)
Benin (2016)			
Angola (2019)			

Rossella Laurendi

LA «TOPARCHIA UNICA» E IL «*TYRANNUS DELLA TRIACONTASCHENE DONDE (INIZIA) L'ETIOPIA*» NELLE *RES GESTAE* DI CORNELIO GALLO*

La stele trilingue di *Philae*, iscritta in egiziano geroglifico, latino e greco¹ su un blocco di granito rosso, fu scoperta nel 1896: datata 16 aprile del 29 a.C., 17 anni dopo fu rescata in due (figg. 1-2), eliminando circa 8 cm della porzione centrale.

Perduta la sua funzione celebrativa e così ridotta in due blocchi, fu reimpiegata per porre le fondazioni dell'altare del tempio di Augusto, eretto nell'isola sacra del Nilo nel 12 a.C.

La stele era alta in origine circa 165×116 cm di larghezza e spessa 35 cm: il testo latino, concordemente attribuito a Gallo, si svolge su 9 linee e parimenti la sua 'traduzione' greca, dovuta alla cancelleria tolemaica, rimasta ancora operante al servizio di Roma.

Vi sono celebrate, ad otto mesi dalla conquista, le imprese militari di 'pacificazione', a seguito di ribellioni probabilmente dovute agli aumenti dei tributi romani rispetto a quelli tolemaici, e di accrescimento del territorio ad opera di C. Cornelio Gallo, primo prefetto di Alessandria e d'Egitto (fig. 4).

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ *CIL*, III Suppl., 14147; *OGIS*, II, 654; É. BERNAND, *Les inscriptions grecques et latines de Philae*, II, *Haut et bas Empire*, Paris, 1969, 128; *IGR*, I, 1293; *ILS*, 8995; *HGIÜ*, III, 512.



Fig. 1. La stele di Cornelio Gallo, incisa nel 29 a.C., subito dopo il ritrovamento nell'isola di *Philae* nel 1896, resecata in due parti e mancante della porzione centrale di circa 8 cm di larghezza per tutta l'altezza di circa 1,65 m. Il taglio fu probabilmente eseguito per adattare i due pezzi come fondazioni dell'altare di Augusto, eretto di fronte al suo tempio nel 12 a.C. Il riutilizzo dimostra che i monumenti di Gallo erano stati, almeno in parte, rimossi dopo il processo cui fu sottoposto.

Questi fu infatti il primo governatore provinciale di rango equestre, poiché la carica di *praeses prouvinciae*, che si trattasse di proconsoli o di propretori, fino ad allora era stata esclusiva di appartenenti all'*ordo senatorius* che avessero rivestito gli *auspicia maiora*.



Fig. 2. La stele di Caio Cornelio Gallo com'è oggi al Museo del Cairo. La parte centrale, mancante di circa 8 cm di larghezza, è stata integralmente riprodotta in gesso, aderendo ai margini di frattura originari e occultandoli alla vista. Sul gesso è stata eseguita anche l'integrazione (presuntiva) delle lettere perdute del testo latino e di quello greco.

Tale innovazione in deroga alla tradizione fu dovuta non al senato ma all'artefice della conquista, Ottaviano, *Caesar Divi filius*, non ancora proclamato Augusto, come si legge nell'*incipit* stesso delle *res gestae* di Gallo:

C(aius) Cornelius Cn(aei) filius Gallu[s, eq]ues Romanus, post reges a Caesare Deivi filio) devictos praefect[us Alex]andreae et Aegypti primus.

[Γ]άιος Κορνήλιος Γναίου υἱός Γάλλ[ος, ἰππεύ]ς Ρωμαίων, μετὰ τὴν κατάλυσιν τῶν ἐν Αἰγύπτῳ βασιλέων πρῶτος ὑπὸ Καίσα[ρος ἐπι] τῆς Αἰγύπτου κατασταθείς.

Il testo greco aggiunge, rispetto al latino, la 'fonte di legittimazione' della carica – *ὑπὸ Καίσα[ρος]* – precisando che Gallo «dopo lo scioglimento (del governo) [*o se si preferisce*: dopo la fine] dei re in Egitto <fu il> primo preposto da Cesare all'Egitto»; l'espressione, un poco generica, *κατασταθείς*, che potrebbe tradursi *praepositus*, dimostra la difficoltà della cancelleria già tolemaica, in questo momento iniziale dell'amministrazione romana, nel rendere tecnicamente in greco il sostantivo latino *praefectus*.

In un secolo e un quarto dalla scoperta della stele, la letteratura storica, giuridica, archeologica ed epigrafica, dedicata ai tre testi narranti le imprese di Cornelio Gallo, è diventata imponente².

Hanno concorso, inoltre, a tale accrescimento l'identificazione e lo scavo archeologico della fortezza di *Primis*, capo-

² J.P. BOUCHER, *C. Cornelius Gallus*, Paris, 1966; G. GRIMM, *Zu Marcus Antonius und C. Cornelius Gallus*, in *JdI*, 85, 1970, pp. 158-170; E.A. JUDGE, 'Veni, vidi, vici' and the Inscription of Cornelius Gallus, in *Akten des VI Internationalen Kongresses für griechische und lateinische Epigraphik*, München, 1973, pp. 571-573; H. HAUBEN, *On the Gallus Inscription at Philae*, in *ZPE*, 22, 1976, p. 189 ss.; S. MAZZARINO, *L'iscrizione latina nella trilingue di Philae e i carmi di Gallus scoperti a Qaṣr Ibrīm*, in *Rheinisches Museum*, 125, 1982, pp. 312-337; S.M. BURSTEIN, *Cornelius Gallus and Aethiopia*, in *The Ancient History Bulletin*, 2, 1988, pp. 16-20; F. COSTABILE, *Les res gestae di C. Cornelius Gallus nella trilingue di Philae. Nuove letture e interpretazioni*, in *MEP*, 4, 2001, 6, pp. 297-330; F. ARCARIA, "Quod ipsi Gallo inter gravissima crimina ab Augusto obicitur". *Augusto e la rappresentazione del dissenso per mezzo del senato agli inizi del principato*, Napoli, 2013.

saldo della strategia militare di Gallo, il cui nome di *Castrum Primis* non è andato perduto, ma è ancor oggi significativamente conservato nell'arabo *Qasr Ibrim* (fig. 3): nel forte è stato fortunosamente ritrovato un frammento papiraceo con alcuni versi dello stesso Gallo³, il quale, infatti, fu non solo un capace generale e un competente amministratore, ma è dagli stessi *poetae noui* ritenuto anche fondatore della poesia elegiaca latina⁴.

Nel suo componimento trovato a *Primis* il poeta-generale si rivolge in tono epico ad un *Caesar*, sulla cui identità non si è raggiunta l'unanimità, essendo stato riconosciuto ora nel *dictator Caius Iulius Caesar*, ora invece in Ottaviano prima dell'assunzione del nome di *Augustus*.

Quale che sia dei due, la scoperta di uno scritto di Cornelio Gallo nel forte romano sembra pienamente confermarne la dichiarazione, iscritta con orgoglio nella stele di *Philae*, che egli fu il primo a condurre l'esercito romano oltre la prima cataratta del Nilo⁵.

³ G.E. MANZONI, *Foroiuliensis poeta. Vita e poesia di Cornelio Gallo*, Milano, 1995; G. PETERSMANN, *Cornelius Gallus und der Papyrus von Qasr Ibrim*, in *ANRW*, 11.30.3,1, 1983, pp. 1649-1655; M. CAPASSO, P. RADICIOTTI, *Il ritorno di Cornelio Gallo. Il papiro di Qasr Ibrim venticinque anni dopo*, Lecce, 2004; P. GAGLIARDI, *Le muse Pierides nel papiro di Gallo?*, in *ZPE*, 187, 2013, pp. 156-163; EAD., *Gallo nelle Bucoliche: il senso di un dialogo poetico*, in *Papyrologica Lupiensis*, 23, 2014, pp. 33-52; EAD., *Il poeta, Cesare, il trionfo: una rilettura dei vv. 2-5 del Papiro di Gallo*, in *L'Antiquité Classique*, 84, 2015, pp. 99-120; *La lupa sul Nilo: Gaio Cornelio Gallo tra Roma e l'Egitto*, a cura di F. ROHR VIO, E.M. CIAMPINI, Venezia, 2015; P. GAGLIARDI, "Non haec Calliope, non haec mihi cantat Apollo": *Prop. 2,1 e il papiro di Gallo*, in *Hermes*, 145, 2017, 2, pp. 159-173; EAD., *Titulis oppida capta legam: storia di un 'τόπος elegiaco' da Gallo ad Ovidio*, in *Philologus: Zeitschrift für Antike Literatur Und Ihre Rezeption*, 159, 2015, 2, pp. 282-300.

⁴ N.B. CROWTHER, *C. Cornelius Gallus. His Importance in the Development of Roman Poetry*, in *ANRW*, 11.30.3, 1983, pp. 1622-1648; R.K. GIBSON, *Gallus: the First Roman Love Elegist*, in *The Blackwell Companion to Roman Love Elegy*, a cura di B. GOLD, Oxford-Malden, 2012, pp. 172-186; J.M. CLAASSEN, *The Exiled Ovid's Reception of Gallus*, in *The Classical Journal*, 112, 2017, 3, pp. 318-341.

⁵ Vedi M.Y. MYERS, *Cornelius Gallus, the Stele at Philae and the Periphery of the Roman World*, in *Paper submitted to the 143rd Annual Meeting of the American Philological Association*, Philadelphia, 2012, pp. 200-202.

Nel 1996 Tomas Hägg, László Török e Richard Holton Pierce diedero conto dello stato ormai secolare degli studi nel II volume dei *Fontes Historiae Nubiorum*, con edizione e commento dei tre testi⁶.

Un *recensus* solo parziale di Paola Gagliardi, significativamente intitolato *Cornelio Gallo all'alba del terzo millennio: rassegna bibliografica per gli anni 2000-2013*, ha collazionato una novantina fra saggi e monografie⁷, ma probabilmente i lavori dedicati, prescindendo da citazioni e trattazioni occasionali, superano largamente le duecento unità.

In tale contesto, particolare importanza hanno la riedizione, la traduzione in tedesco e il commento di Friedhelm Hoffmann, Martina Minas-Nerpel e Stefan Pfeiffer, apparsi in veste monografica nel 2009⁸, con una edizione nuova e ragnata, che tiene conto di oltre un secolo di letteratura scientifica sul testo trilingue, incluso quello geroglifico, e si pone come una pietra miliare per le ricerche future.

Ciò nonostante, l'autopsia del monumento non è stata supportata dalla pubblicazione di un'adeguata documentazione fotografica di dettaglio, che ne giustifichi e ne comprovi – non fosse altro che per ragioni di metodo – le letture proposte.

⁶ Vedi T. EIDE, T. HÄGG, L. TÖRÖK, R.H. PIERCE, *Cornelius Gallus on his Nubian campaign*, in *Fontes Historiae Nubiorum. Textual Sources for the History of the Middle Nile Region between the Eighth Century BC and the sixth Century AD. II. From the Mid-Fifth to the First Century BC*, Bergen, 1996, pp. 689-700, nr. 163 (testo latino), nr. 164 (greco), nr. 165 (geroglifico).

⁷ Si veda P. GAGLIARDI, *Rassegna bibliografica sul papiro di Gallo (anni 2004-2012)*, in *Papyrologica Lupiensia*, 20-21, 2011-2012, pp. 217-243.

⁸ F. HOFFMANN, M. MINAS-NERPEL, S. PFEIFFER, *Die Dreisprachige Stele des C. Cornelius Gallus: Übersetzung und Kommentar*, Berlin, 2009. Vedi anche F. HOFFMANN, *Lost in translation? Beobachtungen zum Verhältnis des lateinischen und griechischen Textes der Gallusstele*, in *Tradition and Transformation: Egypt and Roman Rule* (Proceedings of the International Conference, Hildesheim, Roemer- and Pelizaeus-Museum, 3-6 July 2008, Culture and History of the Ancient Near East 41), a cura di K. LEMBKE, M. MINAS-NERPEL, S. PFEIFFER, Leiden-Boston, 2010, pp. 149-157; M. MINAS-NERPEL, S. PFEIFFER, *Establishing Roman Rule in Egypt: The Trilingual Stela of C. Cornelius Gallus from Philae*, *ibidem*, pp. 265-298.

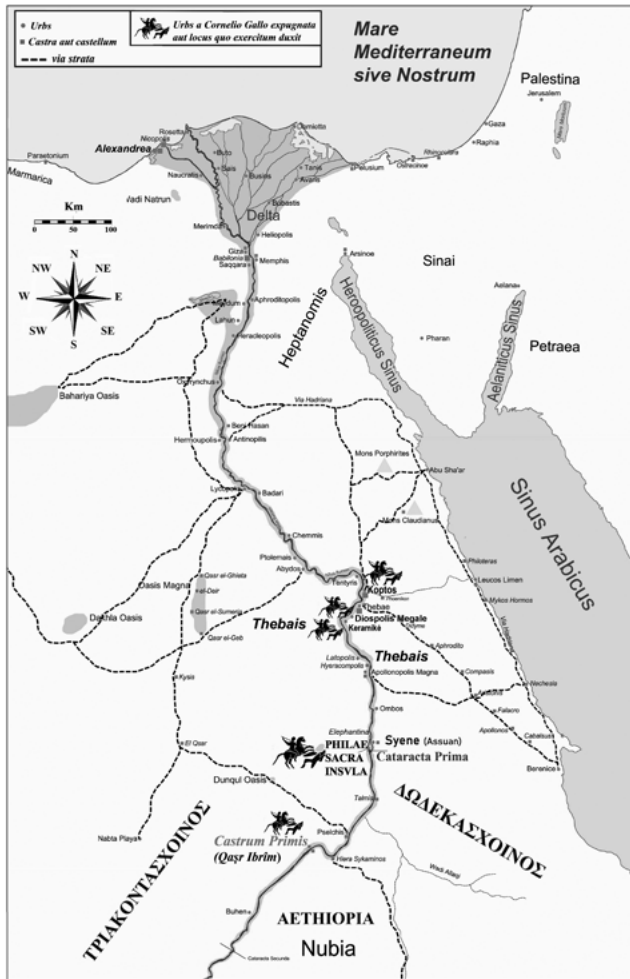


Fig. 3. Carta dell'Egitto in età romana con localizzazione delle città espugnate da Cornelio Gallo nella Tebaide (Koptos, Diospolis Megale, Kermaké, l'isola di *Philae* sul Nilo, la prima Cataratta e, al di là di questa, il forte romano di *Primis*, dove fu trovato un frammento di papiro con versi di Cornelio Gallo, fra i quali alcuni che celebrano Cesare, identificato ora con il dittatore, ora con Ottaviano).

*C(aius) Cornelius Cn(aei) f(ilius) Gallu[s] eq[ui]us Romanus post rege[re]s
a Caesare Deiu(i) filio) deuictos praefect[us] Alex[and]reae et Aegypti primus defectioni[s]
Thebaidis intra dies XV quibus hostem u[er]idit bis a[ut]e uictor V urbium expugnator Bore[ae]s[us],
Copti, Ceramices, Diospoleos Me[g]ales, Op[h]ieue, ducibus earum defectionum inter[ce-]
5 [p]titis, exercitu ultra Nili catarrhacte[n]s transdu[ct]o, in quem locum neque populo
[R]omano neque regibus Aegypti a[nt]e ante s[un]t prolata, Thebaide communi omn[is]
um regum formidine subacta, leg[at]is re[g]is Aethiopum ad Philas auditis, eoq[ue]
rege in tutelam recepto, tyrann[o] T[ri]acontas[is]choen[is], unde Aethiopiae, constituto,
die[is] patrieis et Nil[o] adiutor[um] d[omi]ni d[omi]ni*

[Γ]άιος Κορνήλιος Γναίσιος υἱὸς Γάλλ[ου] ὑπεῦξ Ῥωμαίων. μετὰ τὴν κατὰ λυσιν τῶν
ἐν Αἰγύπτῳ βασιλείων πρώτος ὑπὸ Καίσαρος ἐπὶ τῆς Αἰγύπτου κατασταθείς, τὴν Θηβαίδα ἐ-
ποστῆσαν ἐν πεντεκαίδεκα ἡμέραις δις (ἐν παρατάξει κατὰ κράτος νικησῶς, σὺν τῶι τοῦ ἡ-
γεμόνος τῶν ἀνταποκαμένου ἐλεῖν, πέντε τε πόλεις τὰς μὲν ἐξ ἐφόδου, τὰς δὲ ἐκ πολιορκίαις)
5 καταλαβόμενος, Βορήσιον Κόπτιον Κεραμικήν Διόσηλον Μεγάλην Ὀψήθειον, καὶ σὺν τῇ στρατιᾷ ὑ-
περῶσα τὸν καταράκτην, ἐβάτου στρατιᾶτις τῆς χάρις προαυτοῦ γενομένης, καὶ σύμψασαν τῆν
Θηβαίδα μὴ ὑποτάξισαν τοῖς βασιλεῦσιν [υ]ποτάξις, δεξάμενός τε πρέσβεις Αἰθίοπων ἐν Φι-
λαίς καὶ προξένον παρὰ τοῦ βασιλέως λ[α]βῶν, τύραννον τε τῆς Τριακονταχοῦρου τοπαρχοῦ[σ]ς
μάς ἐν Αἰθιοπία καταστήσας, θεοῖς πατρίοις, Νηίλαια σὺλληγοτῶν χαριστήρια.

Fig. 4. Testo latino e versione greca nella Stele di *Philae* secondo Costabile.

Due sono infatti i punti cruciali: il primo riguarda il nome in geroglifico, iscritto dentro il cartiglio alla sommità della stele, accanto alla raffigurazione del cavaliere che abbatte il nemico in ginocchio (mancante della parte centrale reseca: fig. 1-2), nel quale Edda Bresciani aveva letto il nome di ‘Cornelio’, mentre altri hanno letto l’aggettivo ‘romano’ riferito a Cesare (Ottaviano)⁹; il secondo tocca il controverso passo dell’iscrizione latina a linea 8, letto nei due diversi modi qui sotto trascritti (in neretto la divergenza letterale):

⁹ Vedi E. BRESCIANI, *La stele trilingue di Cornelio Gallo: una rilettura, in Roma e l’Egitto nell’antichità classica. Atti del I congresso internazionale italo-egiziano (Il Cairo, 6-9 febbraio 1989)*, a cura di G. PUGLIESE CARATELLI, Roma, 1992, pp. 99-102 (in particolare pp. 96-98), seguita da F. COSTABILE, *Le Res Gestae* cit., da F. ARCARIA (vedi di seguito), e da [F. HOFFMANN], M. MINASNERPEL, S. PFEIFFER, *Die Dreisprachige Stele*, cit., p. 273; *contra* si è pronunciato F. HOFFMANN, *Die Dreisprachige Stele* cit., pp. 33-37, con cui concorda G. CRESCI MARRONE, *Un poète triomphe aux confins de l’oikoumène: la version latine de la trilingue de Philae*, in *La lupa sul Nilo*, cit., p. 52; per gli aspetti del processo penale di Gallo «voir l’autorité indiscutable de Arcaria» (così EAD., *ibid.*, p. 52, nota 21): F. ARCARIA, *I crimini ed il processo di Cornelio Gallo*, in *QCSAM*, 2004, 3, pp. 109-226; Id., *Crimini, processo e morte di Cornelio Gallo*, in *Annali Seminario Giuridico*, 7, 2005-2006, pp. 379-408; Id., *Diritto e processo penale in età augustea*, Torino, 2009, pp. 5-113, Id., *Quod ipsi Gallo*, cit.

TYRANNOTRIACONTASCOENIINDEAETHIOPIAECONSTITVTO
TYRANNOTRIACONTASCOENVNDEAETHIOPIAECONSTITVTO

Scrivendo Hoffmann che nel testo latino, stando all'autopsia da lui eseguita, la proposta di lettura *inde* di Mazzarino, ripetuta da Alföldy, va giudicata corretta: «Im lateinischen Text ist der Lesungsvorschlag *unde* [*sic!* anziché *inde*]¹⁰ von Mazzarino und Alföldy nach unserer Autopsie als sicher anzusehen». Mazzarino – prosegue Hoffmann – interpretò *inde* come 'locale' e lo riferì alla provenienza del tiranno ('originario di questa regione'), perché *Aethiopiae* sarebbe da intendere come 'una sorta di *datiuus commodi*'. Hägg¹¹, tuttavia, ha giustamente criticato questa interpretazione sostenendo che 'né i paralleli letterari di Mazzarino per l'uso del latino né i suoi argomenti epigrafici sono abbastanza convincenti', con il che anche Hoffmann conviene¹².

Invero Hägg ha dato la lettura *tyrann[o] Tr[iacontas-]choe(ni) in fine Aethiopiae constituto*, che però è *vestigii contraria*, traducendola «installed a ruler (*tyrannus*) over the Tr[iacontas]choenus on Aithiopian territory», ma annotando opportunamente che «the reading *in fine*, here translated "on territory", is uncertain»¹³. Comunque lo Studioso scrisse che «historically plausible as this interpretation is ..., neither

¹⁰ F. HOFFMANN, *Die Dreisprachige Stele*, cit., p. 151, scrive, per evidente confusione, *unde*, che è la lettura di Costabile, anziché *inde*, che è quella di Mazzarino e di Alföldy. Vedi note seguenti.

¹¹ T. HÄGG, *Cornelius Gallus. Latin*, in *Fontes Historiae Nubiorum*, II, Bergen, 1996, p. 691 ss.

¹² F. HOFFMANN, *Die Dreisprachige Stele*, cit., p. 151: «Mazzarino deutete *inde* lokal und bezog es auf die Herkunft des „Tyrannen“ („originario di questa regione“), denn *Aethiopiae* sei als „una sorta di *datiuus commodi*“ aufzufassen. Hägg widerspricht dieser Interpretation jedoch ganz richtig: „neither Mazzarino's literary parallels for the Latin usage nor his epigraphical arguments are quite convincing“. Alföldy erklärt hingegen, daß er den Sinn wie folgt versteht: „Gallus ... setzte von nun an (*inde*) in der *Triacontaschoinos*... einen einheimischen Vizekönig ein.“ Wir denken, daß *inde* attributiv zu *Aethiopiae* gesetzt wurde, das als neues Verwaltungsgebiet also den Namen *Triacontaschoenus Aethiopiae* trug».

¹³ T. HÄGG, *Cornelius Gallus. Latin*, cit., p. 692 e nt. 334.

Mazzarino's literary parallels for the Latin usage nor his epigraphical arguments are quite convincing»¹⁴.

Fu anche proposto, suggestivamente, da Cyril Aldred che il *tyrannos* senza nome della Stele di *Philae* sia quel Kuper, ai cui figli Augusto fece erigere un tempio a Dendera¹⁵.



Fig. 5. Fac-simile della linea 8 del testo latino della Stele di *Philae* secondo Alföldy, che segue la lettura di Mazzarino.

Mi sia permesso aggiungere alle critiche già mosse che l'e-segesi, data da Mazzarino, di *inde* in base a Livio 1,18,5 è dovuta a un vero e proprio fraintendimento del testo, perché *inde* è un avverbio che significa 'da dove', 'dove', 'da lì', nel caso in esame con specifico riferimento locativo (*significat punctum a quo incipit aliquid*)¹⁶ in cui è frequente l'omissione del verbo sottinteso *incipere*¹⁷, e non può tradursi 'originario di questo popolo'¹⁸, il che si dovrebbe esprimere con un aggettivo

¹⁴ Vedi nota precedente.

¹⁵ Ipotesi di identificazione del *tyrannos* in C. ALDRED, *The Temple of Dendur. The Metropolitan Museum of Art*, New York, 1978, pp. 30-31, su cui cfr. T. HÄGG, *Cornelius Gallus. Latin*, cit., p. 692: «The installation of a 'tyrannos' over the *Triacontaschoenus*, although the identity of his person and the scope of his power remain obscure, appears to fit into the same picture; and the term 'tyrannos' indicates a native chief of the type represented by the 'Aithiopian' official governing the non-Egyptian population of Lower Nubia in 149/8 BC ... According to a fascinating hypothesis put forward by Cyril Aldred, he might have been identical with the Kuper, for the cult of whose deified sons Augustus erected the temple of Dendur».

¹⁶ Cfr. anzitutto la voce *inde* curata personalmente da B. REHM nel *The-saurus Linguae Latinae*, VII.1, Lipsiae, 1934-1944, cc. 1107-1122, e in particolare c. 1110²⁴ *sub C: significat punctum a quo incipit aliquid*; e c. 1111⁴ *sub b (locus)*; inoltre F. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*, Torino, 1965³, p. 1371 s.v.; P.G.W. GLARE, *Oxford Latin Dictionary*, Oxford, 1968, pp. 879-880 s.v.; CH. LEWIS, CH. SHORT, *A Latin Dictionary*, Oxford, 1969, p. 932 s.v.

¹⁷ *Thesaurus Linguae Latinae* VII.1, Lipsiae, 1934-1944, coll. 1109⁶⁸ e 1112⁷⁷ s.v. *inde* [B. REHM].

¹⁸ S. MAZZARINO, *L'iscrizione latina nella Trilingue di Philae e i carmi di Gallus*, cit., p. 315: «INDE, nel testo da me proposto, va inteso come «origi-

o una proposizione relativa. Livio – nel passo (1,18,5) addotto dal Mazzarino: *patres Romani, quamquam inclinari opes ad Sabinos, rege inde sumpto, uidebantur, tamen ... ad unum omnes Numae Pompilio regnum deferendum decernunt* – intende dire che ai senatori romani era ben chiaro che il baricentro di forza si sarebbe inclinato a favore dei Sabini, una volta che ‘da lì’ [*inde*, cioè dalla Sabina] avessero tratto il loro re, ma che, ciò nonostante, decretarono all’unanimità di conferire il regno al sabino Numa Pompilio. Anche la spiegazione di Géza Alföldy, secondo il quale il significato del passo sarebbe che ‘*Gallo ... istituì un vicerè locale in quella che da ora (inde) si chiama, o è, la Triakontaschoinos*’¹⁹ è affetta da una sovrainterpretazione e dal fraintendimento del significato di *inde*, che qui è locativo e, nel dato contesto, non può essere in alcun modo temporale²⁰.

Può concordarsi con Hoffmann quando pensa che *inde* sia stato usato come attributivo di *Aethiopiae*, ma non quando da questa premessa pensa di poter dedurre che la *Triacontaschene* avrebbe portato il nome *Triacontaschoenus Aethiopiae* come nuova area amministrativa²¹. Difatti, «istituito [o posto] un tiranno della *Triacontaschene*, da dove [ha origine *uel* c’è, si estende] l’Etiopia» sembra voler dire che l’Etiopia incomin-

nario) di questa regione» (della *Triakontaschoinos*). Dunque: «avendo stabilito per l’Etiopia» (per lo stato di Meroe) «un *tyrannus* della *Triakontaschoinos*, originario di questa regione (della *Triakontaschoinos*)» (anziché della stessa Etiopia, cioè di Meroe). Fondo la mia interpretazione sull’analogia dell’uso di *inde* in passi come Liv. 1,18,5 (si noti, anche, l’uso dell’*ablat. absol.* in entrambi i casi): *inclinari opes ad Sabinos, rege inde sumpto, uidebantur*: dove *inde* vale appunto «originario di questo popolo» (Numa proveniva dalla Sabina); nella nostra iscrizione, *inde* sta alla menzione – immediatamente precedente – della *Triakontaschoinos* così come, in Liv. 1,18,5, *inde* sta alla menzione – immediatamente precedente – dei Sabini. *Gallus* vuol sottolineare ch’egli ha fatto accettare a Meroe l’insediamento, nella *Triakontaschoinos*, di un *tyrannus* preso dalla stessa *Triakontaschoinos* (cioè, in pratica, un *tyrannus* la cui estrazione non si richiama direttamente a Meroe)».

¹⁹ G. ALFÖLDY, *Der Obelisk auf dem Petersplatz in Rom*, Heidelberg, 1990, p. 99: «*Gallus ... setzte von nun an (inde) in der Triakontaschoinos ... einen einheimischen Vizekönig ein*».

²⁰ Cfr. sopra, ntt. 16 e 17.

²¹ F. HOFFMANN, *Die Dreisprachige Stele*, cit., p. 151: «Wir denken, daß *inde* attributiv zu *Aethiopiae* gesetzt wurde, das als neues Verwaltungsgebiet also den Namen *Triacontaschoenus Aethiopiae* trug».

cia dal punto in cui la Triacontaschene finisce, vale a dire dal suo confine: mentre questa è uno Stato vassallo, il cui *tyrannus* è imposto da Roma, l'Etiopia è invece uno Stato indipendente alleato e amico di Roma (da annoverare fra i *socii et amici populi Romani*)²² retto da un *basileus* che il paese stesso si dà in piena autonomia.

Tuttavia è ora giunto il momento di esaminare sotto lo specifico aspetto epigrafico il punto controverso della linea 8.

Hoffmann, pur aderendo alla lettura INDE di Mazzarino e Alföldy, rimanda alla lettura VNDE di Costabile, che ritiene improbabile, ma da non respingere aprioristicamente a causa del pessimo stato di conservazione della pietra laddove si trova il punto controverso. Scrive dunque Hoffmann che Costabile vorrebbe leggere, dopo *Tr[iacontas]choen[i]*, un *unde Aethiopiae*, traducendolo 'dove hanno origine le Etiopie' e considerando *Aethiopiae* un nominativo plurale, e che, leggendo *unde* anziché *inde*, tale proposta rende necessaria l'integrazione *Triacontaschoin*<u> *unde*. Hoffmann, che non presenta una propria documentazione fotografica della linea in discussione, limitandosi a riprodurre foto e apografo di Costabile, gli muove una critica anzitutto epigrafica, perché la lettura da quegli proposta presuppone una direzione dello scalpello abbastanza insolita nell'incidere l'iscrizione, così conferendo alla V di *unde* una morfologia inconsueta, che comunque per la maggior parte della lettera scompare nella lacuna: l'asta sinistra 'vista' da Costabile – osserva giustamente Hoffmann – sarebbe troppo sporgente e più alta delle lettere precedenti e per di più caratterizzata nella terminazione in modo insolito (fig. 6), per cui Hoffmann riproduce quella che a lui sembra la giusta ricostruzione epigrafica di Alföldy²³.

²² Cfr. M.R. CIMMA, *Reges socii et amici populi Romani*, Milano, 1976, e in specie le sensate considerazioni di A.M. DEMICHELI, *Rapporti di pace e di guerra dell'Egitto romano con le popolazioni dei deserti africani*, Milano, 1976, pp. 68-79.

²³ F. HOFFMANN, *Die Dreisprachige Stele*, cit., p. 152: «Costabile versteht *Aethiopiae* folglich als Nominativ Plural und sieht *unde* statt *inde*. Dieser Vorschlag macht ein Ergänzung notwendig (*Triacontaschoin* <u> *unde*) Bei unserer Autopsie ließ sich der Vorschlag Costabiles nicht nachvollziehen. Er setzt zudem eine in der Inschrift recht ungewöhnliche Meißelführung beider Gestaltung des v für u (das zu einem Großteil auch noch in der Lacuna ver-

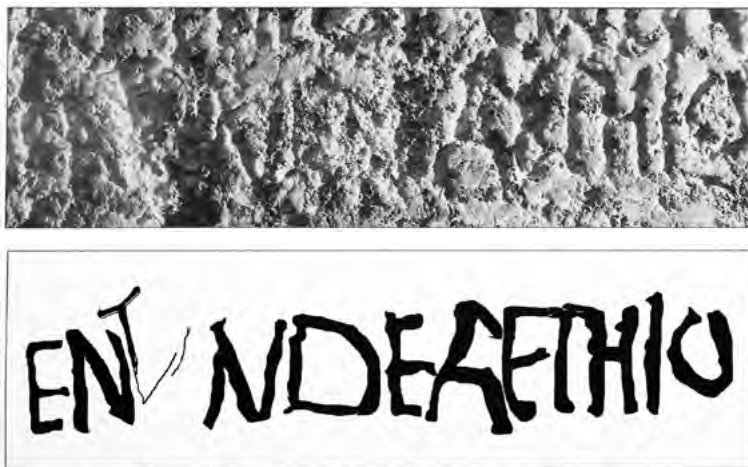


Fig. 6. Foto del 2000 e apografo, secondo Costabile, del particolare di linea 8.

In tutto ciò manca però la documentazione macrofotografica che supporti la lettura di Hoffmann, forse perché, dopo le riprese del Costabile nel 2000, le due parti della stele sono state connesse e incollate al centro, a reintegrazione del pezzo resecatto anticamente, mediante una striscia di gesso larga 8 cm e alta quanto il cippo stesso, sulla superficie della quale sono state perfino riprodotte le lettere scomparse, con un inopportuno occultamento dei margini originali della frattura verticale (fig. 2).

Tuttavia, l'esame delle macrofotografie, eseguite nel 2000 prima della 'ricongiunzione' in gesso delle due metà del monumento, dimostra sì che la forma della V di *unde*, quale 'vista' da Costabile, è errata, come eccepito da Hoffmann, ma documenta anche come la V originaria si legga perfettamente, nonostante il deperimento della superficie, nella sua corretta conformazione.

schwindet) von *unde* voraus: Die linke Haste würde weit über die vorhergehenden Buchstaben hinausreichen und auch noch mit einer ungewöhnlichen Serifen abschließen. Die richtige Lesung läßt sich hingegen bei Alföldy nachvollziehen ...».

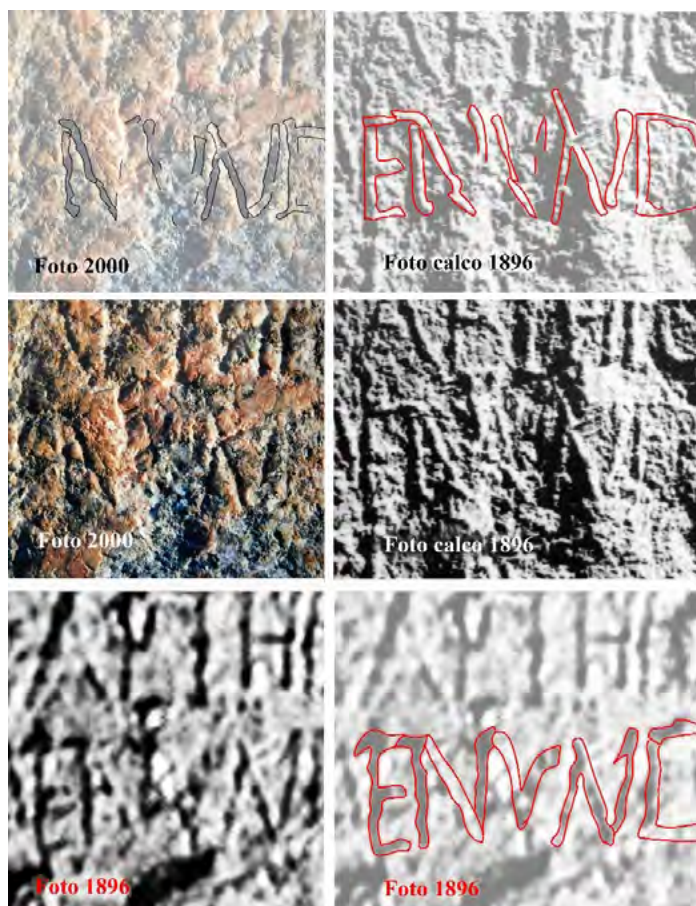


Fig. 7. Foto del 1896 dell'iscrizione e del relativo calco a confronto con foto del 2000 (con corrispettivi apografi) del particolare di linea 8. Si vede chiaramente che la scalfittura moderna, che sembra il tratto sinistro obliquo della V, non esiste nelle foto del 1896 né nel calco, ma solo in quella del 2000.

Infatti, Costabile fu tratto in inganno da un colpo che ha scalfito la pietra nel punto in questione in età moderna: lo si vede bene nelle foto a colori, dove il tratto della scalfittura è freschissimo e mette a nudo il granito mantenutosi chiaro,

mentre le altre fratture, come anche i segni di scalpello che incisero le lettere stesse, sono tutti iscuriti dai diciannove secoli di seppellimento.

La stele, una volta estratta dalle fondazioni dell'altare di Augusto, fu trasportata dall'isola di *Philae* al Museo del Cairo e la scalfittura moderna, verificatasi fra il 1896, data del ritrovamento, e il 2000, quando fu ritratta dal Costabile, manca ovviamente nelle foto e nel calco eseguiti al momento della scoperta.

Perché il lettore non debba giurare *in uerba magistrae*, riproduco qui anzitutto le foto del 1896 del punto cruciale e del calco eseguito successivamente – nelle quali non si vede ancora il solco recente scambiato per il tratto destro obliquo di V (figg. 7-9) – poi le macrofotografie a colori del 2000 e sinotticamente gli apografi tracciati sulle stesse, nei quali i tratti antichi delle lettere sono contornati in rosso, mentre la scalfittura moderna è contornata in verde (fig. 8).

Costabile, dunque, pur avendo sbagliato a 'leggere' fra TRIACONTASCHOEN e NDE il presunto tratto sinistro obliquo e lungo della V – come, sia pure col beneficio del dubbio, osserva Hoffmann – ha comunque letto correttamente le tracce del tratto destro ed esattamente intuito l'esistenza della lettera come tale restituendo TRIACONTASCHOENVNDE = *Triacontaschoen* «*unde*».

Del pari sembra molto persuasiva la sua traduzione e spiegazione del passo come 'imposto un tiranno alla Tracontaschene, donde (ha origine) l'Etiopia' e il risolutivo riconoscimento di *Aethiopiae* come nominativo plurale, anziché genitivo o dativo singolare²⁴.

Si noti per inciso che sia la lettura *inde* che la lettura *unde* non cambiano in nulla il significato della frase e la sua esegesi²⁵.

Proprio su questo punto della narrazione latina dell'*epos* di Gallo, Hägg scrive che «a reading in line 8 which at the same time explained the Greek $\mu\tilde{\alpha}\zeta$ in line 18 would be desirable»²⁶.

²⁴ F. COSTABILE, *Les res gestae*, cit., pp. 315-318.

²⁵ *Inde* e *unde* hanno infatti nel dato contesto lo stesso significato: vedi sopra le note 16 e 17.

²⁶ T. HÄGG, *Cornelius Gallus. Latin*, cit., p. 692, nt. 334.

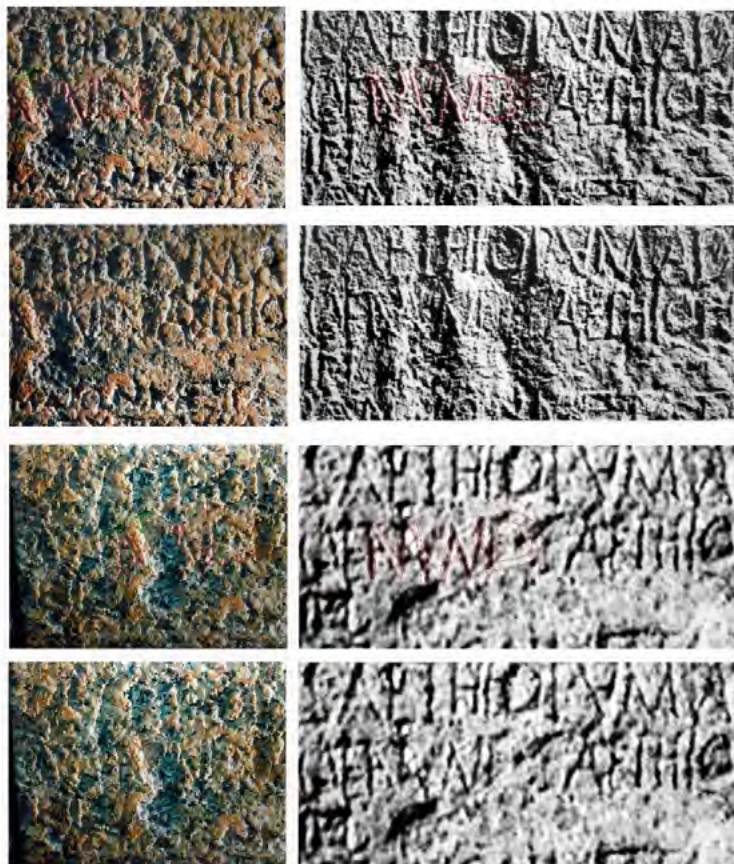


Fig. 8. Foto a colori del 2000, calco (in alto) e foto del 1896 (in basso) con rispettivi apografi del particolare di linea 8 TRIACONTASCHOENVN-DE. A sinistra in verde è evidenziata la scalfittura moderna, mentre i tratti superstiti delle lettere antiche sono contornati in rosso.

In effetti, benché il testo greco non sia affatto una traduzione letterale di quello latino, ma sia concepito piuttosto in funzione della diversa capacità di comprensione dei suoi lettori, ci saremmo aspettati che la linea 18 dell'epigrafe greca

esprimesse comunque il concetto che fu imposto un tiranno alla Triacontaschene, donde ha origine l'Etiopia.

Invece, si legge qualcosa che, almeno a noi moderni, non sembra a prima vista corrispondente al testo latino:

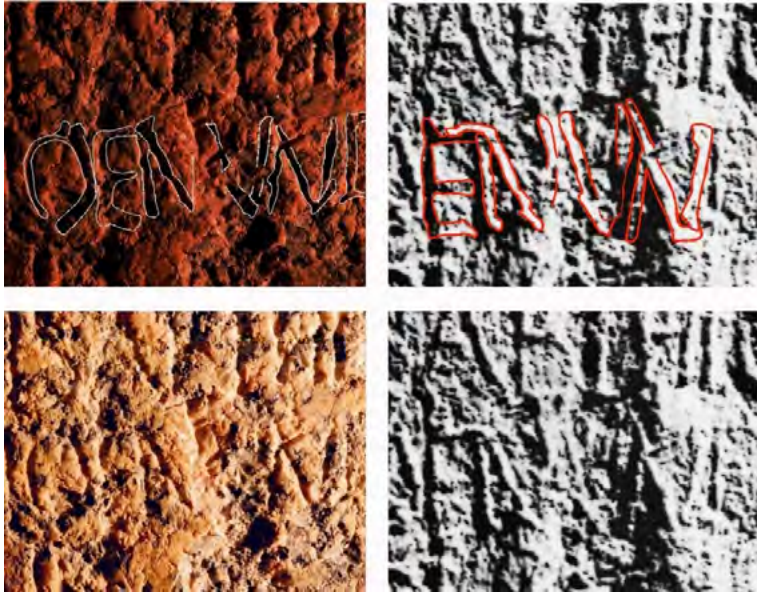


Fig. 9. Foto a colori del 2000 (in basso), e foto del calco con corrispettivi apografi del particolare di linea 8 TRIACONTASCHOENVNDE. Si distinguono chiaramente i tratti della lettera V fra TRIACONTSCHOENV e NDE.

... leg[at]is re]gis Aethiopum ad Philas auditis eoq[ue] rege in tutelam recepto, tyrann[o] T[riacontas]choenu», unde Aethiopiae, constituto ...

... data udienza a *Philae* ai delegati del re degli Etiopi e accolto il re sotto tutela, istituito un tiranno della Tracontaschene, donde (incomincia) l'Etiopia ...

... δεξάμενός τε πρέσβεις Αἰθιοῶπων ἐν Φίλαις καὶ προξενίαν παρὰ τοῦ βασιλέως λ[αβών, τύ]ραννόν τε τῆς Τριακοντασχοίνου τοπαρχία[ς] | μιᾶς ἐν Αἰθιοπία καταστήσας ...

... dopo avere accolto ambasciatori degli Etiopi a *Philae* e avendo ottenuto il diritto di ospitalità dal (loro) re, posto un tiranno della Triacontaschene, toparchia unica in Etiopia ...

Salta subito all'occhio che alla dichiarazione del testo latino di avere accolto sotto tutela il re d'Etiopia fa riscontro una meno gloriosa e più veritiera accettazione del diritto di ospitalità reciproca (*proxenia*) nel testo greco.

In quest'ultimo il Costabile osservò che ovviamente al genitivo *μιᾶς* non può darsi il significato, come era stato fatto, di articolo indeterminativo ('una toparchia'), esistente nel greco moderno, ma non in quello antico, e lo interpretò invece nel significato di 'unica' o 'sola toparchia' in Etiopia, intendendo che fosse il solo distretto sottoposto a Roma tramite il tiranno e rimanendo invece libero e alleato il restante territorio dell'Etiopia, mentre altri hanno inteso 'unica' nel senso di 'unificata' perché diverse entità territoriali (appunto *topoi*) erano accorpate amministrativamente e politicamente nella toparchia²⁷.

Comunque sia, mi sembra chiaro un certo 'parallelismo' ma non una identità fra i due testi: quello latino mostra il re etiope *in tutela populi Romani*, dunque una sorta di sottoposizione, mentre quello greco descrive un rapporto paritetico di *proxenia*; entrambi i testi concordano nell'imposizione romana di un tiranno della Triacontaschene, ma in quello latino la regione sembra indicata come confine dell'Etiopia, che inizia laddove la prima finisce, mentre nel testo greco la Triacontaschene fa parte dell'Etiopia geograficamente, ma non politicamente, in quanto il *basileus* etiope è nominato dai suoi, mentre il *tyrannos* della Triacontaschene è imposto dai Romani.

Si potrebbe proseguire nell'esame delle epigrafi, ma lo scopo di questa nota è solo quello di stabilire la corretta lettura

²⁷ É. BERNAND, *Les inscriptions grecques et latines de Philae*, II, cit., e da K. BRODERSEN, *ibidem*, p. 37; cfr. anche le considerazioni di F. HOFFMANN, *Die Dreisprachige Stele des C. Cornelius Gallus*, cit., p. 152.

ed esegesi storica della linea 8 del testo latino e i modi e i limiti della sua corrispondenza con la linea 18 del testo greco.

Il problema del nome iscritto in geroglifico fonetico ('Cornelio' o 'romano') dentro il cartiglio accanto al cavaliere che abbatte il nemico, in cima alla stele, resta aperto in attesa di una documentazione macrofotografica che ancora non è stata prodotta a sostegno dell'una o dell'altra lettura: l'accertamento potrebbe confermare o smentire un elemento fra quelli della *vexata quaestio* del processo intentato a Gallo di fronte al senato e tragicamente conclusosi con la sua scelta di darsi la morte.

Pur senza pretendere che la mia considerazione costituisca una prova, vorrei comunque osservare che, se il cavaliere avesse recato il nome del 'Cesare Romano', cioè Ottaviano, in geroglifico, forse il tratto centrale della stele non sarebbe stato distrutto, anche se tale distruzione fu dovuta agli scopi pratici del riutilizzo in due pezzi nelle fondazioni dell'altare di Augusto piuttosto che a una *damnatio memoriae* di Gallo.

ROSSELLA LAURENDI, La «toparchia unica» e il «*tyrannus* della Triacontaschene donde (inizia) l’Etiopia» nelle *res gestae* di Cornelio Gallo

L’Autrice passa in rassegna il dibattito dottrinale sulla corretta lettura della linea 8 del testo latino della Stele di *Philae*: la critica mossa, sia pure con il beneficio del dubbio, da Hoffmann alla lettura nel punto cruciale TRIACONTASCHOENVNDE *Triacontaschoenw unde* (così Costabile) per la lettera ‘*u*’ è paleograficamente fondata. Tuttavia il tratto sinistro obliquo della lettera V è riconoscibile diversamente da come fu visto da Costabile. Questi infatti scambiò per il tratto sinistro della lettera antica una scalfitura moderna della pietra, che manca nelle foto e nel calco del 1896 e che dunque si è prodotta in epoca recente. Tuttavia entrambi i tratti obliqui di V si vedono ancora nella pietra, sia pure solo parzialmente, e la lettura di Costabile resta dunque valida, mentre le altre sono contrarie alle lettere superstiti. Quella lettura è ancora l’unica che fornisca una valida esegesi testuale e storica ed è qui dimostrata da macrofotografie a colori, che mancano in tutte le altre edizioni.

Parole chiave: *Cornelius Gallus, Philae, tyrannus, Triachontaschoenus, toparchia, Aethiopia.*

ROSSELLA LAURENDI, The «toparchia unica» and the «*tyrannus* della Triacontaschene donde (inizia) l’Etiopia» in *res gestae* of Cornelio Gallo

The Author reviews the doctrinal debate on the correct reading of line 8 of the Latin text of the Stele of *Philae*: the criticism made, albeit with the benefit of the doubt, by Hoffmann on the reading in the crucial point TRIACONTASCHOENVNDE *Triacontaschoenw unde* (so Costabile) for the letter ‘*u*’ is paleographically founded. However, the left oblique stroke of the letter V is recognizable differently from how it was seen by Costabile. In fact, he mistook for the left section of the ancient letter a modern scratch of the stone, which is missing in the photos and in the cast of 1896 and which therefore has been produced in recent times. However, both oblique strokes of V can still be seen in the stone, albeit only partially, and Costabile’s reading therefore remains valid, while the others are contrary to the surviving letters. That reading is still the only one that provides a valid textual and historical exegesis and is demonstrated here by color macro-photographs, which are lacking in all other editions.

Key words: *Cornelius Gallus, Philae, tyrannus, Triachontaschoenus, toparchia, Aethiopia.*

Francesca Tamburi

NEL LABORATORIO DEI GENERI LETTERARI DEL PRIMO PRINCIPATO. UN'IPOTESI SU TIZIO ARISTONE*

1. Alcuni anni or sono, nel terzo volume degli *Scritti in onore di Remo Martini*, è stato ospitato un mio lavoro su un'opera dal titolo enigmatico e dal contenuto controverso: i *decreta Frontiana* di Tizio Aristone¹. Il tema era stato scelto per due motivi, uno personale – quello per il giurista è un interesse che risale alla mia tesi di dottorato e prima ancora al periodo della mia laurea – e l'altro legato agli interessi dell'onorato. Il professor Martini, infatti, si era occupato, in un acuto saggio, di un'altra opera aristoniana dal titolo meno eterodosso ma non meno problematica, i *digesta*, attribuita non univocamente allo stesso giureconsulto².

A distanza di anni, il mio interesse verso questo intellettuale, i contorni della cui biografia scientifica rimangono incerti³ almeno tanto quanto risultano nitidi e paradigmatici ampi spiragli del suo pensiero, non si è mai affievolito.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ F. TAMBURI, *I decreta frontiana di Aristone*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, p. 713 ss.

² R. MARTINI, *Pomponii Digesta ab Aristone?*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, IV, Perugia, 1981, p. 801 ss.

³ Non intendo qui ripercorrere i profili di incertezza relativi alla biografia e alla figura intellettuale di un giureconsulto, quale fu Tizio Aristone, che dovette impersonare in modo peculiare (ma non eterodosso) il proprio ruolo di giurista rispetto alla sua epoca – sono dei punti di riferimento i lavori a lui dedicati da A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990 e V. SCARANO USSANI, *Il 'probabilismo' di Titius Aristo*, in *Ostraka*, II, 1995, p. 315 ss., e di recente si è aggiunto il lavoro di P. STARACE, *Titius Aristo, peritissimus et privati iuris et publici. Ricerche su un giurista di età traiana*, Torino, 2022, p. 3 ss., a cui farò immediatamente cenno nel testo. Il tema dell'autorialità, direttamente connesso con la dibattuta questione relativa a quello dello studio dell'individualità dei giureconsulti romani, è, credo, ormai giunto all'approdo della sua generale accettazione – partendo dal rifiuto dell'approccio biografico allo

studio dei giureconsulti teorizzato da F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, part. p. 12 ss., su cui ricordiamo le osservazioni di M. BRETONE, *Uno sguardo retrospettivo. Postulati e aporie nella History di Schulz*, in *Festschrift Franz Wieaker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, ora in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², rist. Napoli, 1984, p. 335 ss. ma, più di recente, di E. STOLFI, *Fra «Kunstgeschichte» e «Kunstlergeschichte»*, cit., p. 49 ss. Non si può non rinviare sul tema, per tutti, ai saggi raccolti nel volume *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani*, *Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, a cura di CH. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI, Trento, 2012, e, soprattutto, a A. SCHIAVONE, *Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, a cura di A. SCHIAVONE, Torino, 2017, part. p. 5 ss., la cui prospettiva si concretizza in ognuno dei lavori editi nella collana *Scriptores iuris romani*. Ad essere avvolti in un cono d'ombra sono la biografia del giureconsulto, la sua formazione e la sua opera scientifica, il possesso o meno dello *ius respondendi*, l'appartenenza alle scuole di diritto, la partecipazione al *consilium principis*. Il giureconsulto nacque presumibilmente attorno alla prima metà del I secolo d.C. e fu al lavoro negli ultimi anni del principato di Vespasiano, sotto Domiziano e Traiano; l'unica e ultima data utile cui si può far riferimento sapendolo vivente è il 105, quando Plinio il Giovane gli indirizzò due lettere (*ep.* V 3, VIII 14). Su alcuni punti si è giunti a congetture ragionevoli e abbastanza condivise, mi riferisco alla sostanziale equidistanza rispetto alle scuole di diritto – per tutti, A. PERNICE, *Marcus Antistius Laabeo. Das römische Privatrecht in ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 1, Halle, 1873, p. 91; A. LONGO *Contributo alla storia della giurisprudenza romana nell'età traianea*, Catania, 1887, p. 17 ss.; G. WESEMBERG, s.v. *Titius* (n.27-a), *PWRE*, suppl. VIII, c. 858; F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, p. 17 ss., nt. 28; V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana da Nerva a Adriano*, Torino, 1989, p. 39; Id., *Il "probabilismo"*, cit., p. 329, ntt. 119 e 330; Id., *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, 1997, p. 73; H. SIBER, s.v. *Plautius* n. 60, in *RE*, XXI-I, 1951, p. 48 s.; E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Sesto Pomponio*, I, Napoli, 2002, p. 511, nt. 172 –, al fatto che egli non godesse del beneficio dello *ius respondendi*, circostanza che, tuttavia, non lo aveva comunque emarginato dal dibattito scientifico – per tutti, G. WESEMBERG, s.v. *Titius*, cit., c. 858; S. TAFARO, *Considerazioni minime sul metodo di Titius Aristo*, in *Seminario romanistico gardesano (19-21 maggio 1976)*, Milano, 1976, p. 50; R. MARTINI, *Pomponii Digesta*, cit., p. 801 –, infine, al suo ruolo rispetto al *consilium principis*. Considerano Aristone un membro del *consilium* traiano P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literature des römischen Rechts*, München-Leipzig, 1912, p. 179; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1885, p. 699; Th. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, in *Gesammelte Schriften*, II – *Juristische Schriften*, Berlin² 1905, p. 22, che avanza l'ipotesi che Aristone abbia affiancato anche Domiziano; A. LONGO, *Titius Aristo*, cit., p. 11; J. ROBY, *Introduzione allo studio del Digesto giustiniano*,

Per questo, qualche tempo fa, con l'intento di concludere un percorso di ricerca da troppo tempo lasciato in sospeso – ma non secondariamente spinto da letture ‘non aristoniane’ ricche di nuovi spunti –, ho deciso di riprendere alcune riflessioni che risalgono agli anni del mio dottorato, relative agli altri titoli accostati al nome del giureconsulto – *digesta* e *notae* –, e rimeditarle, riannodando il filo rispetto a quel primo articolo per giungere a una chiave di lettura complessiva sulla produzione scientifica del giurista traiano.

Proprio mentre concludevo la stesura delle pagine che seguono sono venuta a conoscenza della pubblicazione di un lavoro monografico dedicato a Titius Aristo, ad opera di Pia Starace, circostanza che, lungi dal porre in dubbio l'opportunità del mio lavoro, è stata una conferma della sua attualità e una motivazione ulteriore a condividere la mia personale chiave interpretativa nella certezza di un confronto, che io stessa ho cercato di compiere, pur nel ristretto tempo nel quale ciò mi è stato possibile.

Come dicevo, la presente ricerca, in continuità con il lavoro sui *decreta frontiana*, propone una riflessione complessiva sul lavoro di Aristone come autore, come esponente di una stagione della storia del pensiero giurisprudenziale, ma innanzitutto come intellettuale dotato di un peculiare modo di interpretare il proprio ruolo. Di lui conosciamo solo titoli e lavori anticipatori e complessi da definire, le *notae*, i *decreta Frontiana* e i *digesta*. Potremmo attribuire almeno in parte questa circostanza alle difficoltà della tradizione indiretta grazie alla quale conosciamo il suo pensiero. Tuttavia, non sono perso-

trad. it. di G. PACCHIONI, Firenze, 1887, p. 161; A. BERGER, s.v. *Aristo Titius*, in *EDRL*, Philadelphia, 1953, p. 376; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1998, p. 493; F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 190. S. TAFARO, *Considerazioni*, cit., p. 50; J. CROOK, *Consilium principis, imperial council and consellers from Augustus to Diocletian*, Cambridge, 1955, pp. 186 e 323; G.G. TISSONI, *Sul “consilium principis” in età traiana, (gli “Amici principum” e il “Consilium”)*, in *SDHI*, XXXI, 1965, p. 241; F. AMARELLI, *Consilia principum*, Napoli, 1983, p. 190; con qualche incertezza R. BAUMAN, *Lawyers*, cit., p. 217, nt. 149. Più di recente tornano sul tema: R. MARTINI, *Pomponii Digesta*, cit., p. 793; A. MANTELLO, *I dubbi*, cit., p. 128, nt. 180 e, da ultimo, P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 34 ss.

nalmente convinta che questa sia una spiegazione accettabile. Reputo, al contrario, che le difficoltà di ricostruzione debbano rappresentare, seguendo un argomento apparentemente controdeduttivo, il fondamento di un'ipotesi di restituzione del suo pensiero e del suo lavoro. Abbandonando ogni opzione rinunciataria e prudente, comprensibile ma riduttiva, credo si possa ritenere – e qui anticipo la chiave di lettura complessiva del mio lavoro – che la stabilizzazione più tarda di stili e forme che egli aveva percorso ne abbiano semplicemente oscurato, per averlo assorbito, l'apporto. Vediamo in che senso, partendo da dove il mio discorso sul giureconsulto traiano ha preso le mosse e cioè dalla lettura svolta sui *decreta frontiana*⁴. A tal proposito, rimango ancora convinta – al di là della perfettibilità del contributo – della sostanza delle conclusioni che proponevo, e cioè che Aristone avesse commentato, in un lavoro dedicato, i *decreta*, verosimilmente pretòri e senatòri, raccolti da Sesto Giulio Frontino. Ma non escludevo anche la possibilità che la riflessione sul *decretum* citato in D. 29.2.99.pr. e tramandato da Pomponio, non fosse tratto da una un lavoro di commento ma da un contesto diverso nel quale il giureconsulto traiano aveva ripreso occasionalmente il *decretum* di Gaio Cassio Longino tratto dalla stessa silloge frontiniana.

Veniamo adesso alle questioni relative alle *notae* e ai *digesta*, per affrontare le quali è necessario premettere alcune cursorie osservazioni circa la tradizione del pensiero aristoniano, che conosciamo – come dicevo – solo per tradizione indiretta. Non posso dedicare al tema più di uno sguardo veloce, frutto di una disamina che non portò compiutamente argomentare, per evitare il rischio di un eccessivo appesantimento del discorso. Mi preme, però, isolare alcuni dati significativi nella prospettiva delle cose che dirò in seguito.

⁴ Torna ad occuparsi dell'opera anche P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 166 ss., la quale conferma l'idea che Aristone si riferisse ad una raccolta di *decreta* operata da Sesto Giulio Frontino, ma lo facesse in ragione di un'occasionale riflessione sul caso ripreso da Pomponio e richiamato in D. 29.2.99.pr. – ma si cfr. anche W.J. ZWALVE, *Decreta Frontiana. Some observations on D. 29.2.99 and the 'law reports'*, in *TR* 83, 2015, pp. 365 ss.

Il nome di Aristone compare in 80 frammenti del Digesto⁵. Come è lecito aspettarsi, 39 di questi sono tratti da opere ulpianee⁶: 19 passi dall'*ad Sabinum*⁷ – per un totale di 21 citazioni se consideriamo i casi nei quali il nome del giureconsulto viene richiamato più volte perché ne viene seguita puntual-

⁵ Che risultano 78 nella ricostruzione paligenetica di Lenel – O. LENEL, *Paligenesia iuris civilis*, I, Lipsia, 1889, rist. Roma, 2000, p. 59 ss. Sulla tradizione del pensiero aristoniano da ultimo P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 155 ss.

⁶ Dei frammenti che compongono la paligenesi aristoniana, quasi la metà deriva quindi da scritti ulpianei, una proporzione non sorprendente, che ricorre in molti giuristi di cui conosciamo il pensiero attraverso richiami di autori posteriori, ma merita dettagliarla ulteriormente. Se consideriamo che i richiami sono maggiori, seppur di poco, nell'*ad Sabinum*, dove Ulpiano cita generalmente molto meno rispetto all'*ad edictum*, il dato della presenza aristoniana risulta in controtendenza: per quanto lo squilibrio sia modesto, non possiamo fare a meno di tenerne conto. Interessante è anche notare quale posizione occupi il giureconsulto nell'elenco dei *prudentes* citati da Ulpiano nel commentario civilistico. Esclusi i richiami giulianeï che sono assolutamente prevalenti rispetto a tutti gli altri (179), Aristone è citato circa tre volte meno di Pomponio (79), Marcello (62) e Celso (61). Conta un numero appena maggiore di richiami di Nerazio (18), con un distacco che tuttavia è talmente esiguo da non poterlo ritenere significativo e da non permetterci di sottovalutare l'eventuale incidenza in questa proporzione dell'opera di selezione compiuta dai compilatori. Tuttavia, l'impressione di un ruolo non marginale del pensiero del giurista traiano nella riflessione di Ulpiano può trovare una conferma proprio nel confronto, puramente statistico, con i richiami di Nerazio, considerando che in tutte le opere ulpianee questo giurista, che Ulpiano cita sicuramente da tradizione diretta, è richiamato appena 76 volte, cioè solo un terzo in più rispetto ad Aristone. Più di quest'ultimo, tornando all'*ad Sabinum*, sono richiamati Labeone, Sabino e Cassio, ma con numeri non significativamente superiori, considerato il ruolo centrale del loro pensiero nel dibattito giurisprudenziale. E ancora, Papiniano, citato solo una decina di volte più del giurista traiano. Meno di Aristone sono ricordati giureconsulti come Servio e Proculo, ma anche Giavoleno e Mauriciano. La posizione del nostro giurista in questo scarso elenco è già quindi significativa e andrebbe ben altrimenti problematizzata: non al vertice delle preferenze ulpianee, Aristone occupa tuttavia un posto di rilievo.

⁷ D. 28.5.9.14; 40.4.2; 28.5.17.5; 28.5.19; 29.2.28; 30.14.pr.; V.F.88; 7.1.7.3; V.F. 83 (=7.2.3.2); 7.8.6; 7.8.14.1; 7.1.17.1; 35.1.7.pr.; 30.28.pr.; 33.9.3; 17.2.29.2; 25.1.11.pr.; 19.5.14.3; 34.2.25.1.

mente l'argomentazione⁸ –, 17 dall'*ad edictum*⁹ – 22 citazioni se consideriamo le riprese interne a un frammento¹⁰ –, e 3 rispettivamente dal *de officio praetoris tutelaris*¹¹, dal commento alla *lex Iulia et Papia* e da quello dedicato ai fedecommesi. All'interno dell'*ad Sabinum*, inoltre, la distribuzione dei richiami non è omogenea: ben 15 su 19 derivano dai primi 25 libri, uno squilibrio che rispecchia l'andamento complessivo del numero dei rinvii a giuristi precedenti¹², ma che nel caso del *iuris prudens* traiano è particolarmente netto. Le citazioni aristoniane provenienti dal commentario civilistico si concentrano, quindi, inevitabilmente, su materie omogenee, attorno a due nuclei: uso e usufrutto da un lato, e testamenti dall'altro, materie classiche della riflessione giurisprudenziale sul *ius civile*. La distribuzione all'interno dell'*ad edictum* è invece coerente con la frequenza generale delle citazioni in quell'opera: 7 nei primi 40 libri, e 10 nella seconda metà. Le tematiche sono più varie, anche se i richiami contenuti nella seconda parte si concentrano quasi tutti nei libri settantesimo e settantunesimo, per cui dobbiamo registrare una notevole incidenza in materia di interdetti. Solo un accenno alle tecniche di citazione ulpiane, pur nella consapevolezza di quanto questa chiave di lettura possa essere fallace, non solo in sé considerata ma anche in rapporto alla limitatezza e alla tipologia delle fonti delle quali disponiamo. Nell'*ad Sabinum* si concentrano quattro richiami introdotti da *scribit*, non unica ma sicura forma verbale che presuppone la derivazione del pensie-

⁸ Ciò avviene in un solo passaggio, D. 33.9.3, dove il pensiero di Aristone è ripreso tre volte.

⁹ D. 2.14.7.2; 4.4.16.2; 8.5.8.5; 11.7.2.pr.; 12.1.9.8; 25.4.1.13; 13.1.12.2; 43.8.2.7; 43.20.1.19–20; 43.21.3.6; 43.24.1.8; 43.24.3.8; 43.24.5.pr.; 43.24.11.11; 39.5.18.pr.–2; 39.2.28; 28.8.5.

¹⁰ L'incidenza è maggiore rispetto all'*ad Sabinum*, il richiamo approfondito si ripete tre volte in D. 8.5.8.5 e 39.5.18, e per due volte nel celebre D. 2.14.7.2.

¹¹ Vat. 199; D. 33.2.22; D. 36.1.3.2.

¹² Poco meno delle citazioni totali di Ulpiano si incontra, infatti, nella prima metà dell'opera.

ro aristoniano da un contesto scritto¹³, e sei da *notat/adnotat*, sui quali mi soffermerò tra breve; nell'*ad edictum*, altri quattro impieghi di *scribit*, un ulteriore rinvio non esplicito a un contesto scritto introdotto da *non male adicit*¹⁴ e due menzioni di *responsa*¹⁵. Altri due responsi sono richiamati nelle citazioni contenute nel commentario alla *lex Iulia et Papia* (D. 33.2.22) e nel *de fideicommissis* (D. 36.1.3.2).

Pomponio riporta il pensiero di Aristone ben 20 volte¹⁶, un dato la cui rilevanza è stata già ampiamente rimarcata¹⁷ e

¹³ Si tratta di D. 7.8.14.1; 19.5.14.3; 25.1.11.pr. e 33.9.3.11. Sull'uso di *scribere* come allusione al contatto diretto del giurista citante con l'opera del giurista citato si veda, per tutti, E. STOLFI, *Studi*, I, cit., p. 507, nt. 163.

¹⁴ Rispettivamente D. 12.1.9.8; 25.4.1.13; 43.24.11.11; 28.8.5.pr. e D. 39.2.28.

¹⁵ D. 2.14.7.2 e 8.5.8.5.

¹⁶ D. 29.2.99.pr.; 1.8.10; 4.8.40; 17.2.62; 18.5.1; 19.5.16.1; 23.2.40; 26.7.61; 26.9.1; 30.45.pr.; 36.1.22; 36.1.74; 38.1.4; 40.4.46; 40.5.20; 40.7.5.pr.; 40.7.11; 40.7.29.1; 41.1.19; 46.3.16.

¹⁷ Per tutti, E. STOLFI, *Studi*, I, cit., p. 270 ss. Per il quale è stato richiamato anche un rapporto di discepolato con Aristone. Alcuni studiosi hanno tentato di confrontare le biografie dei due giuristi allo scopo di provare che Pomponio, ancora molto giovane, avesse conosciuto direttamente Aristone, ma le argomentazioni, per quanto acute e in astratto condivisibili, poggiano su dati assolutamente incerti, dal momento che le nostre conoscenze, tanto della biografia pomponiana, quanto di quella del giurista traiano, non forniscono riferimenti sicuri. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 700, propone, basandosi su alcune date della biografia pomponiana, che i due giuristi abbiano avuto un rapporto diretto. Tornato sul punto, R. MARTINI, *Pomponii*, cit., p. 805 e nt. 30, ha indicato come probabile un rapporto diretto tra i due giuristi e fatto notare che nel 108, anno che egli accetta per la datazione di *ep. VIII 14*, Pomponio avrebbe avuto un'età tale – 24 anni – da poter udire i responsi orali dell'anziano giurista. Di senso opposto è l'opinione TH. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, cit., p. 23 s., il quale ha sostenuto che, per la difficoltà di ritenere i due giuristi contemporaneamente viventi – visto che Aristone era a suo avviso molto vecchio nel 105 e Pomponio ancora attivo nel 161 –, fosse 'altamente improbabile, se non impossibile', che il giurista adrianeo avesse potuto usare per i suoi riferimenti i pareri orali, dato che non avrebbe potuto udirli. Si è anche avanzata l'ipotesi che il giovane giurista potesse essere stato discepolo di Aristone negli ultimi anni della sua vita: J. ROBY, *Introduzione*, cit., p. 178, ritiene che il giurista sia stato *praeceptor* di Pomponio assieme a Pegaso e Ottaviano, e cita a sostegno di ciò due testimonianze: D. 36.1.74 e D. 40.5.20. A. PERNICE, *zu Rechtsgeschichte und Texteskritik*, Praga, 1870, p. 35, indica Pomponio «als eifriger Schüler des Aristo». Riporta questo rapporto tra i due giuristi anche F.P. BREMER, *Iuresprudentiae anteadria-*

che risalta anche rispetto a quello relativo a Ulpiano, dal momento che il giurista severiano è normalmente ben più prodigo di citazioni rispetto al giureconsulto adrianeo¹⁸. L'impresione si rafforza se confrontiamo i richiami contenuti nei commentari civilistici dei due autori: a fronte delle 19 (21) citazioni ulpiane, ne abbiamo 11 pompeoniane (o forse di più se consideriamo che alcuni rinvii di seconda mano del pensiero di Aristone possano derivare dal commentario pompeoniano). Quanto alle altre, due le traiamo dai *libri epistularum* (D. 26.7.61; D. 40.5.20), due dalle *variae lectiones* (D. 4.8.40 e 40.4.46), due dall'*ex Plautio* (D. 1.8.10 e D. 23.2.40), una rispettivamente dall'*ad Quintum Mucium* (D. 40.7.29.1), dal *de fidecommissis* (D. 36.1.74, circostanza che, unita all'incidenza del tema anche in Ulpiano e nell'omonima opera, fa presupporre che per entrambi Aristone rappresentasse un punto di riferimento sul tema) e, infine, dal *de senatoconsultis* (D. 29.2.99.pr.). Le modalità di citazione lasciano intendere che Pomponio conoscesse scritti aristoniani: i richiami introdotti

neae quae supersunt vol. II², Lipsia, 1896–1901, rist. Leipzig, 1985, p. 361, il quale ritiene che lo provino alcune espressioni dei frammenti pompeoniani, in D. 17.2.62, *Aristo placebat*; D. 36.1.74, *Aristo aiebat*; D. 46.3.16: *Aristo dicebat*. I frammenti, effettivamente, potrebbero far pensare, per l'uso del verbo all'imperfetto, che Pomponio si riferisse a opinioni date oralmente e udite in prima persona, ma in effetti anche che richiamasse il ricordo di convinzioni del giurista più volte discusse e contenute in un'opera scritta ancorché inizialmente formulate oralmente. Pur non trovandosi d'accordo con la 'sopravalutazione' di questi frammenti, ritiene probabile che il giurista traiano sia stato *praeceptor* di Pomponio, E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, *SDHI* 83, 1997, p. 8, nt. 27; R. MARTINI, *Pomponii Digesta*, cit., p. 805 e nt. 30, lo ritiene plausibile sulla base dell'analogia che si riscontrerebbe tra le espressioni usate per collegare il pensiero di Cassio citato da Aristone, e quello di quest'ultimo citato da Pomponio: come Cassio sarebbe stato *praeceptor* di Aristone, così quest'ultimo lo sarebbe stato di Pomponio. Ma la deduzione si fonda su una premessa tutta da provare e la notizia non risulta, quindi, sicura per nessuno dei due.

¹⁸ Il giureconsulto adrianeo ricorda il più anziano giurista con una frequenza analoga a Celso e inferiore solo a Labeone e Proculo. Le citazioni di Nerazio (8 in totale, delle quali tre vedono il suo nome accostato proprio a quello di Aristone), considerate accanto ai richiami a Celso e Aristone, rivelano un dialogo privilegiato con i *prudentes* d'epoca traiana.

ti da *scribere* non sono molto frequenti nell'*ad Sabinum*¹⁹ e ricorrono per Aristone in due circostanze (D. 38.1.4; D. 46.3.16). Ma un parere scritto è richiamato anche in una citazione tratta dai libri *epistularum* (D. 26.7.61) mentre un *responsum* è ricordato nell'opera intitolata a Plauzio (D. 23.2.40) e due risposte fornite per iscritto, rispettivamente a Nerazio e a Celso, sono conservate, l'una nelle *variae lectiones* (D. 40.4.46) e l'altra nell'*ad Quintum Mucium* (D. 40.7.29.1). In diverse occasioni, almeno sei, il giureconsulto adrianeo riporta con particolare scrupolo l'argomentazione aristoniana (D. 40.7.29.1; D. 41.1.19; D. 38.1.4; D. 26.7.61; 17.2.62; 46.3.16), per la maggior parte in frammenti che derivano dalla massa sabiniana e contengono tematiche di *ius civile*. In generale possiamo registrare una particolare concentrazione di citazioni in relazione alla materia ereditaria (7 frammenti, D. 29.2.99.pr.; 30.45.pr.; 36.1.22; 36.1.74; 40.5.20; 40.7.11; 40.7.29), ma un'analogia frequenza è su questioni relative ai servi (D. 38.1.4; 40.7.5; 40.7.11; 41.1.19; 40.5.20; 40.4.46; 40.7.29.1).

Dagli 11 rimandi paolini, piuttosto frammentati nelle diverse opere del prolifico giureconsulto²⁰, conosciamo il controverso titolo dei *digesta* (D. 24.3.44.pr.), un responso (conservato nell'*ad legem Aeliam Sentiam* – D. 40.9.16.3) e una risposta

¹⁹ Solo per Labeone abbiamo quattro ricorrenze (D. 35.1.6.1; D. 41.3.32.2; D. 8.3.24; D. 28.5.29), una sola rispettivamente per Celso (D. 23.4.10), Alfenone (D. 18.1.18.1) e Fulcinio (D. 24.1.29.pr.) e due sia in riferimento a Nerazio (D. 19.1.6.1; 41.10.3).

²⁰ Tre tratti dall'*ad Sabinum* (D. 23.3.20; 25.2.6.5; 36.1.20.1), due dall'*ad edictum* (D. 39.2.18.10; 45.1.83.1); due dalle *quaestiones* (D. 24.3.44.pr.; 20.3.3), uno rispettivamente dall'*ad edictum edilium curulium* (D. 21.1.30.1), dall'*ad Plautium* (D. 19.4.2), dall'*ad legem Falcidiam* (D. 35.2.1.9) e dall'*ad legem Aeliam Sentiam* (D. 40.9.16.3). Aristone non è tra i *prudentes* più citati dal giureconsulto severiano – sul punto si veda la recente disamina compiuta, in relazione all'*ad edictum* da G. LUCHETTI, *Paolo e i commentari editi di epoca severiana: il legame con il passato*, in *Iulius Paulus. Ad edictum libri I-III*, a cura di G. LUCHETTI, A. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, Roma, 2018, p. 42 ss. Sulla possibile 'terza via' della giurisprudenza severiana rappresentata proprio da Paolo nella sua tendenza a ricorrere a *libri singulares*, testimonianza di un'opzione scientifica peculiare, «un atteggiamento senza dubbio più propenso all'isolamento di singoli settori del panorama giuridico», si veda G. COSSA, *Iulius Paulus. Libri singulares*, I, Roma-Bristol, 2022, p. 17 ss. e part. 19.

del giurista traiano ad un certo Nerazio Appiano, stando alla tradizione manoscritta (D. 20.3.3, tratto dalle *quaestiones*)²¹.

Per concludere, abbiamo quattro richiami neraziani, tutti conservati nelle *membranae* – senza contare D. 13.1.12.2, dove Ulpiano cita espressamente Aristone da Nerazio – che costituiscono il numero più alto di richiami ad altri autori ad opera del giureconsulto ma non ci forniscono alcuna indicazione utile nella prospettiva d'indagine che ora mi propongo. Non mi soffermo sugli altri rinvii, due tratti da Meciano (D. 30.88; D. 33.9.17.1), uno da Papiniano, Meciano, e Marcello (D. 37.12.5; D. 32.95; D. 29.7.9), da cui non possiamo trarre informazioni di rilievo nella nostra prospettiva, mentre una menzione merita la testimonianza di Gellio che, nelle *noctes Atticae* (11.18.16), ricorda un non ben precisato scritto (*in libro Aristoni iureconsulti*).

Molte delle citazioni, dunque, derivano da opere provenienti dalla massa sabiniana e riguardano materie che si collocano al cuore della trattazione civilistica. I richiami alla scrittura aristoniana non sono particolarmente frequenti ma costanti, soprattutto nelle opere dei giureconsulti che lo citano con maggior frequenza. Con altrettanta regolarità deriviamo dalle fonti intermedie notizie di *responsa*, missive relative a quesiti tecnici di privati o altri *prudentes*, con una lieve prevalenza su materie edittali. Una lettura più approfondita dei passi potrà far emergere ulteriori indizi di letteratura problematica attribuita al *iuris consultus*.

2. Alcuni recenti interventi hanno riportato l'attenzione sul genere della letteratura giurisprudenziale²² che va sotto il

²¹ Possiamo, peraltro, ricostruire una mediazione pomponiana certa, in un caso (D. 24.3.44.pr.), ricostruibile, in un altro (D. 23.3.20), e congetturabile, in un terzo (D. 39.2.18).

²² Adopero l'espressione genere letterario, in linea con quanto osservato da E. STOLFI, *Fra «Kunstgeschichte» e «Kunstlergeschichte». Il problema dei generi letterari*, in *Giuristi romani*, cit., p. 62 ss., il quale ha acutamente dimostrato – discutendo una ricca bibliografia – come, da un lato, i giureconsulti romani non guardassero alla loro attività di scrittura assumendo il genere letterario, né come punto di riferimento né come perimetro chiuso di sviluppo delle loro riflessioni sul *ius*, ma dall'altro non fosse inconsapevole la scel-

nome di *notae*²³. I suoi inizi sono piuttosto incerti e, dopo i *notata Muci* o *reprehensa Scevolae capita* attribuiti dalle fonti a Servio Sulpicio Rufo²⁴, ruotano attorno ai nomi di Proculo, che si può ipotizzare con più di qualche incertezza autore di *notae ad Labeonem*²⁵, e, per l'appunto, di Tizio Aristone, a cui sono state attribuite *notae ad Sabinum*, *notae ad Labeonem* e *notae ad Cassium*.

Qualsiasi riflessione relativa alle *notae* si misura con la storia di un genere nel suo complesso difficile da definire e da delimitare rispetto ad altri. Se guardiamo alle domande a suo tempo poste da Gaetano Sciascia, circa la distinzione

ta di dedicarsi a un genere piuttosto che a un altro, nell'ottica di una preoccupazione verso l'«aderenza a certi canoni» tipici dei singoli generi che «sembra emergere solo in termini tendenziali» (E. STOLFI, *op. cit.*, p. 65).

²³ Mi riferisco, innanzitutto, a un saggio di E. STOLFI, *Primi appunti sulle notae giurisprudenziali fra II e III secolo d. C.*, in *Koinonia*, 44, 2020, II, p. 1499 ss., ma accenni, da angolature diverse, sono presenti in saggi dedicati al tema o incentrati su altri: I. PONTORIERO, *L'uso delle opere di Sabino nella giurisprudenza antoniniana*, in *AG*, CLII, 2020, 1, p. 42 s.; A. SCHIAVON, *Il libri ad Neratium: struttura e genere letterario, La forma letteraria del commento ad un giurista anteriore: in specie, i libri 'ad' di Paolo*, in *Iulius Paulus. Ad Neratium libri IV*, a cura di G. SANTUCCI, P. FERRETTI, M. FRUNZIO, A. SCHIAVON, Roma-Bristol, 2021, p. 5 ss. L'Autore, peraltro, ritiene, auspicabile un'«indagine a tappeto» sulle opere di annotazione, per giungere «a uno sforzo di sintesi, e a una più adeguata comprensione» delle *notae ad* e delle annotazioni e far emergere la «multiforme complessità» – E. STOLFI, *Primi appunti*, cit., p. 1516. Per una disamina della storiografia sul tema, di recente, si cfr. G. VIARENGO, *I commentari di giuristi romani intitolati a persone con particolare riferimento all'opera di Paolo*, in *Prolegomena per una palingenesi dei libri 'ad Vitellium' di Paolo. Atti dell'incontro di studi italo-tedesco (Bologna - Ponte Ronca, 26-29 maggio 2016)*, a cura di CH. BALDUS, G. LUCHETTI, M. MIGLIETTA, Alessandria, 2020, p. 1 ss.

²⁴ A favore dell'idea che i *notata Mucii* possano considerarsi il punto di partenza del genere letterario delle *notae*, G. SCIASCIA *Appunti sulla tradizione scientifica della letteratura giuridica romana*, in *BIDR*, n.s. VIII-IX, II-L, 1947, p. 422 s.; S. QUERZOLI, *Scienza giuridica e cultura retorica in Ulpio Marcello*, Napoli, 2013, p. 68; li ritiene molto distanti da un commento lemmatico e dotati di una struttura del tutto peculiare, E. STOLFI, *Introduzione*, in *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, a cura di J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, Roma-Bristol, 2018, p. 107.

²⁵ Per la bibliografia che ha discusso sull'esistenza di *notae* di Proculo a Labeone, di cui già dubitava F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 374, rinvio a E. STOLFI, *Primi appunti*, cit., p. 1503, nt. 18.

tra annotazioni e *notae*, epitomi-commento e opere intitolate a un giurista precedente ma a struttura più libera, *libri ex* e *libri ad*, lavori incentrati su pareri direttamente ascoltati dall'annotatore o da lui più lontani nel tempo, sulla struttura di questi testi e la loro funzione²⁶, possiamo constatare che, nonostante l'interesse mai sopito della dottrina, non si è giunti a conclusioni definitive. Per tacere del fatto che dubbi sussistono anche in relazione alla forma di circolazione delle *notae* stesse²⁷. È così opportuno ammettere che l'impossibilità di una catalogazione entro rigidi schemi non sia altro che lo specchio della versatilità di un titolo capace di concretizzare un confronto tra annotatore – o commentatore – e annotato – o commentato. Non si tratta di una prospettiva rinunciataria, quando della coerente conclusione che si deve trarre dallo studio delle fonti e che nulla toglie, anzi eventualmente aggiunge, alla comprensione di un fenomeno che può ben essere considerato un significativo riflesso del modo di operare del giuriconsulto romano. Dietro al lavoro di annotazione, comunque lo si voglia intendere, leggiamo la tendenza al dialogo, la peculiare forma di riproposizione di riflessioni dei giuristi prece-

²⁶ G. SCIASCIA, *Appunti*, cit., p. 414 ss. Su questi interrogativi la dottrina è sovente ritornata e mi limito a rinviare a lavori che li hanno ripresi in prospettiva generale o più specifica: oltre al già citato E. STOLFI, *Primi appunti*, cit., part. p. 1499 ss. e ntt. 6 e 7; G. VIARENGO, *Commenti ad personam*, cit., p. 1 ss., ma prima non possiamo non richiamare A. GUARINO, *Salvius Iulianus. Profilo bio-bibliografico*, Catania, 1945 (ora in ID., *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, p. 201 ss.) e, più nello specifico, ID., *Libri ad*, in *Syntelesia Arangio Ruiz*, II, Napoli, 1964, p. 768 ss. (ora in *Pagine di diritto romano*, V, cit., p. 300 ss.); F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 377 s.; F. BONA, *I libri iuris civilis di Cassio e i libri ex Cassio di Giavoleno*, in *SDHI*, L, 1984, p. 401 ss. (ora in *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Padova 2003, p. 1018 s.); D. LIEBS, *Jurisprudenz*, in *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, IV, *Die Literatur des Umbruchs. Von der R. mischen zur Christlichen Literatur 117 bis 284 n. Chr.*, a cura di K. SALLMANN, München, 1997, p. 84 ss.; C. KOHLAAS, *Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo*, Pflaffenweiler, 1986, 3, ove altra bibl. Molti temi sono recentemente ripresi da A. SCHIAVON, *Il libri ad Neratium*, cit., p. 6 ss.

²⁷ Sul punto, non secondario e che ha un'attinenza anche rispetto alla tecnica compositiva e all'autonomia di questa tipologia di opere, G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano, 2018, p. 505 ss., nt. 457.

denti, una tecnica argomentativa che prevede un costante ricorso all'approvazione o alla disapprovazione del pensiero altrui e l'esposizione delle alternative possibilità di soluzione dei casi favorita proprio dal confronto con opinioni divergenti. Se la figura del giurista come esperto e poi scienziato del diritto ha le sue radici nell'esperienza romana, lo hanno anche il confronto dottrinale che, al di là delle peculiarità con le quali è condotto in Roma antica, è un'opzione scientifica specifica nella storia di una scienza. È chiaro che un genere letterario come quello delle *notae* risulti particolarmente idoneo a far emergere tutti questi caratteri²⁸. Ma vi è di più: 'annotare' è un gesto usuale per un letterato antico. Prima ancora di una pratica che esaurisce e definisce un genere, rappresenta la diffusa fase prodromica alla scrittura, funzionale alla raccolta di materiale, nell'ottica della realizzazione di opere complesse²⁹. Qui, però, trattiamo delle *notae* o *libri ad* come opere incentrate, nel loro complesso, sul commento del pensiero di un giuriconsulto e, senza voler troppo enfatizzare – operazione sempre rischiosa e inelegante se a compierla è chi si propone di intervenire sul tema –, credo si possa a buon diritto affermare

²⁸ Si tratta di una considerazione già implicita nelle riflessioni introdotte di G. SCIASCIA, *Appunti*, cit., p. 410 s.

²⁹ In questo senso l'interrogativo circa l'autonomia di questi lavori rispetto ad altri si intreccia con la questione delle tecniche di composizione delle opere antiche più ponderose che comprendeva una complessa, e minuziosamente organizzata, fase di raccolta e organizzazione del materiale il cui studio ci dice molto del contenuto stesso del prodotto definitivo. Sul punto, illuminanti le osservazioni di T. DORANDI, *Nell'officina dei classici. Come lavorano gli autori antichi*, Roma, 2016, part. p. 29 ss. che ripercorre le fasi nelle quali gli autori organizzavano il proprio lavoro di composizione, prendendo le mosse da un'attività di *adnotatio*, compiuta in prima persona o segnalata a chi era addetto a copiare (*lector* o *notarius*) i passi indicati e che poi avrebbe costituito – secondo processi non analoghi per tutti gli autori e adattati anche alla tipologia di lavoro finale – l'ossatura dei referenti nell'opera definitiva. Non secondaria è anche l'eventualità che gli autori impiegassero *pugillares* (*membranae*, *codicilli*, *chartae* o *tabulae*, a seconda del supporto), sorte di piccoli quadernetti o supporti scrittori singoli che supportavano, se non abitualmente di sicuro con una certa frequenza, la prima fase di composizione dell'opera quale era quella della raccolta di appunti e materiali (T. DORANDI, *op. cit.*, p. 18 ss.). L'opera o commentario finale rappresentava l'elaborazione finale di questo materiale, raccordato, rivisto, rielaborato e corretto dall'autore.

che la storia della letteratura giuridica e dell'attitudine scientifica dei giuristi sia intellegibile per larghi tratti attraverso il prisma della storia di questi lavori³⁰.

La questione della redazione di *notae* da parte di Aristone è stata posta in maniera ricorrente e lo stato della tradizione del suo pensiero ha favorito opinioni diverse e contrastanti: da chi le ha negate a chi le ha ritenute in tutto o in parte plausibili come opere autonome e strutturate, a chi, infine, ne ha ammesso l'esistenza supponendo però che si trattasse di appunti sparsi e non organizzati in vista di una pubblicazione³¹.

³⁰ Il genere letterario delle *notae* muove verso un progressivo radicamento, nel tardo antico, ma permane anche in quest'epoca lontano dal definirsi in una rigida identità del genere, perché, se è vero che in quest'epoca si radica la tendenza alla stesura di *notae*, la domanda sta tutta nel senso di questa intensificazione all'impiego di un determinato genere – sul punto E. STOLFI, *Primi appunti*, cit., p. 1502 – più che nel bisogno di decifrare i modi della sua realizzazione. Anche nella tarda antichità le *notae* rimangono comunque capaci di contribuire allo scopo di decifrare la diversa attitudine intellettuale dei suoi autori e della funzione della scrittura scientifica. Sul punto A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, p. 254.

³¹ Favorevole rispetto alla stesura aristoniana di *notae*, G. SCIASCIA, *Appunti*, cit., p. 374 ss., ma si vedano anche: D. LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, p. 218 e V. SCARANO USSANI, *Disciplina iuris e altri saperi*, Napoli, 2012, p. 170, nt. 31 ss. T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002, p. 147, ritiene che Aristone sia stato autore di *notae* a Labeone – ricostruibili da D. 28.5.17.5 e 43.24.5.pr. –, *notae ad Sabinum* – V.F. 88, D. 7.8.6 e 33.9.3.1 –, e *notae ad Cassium* – D. 7.1.7.3, 7.1.17.1 e 39.2.28. Egli ipotizza, peraltro, che Ulpiano conoscesse le *notae* aristoniane a Labeone, Sabino e Cassio, ma che non le citasse di prima mano, dal momento che include il giurista fra le «sources cited purely at second hand», dunque, facendo riferimento agli stessi criteri e in particolare alla mancanza di citazioni del tipo *apud Aristonem*..., ritiene che il giurista severiano non abbia usato direttamente collezioni di materiali composte da Aristone. Il riferimento è all'opera di *digesta* citata in D. 24.3.44.pr. – T. HONORÉ, *op. cit.*, p. 149. Avrebbe invece letto i pareri aristoniani nelle opere di Pomponio, Paolo e Nerazio. Con queste conclusioni, egli tradisce, però, la debolezza delle proprie premesse: l'uso di *apud* in D. 7.8.6 e 7.1.17.1 e le citazioni di Aristone accanto ai nomi di Cassio, Labeone e Sabino non sono di per sé sole in grado di determinare la conclusione a cui lo Studioso giunge, così come l'esclusione della possibilità di un uso di materiale aristoniano appare troppo meccanico per poter essere accolto come unica spiegazione. Da ultimo P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 178 ss., che si è interrogata sull'esistenza di annotazioni del giurista traiano, concludendo in senso positivo la sua indagine, ma ritenendo che egli non fosse stato autore

Il dibattito è ruotato attorno a otto dei frammenti che compongono la palinogenesi del giureconsulto traiano: D. 28.5.17.5, D. 7.8.6, D. 33.9.3.1-2, D. 7.1.7.3, D. 7.1.17.1, tratti dal commentario *ad Sabinum* di Ulpiano, D. 43.24.5.pr. e D. 39.2.28 provenienti dai libri *ad edictum* dello stesso autore, infine V.F. 88. In cinque occasioni, tutti i richiami tratti dall'*ad Sabinum* del giureconsulto severiano³², la riflessione è introdotta dal verbo *notare*, in un caso (VF. 88) dal verbo *adnotare*. L'uso del verbo *notare*, lo sappiamo, non sembra essere indicativo, di per sé solo, della provenienza da un'opera di *notae*³³, più significativo, semmai, *adnotare*. La struttura sintattica della citazione nei due frammenti tratti dall'*ad edictum* ulpiano, d'altro canto, non sembra fornire indizi a cui appigliarsi e in nessuno dei frammenti compare una struttura lemmatica vera e propria con doppio livello di scrittura annotato/annotatore che possa essere di conforto. Risulta dunque opportuno indagare, caso per caso, il tipo di relazione che il pensiero di Aristone istituisce con le opinioni dei giuristi precedenti, allargando lo sguardo rispetto alla tecnica di citazione, con la quale ci dobbiamo comunque misurare.

Notare non è forma verbale sovente utilizzata nel linguaggio giurisprudenziale, ma è abbastanza frequente in Ulpiano, che vi fa molto più spesso ricorso rispetto agli altri giuristi, impiegandola in costruzioni diverse. Delle oltre settanta volte in cui ricorre, è prevalentemente usato per introdurre il pensiero di un giureconsulto che non si pone in relazione con l'opinione di altri, o addirittura è impiegato in riferimento alla

di «nuove edizioni delle opere commentate», che si fosse confrontato nel complesso con le opere dei giureconsulti precedenti annotando il loro pensiero per poi far confluire il materiale nei suoi *digesta* (P. STARACE, *op. cit.*, p. 196). Molto prudente, già, F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 374 ss. Non cita Aristone nel suo elenco di autori di commenti *ad personam*, G. VIARENGO, *Commenti ad personam*, cit., p. 4. Sulla posizione di altri autori, più nello specifico, si rinvia all'esame dei singoli passi.

³² La concentrazione della provenienza delle citazioni dall'*ad Sabinum* non è significativa, ancorché singolare per Aristone, dal momento che in genere il verbo è attestato anche nell'*ad edictum* e in altri scritti del giureconsulto severiano.

³³ G. SCIASCIA, *Appunti*, cit., p. 424.

propria stessa riflessione espressa in un altro punto dell'opera – si pensi al caso emblematico di D. 43.24.7.5 (Ulp. 71 *ad ed.*), *notavimus supra* ... In 14 citazioni, conservate in 13 frammenti del Digesto³⁴, il verbo è inserito nella costruzione *X notat apud Y*. Delle circostanze in cui questo ricorre, oltre ai due casi in cui Aristone si riferisce a Cassio e Sabino, in un'occasione Proculo *notat apud* il pensiero di Labeone, Cervidio Scevola *notat apud Marcellum* e Cassio *notat apud Vitellium*, un certo Quintus *notat apud* Labeone, Cassio *notat apud Vitellium*, per ben sei volte Marcello *notat apud Iulianum*, in una delle quali però il giureconsulto severiano riporta il contesto da cui è tratta la notazione, il trentanovesimo libro *ad edictum* di Marcello, e due volte è lo stesso Ulpiano ad affermare di notare *apud* Marcello. In altri contesti, infine, pur in assenza della costruzione *X notat apud Y*, il pensiero del giurista introdotto da *notat* è strettamente correlato a quello di un altro richiamato subito in precedenza, dal quale l'opinione è strettamente dipendente: ciò avviene proprio in uno dei frammenti aristoniani, D. 7.1.7.3, ma anche in altre tre occasioni nelle quali Marcello si ricollega al pensiero di Giuliano³⁵.

La varietà dei luoghi in cui il verbo *notat* compare non ci permette, fin qui, di tracciare una sicura corrispondenza tra l'impiego del verbo e il contesto di un'annotazione: eccetto tre occorrenze giuliane, tratte una dall'opera *ad Urseium Fero-*

³⁴ D. 3.5.9.1 (Ulp. 10 *ad ed.*) *sed ut Celsus refert, Proculus apud eum notat non semper debere dari*; D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*) *et ait Quintus apud eum* [scil.: Labeone] *notans*; D. 4.4.11.4, 5 (Ulp. 11 *ad ed.*) *unde Marcellus apud Iulianum notat ... Marcellus autem apud Iulianum notat*; D. 8.5.4.5 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Marcellus quoque apud Iulianum notat*; D. 9.2.41.pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*) *ego apud eum* [scil.: Marcello] *notavi*; D. 13.4.2.7 (Ulp. 27 *ad ed.*) *Marcellus autem et alias tractat et apud Iulianum notat*; D. 15.1.17.1 (Ulp. 29 *ad ed.*) *quod Marcellus apud Iulianum notans*; D. 24.1.11.6 (Ulp. 14 *ad Sab.*) *Scaevola apud Marcellum notat*; D. 33.7.12.27 (Ulp. 20 *ad Sab.*) *Cassius apud Vitellium notat*; D. 33.9.1.pr. (Ulp. 24 *ad Sab.*) *ut et Marcellus libro trigesimo nono digestorum apud Iulianum notat*; D. 47.10.11.7 (Ulp. 57 *ad ed.*) *ego autem apud eum notavi*; D. 50.16.9.pr. (Ulp. 5 *ad ed.*) *Marcellus apud Iulianum notat*; oltre a D. 7.1.17.1. e D. 7.8.6.pr. che ci riguardano.

³⁵ D. 4.2.9.8; 43.4.3.pr.; 34.3.3.5.

cem e due dall'ex Minicio³⁶, e una paolina tratta dall'ad Nera-
tium³⁷, per cui questo postulato potrebbe essere valido, siamo
alquanto incerti sul fatto che Proculo abbia annotato Labeo-
ne, come sappiamo che Cassio non ha composto un'opera ad
Vitellium e Scevola non ha commentato Marcello. Fanno, prob-
abilmente, eccezione alcuni richiami di Marcello al pensiero
di Giuliano, in relazione ai quali Lenel ha formulato l'ipotesi
dell'esistenza di un'opera di *notae ad Iuliani digesta* di Mar-

³⁶ Rispettivamente D. 23.3.48.1 (Iul. 2 ad Urs. Ferozem) *Socer genero suo sic legaverat: "Lucio Titio filiae meae nomine centum heres meus damnas esto dare". Hanc pecuniam generum petere debere, exactam acceptam legatis referri, sed divortio facto de dote actione mulieri reddendam Proculus respondit et nihilo minus dotis esse factam. Iulianus notat: immo nec filiae, si voluerit, deneganda est huiusmodi actio;* D. 46.3.36.pr. (Iul. 1 ad Urs. Ferozem) *Si pater meus praegnate uxore relicta decesserit et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem, nihil me consumpsisse quidam existimant: si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset me solum heredem fuisse. Iulianus notat: verius est me eam partem perdidisse, pro qua heres fuissem, antequam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque: nam et Aristoteles scripsit quinque nasci posse, quia vulvae mulierum totidem receptacula habere possunt: et esse mulierem Romae Alexandrinam ab Aegypto, quae quinque simul peperit et tum habebat incolumes, et hoc et in Aegypto adfirmatum est mihi,* e D. 6.1.61.pr. (Iul. 6 ex Minic.) *Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilo minus eiusdem navis maneret, respondit manere. sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse. Iulianus notat: nam proprietas totius navis carinae causam sequitur,* D. 33.3.1.pr. (Iul. 1 ex Minic.) *Qui duas tabernas coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit: quaesitum est, si quid ex superiore taberna in inferiorem inaedificatum esset, num inferior oneri ferundo in superioris tabernae loco contineretur. respondit servitutum impositam videri. Iulianus notat: videamus, ne hoc ita verum sit, si aut nominatim haec servitus imposita est aut ita legatum datum est: "tabernam meam uti nunc est do lego" – come ricorda E. STOLFI, *Primi appunti*, cit., p. 1503, sulla scorta di F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 389 s., i due testi giulianeï sono con ogni probabilità da ritenersi commenti lemmatici, e non propriamente *notae*.*

³⁷ D. 24.1.63.pr. (Paul. 3 ad Ner.) *De eo, quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est, ex lege duodecim tabularum, quamvis decemvros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent. Paulus notat: sed in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio soluta re competat mulieri, non in duplum ex lege duodecim tabularum: neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est.*

cello³⁸ e a cui possiamo avvicinare altri due contesti in cui non compare il verbo *notare* ma il giurista commenta Giuliano con una costruzione simile: *X probat apud Y* e *X adici apud Y* – D. 7.6.1.pr. e 30.53.2³⁹. Qualora ve ne fosse bisogno, a destituire decisamente di fondamento l'ipotesi che sia possibile affermare con certezza l'esistenza di un'opera di annotazione a monte della citazione *X notat apud Y*, sono i passaggi in cui Ulpiano riprende il proprio stesso punto di vista, riferito in precedenza a commento di Marcello, con l'espressione *ego autem apud eum notavi* che ricorre ben due volte (D. 9.2.41.pr.; 47.10.11.7) e una citazione per libro di Marcello, tratta dai *digesta*. Il passaggio, tratto dal XXII libro *ad Sabinum* e conservato in D. 33.9.1.pr., recita: *et si quidem semel penus sit legata, non per singulos annos, certo iure utimur, ut et Marcellus libro trigesimo nono digestorum apud Iulianum notat, in praestatione esse dumtaxat penum, quantitatem vero et peti posse*. Il giurista severiano cita Marcello per libro indicando esplicitamente e senza possibilità di dubbio di trarre il richiamo dal XXXIX libro dei *digesta*⁴⁰.

³⁸ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., p. 633 e nt. 6. Un frammento come D. 4.2.9.8 (Ulp. 11 *ad ed.*) nel quale il giureconsulto severiano afferma *non immerito Iulianus a Marcello notatus est scribens* appare significativo di un contesto letterario appositamente dedicato all'annotazione e al commento.

³⁹ Un caso a parte sono le *inscriptiones* di quattro frammenti: D. 2.14.54, *Scaevola apud Iulianum libro vigesimo secundo digestorum notat*; D. 28.5.5, *Apud Iulianum libro vigesimo nono digestorum Marcellus notat*; D. 30.80, *Apud Iulianum libro trigesimo secundo digestorum Marcellus notat*; e D. 32.36, *Apud Scaevolam apud libro octavo decimo digestorum Claudius notat*. L'uso qui è dei compilatori e non rileva per il nostro computo.

⁴⁰ In un'altra circostanza è Paolo a utilizzare *notat* con una citazione per libro, in riferimento a Pomponio. Pur mancando l'indicazione specifica del libro di provenienza, il passo è comunque attribuibile all'*ad edictum* – così E. STOLFI, *Studi*, I, cit., p. 228, mentre O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., p. 154, lo colloca tra i frammenti *loci incerti* –: D. 2.1.9 (Paul. III *ad ed.*) *Si familia alicuius album corruperit, non similiter hic edicitur ut in furto, ne in reliquos actio detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, unius nomine praestiterit, quantum liber praestaret: fortasse quia hic et contempta maiestas praetoris vindicatur et plura facta intelleguntur: quemadmodum cum plures servi iniuriam fecerunt vel damnum dederunt, quia plura facta sunt, non ut in furto unum. Octavenus hic quoque domino succurrendum ait: sed hoc potest dici,*

Il quadro dell'impiego del verbo *notat* si presenta, quindi, piuttosto complesso, tanto da non poterne dedurre alcuna regolarità: l'uso assoluto di questa forma verbale, e cioè non all'interno della costruzione con *apud*, non appare indicativo e, se rimane rilevante solo l'espressione *X notat apud Y*, il cui senso è da avvicinare a quello delle strutture *X probat apud Y* o *X adicit apud Y*, anche questa non ha un significato univoco, sebbene il complemento di relazione rappresentato dall'*apud* obblighi a registrare un rapporto stretto tra i due autori della citazione.

La forma verbale sembra introdurre, in Ulpiano, confronti dottrinali tra giureconsulti uniti da un profondo legame scientifico: non è certamente l'unica tecnica di citazione che alluda a questo, ma non possiamo non notare come la maggioranza delle occorrenze della costruzione *X notat apud Y* riguardi la coppia Marcello-Giuliano⁴¹. Tra queste, un frammento, tratto dall'XI libro *ad edictum* e conservato in D. 4.2.9.8, appare particolarmente significativo:

D. 4.2.9.8 (Ulp. 11 *ad ed.*) *Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est: non inmerito Iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam ac-*

si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur, quia tunc unum consilium sit, non plura facta. idem Pomponius libro decimo notat.

⁴¹ Nel considerare il senso attribuito al verbo *notare* nella prospettiva dei giuristi credo che non si possa non rilevare, peraltro, che l'opera redatta da Servio per confutare le opinioni di Quinto Mucio (in modo puntuale, probabilmente con una significativa aderenza alle opinioni del più anziano giureconsulto) fosse ricordata da Paolo come *notata Mucii* – D. 17.2.30 (Paul. 6 *ad Sab.*) – e la scelta terminologica non doveva essere neutra. È, peraltro verso, altrettanto significativo che, rimanendo alle scelte stilistiche paoline, i commenti a Papiniano posti a margine di frammenti conservati nel Digesto sotto il nome di quest'ultimo giureconsulto siano introdotti dall'espressione *Paulus notat*. Sulla originalità di questi commenti, va detto, si è molto discusso – per tutti B. SANTALUCIA, *Le note pauline ed ulpianee alle "Quaestiones" ed ai "Responsa" di Papiniano*, in *BIDR*, 68, 1965, p. 49 ss., che peraltro si mostra favorevole alla loro originalità; alcune osservazioni sul punto anche in E. STOLFI, *Primi appunti*, cit., p. 1513 e nt. 62.

tionem, sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. sed est verius, quod Marcellus notat: etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.

La prima citazione di Marcello/Giuliano – *non inmerito Iulianus a Marcello notatus est scribens* – indica indubbiamente una stretta dipendenza del pensiero di Marcello da quello di Giuliano, *notare* è agevolmente traducibile con ‘annotare’, e forte è la sensazione che Ulpiano voglia riferirsi a un contesto specifico in cui il più giovane giurista richiamava e approfondiva il pensiero giuliano. L’uso del verbo è ricercato e serve a trasmettere un messaggio preciso al lettore, lo dimostra il fatto che, qualche rigo più avanti, Ulpiano, riferendosi al pensiero di Marcello, usi di nuovo il medesimo verbo, come a voler ribadire il messaggio sotteso, che non era possibile rendere tramite una diversa forma verbale.

Un’ulteriore conferma in questo senso deriva anche dall’uso non ulpiano di *notat*. Delle 44 volte in cui esso ricorre, in 35 il verbo introduce il primo elemento di una struttura lemmatica del modello *X notat... Y...* Significativi due contesti che restituiscono un serrato confronto sull’argomentazione giurisprudenziale proposta da un autore. Il primo è una sorta di contrappunto – mi verrebbe da dire incalzante – ancora tra Giuliano e Marcello:

D. 30.92.pr.-1 (Iul. 39 dig.) *Si fundum per fideicommissum relictum unus ex heredibus, excusso pretio secundum redditum eius fundi, mercatus sit propter aes alienum hereditarium praesente et adsignante eo, cui fideicommissum debebatur, placet non fundum, sed pretium eius restitui debere. Marcellus notat: si fundum restituere malit heres, audiendum existimo. Iulianus. Si Titio pecunia legata fuerit et eius fidei commissum, ut alienum servum manumitteret, nec dominus eum vendere velit, nihilo minus legatum capiet, quia per eum non stat, quominus fideicommissum praestet: nam et si mortuus fuisset servus, a legato non summovertur;*

Analogo, anche se mancante del terzo piano di dialogo esplicito nel precedente:

D. 4.6.41 (Iul. 35 dig.) *Si quis Titio legaverit, si mortis suae tempore in Italia esset, aut in annos singulos, quod in Italia esset, et ei succursum fuerit, quia ob id, quod rei publicae causa afuit, exclusus fuerit a legato: fideicommissum ab eo relictum praestare cogitur. Marcellus notat: quis enim dubitabit salva legatorum et fideicommissorum causa militi restitui hereditatem, quam ob id perdidit, quod rei publicae causa afuit?*

Vengo brevemente al senso e alla traduzione del verbo *adnotare*, che dobbiamo evidentemente rendere con ‘annotare’. Si tratta di una forma molto poco usata dai giuristi per introdurre delle citazioni, ma certamente da riferire al contesto in cui un giureconsulto interviene annotando una precisa questione o il pensiero di una propria fonte⁴².

Nella prosa dei *prudentes*, tuttavia, non si *adnotat* sempre il pensiero di un altro giurista, come accade in altre due circostanze nella prosa di Ulpiano, dove l’annotazione del giurista rinvia alla trattazione di una specifica problematica, in stretta correlazione con essa:

D. 24.3.64.9 (Ulp. 7 *ad leg. Iul. et Pap.*) *De viro heredeque eius lex tantum loquitur: de socero successoribusque soceri nihil in lege scriptum est: et hoc Labeo quasi omissum adnotat. in quibus igitur casibus lex deficit, non erit nec utilis actio danda;*

D. 40.9.12.2 (Ulp. 4 *de adult.*) *Sed et si post divortium servum mulier paravit aut alia ratione adquisiit, aequae, quod ad verba attinet, manumittere non poterit: et ita Sextus quoque Caecilius adnotat.*

In entrambi i passaggi il giurista severiano sembra voler rinviare alla registrazione puntuale, operata dal giureconsulto citato, della questione immediatamente prima riportata.

⁴² D’altronde, come ho già accennato, l’attività di *adnotatio* è anche quella fase che, nel procedimento di produzione di un’opera, consiste nell’individuazione di un punto specifico in un testo altrui che l’autore isola al fine di schedarlo e poi impiegarlo come citazione nel proprio lavoro. Il confine tra notazione come prodotto di un’attività scientifica e come uso compositivo è davvero labile. Si veda *supra* nt. 29 e *infra* nt. 58.

Con assoluto parallelismo rispetto a *notare*, *adnotare* si trova anche nella costruzione *adnotare apud*, come succede in Paolo che, nel XXII libro delle *quaestiones*, rende con il verbo *adnotare* una riflessione ancora di Marcello sul pensiero di Giuliano:

D. 48.10.14.1 (Paul. 22 *quaest.*) *Sequens quaestio est, an, quoniam placet id quod illicite scriptum est pro non scripto esse, quod servo communi scribentis et alterius adscriptum est, utrum in totum pro non scripto sit an quantum ad eum tantum qui adscripsit, ceterum socio totum debeat. Et inveni Marcellum apud Iulianum adnotasse. Nam cum Iulianus scripsisset, si sibi et Titio scripsisset aut servo communi, cum pro non scripto sit, facillime quaeri posse, quantum Titio et socio adquiratur ita: adicit iste Marcellus: quemadmodum socio debetur, si quasi falsum nomen servi subducitur? quod et in praesenti quaestione observandum est.*

E il caso non è isolato. In riferimento ad *adnotare* possiamo concludere, similmente a quanto abbiamo detto per *notare*, che l'annotazione presuppone una stretta contiguità di chi annota e di chi è annotato, così come è da presupporre che l'annotazione riferita a un parere formulato da chi scrive e non a un terzo giurista rinvii alla identità tra parere e annotazione. L'*adnotare*, peraltro, indicando anche la tecnica di selezione del pensiero di una fonte, può rinviare all'appunto che, riguardo a una questione espressa dallo scrivente o da altri, lo scrivente stesso o altri avevano compiuto: il giurista citante poteva cioè ricordare che il pensiero richiamato era stato oggetto di una materiale annotazione da parte di un altro, con l'immutato presupposto della perfetta identità o della forte aderenza tra pensiero annotato e opinione di conseguenza elaborata.

Ad ogni modo, e in conclusione, *notat*, *X notat apud Y* e *adnotare* (ma anche *adnotare apud*), sono tutte formulazioni potenzialmente indicative di un significato peculiare che il giurista citante intendeva conferire alla propria citazione: la stretta aderenza del parere del giurista richiamato al pensiero di un altro giurista o a una specifica problematica. Avendo presente il dato di prudenza per cui, però, la corrispondenza

non è costante e considerando le forme verbali per quello che sono, spie lessicali attendibili nella direzione appena indicata, dobbiamo adesso valutare, caso per caso, i relativi frammenti aristoniani, in una prospettiva sostanziale più che formale.

3. Prendiamo le mosse dalle due testimonianze relative alla linea Cassio-Aristone:

D. 7.1.7.3 (Ulp. 17 *ad Sab.*) *Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum adserere cogitur arbores: et Aristo notat haec vera esse. Neratius autem libro quarto membranarum ait non posse fructuarium proiberi, quo minus reficiat, quia nec arare prohiberi potest aut colere: nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa (ut tectoria et pavimenta et similia) facere, neque autem ampliare nec utile detrudere posse.*

La struttura del passo è concisa e asciutta. Ulpiano, che si stava occupando del contenuto del diritto di usufrutto e, nella parte precedente dello stralcio aveva già citato Labeone, Celso e Marcello, richiama una riflessione di Cassio tratta dall'VIII dei *libri iuris civilis*. Il giurista aveva ritenuto che l'usufruttuario potesse essere obbligato da un arbitro a ricostruire gli edifici nei confronti dei quali esercitava il diritto di godimento, così come poteva essere obbligato a piantarvi gli alberi⁴³. L'intervento di Aristone che immediatamente segue questa affermazione è una semplice approvazione: 'Aristone nota che è vero'. Ulpiano intende richiamare l'accordo incondizionato del giurista traiano che con ogni probabilità doveva rappresentare la fonte intermedia per la conoscenza del giurista più antico.

Reso in modo altrettanto stringato è il rapporto tra il pensiero di Aristone e di Cassio in:

⁴³ Il tema è di quelli che aveva suscitato un ampio dibattito giurisprudenziale e nella dottrina romanistica, in particolare in relazione all'espressione *per arbitrium cogi recipere*, su cui, per tutti, G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958, p. 272 s. e P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 190 s.

D. 7.1.17.1 (Ulp. 18 *ad Sab.*) *Ex eo ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius, solet queri, an servum dominus coercere possit. Et Aristo apud Cassium notat plenissimam eam coercionem habere, si modo sine dolo malo faciat: quamvis ususfructuarius nec contrariis quidem ministeriis aut inusitatis artificium eius corrumpere possit nec servum cicatricibus deformare.*

Ulpiano trattava ancora di usufrutto, e stavolta di un caso più specifico, e cioè della possibilità per il nudo proprietario di percuotere il servo fruttuario⁴⁴.

In questo caso il giurista severiano non riporta con esattezza il luogo dell'opera di Cassio che Aristone aveva consultato e usa la costruzione *X notat apud Y*, riferendo specificamente l'opinione del giurista traiano a un'originaria riflessione di Cassio. Sfortunatamente, né la costruzione né l'indubitabile legame tra il pensiero di Aristone e quello di Cassio, bastano a svelarci il contesto di provenienza del pensiero del nostro giurista. E lo stesso dobbiamo ammettere per D. 7.1.7.3, tenendo anche conto del fatto che Ulpiano, estrapolando dal contesto originale l'opinione aristoniana, doveva aver eliminato riferimenti ulteriori che, certamente, dovevano esistere. Queste due testimonianze non sono le sole su cui possiamo contare per indagare il rapporto di Aristone con Cassio⁴⁵.

In un passaggio ulpiano tratto dall'LXXXVIII libro *ad edictum*, Aristone segue e chiosa, in un confronto serrato, il pensiero di Cassio in tema di *stipulatio damni infecti*:

D. 39.2.28 (Ulp. 88 *ad ed.*) *In hac stipulatione venit quanta ea res erit. Et ideo Cassius scribit eum, qui damni infecti stipula-*

⁴⁴ G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 264, ritiene che, nella sua forma originale, il testo dovesse prevedere una trattazione molto più ampia della questione.

⁴⁵ Considerano questi due frammenti testimonianza della stesura aristoniana di *notae ai libri iuris civilis* di Cassio: O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 699 e nt. 3; Th. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, cit., p. 22; P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., p. 179 e nt. 159; G. WESEMBERG, s.v. *Titius*, cit., c. 858; A. LONGO, *Titius Aristo*, cit., p. 27; G. SCIASCIA, *Appunti*, cit., p. 416, nt. 10. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., p. 62, nt. 1, propone che anche le citazioni di questi passi risalgano ai *digesta* aristoniani.

tus est, si propter metum ruinae ea aedificia, quorum nomine sibi cavit, fulsit, impensas eius rei ex stipulatu consequi posse: idemque iuris esse, cum propter vitium comminis paretis qui cavit sibi damni infecti, onerum eorum relevandorum gratia, quae in parietem incumbunt, aedificia sua fulsit. In eadem causa est detrimentum quoque propter emigrationem inquilinorum, quod ex iusto metu factum est. Aristo autem non male adicit, sicut hic exigit Cassius, ut si iustus metus migrandi causam praebuerit, ita in eius personam qui fulsit eadem Cassium dicere debuisse, si iustu metu ruinae fulcire coactus est.

Aristone interviene estentendo il parere formulato da Cassio e impiega un'espressione che allude ad una correzione del pensiero del più anziano giurista, o almeno al fatto che, a completamento della propria argomentazione, egli avrebbe dovuto, ad avviso del giureconsulto traiano, citare anche un caso ulteriore (*Cassium dicere debuisse*)⁴⁶: quello di chi aveva sostenuto delle spese per puntellare le pareti pericolanti *iustu metu ruinae* – che, peraltro, presenta la stessa motivazione rispetto a quello di chi fosse intervenuto spinto dal timore della *migratio inquilinorum*⁴⁷.

Aristone, come si vede, dà l'impressione di ripercorrere da vicino il pensiero di Cassio proponendo una citazione dalle forme libere e inusuali forse proprio in ragione della frequentazione assidua del suo pensiero.

Due ulteriori testimonianze riportano citazioni aristoniane del giurista del I secolo d.C.:

D. 4.8.40 (Pomp. 11 var. lect.) *Arbiter calendis Ianuariis adesse iussit et ante eum diem decessit: alter ex litigatoribus non adfuit. Procul dubio poena minime commissa est: nam et Cas-*

⁴⁶ Mommsen sostituisce *dicere* con *adocere*. L'emendazione consente certamente di esprimere con maggior forza la peculiarità insita nella relazione tra le citazioni, ma non mi pare essenziale alla corretta lettura del passo.

⁴⁷ Il passo, sospettato da G. BESELER, *Römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1963, p. 83, è, a mio avviso a ragione, considerato genuino da S. TAFARO, 'Causa timoris' e 'migrando inquilinorum' in un responso serviano, in *Index*, 5, 1974-1975, p. 52 s. Si cfr. anche P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 194 s.

sius audisse se dicentem Aristo ait in eo arbitro, qui ipse non venisset, non esse commissam: quemadmodum Servius ait, si per stipulatorem stet, quo minus accipiat. non committi poenam

D. 17.2.29.2 (Ulp. 30 *ad Sab.*) *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimus enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.*

Il primo passo è in tema di *stipulatio poenae* e tratta dello specifico caso in cui due parti si fossero impegnate reciprocamente a presentarsi in giudizio, una non avesse ottemperato ma si fosse contestualmente verificata la morte dell'*arbiter* che avrebbe dovuto assumere la causa⁴⁸. La dottrina ha fatto riferimento a questo stralcio per congetturare un rapporto di discepolato tra Cassio e Aristone, un rapporto che mi parrebbe azzardato voler dedurre dall'impiego del verbo *audire – nam et Cassius audisse se dicentem Aristo ait*⁴⁹. Nulla di espli-

⁴⁸ Sul passo, per tutti, A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001, p. 345 ss. e M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, Torino, 2018, p. 101 ss.

⁴⁹ Basandosi su questa frase si è inoltre inferito che Aristone fosse stato *auditor* dello scolarca sabiniano, considerazione peraltro non priva di implicazioni anche in sede di valutazione della posizione del giurista traiano rispetto alle scuole di diritto e, prima ancora, riguardo alla biografia del giureconsulto – in questo senso O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 698; TH. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, cit., p. 21; F. P. BREMER, *Iurisprudentiae*, cit., p. 359; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln 1967², p. 141; R. SYME, *Tacitus*, I, trad. it. C.M. SANTANDREA, Brescia, 1967, p. 581; R. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire. A study of relations between the Roman jurists and emperors from Augustus to Hadrian*, München, 1989, p. 218; V. SCARANO USSANI, *Il 'probabilissimo'*, cit., p. 315 e nt. 27 (ove ult. bibl.). La testimonianza non è, a mio avviso, esplicita in questo senso, anche perché il fatto che Aristone avesse udito lo scolarca sabiniano non può necessariamente significare che lo facesse stabilmente, in seno a un rapporto maestro-discepolo. Tuttavia, possiamo trarre dal D. 4.8.40 una preziosa indicazione sul rapporto diretto tra i due giuri-

cito, comunque, vi emerge circa la possibile redazione di *notae*⁵⁰.

La stessa conclusione deve trarsi per il secondo, celebre, frammento che ci consente di conoscere, tramite la linea Ulpiano-Aristone, la definizione cassiana di *societas leonina*. Aristone riferisce certamente un responso del più anziano giurista⁵¹ ma non siamo in grado di ricostruire da dove Ulpiano lo leggesse e se il giureconsulto traiano lo avesse udito direttamente o letto in un'opera di Cassio⁵².

Date le condizioni in cui il pensiero aristoniano è giunto fino noi, attraverso richiami di giuristi posteriori che lo avevano selezionato, conservando solo una parte delle citazioni proposte nel corpo della sua argomentazione, sappiamo di doverci confrontare con testimonianze che non favoriscono la nostra comprensione circa il rapporto di Aristone con la tradizione giurisprudenziale a lui precedente e così, innanzitutto, con Cassio. Eppure, i richiami a questo *iuris prudens* ci appaiono frequenti, cinque rimandi nel complesso di una palingene-

sti. Cassio morì sotto Vespasiano, il principe lo avrebbe richiamato dall'esilio cominatogli da Nerone attorno al 65 d. C. – Tac. *Ann.* XVI 9 –, presumibilmente nel 70 d. C. – Svet. *Nero* XXXVII ci dice, infatti, che egli tornò vecchio e cieco, ma ciò non impedirebbe che il rapporto con Aristone si riferisse proprio a quel periodo. Sul passo, anche E. STOLFI, *Il modello delle scuole*, cit., p. 48, nt. 226, che notava come questo rappresentasse l'unica testimonianza nella quale Pomponio avvicina il nome di Aristone a quello di uno scolarca sabiniano.

⁵⁰ D. NÖRR, *Zur biographie des Juristen C. Cassius Longinus*, in *Sodalitas. Scritti A. Guarino*, VI, Napoli, 1984 e F. D'IPPOLITO, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli, 1969, p. 90, nt. 2, osservano che anche in questa occasione la citazione aristoniana dello scolarca sabiniano provenga da *notae ad Cassium*.

⁵¹ Cfr. M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica*, III. *Modelli etici diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. GIARDINA, A. SCHIAVONE, Roma-Bari, 1981, p. 329, nt. 94.

⁵² Sul passo, da ultimo, G. SANTUCCI, *La «magna quaestio» in Gai 3.149*, in *Index*, 42, 2014, p. 271 ss.; P. STARACE, *'La parte del leone': intorno a D. 17.2.29.2*, in *LR*, 8, 2019, p. 369 ss. e, da ultimo, A. ARNESE, *Societas. Idee e assetti di interesse nell'esperienza giuridica romana*, Napoli, 2021, p. 73 ss.

si costituita solo da citazioni di seconda mano⁵³ è certamente un numero non esiguo, e dunque possiamo ragionevolmente affermare che Aristone doveva rivolgersi con una significativa frequenza all'autorità di Cassio. Nel passaggio riportato da Pomponio e conservato in D. 29.2.99.pr.⁵⁴ lo definiva *sanctus*, notando come egli avesse ricoperto la magistratura pretoria in modo esemplare, quale simbolo di correttezza.

Questo quadro ci dice che è plausibile (coerente con il contesto), ancorché ipotetica, l'esistenza di un'opera aristoniana di *notae ad Cassium*, ma la tipologia di citazioni non consente di escludere decisamente anche l'eventualità che tutti i richiami a cui ci siamo riferiti fossero confluiti in un'opera diversa nella quale Aristone si proponeva come mediatore del suo pensiero⁵⁵.

4. Veniamo adesso ai richiami a Labeone, partendo da un frammento forse decisivo per stabilire i rapporti tra Aristone e le opinioni del giurista augusteo. Si tratta di un passaggio ulpiano tratto dal VII libro del commentario *ad Sabinum*:

D. 28.5.17.5 (Ulp. 7 *ad Sab.*) *Quod si quis dupundinum distribuit et tertium sine parte instituit, hic non in alium assem, sed in trientem venit, ut Labeo quarto posteriorum scripsit, nec Aristo vel Aulus utpote probabile notant.*

In questo specifico contesto si rinvia a un'opera aristoniana di commento a Labeone⁵⁶ o a un luogo nel quale un riferimento del giureconsulto traiano al predecessore Ulpiano riteneva di poterlo reperire. Vediamo meglio in che senso. La citazione

⁵³ Sull'ipotesi di un riferimento a Sabino (o a Cassio) in D. 33.9.3.11, che non ritengo percorribile, torneremo più avanti (*infra* p. 18 s.).

⁵⁴ D. 29.2.99 (Pomp. 1 *sen. cons.*) *Aristo in decretis frontianis ita refert ... Sanctum Cassium praetorem causa cognita actiones hereditarias utiles daturum recte pollicitum ei, quae ad hereditatem patris accesserat denegaturum, quae ei quae se abstinerat.*

⁵⁵ Definisce a più riprese «inequivocabile» la stesura aristoniana di *notae* a Cassio P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., pp. 190, 192.

⁵⁶ Sul frammento, da ultimo, P. STARACE, *Titius Aristo*, p. 184 s.

fa parte di un lungo passo che merita ricostruire, almeno dal punto di vista della struttura dell'argomentazione. Partendo dal commento dell'opinione sabiniana su un caso di mancata attribuzione di una quota nella distribuzione dell'asse ereditario – *id quod Sabinus ait, si cui pars adposita non est, excutiamus* –, la riflessione ulpiana si snoda attraverso una serie di citazioni di Labeone, Servio e Celso che approfondiscono aspetti diversi del problema. Il pensiero di Labeone rimane comunque il punto di riferimento – *duos ex quadrantibus heredes scripsit, tertium sine parte: quod assi deest, feret: hoc et Labeo* –, e di seguito Ulpiano riporta il pensiero degli altri due giuristi che in diverso modo vi si ricollegano:

D. 28.5.17.1 (Ulp. 7 *ad Sab.*) *Unde idem tractat, si duos ex undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repudiaverit, utrum omnibus semuncia an ad solum sine parte scriptum pertineat: et variat. sed Servius omnibus adcrecere ait, quam sententiam veriorem puto: nam quantum ad ius adcrecendi non sunt coniuncti, qui sine parte instituntur: quod et Celsus libro sexto decimo digestorum probat.*

Al paragrafo 4 viene introdotta una seconda osservazione labeoniana che Ulpiano approva esplicitamente – *sed si expleto asse duo sine partibus scribantur, utrum in singulos asses isti duo an in unum assem coniungantur, quaeritur. Et putat Labeo, et verius est, in unum assem venire* – e a questa l'autore fa seguire una riflessione di Celso sullo stesso argomento.

Arriviamo dunque al nostro paragrafo 5, dove Ulpiano richiama ancora un parere labeoniano relativo al caso di un testatore che nomina come eredi tre soggetti, a due dei quali assegna una quota e un terzo senza quota. Il giurista augusteo riteneva che anche al terzo spettasse una *pars* dell'eredità, non sulla base di un'ulteriore assegnazione bensì di una ridistribuzione su tre parti dell'intero. Ulpiano, che leggeva questo parere direttamente nel IV libro dei *posteriora* labeoniani, fornisce quindi una precisazione per noi illuminante: *nec Aristo vel Aulus utpote probabile notant*. Questo punto, diffusamente ritenuto interpolato in dottrina, sia in relazione allo

sconosciuto nome *Aulus*, sia all'inciso, ha subito a mio parere un rimaneggiamento solo nella correzione di *Iavol* in *Aulus*, come a suo tempo suggerito da Schulz e Lenel⁵⁷.

Per comprendere la citazione è opportuno immaginare Ulpiano al lavoro, ricostruendo la tecnica di composizione dei suoi commentari⁵⁸: il giurista severiano intento alla sua vasta

⁵⁷ Per quanto più immediata, mi sembra più difficile la correzione in *Paul.*, che implicherebbe una giustificazione molto più oscura. A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 3.1, Aalen, 1963, p. 87, ritiene che *Aulus* vada letto *Paulus*, non propone rilievi, invece, sulla citazione di Aristone e considera probabile l'attribuzione al giurista di *notae* a Labeone; parla però, genericamente, di «Glossen zum *Labeo*», senza indicare una specifica opera. A. LONGO, *Titius Aristo*, cit., p. 25 ss., ritiene che *Aulus* debba leggersi *Paulus*, e che *nec Aristo vel Aulus (utpote probabile) notant* sia un'aggiunta dei compilatori. Questi avrebbero attribuito a Ulpiano l'accostamento del parere labeoniano a quello aristoniano che, però, avrebbero letto nell'*ad Sabinum* di Paolo; avrebbero, quindi, riunito nel frammento ulpiano citazioni tratte da contesti e autori diversi. Quest'opera di 'montaggio' avrebbe favorito il fraintendimento circa l'origine delle citazioni e l'attribuzione ad Aristone di *notae ad Labeonem* che egli, invece, non avrebbe mai composto. F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 374 b), e ntt. 2 e 3, ritiene *nec...notant* interpolato – *Aulus* sarebbe da correggere con *Iaoul*, Giavoleno Prisco –, e indica come improbabili *notae* aristoniane ai libri *posteriores*. O. LENEL, *Paltingenesia*, I, cit., p. 64, nt. 4, propone, anch'egli, di sostituire *Aulus* con *Iaoul*. e di riferire la citazione ulpiana ai *digesta* aristoniani. G. SCIASCIA, *Appunti*, cit., p. 415, nt. 10, ritiene che, nonostante il testo sia compilatorio, esso abbia valore circa il contenuto. Sarebbe proprio l'incertezza palesata da Ulpiano nel distinguere l'apporto di *Aulus* da quello, *utpote probabile*, di *Aristo*, a confermare l'autenticità del passo. Secondo l'Autore, Aristone avrebbe unito il suo nome in modo non occasionale a quello di Labeone, come dimostrerebbero altre circostanze. Non avanzano dubbi di interpolazione TH. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, cit., p. 22; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 699, nt. 4; P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., p. 179, nt. 156; G. WESEMBERG, s.v. *Titius*, cit., p. 858; TH. MAYER-MALY, s.v. *Titius Aristo*, in *PWRE*, suppl. IX, 1962, p. 1395.

⁵⁸ Sulla tecnica di composizione delle opere antiche, con particolare riferimento alle opere di grandi dimensioni redatte con l'intento di trattare con completezza la materia prescelta, rinvio ancora a T. DORANDI, *L'officina*, cit., p. 13 ss. e part. 29 ss. Come lo stesso Autore osserva, era uso tipico proprio dei «trattati scientifici o tecnici» far precedere la stesura definitiva da lettura di fonti secondarie attorno alle quali prendeva forma la composizione definitiva (ID., *op. cit.*, p. 29), una raccolta di materiali che, come ho già in parte anticipato (*supra*, nt. 29) prevedeva una fase di schedatura sistematica e intellegibile attraverso le fonti come suddivisa in vari momenti: individuazione della fonte, *adnotatio* della fonte stessa, copiatura in prima persona o ad opera di un addetto in *pugillares* (con riferimento a parole chiave), rielaborazione delle fonti, loro connessione e commento, definizione del testo. Un lavoro come quello di

opera di lettura delle opere dei giuristi precedenti, avrebbe annotato in apposite schede alcuni richiami e da qui avrebbe poi attinto al momento della stesura definitiva dei suoi lavori, senza bisogno di fare più ricorso all'originale⁵⁹. L'intento sistematico e l'aspirazione a porre ordine nelle riflessioni in materia di *ius civile* e *ius honorarium*, creando due vasti commentari che riassumessero, rielaborandolo criticamente, il cammino percorso dalla giurisprudenza precedente, portava Ulpiano a utilizzare una grande quantità di materiali, opinioni di giuristi precedenti, *sententiae*, responsi, scambi di opinioni. Dunque, nei due commentarii l'autore favoriva una dialettica tra i giureconsulti citati grazie all'accostamento di opinioni che in alcuni casi non avevano incrociato il loro pensiero, ma riportava, ovviamente, confronti che aveva letto nelle opere consultate direttamente o che trovava tramandate di seconda mano. Si trattava di un materiale vasto, probabilmente di non facile gestione, che aveva richiesto lunghe letture, distribuite, come oggi sappiamo, in un lungo lasso di tempo⁶⁰.

Ulpiano deve essere stato preceduto da una composizione complessa, paragonabile a quelle ricostruite da Dorandi per la *naturalis historia* di Plinio il Vecchio (Id., *op. cit.*, p. 30 ss.) o per la *Storia dell'Accademia* di Filodemo (Id., *op. cit.*, p. 40 ss.). Sul punto si vedano anche T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 126 ss., 158 ss., 205; P.A. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, in 8, *Labeo* 1962; P. JÖRS, s.v. *Domitius (Ulpianus)*, nr. 88, in *PWRE*, V.I, p. 1435 ss.; A. SCHIAVONE, *Linee*, cit., p. 221 ss.; W. STAHL, *La scienza dei romani*, Bari, 1991, p. 136 ss.; G. NEGRI, *Riflessioni sparse sui posteriores Labeonis di Giavoleno*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini, Atti del Seminario di San Marino, 12-14 gennaio 1995*, a cura di D. MANTOVANI, Torino, 1996, p. 66; C. GIACHI, *Per una biografia di Sesto Pedio*, in 62, *SDHI*, 1996, p. 88, nt. 66; EAD, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005, p. 144 ss.

⁵⁹ Questo metodo, se gli procurò notevole risparmio di tempo e gli consentì di terminare la stesura del commentario in un tempo relativamente molto breve, andò, in alcuni casi, a scapito della precisione nelle citazioni. Si poteva verificare il caso che alcuni pareri fossero stati 'archiviati' senza circostanziarne il luogo da cui erano tratti, o che essi fossero già inseriti in una catena di citazioni nella 'scheda' che il giurista aveva predisposto nel momento della raccolta dei materiali. Una volta giunto al momento della stesura, traendo i richiami da questo contesto e senza attingere più direttamente all'opera originale, inevitabilmente egli si sarebbe trovato in condizione di non poter dare indicazioni precise sulla provenienza del parere.

⁶⁰ Si cfr. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Torino, 2017, p. 377 ss. T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 158 ss., ritiene che il giurista severiano procedette alla stesura dell'*ad edictum* nell'arco dei cinque anni del

Data la quantità di testi da consultare, Ulpiano impiegava una particolare tecnica di ‘archiviazione’ per il materiale che lo interessava, e doveva aver fatto delle scelte che facilitavano il lavoro di selezione. Nella composizione dei commentari egli aveva certamente letto e tenuto conto delle corrispondenti opere pompeiane e paoline, così come fondamentale punto di riferimento per il suo *ad edictum* erano state le opere di Labone e Pedio. Ma accanto alle letture di riferimento, egli aveva passato in rassegna tutta la letteratura giuridica o gran parte di essa, come dimostra l’ampio ventaglio di giuristi richiamati. Aveva, quindi, dovuto far ricorso alla compilazione di ‘schede’ in cui venivano appuntati i pareri di giuristi in merito a un determinato tema, o venivano conservati appunti accomunati da un’unica logica interna.

Questa sorta di schedatura che gli permetteva di mantenere memoria di letture che solo molto più tardi sarebbero state riprese per confluire nei commentari, poteva costituire di fatto una prima fase di elaborazione del materiale accumulato. La catalogazione, che possiamo immaginare avvenisse per materia o partendo dal parere di un giurista attorno al quale si stratificavano riflessioni di altri autori, non costituiva cioè solo una prima fase ordinante del materiale, ma creava anche una serie di collegamenti interni tra i frammenti citati. Alcuni rimandi entravano, quindi, già in questa fase, nella sfera di citazioni di cui costituivano il completamento, la confutazione, il rafforzamento, l’opposto dialettico, o che davano il senso del dialogo cui la giurisprudenza aveva dato vita su un determinato punto: attorno a una questione posta da Sabino e appuntata su un rotolo, ad esempio, Ulpiano doveva segnare i pareri di giuristi che erano intervenuti in merito, creando un primo con-

principato di Caracalla (212 c.a.–217 d.C.) per concluderla sotto il regno di Macrino (217–218 d. C.); nel frattempo, sempre secondo lo storico inglese, avrebbe lavorato anche all’*ad Sabinum*. Secondo P. JÖRS, s.v. *Domitius*, cit., p. 1435, invece, l’opera sarebbe stata composta prima, per la maggior parte sotto il regno di Settimio Severo. La raccolta dei materiali che sarebbero poi confluiti nel commentario *ad edictum*, sarebbe avvenuta in precedenza, e precisamente nell’arco di una decina di anni, dal 202 – anno in cui Ulpiano ricoprì l’ufficio *a libellis* – al 212.

trappunto tra le fonti che si sarebbe poi sedimentato e raffinato nell'opera finale. In questo senso, alcuni di questi confronti tra giuristi egli doveva derivarli dalla dottrina precedente, forse già più volte riproposti e discussi, mentre altri dovevano essere creati da lui stesso accostando le fonti. Non è improbabile pensare che per prima egli richiamasse e riportasse nelle sue 'schede' quella che diremmo una fonte intermedia, un giurista che già aveva discusso il parere di autori precedenti, utilizzando quindi un dialogo organizzato da altri. È in questi casi, ad esempio, che potrebbero essere caduti riferimenti puntuali al pensiero dei giuristi citati di seconda mano e rimasto solo quello alla fonte intermedia, e ancora in queste circostanze egli doveva aver mantenuto l'ordine e il carattere dei riferimenti interni rinvenuti nelle fonti intermedie. Ma lo stesso doveva accadere quando Ulpiano aveva trovato il parere di un primo giurista su una questione e vi collegava quello di altri. In questa casistica potrebbero rientrare molti dei passi ulpiani che la storiografia romanistica, a ragione, ha indicato come debitori di una mediazione pomponiana. È il caso dei passi in cui l'inversione dell'ordine cronologico tipico della scrittura di Pomponio tradisce una derivazione da questo giurista. Ma la posizione di Pomponio è, come sappiamo, più complessa.

Dunque, tornando al nostro D. 28.5.17, supponiamo Ulpiano avesse di fronte numerosi rotoli in cui aveva annotato singole citazioni, ma disponeva anche delle opere originali e, da entrambi i contesti, in un lavoro che procedeva anche per confronti incrociati, traeva i propri riferimenti alla giurisprudenza precedente creando montaggi, proprio sul modello di quelli conservati nel passo. Ciò che il paragrafo 5 lascia intendere nel passaggio, *ut Labeo quarto posteriorum scripsit, nec Aristo vel Aulus utpote probabile notant*, è che egli avesse letto quasi sicuramente i *posteriora* labeoniani, e avesse di fronte anche i *posteriora* epitomati da Giavoleno⁶¹ e delle *notae ad Labeonem* – o un'opera di annotazione nella quale era ragionevole atten-

⁶¹ D'altronde sappiamo che Giavoleno compose un'epitome ai *libri posteriores* labeoniani, circostanza che rende viepiù giustificabile l'emendamento proposto e rafforza allo stesso tempo il parallelo con Aristone.

dersi un commento – di Aristone. Proprio grazie a un confronto di questi tre testi poteva riflettere sul tipo di annotazione dei due giuristi più recenti rispetto alla clausola labeoniana.

Ma il nodo dell'interpretazione del testo, che sorregge la lettura appena proposta è nell'inciso *utpote probabile*, un'espressione che la maggior parte della dottrina ha ritenuto interpolata o comunicante un dubbio ulpiano nei confronti delle notazioni dei due giuristi⁶². A mio parere, come detto, la locuzione è genuina ma non deve essere intesa come manifestazione di dubbio del giurista severiano su quale dei due *prudentes* non avesse annotato quel parere – cosa che effettivamente non sembrerebbe logica –, ma, al contrario, come una precisazione sul commento dei due giuristi. Non dovremmo, cioè, tradurla con un 'come è verosimile' inteso quale estrinsecazione di un dubbio riguardo all'annotazione di Aristone e Giavoleno, il che ci restituirebbe l'incertezza di Ulpiano nel trovare effettivamente commentata nei due giuristi la stessa questione da lui sopra esposta e trattata da Labeone. Né sembra corretto intendere che l'inciso si riferisca solo a *Iavol.*, per cui esprimerebbe l'incertezza di Ulpiano nel rinvenire effettivamente l'annotazione nell'epitome di Giavoleno – mentre resterebbe certo il riferimento all'opera aristoniana⁶³. Viceversa, l'*utpote probabile* va tradotto a mio avviso come 'in quanto degno di approvazione', e in questo senso semplicemente starebbe a rafforzare il concetto elaborato in tutta la frase *ut Labeo...notant*. L'espressione, così, muta completamente il senso della frase rispetto al modo in cui essa è stata comunemente letta, e cioè come rilievo dell'omissione da parte dei due giuristi del commento del parere labeoniano poco sopra riportato. La negazione, sostanzialmente, non si riferirebbe al *notant*, ma per l'appunto all'*utpote probabile*: i giuristi avevano quindi commentato il passo, ma non avevano ritenuto *probabile* l'interpretazione fornita da Labeone. E dunque Ulpiano ci comunicava, che il giurista au-

⁶² Vedi *supra* nt. 57.

⁶³ Questa lettura del frammento confermerebbe, comunque, che Ulpiano leggesse direttamente le *notae* aristoniane, o il commento, a Labeone, dal momento che è poco probabile che egli citasse di seconda mano un'omissione aristoniana.

gusteo aveva fornito il proprio parere sul caso del testatore che *dupundinum distribuit et tertium sine parte instituit* nel IV libro dei *posteriora*, e che Aristone e Giavoleno commentandolo, non lo avevano ritenuto degno di approvazione.

L'accostamento dei due giuristi, infine, poteva avere un unico significato: porre sullo stesso piano l'apporto di Aristone e Giavoleno rispetto a Labeone doveva essere il fatto di avere entrambi composto un'opera che commentava, in un confronto serrato con l'originale, i *posteriora* labeoniani, lavori a cui il giurista severiano si rivolgeva per un confronto incrociato con l'opera del giurista augusteo. Attorno a quel confronto, Ulpiano, come faceva spesso, aveva costruito un dialogo. Ed è più che ragionevole pensare che si rivolgesse a due epitomi-commento o annotazioni, che costituivano un punto di riferimento obbligato. Non si spiegherebbe altrimenti il fatto che il rinvio ai due giuristi *recentiori* venisse proposto come scontato, direi dovuto, come se il lettore potesse comprendere immediatamente la ragione di quei rimandi appena accennati in un inciso (come anche in varie altre circostanze vediamo accadere nella prosa giurisprudenziale).

D. 28.5.17.5, peraltro, non è l'unico a cui possiamo fare riferimento per osservare il legame della riflessione aristoniana con il pensiero del giurista augusteo. Abbiamo infatti a disposizione altre due testimonianze. La prima, D. 43.24.5.pr., ancora uno scorcio proveniente dal libro LXXI del commentario ulpiano *ad edictum* dove leggiamo un'ulteriore citazione aristoniana di un'opinione di Labeone, da cui non possiamo però apprezzare né il contesto di provenienza, né se, nella versione originale, il rimando fosse accompagnato da un commento:

D. 43.24.5.pr. (Ulp. 71 *ad ed.*) *Aut qui aliter fecit, quam denuntiavit: vel qui decepto facit eo, ad quem pertinuit non facere: vel consulto tum denuntiat adversario, cum eum scit non posse prohibere: vel tamsero pronuntiat, ut venire prohibiturus, prius quam fiat, non possit. Et haec ita Labeonem probare Aristo ait*⁶⁴.

⁶⁴ A questo frammento si richiamano, per sostenere l'esistenza di un'opera aristoniana di commento a Labeone, O. KARLOWA, *Römische Rechtgeschichte*,

Il richiamo, tuttavia, sembra estendersi anche alla parte successiva del frammento in cui Ulpiano fa parlare ancora il giurista augusteo, un rimando che immaginiamo l'autore trasse ancora dalla stessa fonte intermedia, e cioè Aristone:

D. 43.24.5.1 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Si quis se denuntiaverit opus facturum, non semper non videtur clam fecisse, si post denuntiationem fecerit: debet enim (et ita Labeo) et diem et horam denuntiatione conplecti et ubi et quod opus futurum sit: neque perfusorie aut obscure dicere aut denuntiare: neque tam artare adversarium, ut intra diem occurrere ad prohibendum non possit.*

Se il giurista severiano si limita qui a citare Aristone semplicemente come mediatore del pensiero dell'antico giurista e non possiamo sapere quanto quest'ultimo avesse sviscerato la clausola labeoniana, altrove, in un altro passaggio, tratto stavolta dall'*ad Sabinum*, riferisce una riflessione aristoniana più articolata relativa a un altro parere di Sabino che vede tre richiami al giureconsulto traiano:

D. 33.9.3.pr.-2 (Ulp. 22 *ad Sab.*) *Qui penum legat quid legato complectatur, videamus. Et Quintus Mucius scribit libro secundo iuris civilis penu legata contineri, quae esui potuique sunt. Idem Sabinus libris ad Vitellium scribit. Quae harum, inquit, patris familiae uxoris liberorumve eius vel familiae, quae circa eos esse solet, item iumentorum, quae domini ci usus causa parata sunt. 1 Sed Aristo notat etiam quae esui*

cit., p. 699, nt. 4; TH. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, cit., p. 22; P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., p. 179 e nt. 156. Il passo non è, invece, preso in considerazione da A. PERNICE, *M.A. Labeo*, I, cit., p. 87; A. LONGO, *Titius Aristo*, cit., p. 25 ss.; G. WESEMBERG, s.v. *Titius*, cit., c. 858. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., p. 69, nt. 1, propone di attribuire il frammento ai *digesta* del giurista. G. SCIASCIA, *Appunti*, cit., p. 416, nt. 10, ritiene che «sia difficile riconoscere una nota» nell'espressione *et ita Labeonem probare Aristo ait* dato che «l'annotatore non avrebbe avuto modo di riferire l'opinione dell'annotato». In posizione analoga, ritiene che si tratti semplicemente di «una citazione labeoniana introdotta da Aristone» P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 185, la quale non riconosce, nel complesso del frammento ulpiano, l'opinione del giurista commentato ma solo una sua approvazione.

potuique non sunt contineri legato, ut puta ea, in quibus solemus, oleum forte, garum muriam mel ceteraque his similia. 2. Plane, inquit, si penus esculenta legetur, Labeo libro nono posteriorum scribit nihil eorum cedere, quia non haec esse, sed per ea solemus.

In apertura Ulpiano introduce in prima persona l'argomento trattato – *qui penum legat quid legato complectatur, videamus* –, per poi esaminarlo attraverso una lunga catena di citazioni. La prima opinione che incontriamo è di Quinto Mucio, tratta dai *libri iuris civilis* e relativa al legato delle cose *quae esui et potui sunt*, a cui l'autore fa seguire il parere concorde di Sabino, tratto dall'*ad Vitellium*, e quindi quello di Aristone.

Se a una prima lettura l'osservazione di Aristone sembrerebbe consequenziale alla linea Mucio/Sabino – come sostengono alcuni studiosi, divisi sull'attribuzione a un commento all'*ad Vitellium* o ai *libri iuris civilis*⁶⁵ –, leggendo l'ultima parte della citazione, questa impressione sembra perdere di

⁶⁵ Ritengono che la citazione sia tratta da un commentario *Ad Vitellium* a Sabino: L. LANDUCCI, *Storia delle fonti*, cit., p. 196, nt. 4; TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, Leipzig, 1919, p. 152; P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., p. 179 e nt. 158; G. WESEMBERG, s.v. *Titius*, cit., c. 858; TH. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, cit., p. 22; L. AMIRANTE, *Sabino postumo*, in *Index*, 21, 1993, p. 384. F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 375 e nt. 5, considera debole la ricostruzione dell'esistenza di *notae ad Vitellium* aristoniane; dello stesso parere, G. BAVIERA, *Scritti giuridici I*, Palermo, 1905, p. 142, che definisce il contenuto passo «troppo poco» per concludere sull'esistenza dell'opera. Così anche S. DI MARZO, *Di una recente congettura sull'indole dei Libri Iuris Civilis di Masurio Sabino*, Palermo, 1899. Non fa menzione di un commento *ad Vitellium*, A. LONGO, *Titius Aristo*, cit., p. 51, che colloca il frammento in questione tra quelli tratti dal commentario ai *libri iuris civilis* di Sabino. Sulla stessa linea A. GUARINO, *Ad Vitellium*, in *BIDR*, 56, 1963, p. 14, ora in *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, p. 349; R. ASTOLFI, *Et Cassius apud Vitellium notat*, in *Iura*, 16, 1965, p. 123, nt. 44. A *notae ad Sabinum* lo attribuisce anche O. LENEL, *Paligenesia*, I, cit., p. 65. Di recente torna sul punto F. MATTIOLI, *I libri di Sabino ad Vitellium: un primo approccio ai contenuti, alle caratteristiche dell'opera e agli aspetti problematici*, in *Prolegomena*, cit., p. 99 s. ma non avanza congetture sulla provenienza del passaggio aristoniano che Ulpiano aveva citato in connessione con l'*ad Vitellium* sabiniano; nella stesso volume, P. BIAVASCHI, *Cassio Longino, Aristone e le Notae apud Vitellium*, in *Prolegomena*, cit., p. 131 ss., esclude la stesura aristoniana di *notae ad Vitellium* pur ritenendo che egli avesse redatto *notae ad Sabinum*.

consistenza. Il richiamo del parere aristoniano si articola infatti in due parti, strettamente interconnesse e logicamente dipendenti: richiamata una prima opinione del giurista secondo la quale non devono essere ricomprese nel legato le cose che si mangiano e si bevono del tipo di quelle che si usano per mangiare, come l'olio, il garo, la salamoia, il miele, e altre cose simili – la citazione prosegue con un'ulteriore precisazione, introdotta dall'inciso *inquit*⁶⁶, che ricollega ad Aristone anche la parte successiva dello stralcio, con il richiamo a Labeone. In questo secondo passaggio il giurista traiano cita, infatti, a sua volta, un parere labeoniano tratto ancora dai *posteriora* – è lo stesso giurista traiano a riferirlo – che gli permette

⁶⁶ T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 134 ss. Secondo l'Autore, l'impiego di *inquit* identificherebbe un contesto nel quale Ulpiano aveva consultato direttamente l'opera del giureconsulto citato. L'impiego della forma verbale si concentra nell'ultima parte dei commentari, sulla quale, ipotizza Honoré, i compilatori sarebbero intervenuti più pesantemente, eliminando le citazioni per libro, ma non quelle per *inquit* che, egualmente, indicherebbero la consultazione ulpiana dello scritto. Fondata sostanzialmente sulla circostanza che la lista degli autori citati per libro coincida con quella degli autori citati con *inquit*, la congettura sembra del tutto infondata, e solo ipotetica nella sua ricostruzione. Ad una rapida osservazione sull'uso ulpiano di questo verbo, possiamo notare che, nella quasi totalità delle 170 occasioni in cui ricorre, questo è impiegato per ribadire una citazione precedentemente introdotta da un altro verbo – *ait*, *dicit* o altri –, e quindi per indagare il contesto di derivazione dell'opinione citata dobbiamo considerare, non tanto *inquit*, quanto il verbo a cui si riferisce. C'è di più: in ben 90 occasioni, l'inciso richiama una citazione precedentemente introdotta con l'indicazione del libro e il verbo *scribere*, o solo uno dei due. Ricorrono gli schemi: *Pomponius scribit libro vigesimo octavo...inquit* o *Pomponius scribit...inquit* o ancora *apud Pedium libro septimo...inquit*. In altri 10 passi *inquit* ribadisce una citazione che, seppure con un altro modulo stilistico, rimanda probabilmente a un contesto scritto: *apud Vivianum quaeritur...inquit*, *Cassius apud Vitellium notat...inquit* o *apud Iulianum quaesitum est...inquit*. In tutti questi casi, il fatto che *inquit* introduca un pensiero tratto da un contesto scritto è insito nel verbo principale di riferimento – *scribit* – di cui *inquit* è un semplice richiamo. È quindi ovvio quanto sostiene Honoré e cioè che l'elenco dei giuristi il cui pensiero è introdotto con l'indicazione per libro corrisponda a quello dei giuristi introdotti da *inquit*: si tratta sostanzialmente delle stesse citazioni. Mentre il peso degli altri rimandi, in cui *inquit* non serve da richiamo di un'altra forma verbale ma si presenta autonomamente, è troppo esiguo e privo di conferme che permettano di fondare la regola generale indicata dallo Studioso inglese. Su questo uso del verbo, si veda anche E. STOLFI, *Studi*, I, cit., p. 72 s.

di completare la riflessione, puntualizzandone la motivazione. Labeone, cioè, aveva specificato come nel legato di dispensa non dovessero rientrare i cibi a cui Aristone avrebbe poi fatto riferimento poiché questi non rappresentavano un ‘nutrimento’, ma fungevano solo da condimento. La posizione del giurista traiano è, quindi, strettamente dipendente dal precedente pronunciamento di Labeone, che probabilmente ne aveva costituito lo spunto. Mi pare ipotesi più che plausibile che egli lo richiamasse nelle stesse *notae*, ai *posteriora* o comunque a Labeone – o in un contesto di commento – rispetto al quale egli si poneva come mediatore del pensiero del giureconsulto augusteo di cui ribadiva e precisava l’opinione.

E non è improbabile anche che dal medesimo contesto derivi anche il terzo richiamo ad Aristone presente nel frammento ulpiano, al paragrafo 11 di D. 33.9.3, in cui il giurista interviene – ancora in tema di legato di *penus* – affermando l’impossibilità di comprendervi le giare che contenevano il vino legato:

D. 33.9.3.11 (Ulp. 22 *ad Sab.*) *Aristo autem scribit dolia non contineri, et est verum secundum illam distinctionem, quam supra in vino fecimus.*

Ulpiano, che ricollega direttamente questo parere alla motivazione precedentemente enunciata al § 4, doveva aver trattato anche questa citazione dal punto delle *notae ad Labeonem*, o all’opera di commento in cui il giurista traiano discuteva la disciplina labeoniana sui legati⁶⁷.

A conclusione di questo percorso attraverso le citazioni aristoniane di Labeone merita ricordare che in un’altra circostanza – ancora nell’*ad Sabinum* – Ulpiano registra l’accordo dei due giuristi. In D. 28.5.9.14, infatti, viene richiamata un’opinione concorde di Labeone, Nerazio e Aristone in tema di libertà ed eredità:

⁶⁷ D. 33.9.3.4, ...*poculenta penu ea, quae vini loco pater familias habuit, continebuntur, supra scripta vero non continebuntur...*

D. 28.5.9.14 (Ulp. 5 *ad Sab.*) *Si quis ita scripserit : 'Sthicus liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto', Labeo, Neratius et Aristo opinantur detracto verbo medio 'postea' simul ei et libertatem et hereditatem competere : quae sententia mihi quaeque vera videtur*

Nel lungo frammento da cui lo stralcio è tratto, Ulpiano si occupava dell'interpretazione di varie clausole testamentarie e citava opinioni di Celso, Proculo e Marcello⁶⁸. Tra le altre questioni, viene affrontato il caso di un'istituzione di erede *cum libertate* così concepita: 'il mio servo Stico sia libero e, dopo la libertà, abbia anche l'eredità'⁶⁹. La lettura di questa formula è affidata a Labeone – e a Nerazio e Aristone che, evidentemente, ne condivideranno l'opinione –: si deve intendere che l'eredità e la libertà si acquisiscano contestualmente, senza considerare la parola *posteaquam*.

Si tratta di un passo di un certo interesse dal punto di vista del contenuto e nell'ottica del rapporto tra i due giureconsulti traianei, ma che riporta anche un ulteriore confronto tra il nostro e il pensiero labeoniano, ancorché la catena di citazioni non permetta neppure di scorgere i contesti di provenienza dei pareri dei singoli autori.

⁶⁸ Sul frammento, si veda W. FLUME, *Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht*, in *Festschrift Schulz*, I, Weimar, 1951, p. 209 ss.; M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*, I, *Lezioni di diritto romano raccolte da R. Martini*, Torino, 1966, p. 109; R. BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, in *Münchener Beitr. zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte*, 72, München, 1981, p. 42 s.

⁶⁹ Faceva notare M. AMELOTTI, *Le forme classiche*, cit., p. 109 che questa clausola costituisce un'eccezione al principio per cui *caput et fundamentum totius testamenti est hereditas institutio*, indicando apertamente di anteporre l'acquisto della qualifica di erede al raggiungimento della libertà. La clausola più usuale per la concessione di eredità e libertà è riportata in Gai. 2.186. G. BESELER, *Fruges et Palae II. Romanistische Untersuchungen*, in *Festschrift Schulz*, cit., p. 46 s. e F. WIEACKER, *Die juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz*, in *Existenz und Ordnung, Festschrift Erik Wolf*, Frankfurt am Main, 1961, p. 431, osservano che, considerando che senza lo *status* di libero in Roma non si poteva essere eredi, la proposizione, logicamente, deve essere ribaltata.

È facile immaginare, anche se su un piano squisitamente congetturale, che i giuristi traianei avessero dimostrato il loro accordo con Labeone, forse prendendo le mosse da una riflessione del giureconsulto augusteo, muovendo nella direzione di un personale approfondimento.

5. Veniamo infine ai due frammenti che ci riferiscono di un diretto contatto tra il pensiero di Sabino e la riflessione aristoniana. Il primo, D. 7.8.6, contiene un passaggio tratto dal XVII libro *ad Sabinum* di Ulpiano e la citazione, retta dalla costruzione *X notat apud Y*, verte attorno alla disciplina del diritto di abitazione: Aristone ‘nota presso Sabino’ che, nella casa di cui la moglie è beneficiaria, essa ha la facoltà di vivere, non solo con il marito, ma anche con i figli e con i parenti⁷⁰:

D. 7.8.6 (Ulp. 17 *ad Sab.*) *Non solum autem cum marito, sed et cum liberis libertisque habitare et cum parentibus poterit: et ita et Aristo notat apud Sabinum. Et huc usque erit procedendum, ut eosdem quos masculi recipere et mulieres possint.*

La lettura del passo non sembra fornire indicazioni decisive circa il contesto della riflessione svolta da Aristone sul pensiero di Sabino.

Ben diverso è, invece, un altro rimando. Si tratta di V.F. 88, uno stralcio tratto, lo vedremo, da Ulpiano e in particolare dal XVII libro *ad Sabinum*, per il cui contenuto il giurista severiano sembra essere debitore di Pomponio⁷¹. Il riferimento al pensiero di Sabino non è, in questo caso, immediato: l’opinione aristoniana, infatti, introdotta dal verbo *adnotare*, è priva di un rinvio diretto al *digesta* giureconsulto, ma la lettura nel contesto del più ampio discorso in cui si colloca ci permet-

⁷⁰ Sul frammento, si veda H. J. WOLFF, *Zur fruhnachklassischer Kommentierung der Klassischerschriften*, in *Iura*, 3, 1952, p. 132 ss.; N. SCAPINI, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel diritto romano, in *Studi Grosso*, 5, Torino, 1972, p. 65 ss.; K. MISERA, *Gebrauchsuiberlassung und Schenungsverbot unter Ehegatten*, in *Index*, 3, 1972, p. 404; L. AMIRANTE, *Sabino postumo*, cit., p. 384; T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 147; P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 83 s.

⁷¹ Da ultimo P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 188 s.

te di apprezzarne significativamente il contesto. La posizione di Aristone è solo l'ultima riportata in relazione a un'*opinio* di Sabino espressa in V.F. 86:

V.F. 86 *Novissime quod ait Sabinus, si uxori cum liberis usus fructus legetur, amissis liberis eam habere, quale sit videndum. Et si quidem do lego legetur, tametsi quis filios legatarios acceperit, sine dubio locum habebit propter ius adcrendi; sed si legatarii non fuerint, multo magis, quoniam partem ei non fecerunt, tametsi cum ea uterentur. Matre autem mortua, si quidem legatarii fuerunt, soli habebunt iure adcrendi; si heredes, non iure adcrendi, sed iure domini, si fundus eorum est, ipsis adcrendi, sin minus, domino proprietatis; sed si nec heredes fuerunt nec legatarii, nihil habebunt. Quod si per damnationem fuerit usus fructus legatus matri, si quidem legatarii sunt filii, partes sumunt: si non sunt, sola mater legataria est nec mortalitas liberorum partem ei facit.*

Sabino esaminava la posizione della madre a cui fosse stato legato un usufrutto insieme ai figli, e conseguentemente considerava il titolo per il quale essi sarebbero venuti alla successione quando la madre fosse morta. La discussione che segue – e che non è difficile considerare ancora una volta frutto della tecnica di schedatura a cui ho fatto sopra cenno – è conservata in V.F. 87 e V.F. 88, dove si susseguono gli interventi di Giuliano, Pomponio, e, infine, del giurista traiano. Nel passaggio contenuto in V.F. 87, Ulpiano chiarisce la posizione di Sabino, per poi introdurre una prima parte della citazione di Giuliano, tratta dal XXXV libro dei suoi *digesta*. Qui si precisa la posizione dei figli in quanto legatari e si riflette sulla possibilità di applicazione del *ius adcrendi* nel legato *per damnationem* e *per vindicationem*:

V.F. 87, *Sabinus certe verbis istis non ostendit, utrum legatarii fuerit necne. Sed Iulianus libro XXXV digestorum relata Sabini scriptura ait intellegendum eum, qui solos liberos heredes scribit, non ut legatariorum fecisse mentionem sed ut ostenderet magis matrem ita se velle frui, ut liberos secum habeat. Alioquin, inquit, in damnatione ratio non permittebat*

ius adcrendi, proposuit autem iulianus vel do lego legatum usum fructum vel per damnationem et sic sensit, quamvis legatarii sint et heredes soli, in do lego legato non esse ius adcrendi; atque, si alteri ab altero legetur (quoniam a semet ipsis inutiliter legatum est), sibi non concurrunt, matri vero non in totum concurrunt, sed alter pro alterius portione et in eo dumtaxat ius adcrendi erit; mater tamen adversus utrumque ius adcrendi habet.

È ancora il giurista adrianeo a parlare nell'ultima parte del discorso ulpiano, contenuta in V.F. 88 dove, per bocca di Giuliano, Ulpiano richiama una riflessione pomponiana – probabilmente tratta dal V libro del commentario *ad Sabinum* – nella quale il giurista commentava il caso di un legato *per damnationem* di usufrutto, concesso alla madre unitamente ai *liberi*. Soffermandosi sull'eventualità che possano esistere eredi estranei tra i liberi e sulla conseguenza che i figli avrebbero in questo caso ricevuto l'usufrutto per legato e, infine, che, morti loro, la parte sarebbe andata persa, Pomponio informa che anche Aristone aveva 'annotato' in questo senso:

V.F. 88: *Iulianus subicit Sextum quoque Pomponium referre, si per damnationem ususfructus cum liberis uxori legetur, singulare hoc esse atque ideo fili personam matri [accedere, ne sine liberis ad usumfructum mater] accederet, nec esse legatarios, sed matre mortua liberos quasi heredes usumfructum habituros. Ego, inquit Pomponius, quaero, quid si mixti fuerint liberis extranei heredes? [et] ait filios pro legatariis habendos et mortui partem interituram, Aristonem autem adnotare haec vera esse: et sunt vera.*

La stessa argomentazione, riportata in modo molto dettagliato nei *Vaticana Fragmenta*, è riassunta in un frammento del Digesto, in cui i compilatori sono intervenuti in modo piuttosto pesante: si tratta di D. 7.2.8, che l'*inscriptio* indica come tratto dal XVII libro dell'*ad Sabinum* ulpiano. Mettiamo a confronto i due testi dividendoli per comodità secondo la scansione dei tre frammenti tratti dai *Fragmenta Vaticana* e sottolineando nei tre testi le parti che sono state riprese nella versione conservata nel Digesto, pur con aggiustamenti e riassunti:

D. 7.2.8 *Si mulieri cum liberis suis usus fructus legetur, amissis liberis ea usum fructum habet: sed et matre mortua liberi eius nihilo minus usum fructum habent iure ad crescendi [...]*

V.F. 86, Novissime quod ait Sabinus, si uxori cum liberis usus fructus legetur, amissis liberis eam habere, quale sit videndum. Et si quidem do lego legetur, tametsi quis filios legatarios acceperit, sine dubio locum habebit propter ius ad crescendi; sed si legatarii non fuerint, multo magis quoniam partem ei non fecerunt, tametsi cum ea uterentur. Matre autem mortua, si quidem legatarii fuerunt, soli habebunt iure ad crescendi; si heredes, non iure ad crescendi, sed iure dominii, si fundus eorum est, ipsis ad crescit, sin minus, domino proprietatis; sed si nec heredes fuerunt nec legatarii, nihil habebunt. Quod si per damnationem fuerit usus fructus legatus matri, si quidem legatarii sunt filii, partes sumunt: si non sunt, sola mater legataria est nec mortalitas liberorum partem ei facit.

D. 7.2.8 [...] *nam et Iulianus libro trigensimo digestorum ait idem intellegendum in eo, qui solos liberos heredes scripserit, licet non ut legatarios eos nominaverit, sed ut ostenderet magis velle se matrem ita frui, ut liberos secum habeat fruente [...].*

V.F. 87, *Sabinus certe verbis istis non ostendit, utrum legatarii fuerit necne. Sed Iulianus libro XXXV digestorum relata Sabini scriptura ait intellegendum eum, qui solos liberos herede scribit non ut legatariorum fecisse mentionem sed ut ostenderet magis matrem ita se velle frui, ut liberos secum habeat. Alioquin, inquit, in damnatione ratio non permittebat ius ad crescendi, proposuit autem Iulianus vel do lego legatum usum fructum vel per damnationem et sic sensit, quamvis legatarii sint et heredes soli, in do lego legato non esse ius ad crescendi; atque, si alteri ab altero legetur (quoniam a semet ipsis inutiliter legatum est), sibi non concurrunt, matri vero non in totum concurrunt, sed alter pro alterius portione et in eodumtaxat ius ad crescendi erit; mater tamen adversus utrumque ius ad crescendi habet*

D. 7.2.8 [...] *sed et Pomponius quaerit: quid si mixti fuerint liberi et extranei heredes? et ait filios legatarios esse intellegendos et per contrarium, si voluit eos liberos simul cum matre frui, debere dici matrem legatariam esse intellegendam et per omnia similem esse et in hoc casu iuris eventum.*

V.F. 88: *Iulianus subicit Sextum quoque Pomponium referre, si per damnationem ususfructus cum liberis uxori legetur, singulare hoc esse atque ideo filii personam matri [accedere, ne sine liberis ad usumfructum mater] accederet, nec esse legatarios, sed matre mortua liberos quasi heredes usumfructum habituros. Ego, inquit Pomponius, quaero, quid si mixti fuerint liberis extranei heredes? [et] ait filios pro legatariis habendos et mortui partem interituram, Aristonem autem notare haec vera esse: et sunt vera.*

L'incipit del passo riporta testualmente l'inizio di V.F. 86, anche se, come notiamo, viene omessa l'espressa menzione che si tratti di un'opinione di Sabino. Quindi, tagliate alcune frasi – *et si quidem do lego legetur, tametsi quis filios legatarios acceperit, sine dubio locum habebit propter ius adcrendi; sed si legatarii non fuerint, multo magis, quoniam partem ei non fecerunt, tametsi cum ea uterentur* –, la trascrizione riprende al punto in cui viene illustrato il principio per cui i figli devono avere l'usufrutto in forza del *ius adcrendi*. Si passa poi immediatamente alla citazione giulianea – nella quale, peraltro, abbiamo una modifica nel numero del libro dei *Digesta* che passa da XXXV a XXX –, anch'essa ridotta, come quella pomponiana che segue, senza la precisazione della derivazione da Giuliano. Nonostante la forte contrazione del testo, è evidente che si tratti dello stesso passaggio, decisamente rimaneggiato e riassunto – come nella parte relativa alla citazione pomponiana –: sono cadute intere frasi a fronte della ripresa letterale di altre, che bastavano, agli occhi dei compilatori, a sintetizzare il pensiero degli autori. L'opera di semplificazione investe anche la citazione di Aristone che i compilatori, probabilmente perché si trattava di una mera approvazione, hanno espunto nel testo confluito nel Digesto⁷². Nel

⁷² Quello dei compilatori è, in questo caso, un intervento di semplificazione finalizzato a ridurre le implicazioni ritenute superflue del dibattito dottri-

più ampio passo conservato nei *Vaticana Fragmenta*, tuttavia, osserviamo lo stretto legame dell'intervento aristoniano con l'iniziale riflessione di Sabino, dalla quale dipendono tutti i commenti montati da Ulpiano nella forma di uno stringente dibattito. L'*adnotare* di Aristone si riferisce chiaramente a Sabino, non solo perché Pomponio stava lavorando su una citazione del giureconsulto – e proprio a questo approfondimento si ricollega l'annotazione aristoniana –, e anche perché Aristone non poteva commentare il pensiero di giuristi a lui successivi. Ma soprattutto in ragione del fatto che, come detto, l'unico fulcro attorno al quale ruotano tutte le citazioni ulpiane è il richiamo sabiniano: è lo stesso Ulpiano ad affermarlo esplicitamente nel primo rimando a Giuliano – *sed Iulianus libro XXXV digestorum relata Sabini scriptura ait* –, ma il legame è evidente anche nella citazione pomponiana che, fra l'altro, era stata richiamata già da Giuliano.

Che Aristone commentasse specificamente un'opinione sabiniana ci appare quindi chiaro, e il verbo *adnotare* sembra usato qui in senso specifico, a indicare una vera e propria annotazione, o comunque un commento puntuale di un brano dell'opera di Sabino. Ciò può farci ipotizzare una particolare attenzione del giurista traiano nei confronti di quest'ultimo e congetturare che commentasse per esteso, in un'opera autonoma, il pensiero del giurista – ipotesi che vari studiosi hanno, in effetti, avanzato⁷³.

nale creato dalla scrittura del giurista severiano, ma dimostra anche come i giustinianeî rispettarono l'originaria natura dialettica delle opere giurisprudenziali. Anche quando dovettero tagliare o ridimensionare l'approfondimento della casistica o le parti esemplificative, non cancellarono i contesti di provenienza, ad eccezione però di quelli che non apportavano elementi ulteriori rispetto a quelli già presenti nel dibattito.

⁷³ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 699, ritiene si riferisca a *notae ad Sabinum*, D.7.8.6 e 33.9.3.1. TH. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, cit., distingue D. 7.8.6 che sarebbe a commento dei *libri iuris civilis*, dalla citazione di D. 33.9.3.1 tratta da un commento all'*ad Vitellium*. P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., p. 178, fa risalire D. 7.8.6 e V.F. 88 a un commento *ad Sabinum*. G. WESEMBERG, s.v. *Titius*, cit., c. 858, cita solo D. 7.8.6. F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 376a, ritiene si possa dedurre, da D. 7.8.6 e V.F. 88, l'esistenza di un commentario aristoniano *ad Sabinum*, di cui, però, mette in dubbio il carattere lemmatico. G. SCIASCIA, *Appunti*, cit., 416, nt. 10, nel sottolineare la

A sostegno di questa tesi abbiamo due ulteriori indizi. Uno ha a che fare con il quadro nel quale si iscrive la citazione aristoniana in V.F. 88, nuovamente quello di una schedatura ulpiana del materiale a commento della fonte di partenza – Sabino – per il quale è ragionevole pensare che l'autore avesse avuto davanti a sé una serie di opere dalle quali, per la loro natura, egli si aspettava di trovare un commento alle opinioni del giureconsulto. È vero che, se anche così fosse, non necessariamente doveva trattarsi di commenti *ad Sabinum*, come indica il rinvio ai *digesta* giuliane⁷⁴, ma è anche vero che quest'ultima opera è riportata con l'esplicita indicazione che essa riferisse testualmente la scrittura di Sabino, quindi in un passaggio nel quale l'aderenza al giureconsulto commentato era particolarmente forte. Inoltre, è improbabile che sul punto fosse Pomponio, nell'*ad Sabinum*, la fonte intermedia per Ulpiano, di Giuliano, e, dunque, l'impressione che il giureconsulto severiano richiamasse, nella sua lunga argomentazione, opere di giuristi direttamente al lavoro sulle tematiche civili discusse da Sabino è forte.

L'altro indizio deriva dall'osservazione che percorre trasversalmente tutta la riflessione sulla tradizione del pensiero

rilevanza di D. 7.8.6 e V.F. 88, indicative della stesura di un *ad Sabinum*, nota come, a sostegno di questa ricostruzione, vada anche la circostanza che più della metà delle citazioni aristoniane siano tratte dall'*ad Sabinum* di Ulpiano – un aspetto a cui ho già fatto cenno all'inizio. Il giurista severiano avrebbe, cioè, tratto le sue citazioni da un'opera precedente di quel tipo. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., p. 62, nt. 1, attribuisce le citazioni nei due frammenti citati ai *digesta* aristoniani. La posizione più convinta a favore di un'opera aristoniana *ad Sabinum* è di A. LONGO, *Titius Aristo*, cit., p. 27 ss. che ritiene non si trattasse di brevi annotazioni, ma di un ampio commentario, a suo avviso l'opera più importante del 'corpus aristoniano'. Lo Studioso vi fa risalire 30 delle citazioni della palingenesi del giurista. La struttura, a suo avviso, non doveva essere riconducibile alle precedenti opere di quel tipo, «brevi glosse prive di carattere teoretico», né alle successive imponenti opere sistematiche. L'*ad Sabinum* aristoniano avrebbe rappresentato «il punto di transizione» tra queste due forme. Questa congettura si basa su due elementi: che la maggior parte delle citazioni aristoniane contenute in opere *ad Sabinum* dei giuristi successivi dovessero provenire da opere analoghe, e che molti dei temi trattati da Aristone corrispondono a quelli affrontati dal giurista più antico.

⁷⁴ Come osserva ancora T. DORANDI, *L'officina*, cit., p. 38, la selezione delle fonti non avveniva negli autori antichi con un vincolo di genere o di tipo.

aristoniano, e cioè il fatto che la maggior parte delle citazioni del giureconsulto traiano che ne costituiscono la palingenesi derivano da opere *ad Sabinum*: 19 frammenti ulpiani, 11 pomponiani e 3 paolini, per un totale di 33, quasi la metà delle testimonianze superstiti senza contare le opere che comunque fanno parte della massa sabiniana. Se, come spero di aver dimostrato, non è azzardato pensare all'esistenza di un commento alle riflessioni di Sabino, ma anche a un luogo in cui Aristone si faceva mediatore del pensiero di Cassio e riportava quello di Labeone, è plausibile immaginare che egli fosse stato autore di un'opera di commento al pensiero dei giuristi al lavoro nel secolo immediatamente precedente al suo. Il giureconsulto traiano si era probabilmente rivolto all'opera civilistica di Sabino⁷⁵, presa come punto di partenza di riflessioni che, come era

⁷⁵ Non può avere, comunque, portata generale l'eventualità della redazione, a parte di Aristone di un commento al *liber de furtis*. L'ipotesi, avanzata a partire dalla lettura di Gell., *noct. Att.* 11.18.16, è stata sostenuta da P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., p. 179 s. e nt. 161, da A. LONGO, *Titius Aristo*, cit., p. 32 s., il quale richiama l'attenzione sul fatto che Gellio avesse citato, poco prima di Aristone, il *liber de furtis* di Sabino – *noct. Att.* 11.16.12: *quod sit 'oblatum', quod 'conceptum' et plerumque alia ... qui legere volet, inveniet Sabini Librum, cui titulus est de furtis* – e ipotizza quindi che il rimando aristoniano sia tratto proprio da un commento a quell'opera. Sulla stessa linea, P. HUVÉLIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, II, Lyon-Paris, 1915 (rist. anast. Roma, 1968), p. 646 ss. e part. p. 649 ss. Non scarta l'ipotesi V. SCARANO USSANI, *Il probabilismo*, cit., p. 330, nt. 137, il quale, però, la valuta in alternativa all'eventualità che il commento fosse relativo ai *libri iuris civilis*. Tornando sull'opera in un contributo dedicato, Id., *In libro Aristoni iureconsulti*, in *Ostraka* XVIII.1, 2009, p. 279 s., nel ricordare opportunamente ciò che non viene sovente enfatizzato, e cioè che Gellio riconosceva di citare a memoria l'opinione di Aristone, non specificandone per questo il titolo, propende per una derivazione dalle *notae* a Sabino. Sulla stessa linea, già TH. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, cit., p. 22, ritiene che Gellio avesse letto il rimando in un commento aristoniano ai *libri iuris civilis* di Sabino, ipotesi a suo avviso più plausibile rispetto alla derivazione da un *liber de furtis*. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 699, lascia aperta l'alternativa tra due interpretazioni: che si tratti di un'opera autonoma, «eine selbständige Schrift des Ariston», o un commento al *liber de furtis* sabiniano. G. WESEMBERG, v. *Titius*, cit., p. 858, si limita ad accennare alla divisione in dottrina. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., p. 70, non aggiunge notazioni al frammento. Certamente la contiguità dell'opera sabiniana al commento di Aristone risulta suggestiva, tuttavia, ritengo sia opportuno in questo caso essere prudenti, per diversi ordini di ragioni: la specificità dell'opera e la possibilità che l'annotazione dell'opi-

costume nella scrittura antica, muovevano poi in direzioni diverse, richiamando differenti scritti del medesimo e di altri autori⁷⁶. Una tale ipotesi mi sembra perfettamente coerente con una fase ancora 'non stabilizzata' del genere *notae* (o dell'idea di commentario) oltre che tenendo conto dell'uso diffuso negli autori antichi di estendere i limiti dell'*adnotatio*.

Ricordiamo che Ulpiano, ma non solo, citava Aristone con una particolare concentrazione in materia di testamenti e di usufrutto, e in questi richiami⁷⁷, che sono compatibili con un'opera complessiva di annotazione o con un commentario sul modello dei maturi *ad Sabinum*, il nostro autore è relatore del pensiero di un giurista più antico per ben 9 volte – Cassio, Labeone, Sabino, e in una circostanza il confronto è con Pegaso.

Ritengo, dunque, plausibile che Aristone discutesse, nel suo insieme, il pensiero dei giureconsulti precedenti in un'opera che rielaborava le tematiche civilistiche affrontati dai *prudentes* al lavoro nei primi decenni del principato. Un'opera di questo tipo avrebbe potuto rappresentare per Ulpiano – ma non solo – il contesto di una mediazione del pensiero di giuristi più antichi, il luogo in cui era maturata una rilettura alla riflessione dei giureconsulti che avevano segnato la storia della riflessione giurisprudenziale prima del periodo di crisi del I secolo d. C. Il lavoro avrebbe potuto gettare un ponte tra la tradizione giuridica più risalente e nuove forme e rielaborazioni, in un momento in cui la *iuris prudentia* del principato guadagnava nuovi spazi e recuperava il proprio prestigio e la propria libertà d'azione all'interno di un contesto socio-politico mutato.

nione aristoniana si collocasse più genericamente nell'ambito degli interessi aristoniani relativi al pensiero di Sabino, infine, la considerazione che il collegamento tra l'opinione del giureconsulto traiano e il suo predecessore avvenisse *ratione materiae* – lo dirò subito – e non tanto in ragione del riferimento alla stessa opera. Per una visione d'insieme sulle riflessioni di Gellio, compiute in ottica «comparatistica» sulla materia *de furtis*, C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, part. p. 21 ss., il quale lascia aperta l'alternativa circa la provenienza dell'opinione aristoniana da *notae ad Sabinum* o «un'opera erudita a sé» (Id., *op. cit.*, p. 285).

⁷⁶ T. DORANDI, *L'officina*, cit., p. 39.

⁷⁷ Nei quali si concentrano la maggior parte di citazioni con *notat* – e una con *scribit*.

Non posso, a questo punto, eludere la risposta a una domanda: si trattava di una scarna raccolta di annotazioni o della più matura elaborazione di un trattato civilistico sulla scorta del lavoro di Sabino? In via del tutto congetturale, ritengo che non si possa escludere la seconda eventualità, e che, nella prospettiva di Aristone, il lavoro non aspirasse a incanalarsi in uno specifico genere letterario – tendenza che sappiamo comune ai letterati antichi. Un'opera di tal genere, però, potrebbe aver rappresentato l'anello intermedio tra le prime collezioni e i grandi commentari civilistici, una raccolta forse ancora priva di quel carattere di autonomia dai *libri iuris civilis* di Sabino tipico degli *ad Sabinum* di Pomponio, Paolo e Ulpiano, i prototipi dell'opera di commento al *ius civile*⁷⁸. In questo senso, poteva essere più vicina al 'genere' delle *notae*, ma comunque un lavoro che avrebbe rappresentato un precedente fondamentale per la stesura pomponiana del suo commentario: il primo affresco dedicato alla civilistica romana svincolato dal carattere di opera di annotazione pur conservandone alcuni caratteri⁷⁹, una sorta di 'commentario/annotazione'. Ulpiano, a sua volta, giungendovi sia direttamente, sia attraverso la lettura 'matura' di Pomponio, avrebbe potuto ampiamente adoperarla per la redazione del proprio *ad Sabinum*.

Possiamo dunque ritenere di essere di fronte a una sperimentazione ancora non codificabile in uno dei tipi letterari⁸⁰ che nel tempo si sarebbero affermati, ma comunque a un lavoro che sarebbe stato recepito dalle generazioni successive di *prudentes* e rielaborato nella loro scrittura, fors'anche al punto di celare l'apporto di Aristone in un cono d'ombra dal quale rimane molto arduo farlo riemergere.

⁷⁸ Dove, nota D. MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique: les oeuvres des juristes comme littérature*, Paris, 2018, p. 35, Sabino scompare, assorbito dalla trattazione della materia e nei commenti.

⁷⁹ Perciò Pomponio vi avrebbe fatto ampio riferimento, ipotesi che andrà verificata ad un confronto diretto con i passi.

⁸⁰ Sempre nella prospettiva relativa ai generi letterari a cui facevo riferimento in precedenza e in linea con lo scetticismo espresso da F.M. D'IPPOLITO, *Saggi di storia della storiografia romanistica*, Napoli, 2009, p. XXVIII ss., il quale osservava come i giureconsulti non attribuissero rilievo alla circostanza di aver elaborato o contribuito a definire i confini di un genere letterario.

Tutto questo ci induce a proporre un suggestivo parallelo tra la possibile sorte dell'*ad edictum* pomponiano e di quest'opera aristoniana⁸¹, entrambi oscurati dalla comparsa di lavori più maturi e completi come l'*ad edictum* ulpiano e l'*ad Sabinum* pomponiano, in grado di richiamarle entrambe comprendendone al proprio interno i contenuti⁸².

6. Propongo adesso una prima ipotesi di collocazione di alcuni frammenti della palingenesi aristoniana in una possibile struttura di quest'opera, partendo dal presupposto che molti passaggi sono riconducibili ai contenuti di un commentario *ad Sabinum* e che è possibile sistemarli convenzionalmente secondo l'ordine del *Sabinus System*⁸³. Mi limito, in questo con-

⁸¹ Ma lo stesso può dirsi per l'*ad edictum* di Pedio.

⁸² Mi sembra insostenibile, per l'eccessiva scarsità di indizi, l'ipotesi avanzata da A. LONGO, *Titius Aristo*, cit., p. 35 ss., per il quale Aristone sarebbe stato autore di un'opera *de interdictis* a cui sarebbero riconducibili tutti i frammenti concernenti, appunto, alla disciplina di quei provvedimenti. Si sarebbe trattato, secondo l'Autore, di un lavoro autonomo, non facente parte delle *notae ad Sabinum*, e che il giurista avrebbe composto tenendo presente l'opera labeoniana sugli interdetti. La sua congettura si basa sul fatto che molti dei frammenti che riferiscono il pensiero aristoniano hanno ad oggetto gli interdetti e che il giurista aveva un'approfondita conoscenza della giurisprudenza repubblicana che se ne era occupata largamente. L'A. esclude che i frammenti riferiti agli *interdicta*, per la loro complessità e ampiezza, siano riconducibili a *responsa* e tende a escludere anche che siano tratti dal commento *ad Sabinum*, dal momento che alcuni interdetti analizzati da Aristone non furono trattati da Sabino, mentre ritiene che esistesse un rapporto tra l'opera aristoniana e il lavoro labeoniano. Si potrebbe pensare che Ulpiano, autore della maggior parte dei frammenti che Longo ritiene parte dell'opera, abbia avuto presente sia l'opera labeoniana, che quella aristoniana; oppure che abbia riportato solo l'opera di Aristone che conteneva molti riferimenti a quella del più antico giurista. Di quest'opera non vi è altra menzione in dottrina. A. PERNICE, *M. A. Labeo*, I, cit., p. 466, si limitava a notare la frequenza dei riferimenti aristoniani al tema degli interdetti.

⁸³ Per il *Sabinus System*, si veda P. JÖRS, s.v. *Domitius*, cit., p. 1441 s.; O. LENEL, *Das Sabinussystem*, in *Festgabe der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Strassburg zum Doctor-Jubiläum von Rudolf von Ihering*, Strassburg, 1892 (= rist. 2013), p. 1 ss.; F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Commentar*, Halle, 1906 (= *Labeo*, 10, 1964, p. 50 ss., 234 ss.); P. FREZZA, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, in *RISG*, 2, 1933, p. 412 ss. (ora in *Id.*, *Scritti*, I, Roma, 2000, p. 193 ss.); G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* IV, Napoli 1953, p. 445 ss., (ora

testo, ad una elencazione dei frammenti ma l'indagine dovrà essere ulteriormente approfondita.

de legatis. De his quae in in testamento delentur vel adimuntur

D. 30.14.pr. (Ulp. 15 *ad Sab.*) *Si ita sit adscriptum: 'si cui legavero bis, semel heres ei dato' vel 'ut semel debeatur', et eadem duas quantitates adscripserit vel duos fundos, an utrumque debeatur? Et ait Aristo unum videri legatum: nam quod ademptum est, nec datum videri secundum Celsi et Marcelli sententiam, quae vera est.*

de legatis

D. 30.28.pr. (Ulp. 19 *ad Sab.*) *Si creditori meo, tutus adversus eum exceptione, id quod ei debeo legem, utile legatum est, quia remissa exceptio videtur, sicut Aristo ait id quod honoraria actione mihi debetur si legetur mihi legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria.*

D. 30.45.pr. (Pomp. 6 *ad Sab.*) *Si a substituto pupilli ancillas tibi legassem easque tu a pupillo emissas et antequam scires tibi legatas esse alienaveris, utile legatum esse Neratius et Aristo et Ofilius probant.*

D. 34.2.25.1 (Ulp. 44 *ad Sab.*) *Aristo etiam coactilia vesti cedere ait et tegimenta supselliorum huic legato cedere.*

de legatis – de usu fructu legato

VF. 88 *Iulianus subicit Sextum quoque Pomponium referre, si per damnationem ususfructus cum liberis uxori legetur, singulare hoc esse atque ideo fili personam matri [accedere, ne sine liberis*

in ID., *Scritti giuridici I*, Milano, 1992, p. 15 ss.); ID., *Gaio e il sistema civilistico*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli, 1966, p. 145 ss.; R. ASTOLFI, *Passi di Sabino nel commentario di Paolo*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, p. 3 ss.; ID., *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 2001², *passim*; G. LUCHETTI, *I "libri iuris civilis" di Sabino. A proposito di un recente studio di R. Astolfi*, in *AG*, 1987, 207, p. 49 ss.; M. AVENARIUS, *Sabinus und Cassius. Die Konstituierung der sabinianischen Schultradition in der Retrospektive und ihre vermuteten „Gründer“ im Wandel der Wahrnehmung*, in *R.mische Jurisprudenz – Dogmatik, .berlieferung, Rezeption. Festschrift für D. Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2011, p. 33 ss.

ad usumfructum mater] accederet, nec esse legatarios, sed matre mortua liberos quasi heredes usumfructum habituros. Ego, inquit Pomponius, quaero, quid si mixti fuerint liberis extranei heredes? [et] ait filios pro legatariis habendos et mortui partem interituram, Aristonem autem adnotare haec vera esse: et sunt vera.

D. 7.8.14.1 (Ulp. 17 *ad Sab.*) *Sed si usu fructu legato fructus adimatur, Aristo scribit nullam esse ademptionem: quae sententia benignior est.*

de legatis – de usu fructu legato [De usufructu adcrecendo]

D. 7.2.3.2 (Ulp. 17 *ad Sab.*) (= V.F. 83) *Non solum autem si duobus usus fructus legetur, est ius adcrecendi. Verum et si alteri usus fructus, alteri fundus legatus est: nam amittente usum fructum altero, cui erat legatus, magis iure adcrecendi ad alterum pertinet quam reddit ad proprietatem. Nec novum: nam et si duobus usus fructus legetur et apud alterum sit consolidatus, ius adcrecendi non perit neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo, et ipse quibus modis amitteret ante consolidationem, isdem et nunc amittet. et ita et Neratio et Aristoni videtur et Pomponius probat.*

de legatis – de usu et habitatione legata

D. 7.8.6 (Ulp. 17 *ad Sab.*) *Non solum autem cum marito, sed et cum liberis libertisque habitare et cum parentibus poterit: et ita et Aristo notat apud Sabinum. Et huc usque erit procedendum, ut eosdem quos masculi recipere et mulieres possint.*

quid usu fructu legato contineatur

D. 7.1.7.3 (Ulp. 17 *ad Sab.*) *Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum adserere cogitur arbores: et Aristo notat haec vera esse.*

D. 7.1.17.1 (Ulp. 18 *ad Sab.*) *Et Aristo apud Cassium notat plenissimam eam coercionem habere, si modo sine dolo malo faciat: quamvis usufructuarius nec contrariis quidem ministeriis aut inusitatis artificium eius corrumpere possit nec servum cicatricibus deformare.*

de legatis – ‘de in strumento legato’

D. 33.7.17.1 (Marcian. 7 *inst.*) *Instrumento piscatorio contineri Aristo ait naucellas, quae piscium capiendorum causa comparatae sunt, sed et piscatores contineri verius est.*

de legatis – ‘de penu legata’

D. 33.9.3 (Ulp. 22 *ad Sab.*) 1. *Sed Aristo notat etiam quae esui potuique non sunt contineri legato, ut puta ea, in quibus esse solemus, oleum forte, garum muriam mel ceteraque his similia. 2. Plane, inquit, si penus esculenta legetur, Labeo libro nono posteriorum scribit nihil eorum cedere, quia non haec esse, sed per ea solemus. Trebatius in melle contra scribit, merito, quia mel esse solemus. ...11 Vasa quoque penuaria quin contineantur, nulla dubitatio est. Aristo autem scribit dolia non contineri, et est verum secundum illam distinctionem, quam supra in vino fecimus.*

de statuliberis

D. 40.7.5.pr. (Pomp. 8 *ad Sab.*) *Statuliber rationem reddere iussum reliquum quod apparet solvit, de eo, quod obscurius est, satisfacere paratus est. Nertius et Aristo recte putant liberum fore, ne multi ad libertatem pervenire non possint incerta causa rationis et genere negotii huiusmodi.*

D. 40.7.11 (Pomp. 14 *ad Sab.*) *Si heres pecunia donasset statulibero ut sibi eam daret et leber esset, non fieri liberum Aristo ait: sed si in plenum ei donasset, fieri liberum.*

D. 40.7.29.1 (Pomp. 18 *ad Quint. Muc.*) *Sed verissimus est, quod et Aristo Celso rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videtur: non interesse, quo genere quisque domnius eius fieret et ideo hunc quoque ea lege contineri, secundum quem sententia dicta est, et liberum futurum eum, qui ei dedisset pecuniam. Hunc autem, id est possessorem hereditatis, cui data esset summa, si victus esset hereditatis petitione, cum ceteris hanc quoque pecuniam victori restituere debere.*

de emptione et venditione

D. 2.14.58 (Ner. 3 membr.) *Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitisses et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitisses, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisses : pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. Nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restituas his quae ego tibi praestitisses, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestare. Illud plane conventionem, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituentur.*

de societate

D. 17.2.62 (Pomp. 13 ad Sab.) *Si Titius cum quo mihi societas erat decessit egoque cum putarem Titii hereditatem ad Seium pertinere communiter cum eo res vendiderim et partem pecuniae ex venditione redactae ego, partem Seius abstulerit, te, qui re vera Titio heres es, partem ad me redactae pecuniae societatis iudicio non consecutum Neratio et Aristoni placebat, quia meae dumtaxat partis pretia percepissem, neque interesse, utrum per se partes meas vendidissem an communiter cum eo, qui reliquas partes ad se pertinere diceret. Alioquin eventurum, ut etiam, si duo socii rem vendiderint, unusquisque quod ad se pervenerit partem alteri societatis iudicio praestare debeat. Sed nec te ex parte, quam hereditatis petitione forte a Seio consecutus sis, quicquam mihi praestare debere, quia quod ad Seium perveniret, tuarum partium pretium sit nec ad me habentem meum quicquam ex eo redire debeat.*

de iure dotium – soluto matrimonio

D. 46.3.16 (Pomp. 15 ad Sab.) *Sub condicione debitori si acceptum feratur, postea condicione existente intellegitur iam olim liberatus. Et hoc etiam si solutio re fiat, accidere Aristo dicebat.*

Scriptis enim, si quis, qui sub condicione pecuniam promisit, dedit eam ea condicione, ut, si condicio exstisset, in colutum cederet, existente condicione liberari eum nec obstore, quod ante eius pecunia facta est.

de furtis

D. 19.5.14.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*) *Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: Aristo scribi non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quai non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.*

Gell. Noct. Att. 11.18.16 *Id etiam memini legere me in libro Aristoni iureconsulti, hautquamquam indocti viri, apud veteres Aegyptios, quod genus hominum constat et in artibus reperiendis sollertes extitisse et in cognitione rerum indaganda sagaces, furta omnia fuisse licita et impunita.*

de condictione

D. 19.5.16.1 (Pomp. 22 *ad Sab.*) *Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. Nulla iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*

de furtis – de condictione furtiva

D. 13.1.12.2 (Ulp. 38 *ad ed.*) *Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum cui pignori res data sit, incerti condictioni acturum, si ea subrepta est.*

7. Veniamo adesso ai *digesta*, o meglio ai *Pomponii digesta ab Aristone*, per usare l'espressione impiegata da Paolo nel quinto libro delle sue *quaestiones*. Il giureconsulto severiano si sta occupando di un caso peculiare di successione ereditaria, a cui si collega un quesito relativo alla legittimazione passiva all'*actio rei uxoriae*.

D. 24.3.44.pr. (Paul. 4 *quaest.*) *Si socer a genero heres institutus adierit hereditatem, quandoque mortuo patre cum herede eius filiam de dote acturam Nerva et Cato responderunt, ut est relatam apud Sextum Pomponium digestorum ab Aristone libro quinto: ibidem Aristoni consensit. Ergo dicerem et si emancipasset pater filiam, ipsum quoque conveniri posse.*

Un genero (Tizio) aveva nominato erede il suocero (Caio) il quale, al momento della morte del primo, aveva adito l'eredità, ma era poi deceduto, a sua volta lasciando un erede (Sempronio). La *quaestio* concerneva in particolare l'individuazione di chi fosse il legittimato passivo dell'*actio rei uxoriae* che la moglie del primo, Tizio, nonché figlia del secondo, Caio, avrebbe potuto intentare.

La logica che dà ragione della risposta è evidente. Essendo la legittimazione passiva all'*actio rei uxoriae* trasferibile *mortis causa*, era il padre (Caio) in quanto erede del marito (Tizio), ad averla assunta, e dunque l'erede di quello (Sempronio). Conseguenziale, anche se meno immediata, appare l'estensione paolina del responso all'eventualità dell'emancipazione della figlia, che ne ripropone la ragione di fondo osservata da un'altra angolazione: non è a motivo del rapporto con il padre che la figlia deve rivolgersi al suo *heres* – tanto che ciò deve avvenire anche in caso di *emancipatio* – ma a motivo della catena di successioni che dal marito conduce all'erede ultimo e vivente al momento dell'avanzamento della pretesa.

Della questione avevano discusso diverse generazioni di giureconsulti, mossi probabilmente dalla necessità di ribadire una soluzione incontrovertibile ma resa dubbia dall'intreccio delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti⁸⁴. E, dunque, Ner-

⁸⁴ Il passo, con la sua scelta di ricostruire la continuità di una linea interpretativa che affonda le sue radici in un dibattito risalente può essere collocato sullo sfondo delle considerazioni svolte da M. BRUTTI, *Il tempo delle crisi e il pensiero di Giulio Paolo: i libri decretorum*, in Id., *Iulius Paulus, Decretorum libri tres. Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri sex*, Roma-Bristol, 2020, p. 35 ss. circa la tendenza di Paolo a trovare nel passato le certezze che vacillano in un presente macchiato dalla violenza (si cfr. Id., *Le violenze politiche e il valore del passato. Un'ipotesi su Giulio Paolo*, in *AUPA* 63, 2020, p. 19 ss.); tale approccio, osserva G. COSSA, *Iulius Pau-*

va e *Cato*⁸⁵, per primi, avevano risposto individuando nell'erede del padre, in quanto a sua volta erede del marito, il soggetto contro cui doveva essere rivolta l'azione, Aristone era intervenuto in senso adesivo, Pomponio aveva registrato il parere aristoniano e Paolo, oltre a riproporlo evidentemente condividendolo, aveva applicato la soluzione specifica a un caso contiguo, che implicava l'eventualità di emancipazione della figlia. Una catena di citazioni nominative, usuale nella giurisprudenza romana, non altrettanto nella prosa paolina⁸⁶.

Il frammento è dunque di agevole ricostruzione dal punto di vista sostanziale, sovente richiamato in dottrina quando si è trattato di datare la concessione dell'*actio rei uxoriae*⁸⁷. Tuttavia, non è questo ciò che ora interessa, quanto piuttosto il montaggio e la tecnica di citazione. Il giurista severiano, in-

lus, cit., p. 23 ss., part. p. 24 s., non impedisce al giureconsulto severiano di assumere posizioni innovative nel caso in cui le soluzioni sedimentate necessitino di essere riviste.

⁸⁵ Sull'identità del giureconsulto, il cui nome è volutamente non tradotto qui, tornerò tra breve.

⁸⁶ Il numero delle citazioni nominative nei libri *quaestionum* appare, in effetti, singolarmente elevato per la prosa di Paolo, ad un confronto con l'*ad edictum* dello stesso autore, dove frequenti sono le citazioni compiute attraverso riferimenti generici, singolari o collettivi, – sul punto G. LUCHETTI, *Paolo e i commentari editi*, cit., p. 41 e nt. 13. Nel nostro, come in altri passaggi, la profondità dello *ius controversum* è resa attraverso il richiamo a più di due giureconsulti: è il caso di D. 19.1.43 e 19.1.45, due frammenti che, secondo la condivisibile ricostruzione leneliana, sono parte del medesimo originario discorso e nei quali la citazione vede nel complesso il rinvio a tre giuristi, Ulpiano, Giuliano e Africano; sia in D. 20.3.3 sia, con una tecnica di citazione più inusuale, in D. 48.10.44 vengono richiamati due giureconsulti, rispettivamente Aristone e Nerazio nel primo passo, Marcello e Giuliano nel secondo. E non è un caso che in due circostanze (D. 19.1.43, 45; 48.10.44), come in D. 24.3.44.pr., sia ipotizzabile che la catena di citazioni riproponga l'intermediazione di uno dei giureconsulti citati dall'altro. Nei frammenti superstiti dell'opera, per altro verso, non poche sono le registrazioni di responsi chiesti per lettera o oralmente (lo sono evidentemente D. 3.5.33; 21.1.56; 26.2.30 [= Vat. 227]; 40.13.4; 42.1.41; 35.2.22; 35.1.81; lo appare D. 20.5.9, solo ad uno sguardo veloce sulla palinogenesi), nei quali l'autore ha conservato il nome del destinatario, dell'interlocutore, dei soggetti coinvolti.

⁸⁷ Rinvio, per tutti, a T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in *BIDR*, 90, 1987, p. 30; M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, p. 89, nt. 210, ove ult. bibl.

fatti, riferisce il parere di Nerva e *Cato* affermando che esso *est relatum apud Sextum Pomponium digestorum ab Aristone libro quinto*, richiamando quindi un'opera intitolata *digesta* in una costruzione piuttosto singolare che non consente di individuarne agilmente la paternità. Gli studiosi sono concordi sul fatto che Paolo citasse il parere aristoniano grazie alla mediazione di Pomponio – è quanto appare dalla costruzione *est relatum apud ...*⁸⁸ –, e che i *digesta* contenessero materiale aristoniano. Sono, però, divisi tra chi la ritiene un'opera aristoniana richiamata da Pomponio⁸⁹ e chi, invece, la considera una raccolta pomponiana composta di materiali aristoniani⁹⁰.

⁸⁸ In modo del tutto diverso traduce invece sul punto P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 201, secondo la quale *est relatum* deve essere riferito ad *ab Aristone*, talché il passaggio dovrebbe intendersi *est relatum ab Aristone apud Sextum Pomponium*, il che farebbe emergere la paternità aristoniana dell'opera. L'ipotesi, ancorché ingegnosa, non mi convince per la distanza tra i due termini nella frase e l'insolita successione verbale interna che si dovrebbe supporre per ammetterla.

⁸⁹ L'ipotesi è stata avanzata da A. PERNICE, *Miscellanea zu Rechtsgeschichte und Texteskritik*, Praga, 1870, p. 35 ss., secondo il quale Aristone aveva composto dei *digesta* di cui Paolo, in D. 24.3.44.pr. avrebbe citato un commento pomponiano. Sostanzialmente della stessa opinione è O. LENEL, *Palingenesia*, I, p. 61 nt.1, che ritiene i *digesta* citati da Paolo un'opera aristoniana, ma nella palingenesi pomponiana menziona, se pur interlocutoriamente, delle *notae ad Aristonis digesta* (Id., *Palingenesia*, II, cit., p. 79). Il passo è, peraltro, citato da Lenel nella palingenesi di Pomponio, come già nota-va E. STOLFI, *Studi* I, cit. Sulla stessa linea, se pur con qualche incertezza, F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 410; non netta la posizione di R.A. BAUMAN, *Lawyers*, cit., p. 219 s. e nt. 172, il quale cita i *digesta* come lavoro aristoniano, senza escludere l'eventualità dell'opposta alternativa. Decisamente per un'attribuzione al giurista traiano dell'opera, P. FREZZA, *'Responsa' e 'quaestiones'. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, XXIII, 1967, p. 209; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2004, p. 278; infine A. SCHIAVONE, *Linee*, cit., p. 208 s. (= *Ius*, cit., p. 358), V. SCARANO USSANI, *Il 'probabilismo'*, cit., p. 332, nt. 148 (i quali sottolineano il ruolo di Aristone nella scelta di riproporre un genere letterario che aveva caratterizzato la fine dell'età repubblicana), e, da ultimo, sulla stessa linea, P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 197 ss.

⁹⁰ In questo senso, TH. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, in *Gesammelte Schriften*, II – *Juristische Schriften*, Berlin², 1905, p. 23; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 700, che, in realtà, si mostra piuttosto prudente – «diese *Digesta*, wer nun auch der Herausgeber sein mag»; T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 147. Di opinione assimilabile, P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., p. 179; A. LON-

Il prevalere dell'una o dell'altra soluzione, e forse questo non è stato sufficientemente enfatizzato, introduce un elemento di novità non trascurabile nella storia della letteratura giuridica romana: se dovessimo riconoscere in Aristone l'autore di un'opera di *digesta*, essa rappresenterebbe l'anello di congiunzione tra l'omonima opera di Aufidio Namusa e il molto più esteso scritto celsino; se dovessimo attribuirlo a Pomponio, saremmo di fronte a un'ulteriore lavoro del prolifico giurista adrianeo, cristallizzazione letteraria del debito scientifico e culturale che il giureconsulto del II secolo riconosceva al più anziano giurista⁹¹.

Come notava anni orsono Remo Martini⁹², nel contributo a cui ho già fatto riferimento, uno studio del passo svolto in

GO, *Titius Aristo*, cit., p. 50, che, però, pur propendendo per l'attribuzione a Pomponio, lascia sostanzialmente aperta la questione e, più recentemente, R. MARTINI, *Pomponii Digesta*, cit., p. 801 ss. (che, come diremo, dedica all'opera l'unica approfondita trattazione); T. MASIELLO, *Le quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari, 1999, p. 29, nt. 57.

⁹¹ Ritenendo di abbracciare questa prospettiva, la forma dell'opera rappresenterebbe, peraltro, un *unicum* nella storia della produzione letteraria della giurisprudenza romana, non trattandosi di annotazioni – di recente sul tema, E. STOLFI, *Primi appunti*, p. 1499 ss. Potremmo eventualmente tentare un parallelo solo con i *digesta* di Alfeno – su cui, per tutti, L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940; H.J. ROTH, *Alfeni Digesta: eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin, 1999; G. NEGRI, *Per una stilistica dei digesti di Alfeno*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano: dall'età dei pontefici alla scuola di Servio (Atti del seminario di San Marino, 7-9 gennaio 1993)*, a cura di D. MANTOVANI, Torino, 1996, p. 135 ss.; H.J. ROTH, *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin, 1999 (rec. V. CARRO, *Su Alfeno Varo e i suoi «Digesta»*, in *Index*, 2002, p. 235 ss.); M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana – Prolegomena I* –, Torino, 2010, p. 10 ss. –, ma la scarsità di notizie non consente un vero e proprio confronto. Nel momento in cui impostassimo un parallelo, tuttavia, per ciò solo si aprirebbero spazi nuovi di riflessione, su Aristone e su Pomponio.

⁹² R. MARTINI, *Pomponii Digesta*, cit., p. 796. All'Autore dobbiamo la trattazione più approfondita compiuta sul passo nella nostra prospettiva. Egli proiettava opportunamente l'interpretazione del frammento sullo sfondo del rapporto Aristone–Pomponio, fondando, però, interamente su questo punto la sua intera congettura. La frequenza dei richiami, sempre concordi, di Pomponio ad Aristone sarebbero un presupposto logico di un'opera di commento; Pomponio avrebbe potuto udire direttamente Aristone, ragione per cui a lui dobbiamo la trasmissione di gran parte delle opinioni aristoniane, anche di

rapporto al contesto può aiutarci a comprendere. Ed è ciò che mi propongo di fare allargando ulteriormente il campo rispetto alle considerazioni svolte dallo studioso senese e contemporaneamente non perdendo di vista la tecnica espressiva di Paolo.

Una prima considerazione, del tutto esterna, deve essere fatta circa il silenzio delle altre fonti, dal momento che un'opera intitolata *digesta* non è citata altrove, né in relazione ad Aristone né a Pomponio. Si tratta di un silenzio che avrebbe un peso diverso, a seconda del giurista in relazione al quale dovessimo pensarlo. Se ritenessimo di attribuire l'opera al giureconsulto adrianeo, infatti, il fatto di non averne altre notizie risulterebbe alquanto singolare, considerato che non conosciamo opere a lui attribuibili al di fuori di quelle richiamate nella compilazione giustiniana. Inoltre, se pure ammettessimo che i compilatori avevano avuto a disposizione dei *digesta* pomponiani e non ne avevano usato alcun frammento – circostanza che non possiamo escludere in via di principio, ancorché poco verosimile –, non appare però credibile che neppure i giuristi posteriori a Pomponio, a eccezione di Paolo, non ne avessero mai fatto menzione. *L'ad edictum* dello stesso giurista, ad esempio, che pure non conosciamo per tradizione diretta, è tuttavia a noi noto attraverso un discreto numero di rinvii, in particolare di Paolo e Ulpiano. Meno improbabile ma comunque meritevole di rilievo, è inoltre il fatto che Ulpiano,

quelle che ci sono giunte dalle opere di altri giuristi. Tutte queste circostanze fondano la suggestione per cui, disponendo di molto materiale aristoniano, Pomponio avrebbe redatto una «raccolta di opinioni aristoniane». Questa collazione di pareri, provenienti da tradizione orale e scritta, secondo Martini, sarebbe andata sotto il nome di *digesta* e Paolo l'avrebbe citata in modo singolare perché il suo contenuto era, sì, costituito da materiale aristoniano, ma raccolto non da Aristone, bensì da Pomponio. L'intera congettura, però, formulata a valle di riflessioni in sé condivisibili, presenta il difetto di essere fondata sull'unico presupposto che Pomponio avesse raccolto i pareri del più anziano giureconsulto in ragione del suo interesse per il pensiero aristoniano. Anche la circostanza che il giurista adrianeo avesse potuto udire direttamente Aristone o che, addirittura, ne fosse stato discepolo, come ho accennato sopra, non si basa su presupposti solidi e non può comunque di per sé assumere un valore dirimente nel giustificare la possibilità che egli avesse redatto una raccolta di sue opinioni.

aduso a ricordare opinioni aristoniane su questioni giuridiche di una certa importanza proprio attraverso la mediazione del giureconsulto adrianeo⁹³, non richiamasse mai un'opera pomponiana contenente materiale aristoniano. Se, viceversa, riteniamo che l'opera sia attribuibile ad Aristone, il fatto che essa fosse citata in questa sola circostanza appare meno inspiegabile, tenendo conto dello stato della tradizione del pensiero aristoniano.

Ma torniamo alla lettera del passo. Come si diceva, la citazione aristoniana, che Paolo legge da Pomponio – *est relatum apud Sextum Pomponium* –, è costituita dal rinvio a un'opinione di Nerva e Cato – *Nerva et Cato responderunt* –, alla quale si era richiamato Aristone – qualunque sia il significato da attribuire all'*ab Aristone*, su cui torneremo, questo è il senso che dobbiamo trarne –, e che a sua volta Pomponio approvava, come indica chiaramente la frase finale, *ibidem Aristoni consensit*.

Un ulteriore elemento di incertezza, solo tangente all'attribuzione dell'opera, riguarda l'identità del Cato citato insieme a Nerva, un dubbio che si è posto in una prospettiva sostanziale, in relazione al dibattito sull'*actio rei uxoriae* ma anche in ragione della incerta plausibilità di una citazione doppia di giureconsulti così distanti nel tempo e proposti secondo un ordine cronologico invertito. Lenel, per primo, aveva ritenuto di dover sostituire Cato con Capito⁹⁴ e l'indicazione sembra condivisibile. Appare logico pensare che Aristone, e quindi Paolo, richiamasse insieme due giureconsulti, Nerva e Capitone, al lavoro nello stesso torno di anni⁹⁵, piuttosto che citare un giurista attivo nel primo principato assieme ad uno ben più ri-

⁹³ Sul punto, E. STOLFI, *Studi*, I, cit., p. 511 ss.

⁹⁴ O. LENEL, *Paligenesia*, I, cit., p. 61, nt. 2, seguito da A. ESMEIN, *La nature originelle de l'action rei uxoriae*, in *NRHDFE*, 17, 1893, p. 166 e nt. 2; P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, Milano, 1908, p. 968, nt. 2; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Milano, 1963, p. 467.

⁹⁵ Ciò si accorderebbe anche con le preferenze dimostrate da Paolo nella scelta dei suoi referenti: che egli si rivolgesse soprattutto al pensiero dei giureconsulti tardo repubblicani o del primo principato è stato notato, per quanto riguarda l'*ad edictum*, recentemente da G. LUCHETTI, *Paolo e i commenta-*

salente come Catone. Ciò, tuttavia, non ci autorizza a ritenere non percorribile anche l'ipotesi opposta, che salverebbe il dettato del testo, in ragione della considerazione per la quale i giureconsulti romani non appaiono sempre rigidi nel rispettare la priorità cronologica nelle citazioni dei *prudentes* a loro precedenti⁹⁶. La scelta tra *Cato* o *Capito*, ad ogni modo, non sposta molto nella nostra prospettiva. Ciò avviene, invece, se seguiamo l'altra proposta, avanzata da Paul Krüger e seguita da Remo Martini⁹⁷ i quali sostituiscono *Cato* con *Aristo*, non solo per ragioni di consequenzialità cronologica, ma soprattutto per la motivazione, esplicitata dallo studioso senese, secondo cui «per poter concordare con Aristone, Pomponio avrebbe dovuto riferirne il pensiero, mentre qui si direbbe che nei *digesta* di cui è parola venisse riferito solo un pensiero dato da altri giuristi». È proprio la necessità indicata da ultimo ad apparire, però, a mio avviso, immotivata: poiché nessuno nega che i *digesta* in questione contenessero materiale aristoniano, non vi è necessità di cercare nel frammento un ulteriore esplicito rinvio pomponiano alla posizione di Aristone. Inoltre, seguendo la tradizione delle *Littera Florentina* – su cui Theodor Mommsen non interviene –, il periodo non presenta le difficoltà di lettura che invece emergerebbero accogliendo la sostituzione di *Cato* con *Aristo*. Se lo facessimo, ci troveremo di fronte a un doppio riferimento al giurista traiano che renderebbe superfluo e oscuro l'accordo espresso da Pomponio in conclusione; in base all'emendazione proposta, cioè, il giurista adrianeo avrebbe riferito due responsi concordi di Nerva e Aristone e, qualche rigo più in basso, per indicare il suo accordo con loro, avrebbe richiamato Aristone e omesso Nerva. La lettura non apparirebbe implausibile considerando che Pomponio avrebbe comunque conosciuto il pensiero di Nerva tramite Aristone, ma la tecnica di citazione per rendere questa catena di rinvii risulterebbe inusuale e scarsamente linea-

ri edittali, cit., p. 42 ss., part. p. 46; cfr. M. BRUTTI, *Il tempo delle crisi*, cit., p. 35 e nt. 155.

⁹⁶ Obiezione mossa da T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit*, cit., p. 37 ss.

⁹⁷ R. MARTINI, *Pomponii Digesta*, cit., p. 806. P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., p. 630, nt. 15.

re. La costruzione più immediata, e a mio parere anche la più corretta, vede quindi Aristone richiamare l'opinione di Nerva e Capitone, e affidare a loro il suo pensiero, citato in adesione da Pomponio⁹⁸.

Tornando alla tecnica di citazione, dicevo, essa appare piuttosto singolare, considerata nel complesso della scrittura paolina. La ricognizione dei richiami introdotti da *apud*, in genere⁹⁹, non consente di stabilire una rigida equazione tra uso della preposizione e tipologia di richiamo¹⁰⁰, ma tendenzialmente rinvia alla situazione in cui il giurista citante legge l'opinione richiamata dal giurista citato immediatamente dopo l'*apud*¹⁰¹, e quindi ci dice che, nel nostro caso, Paolo legge da Pomponio, circostanza che, come si diceva, appare indubbia.

Stringendo il campo e venendo ai contesti in cui Paolo introduce il pensiero dei giuristi anteriori con un *apud*, possiamo isolare i seguenti, non numerosi, passaggi:

- D. 3.5.20.pr. (Paul. 9 *ad ed.*) *Servius respondit, ut est relatam apud Alfenum libro trigesimo nono digestorum*
- D. 17.2.65.8 (Paul. 32 *ad ed.*) *quod Servius apud Alfenum ita notat*
- D. 39.3.2.1, 4, 6 (Paul. 49 *ad ed.*) *apud Labeonem proponitur ... apud Ateium vero relatam est ... apud Namusam relatam est*
- D. 39.3.11.2 (Paul. 49 *ad ed.*) *apud Ferozem Proculus ait*

⁹⁸ Se il materiale dei *digesta* è da considerarsi, comunque, aristoniano, risulterebbe normale che il giurista traiano, nell'esprimere una sua opinione, avesse riportato e discusso il pensiero di due giuristi precedenti e che Pomponio, anche qualora lo si ritenesse autore dell'opera, non avesse alterato l'originale struttura del ragionamento aristoniano.

⁹⁹ *VIR I*, 1903, 472 ss.

¹⁰⁰ Una ricognizione in questo senso, a partire da una citazione pomponiana di Labeone (D. 35.1.6.1 [Pomp. 3 *ad Sab.*]) è stata compiuta da G. COSSA, *Regula sabiniana. Elaborazioni giurisprudenziali in materia di condizioni impossibili*, Milano 2013, p. 286 ss., le cui conclusioni sono pienamente condivisibili, anche se il suo ragionamento non può essere integralmente riproposto per il nostro frammento, il quale presenta, come sostanziale variante, l'assenza del riferimento alla *scriptura* (*apud Labeonem scriptum*) che in D. 35.1.6.1 è invece presente.

¹⁰¹ A. WATSON, *The law of succession in the later roman republic*, Oxford, 1971, p. 104, nt. 2.

- D. 50.16.77 (Paul. 49 ad ed.) *Iulianus scribit quae Servius apud Alfenum ... putat*
- D. 19.1.42 (Paul. 2 quaest.) *ita apud Labeonem relatum est*
- D. 45.3.20.1 (Paul. 15 quaest.) *apud Labeonem ita scriptum est*
- D. 48.10.14 (Paul. 22 quaest.) *et inveni Marcellum apud Iulianum adnotasse ... adicit iste*
- D. 32.78.6 (Paul. 2 ad Vit.) *postea apud Aburnium Valentem inveni ita relatum ...*
- D. 24.1.28.3 (Paul. 7 ad Sab.) *apud Plautium placuit*

Si tratta di contesti molto variegati nei quali la costruzione introdotta dalla preposizione si presta a rendere rinvii eterogenei come tipologia e situazione. Tra questi, però, è la citazione di Servio–Alfeno tratta dal IX libro *ad edictum* e conservata in D. 3.5.20.pr., a richiamare la nostra attenzione in ragione della struttura nel complesso simile alla nostra. E immediatamente potremmo essere indotti a stabilire un suggestivo parallelo tra le coppie Servio–Alfeno da un lato e Aristone–Pomponio dall’altro¹⁰². Ad uno sguardo più attento, però, il paragone appare assai fragile, se non azzardato. Poniamo le due fonti a confronto:

D. 3.5.20.pr. (Paul. 9 ad ed.): ***Nam et Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigensimo nono digestorum: cum a Lusitanis tres capti essent et unus ea conditione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi edisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti nolisset et ob hanc causa milli pro tertio quoque pecuniam solvissent: Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.***

D. 24.3.44.pr. (Paul. 5 quaest.): *Si socer a genero heres institutus adierit hereditatem, quandoque mortuo patre cum herede eius filiam de dote acturam Nerva et Cato responderunt, ut est relatum apud Sextum Pomponium digestorum ab Aristone libro quinto: ibidem Aristoni consensit.*

¹⁰² La similitudine è riconosciuta anche da M. GARCIA–GARRIDO, F. REINO–BARBERO, *Digestorum similitudines*, Madrid, 2004, XI, n. 9407, p. 201. Su D. 3.5.20, per tutti, M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 259 ss. e, da ultimo, F. MATTIOLI, *Commento*, in G. LUCHETTI, M. BEGGIATO, S. DI MARIA, F. MATTIOLI, E. PEZZATO, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus. Ad edictum libri IV–XVI*, Roma–Bristol, 2022, p. 170 ss.

La citazione dell'*ad edictum* è chiara e indica con sicurezza che Paolo aveva letto direttamente i *digesta* di Alfenio¹⁰³ e che da quel contesto aveva isolato il responso di Servio. Se consideriamo il tratto di D. 24.3.44.pr. che va da *ut est relatum* alla fine e togliamo *ab Aristone*, i due richiami sono in effetti esattamente sovrapponibili. La loro identità dovrebbe far pensare che *digestorum libro quinto* si riferisca a *Sextum Pomponium* e che quindi i *digesta* in questione siano opera del giurista adrianeo, proprio come il *libro trigesimo nono digestorum* indicato in D. 3.5.20.pr. è un luogo alfeniano.

Nel richiamo del commentario all'editto, Paolo riportava un responso di Servio, il cui pensiero resta esterno allo schema di citazione analizzato e che ha il proprio parallelo, non nell'opinione di Aristone ma nella citazione aristoniana di Nerva e Catone. Nel confrontare, quindi, i due passi dobbiamo isolare, da un lato *Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum...*, e dall'altro *Nerva et Cato responderunt, ut est relatum apud Sextum Pomponium...*, mentre la presenza nella seconda parte del nostro richiamo del complemento *ab Aristone*, marca in modo significativo la distanza tra i due contesti, mostrando in tutta evidenza come il nodo della traduzione di D. 24.3.44.pr. e della sua attribuzione di senso non possa essere sciolto lasciando in secondo piano l'espressione *ab Aristone*, un *hapax* tra le citazioni dei giuristi romani che denuncia la stretta connessione tra i citati *digesta* e il nome stesso di Aristone.

La spiegazione più logica sembrerebbe derivare dalla semplice traduzione del passo così come lo leggiamo. Il complemento d'agente mostrerebbe, cioè, che il materiale contenuto in questi *digesta* fosse aristoniano e potremmo rendere così l'intero passaggio: 'come riferisce Sesto Pomponio, nel primo libro dei *digesta* tratti da (composti da materiale tratto da) Aristone'. L'*ab Aristone*, cioè, con una costruzione del tutto inusuale starebbe a indicare un altrettanto inusuale rapporto tra il giurista a cui devono ascrivere le opinioni – in questo caso Aristone – e l'opera scientifica che le tramanda – attribuibile qui a Pomponio –, il quale avrebbe semplicemente

¹⁰³ Cfr. M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., p. 261.

raccolto e edito materiale sparso, proveniente dalla produzione aristoniana.

Dovendo però sciogliere anche la frase conclusiva, *ibidem Aristoni consensit*, potremmo immaginare di tradurre *ibidem*, ‘qui, nel medesimo luogo’¹⁰⁴, riferendolo ancora ai *digesta*, a indicare che in quell’opera Pomponio aveva chiosato il pensiero del giurista traiano con un commento. Tuttavia, l’avverbio di luogo riferito al generico *relatum est*, ‘e qui acconsente con Aristone’, apparirebbe una puntualizzazione eccessivamente scrupolosa.

Se in effetti distinguiamo le sorti della prima parte della citazione, *ut est relatum apud Sextum Pomponium*, dalla seconda, *digestorum ab Aristone libro quinto*, possiamo scindere la formula tipica *ut est relatum apud*, che indica il luogo da cui Paolo traeva l’opinione citata – un contesto certamente pomponiano –, dalla seconda parte che indicherebbe il luogo da cui il giurista adrianeo aveva tratto la tradizione di Nerva e Catone (Capitone). Sembra assai probabile che le due parti descrivessero due passaggi logici distinti, corrispondenti a due contesti letterari diversi: la citazione da Pomponio e la provenienza da una non specificata opera del giurista adrianeo da un lato, e la derivazione aristoniana della citazione di Nerva e Catone letta da Paolo in Pomponio – comprensiva dell’indicazione del contesto in cui originariamente essa si trovava, e cioè i *digesta* aristoniani – dall’altro.

L’assoluta singolarità della resa stilistica del richiamo ai *digesta* aristoniani, dunque, dipenderebbe dall’accavallarsi di due tradizioni che Paolo era evidentemente interessato a rendere nella loro profondità per mantenere la ‘catena delle approvazioni’: di Aristone nei confronti di Nerva e Catone/Capitone, e di Pomponio nei confronti del giurista traiano che li aveva richiamati. Ma dipenderebbe anche dalla necessità di conservare questa visione prospettica non tralasciando contemporaneamente di indicare i contesti di provenienza e salvaguardando la sensazione di uno stringente dialogo dottri-

¹⁰⁴ A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, Patavii, 1940, II, p. 697; *Thesaurus linguae latinae*, VII.1, Lipsia, 1954, p. 154 ss.

nale nel contenuto spazio di una citazione. La ricercata brevità, che imponeva la concentrazione in poche parole di distinti messaggi di senso, aveva dato vita a un richiamo che, sciolto secondo le costruzioni più comuni presso la giurisprudenza, avrebbe impegnato Paolo in una parafrasi ben più lunga. Mentre il bisogno di concentrare diverse esigenze aveva indotto Paolo a comporre una citazione di difficile lettura e inusuale, con quell'*ab Aristone* che rimane quasi staccato dal resto del testo¹⁰⁵. Nella stessa direzione, potremmo immaginare altrimenti che qualcosa, nella trascrizione del passo, possa essere caduto. Ad ogni modo, è proprio il passaggio sottinteso o caduto rispetto a quel complemento, nella sua assoluta singolarità, a permettere di svelare la concatenazione logica tra le parti e le funzioni affidate da Paolo al complesso richiamo.

Possiamo, quindi, immaginare come implicito nell'*ab Aristone* o caduto al suo fianco, un *compositorum* o un participio simile – *digestorum ab Aristone <compositorum> libro quinto* –, che consente di leggere il luogo di provenienza della citazione nel richiamo dei *digesta* aristoniani e, consequenzialmente, di interpretare quel complemento come la precisazione della paternità aristoniana della prima approvazione. *Ab Aristone*, quindi, stava a indicare, nell'origine dei *digesta*, allo stesso tempo la fonte e l'autore dell'opera, con una puntualizzazione che permetteva a Paolo di gettare un ponte verso la successiva approvazione pomponiana. Egli sottolineava così l'attribuzione aristoniana della citazione ed esaltava la personificazione del richiamo, ponendo in evidenza il ruolo del giurista traiano come mediatore tra la posizione di Nerva-Catone/Capitone, e quella di Pomponio.

Se, dunque, il giureconsulto adrianeo richiamava, in un'opera non specificata da Paolo, una riflessione aristoniana proveniente dal V libro dei *digesta* di quest'ultimo, in cui il giurista traiano a sua volta citava l'opinione concorde dei due autori precedenti – e vi acconsentiva –, dobbiamo rivedere anche la traduzione del conclusivo accordo pomponiano. In via di

¹⁰⁵ *Hoc video dum beviter voluerim dicere, dictum a me esse paulo obscurius* di ciceroniana memoria (*de or.* 1.41.187).

principio non appare scorretto che *ibidem*, nel senso sopra indicato di ‘qui, in quel luogo’ si riferisca all’opera pomponiana richiamata senza precisarne il titolo, ma la distanza tra l’avverbio e il suo punto di riferimento – tra cui si frappone l’indicazione dell’opera aristoniana – induce a pensare che *ibidem* venisse impiegato nel significato traslato di ‘in questo caso, nello stesso caso’¹⁰⁶.

Dovremmo quindi leggere l’intera citazione come segue: ‘Nerva e Catone/Capitone risposero [...], come è riferito da Sesto Pomponio <che cita> dal quinto libro dei *digesta* di Aristone (traendolo da Aristone): e <Pomponio> acconsente con Aristone sullo stesso caso’¹⁰⁷, attribuendo al giurista traiano l’opera poi ripresa da Pomponio.

Ciò detto, dobbiamo interrogarci circa la ricostruzione della struttura e del contenuto dell’opera. Anche qui non si può che procedere per via indiziaria e solo per brevi accenni, anche se il tema merita un ulteriore approfondimento. Come si diceva, di questi *digesta* non abbiamo altra notizia al di fuori della testimonianza di D. 24.3.44.pr. e il passo non fornisce alcuna

¹⁰⁶ A. FORCELLINI, *Lexicon*, cit., p. 697; *Thesaurus*, VII.1, cit., c. 155.

¹⁰⁷ Tornando ad un confronto con il passo paolino conservato in D. 3.5.20.pr., potremmo rilevare anche un’altra anomalia nella nostra citazione: in D. 24.3.44.pr. l’indicazione del libro è successiva al titolo dell’opera, come dovremmo aspettarci rispetto all’usuale costruzione: leggiamo cioè *digestorum...libro quinto*, e non *libro quinto digestorum*. Un’analoga inversione è riscontrabile solo un’altra volta tra tutte le citazioni per libro presenti nel Digesto, in riferimento ai *digesta* di Alfeno, richiamati in un passo del V libro dei *posteriora* labeoniani epitomati da Giavoleno: D. 28.1.25 (Iav. 5 post. Lab.), *Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere quam fecisse Varus digestorum libro primo Servium respondisse scripsit: itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare: ego nec Servium puto aliud sensisse*. Questa difformità, tuttavia, non ha una sostanziale importanza nell’economia del testo ai nostri fini: non condiziona la lettura del frammento e non può neppure farci dubitare della sua autenticità. Potremmo, indifferentemente e senza conseguenze, pensare a un intervento della commissione giustiniana di lettura – o di un copista – che ha invertito i termini della locuzione, o, meglio, riconoscere l’uso paolino di uno schema inusuale, presente quindi già nell’opera originale.

indicazione tale da permetterci di ricostruirne la struttura, se non che il lavoro si articolava almeno in cinque libri.

Alcuni studiosi, basandosi sulle supposizioni più varie, hanno tentato di ipotizzarne il contenuto: vi è accordo sul fatto che si trattasse di una raccolta di materiale vario, una mera *collatio* di opinioni date in varie forme da Aristone, che «non alterò la natura primitiva del materiale usufruito» – come sosteneva Longo alla fine dell'800, esprimendo un'opinione che molti avrebbero più o meno apertamente condiviso¹⁰⁸. Pernice attribuiva all'opera, in cui sarebbero confluiti pareri di vario tipo, un ordine sistematico, ma non ipotizzava quale¹⁰⁹. Lenel immaginava che contenesse «responsa sententias opiniones in primis Labeonis Sabini Cassii»¹¹⁰, comprendendovi quindi anche i frammenti in cui altri studiosi hanno riconosciuto l'indizio della composizione di *notae* a Labeone, Sabino e Cassio¹¹¹. Mommsen, a sua volta, li indicava come una raccolta di tutte le opinioni del giurista traiano provenienti da *notae, decreta, responsa* e lettere, ma non pareri orali, che sono invece compresi nell'opera da Martini¹¹². Karlowa riteneva che si trattasse di un «riordino e pubblicazione» di «*epistulae, responsa, Entscheidungen*», fonti che non avrebbero trovato collocazio-

¹⁰⁸ A. LONGO, *Titius Aristo*, cit., p. 41 ss. Tutti i pareri aristoniani citati e costituenti la palingenesi sarebbero attribuibili, secondo l'Autore, ad altre opere. Sarebbe naturale, perciò, pensare che questi *digesta* non avessero rappresentato che la riunione dei «frutti dell'attività scientifica del giurista, i quali, per loro natura non costituivano un tutto sistematico» e che avrebbero rischiato di andare dispersi. Secondo Longo, insomma, l'opera avrebbe raccolto pareri espressi originariamente in varie forme, escluso le *notae* ai giuristi precedenti contenuti in opere autonome. La posizione dello storico, tuttavia, è piuttosto debole, priva di effettivi punti di riferimento nelle fonti.

¹⁰⁹ A. PERNICE, *Miscellanea*, cit., p. 35 ss. Egli ritiene fossero assimilabili al modello dei *digesta* di Celso e Marcello, e non a quelli di Alfeno, che erano una raccolta di *responsa*.

¹¹⁰ O. LENEL, *Palingenesia*, cit., p. 61, nt. 1.

¹¹¹ Lenel lo dice esplicitamente, così precisando il discorso appena richiamato: «huc pertinere fragmenta illa, ex quibus notas eum ad auctores illos [Labeone, Cassio, Sabino] scripsisse et Mommsen et alii collegerunt, v. fr. 37, 74; 11, 12, 48; 8, 9, 60».

¹¹² TH. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, cit., p. 23; R. MARTINI, *Pomponii Digesta*, cit., p. 803 ss.

ne in eventuali altre opere composte dal giurista¹¹³. Da ultimo, Starace ritiene che si trattasse di «un'opera omnia nella quale [Aristone] raccoglieva organicamente tutti i suoi apporti di pensiero manifestati in diverse forme e occasioni nell'esercizio dell'attività respondente e avvocatesca»¹¹⁴. Nel complesso, con l'eccezione di Starace, queste interpretazioni sembrano alludere a una certa disorganicità della raccolta aristoniana, un'opera priva di una logica interna di sistemazione dei materiali paragonabile a quelle precedenti o successive dello stesso genere, una sorta di zibaldone di materiali che non avrebbero trovato sistemazione in opere differenti. Tale conclusione può essere suggerita solo dalla reticenza ad accostare al nome di un giureconsulto dalla biografia intellettuale così incerta quale Aristone, un lavoro organico e definito sulla scia di quelli dello stesso tipo. Ma la scarsità di indizi non può essere di per sé una ragione per escludere che lo scritto aristoniano facesse parte della tradizione di quel genere letterario, né vale a negarlo la povertà dei riferimenti a nostra disposizione. Se un dato emerge, ancorché incerto e arduo da interpretare, credo che meriti di essere preso per quello che è, sia che esso consenta, grazie ad uno studio ulteriore, un progresso di consapevolezza storiografica, sia che tocchi ammettere di fermarsi all'acquisizione del dato.

E dunque, non vedo motivi per non seguire l'opinione per primo avanzata da Fritz Schulz il quale, propendendo per l'interpretazione più lineare che la maggioranza degli studiosi

¹¹³ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 700. Va tenuto presente che Karlowa, a differenza di Mommsen, ritiene probabile un rapporto diretto tra Aristone e Pomponio, il che lo induce a pensare, accettando la paternità pomponiana dell'opera, che una parte del materiale contenuto fossero opinioni formulate oralmente dal giurista traiano.

¹¹⁴ P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 215. L'Autrice ipotizza anche che «l'organizzazione interna dei *Digesta* di Aristone [...] potesse risentire in qualche misura del modello del sistema civilistico sabiniano, di ascendenza muciana» (EAD., *op. cit.*, p. 206) e da essa sarebbero tratte tutte le annotazioni al pensiero dei giureconsulti precedenti discusse a proposito delle *notae*. L'opera sarebbe stata composta di una prima parte dedicata alle questioni più strettamente relative al *ius civile* e organizzate secondo lo schema sabiniano-cassiano, e una seconda dedicata allo *ius honorarium* sullo schema dell'editto che si apprestava ad essere stabilizzato (EAD., *op. cit.*, p. 215 s.).

sembra aver voluto tenere ai margini, inseriva l'opera aristoniana nel solco della tradizione del genere letterario dei *digesta*. E se i *digesta* consistevano in raccolte di casi particolarmente complessi discussi dai giuristi in *responsa* o al di fuori di contesti letterari, tali lo studioso inglese riteneva fossero anche i *digesta* aristoniani, un'opera definita «originale» e dal «contenuto casistico», aggiungendo, coerentemente con la sua chiave interpretativa sulla storia della giurisprudenza romana, «a somiglianza di tutte le opere così intitolate»¹¹⁵. Se non per la motivazione finale, la posizione mi pare del tutto condivisibile.

Uno sguardo a una parte delle testimonianze del pensiero del nostro giurista, peraltro, ci rivela un materiale perfettamente compatibile con la struttura, gli argomenti e l'impostazione del genere letterario dei *digesta*: come ho accennato, frequenti sono i passi riconducibili all'impostazione problematica, *responsa* ed epistole contenenti consulenze su questioni pratiche, opinioni esposte secondo la struttura triadica della trattazione delle questioni – impostazione del caso, proposta della soluzione e fondamenti, *rationes*, della soluzione stessa –, uno schema declinato in modo vario e che prevede anche piccole trattazioni teoriche, riflessioni per analogia e gusto per il dettaglio.

Opera tipicamente casistica come quelle dello stesso genere attribuite ad altri giuristi, dunque, i *digesta* aristoniani potevano aver rappresentato l'anello di congiunzione tra i primi scritti di questo tipo attribuibili ad Alfeno e Namusa, e le grandi raccolte di Celso e, soprattutto, Giuliano¹¹⁶, ma di dimensioni ben più contenute rispetto ai 90 libri dei *digesta* giu-

¹¹⁵ F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 410. Egli definisce i *digesta* in genere raccolte di casi particolarmente complessi affrontati dai giuristi in *responsa* o in circostanze diverse da precedenti scritti. Tali ritiene fossero anche i *digesta* di Aristone: un'opera 'originale'. Dello stesso avviso P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., p. 180; A. SCHIAVONE, *Linee*, cit., p. 208 s. (= *Ius*, cit., p. 358) e V. SCARANO USSANI, *Il 'probabilismo'*, cit., p. 332, nt. 148.

¹¹⁶ Così, esplicitamente, A. SCHIAVONE, *Linee*, cit., p. 208 s. (= *Ius*, cit., p. 358).

lianei, sebbene forse più estesi rispetto a quella di Alfeno, che dovevano raggiungere i 40 libri¹¹⁷.

Ponendo su uno stesso piano gli scritti di questo genere – di Alfeno, Celso, Giuliano e Marcello¹¹⁸ –, e operando un'estrema semplificazione, è possibile azzardare un'ipotesi circa la loro estensione. Prendiamo come punto di riferimento la sezione dello scritto in cui doveva collocarsi la citazione conservata in D. 24.3.44.pr., ovvero quella corrispondente al titolo edittale *de re uxoria*, e tentiamo di fare delle proporzioni considerando i dati conosciuti per ciascun autore di *digesta*. La stessa sezione che Aristone trattava nel libro quinto, Giuliano la poneva al diciottesimo su 90 libri, Celso al libro nono su 39, e Marcello solo due libri prima, nel settimo, sempre su un totale di 39. Come si vede, esiste un sostanziale equilibrio nell'approfondimento delle casistiche riferite ai vari titoli: se consideriamo il numero totale dei libri delle singole opere, le questioni poste sotto la stessa rubrica edittale si collocano tutte nella medesima posizione rispetto alle proporzioni generali dell'opera.

Riguardo ad Alfeno, e facendo riferimento ai *digesta* epitomati da Paolo, non possiamo avanzare un'ipotesi altrettanto ponderata dal momento che le testimonianze tratte da quest'opera e che i compilatori hanno selezionato, si fermano alla rubrica *de legatis*, conservata nell'ottavo libro ed erano disposti secondo un ordine probabilmente differente¹¹⁹. Possiamo tuttavia ipotizzare, prendendo come riferimento proprio questo ultimo dato e operando una proporzione con i corrispondenti libri ricondotti alla rubrica *de legatis* in Giuliano – e cioè ai libri da XXXII a XXXVIII –, che l'epitome paolina dei

¹¹⁷ Si cfr. lo stesso D. 3.5.20.pr. (Paul. 9 *ad ed.*) in cui si cita un trentanovesimo libro, e Gell. *noct. Att.* 7.5.1, in cui è richiamato il trentaquattresimo.

¹¹⁸ Lasciamo da parte le omologhe opere di Aufidio Namusa, per cui non abbiamo sufficienti riferimenti, e di Marciano, sul cui scritto di *digesta* abbiamo un unico riferimento, un frammento che l'*inscriptio* indica come tratto dal VII libro dei *digesta* di Marciano (*Marcianus libro septimo digestorum*) e che Lenel attribuisce allo stesso luogo di Marcello, deducendo un errore sul punto dei compilatori.

¹¹⁹ Sulla doppia tradizione dei *digesta* di Alfeno, un analitico resoconto bibliografico e dei problemi posti, in G. COSSA, 'Regula sabiniana', cit., p. 176 s. e nt. 9.

digesta alfeniani consistesse in circa 15 libri, riferimento che conferma la proporzione delle altre tre opere.

Appurato un certo equilibrio tra le strutture degli scritti appartenenti al genere letterario dei *digesta*, possiamo operare una semplice equazione, sfruttando i dati di cui disponiamo, e cioè il totale dei libri dei *digesta* giulianeî – 90 – e la collocazione al libro XVIII della rubrica *de dotibus*, da un lato, e la corrispondente collocazione aristoniana nel V libro, dall'altro. L'equazione ci direbbe che l'opera aristoniana dovrebbe aver avuto un'estensione di circa 25 libri¹²⁰. Tale proposta, chiaramente niente più di una congettura, si basa sulla supposizione che l'opera fosse strutturata secondo l'ordine dell'editto e che quindi proprio con Aristone si fosse precisata l'organizzazione interna del genere letterario dei *digesta*, una possibilità, a mio avviso, plausibile, se pure non trovi conferme in altre testimonianze.

In conclusione, torniamo alla domanda: quale doveva essere la struttura di questi *digesta*? Una risposta al quesito non può che essere del tutto congetturale, ma è possibile avanzarla osservando il contenuto e la tipologia delle opinioni aristoniane che possiamo ragionevolmente ritenere provenienti da un'opera di questo tipo, anche in conseguenza della sistemazione di altri squarci nello schema dell'opera di commento/annotazione alla materia civilistica che ho sopra proposto. Non è improbabile, a mio avviso, che Aristone avesse raccolto *responsa*, epistole, apporti problematici e questioni giuridiche complesse secondo uno schema che segue l'ordine dell'editto anticipando la scelta che sarebbe stata di Celso e Giuliano, di un ordinamento giuridico interamente racchiudibile nelle maglie di un'opera in cui non doveva misurarsi una crasi tra due mondi giuridici comunicanti ma eretti a dicotomia con i gran-

¹²⁰ P. STARACE, *Titius Aristo*, cit., p. 219 s., propone anche una datazione per l'opera, ritenendo che il giureconsulto si fosse dedicato alla sua redazione dopo la malattia che lo aveva afflitto e di cui parla Plinio, e in particolare dopo il 113 d.C. Credo però che il semplice confronto tra le informazioni deducibili dalla lettera di Plinio e la tipologia di opera non porti argomenti sufficienti a dare fondamento alla congettura, che rimane comunque un'ipotesi affascinante.

di commentari sabinano e edittali dopo di loro¹²¹. E, se questo è plausibile, il giureconsulto sarebbe stato protagonista, non solo del recupero di un genere letterario elaborato dalla giurisprudenza tardo repubblicana, ma anche dell'anticipazione di un nuovo tipo di organizzazione interna del materiale.

8. Se a una strutturazione secondo lo schema edittale possiamo pensare, credo sia lecito supporre che lo schema adoperato fosse quello dell'editto pretorio che egli aveva presente. Perciò, nel proporre una possibile sistemazione di alcuni frammenti aristoniani in una intelaiatura edittale, ho scelto di utilizzare quella ricostruita a suo tempo da Giachi in relazione all'opera di Sesto Pedio¹²², essendo questo il più vicino all'epoca in cui Aristone visse e lavorò.

Quella che segue è dunque una congettura che ha, comunque, lo scopo di presentare in un ordine dato il materiale che ritengo ad ogni modo fosse contenuto dell'opera aristoniana.

de pactis et conventionibus

D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*) *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facies: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iuliano a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a pretore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis, sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nasctur actio.*

de in integrum restitutionibus – de restitutione heredum

D. 4.4.16 (Ulp. 11 *ad ed.*) *Pomponius quoque refert libro vicensimo octavo, cum quidam heres rogatus esset fratris filiae complures res dare ea condicione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret*

¹²¹ Si veda, in questo senso, per tutti, V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi*, cit., p. 91; A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 322.

¹²² Si cfr. sul punto C. GIACHI, *Studi*, cit., p. 257 ss.

eas heredi et haec defuncto herede heredi eius cavisset se restitutam, Aristonem putasse in integrum restituendam.

[de receptis – qui arbitrium receperint, ut sententiam dicant]

D. 4.8.40 (Pomp. 11 *ex var. lect.*) *Arbiter calendis Ianuariis adesse iussit et ante eum diem decessit: alter ex litigatoribus non adfuit. Procul dubio poena minime commissa est: nam et Cassius audisse se dicentem Aristo ait in eo arbitro, qui ipse non venisset, non esse commissam: quemadmodum Servius ait, si per stipulatorem stet, quo minus accipiat. non committi poenam.*

de rebus creditis – si certum petetur

D. 12.1.9.8 (Ulp. 26 *ad ed.*) *Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi conditionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi acquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro creditori nostro.*

de rebus creditis – de pigneraticia actione

D. 20.3.3.pr. (Paul. 3 *quaest.*) *Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficitur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videmus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat.*

[locati conducti]

D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casearia fumum in superiora aedificia iure immitti posse nisi ei rei servitutum talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur su-*

periolem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti. 6. Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. Et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. 7. Idem in diversum probat: nam et in balneis, inquit, vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.

de re uxoria – soluto matrimonio dos quemadmodum petatur

D. 24.3.44.pr. (Paul. 5 quaest.) *Si socer a genero heres institutus adierit hereditatem, quandoque mortuo patre cum herede eius filiam de dote acturam Nera et Cato responderunt, ut est relatam apud Sextum Pomponium digestorum ad Aristone libero quinto: ibidem Aristoni consensit. Ergo dicerem et si emancipasset pater filiam, ipsum quoque conveniri posse.*

[de liberis et de ventre]

D. 25.4.1.13 (Ulp. 24 ad ed.) *Sed et si servus heres institutus fuerit, si nemo natus sit, Aristo scribit, huic quoque servo quamvis non omnia, quaedam tamen circa partum custodiendum arbitrio praetoris esse concedenda.*

[de tutelis]

D. 26.7.61 (Pomp. 20 epist.) *Apud Aristonem ita scriptum est : quod culpa tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere, eius aestimatio in petitione hereditatis sine ulla dubitatione fieri debet ita, si pupillo de hereditate cautum sit : cautum autem esse videtur etiam si tutor erit idoneus, a quo servari possit id, quod pupillus ex litis aestimatione subierit. Sed si tutor solvendo non*

est, videndum erit, utrum calamitas pupilli an detrimentum petitoris esse debeat perindeque haberi debet, ac si res fortuito casu interisset, similiter atque ipse pupillus expers culpa quid ex hereditate deminuisset corrupisset perdidisset. De possessore quoque furioso quaeri potest, si quid ne in rerum natura esset, per furorem eius accidisset. Tu quid putas? Pomponius : puto eum vere dicere. Sed quare cunctatus es, si solvendo non sit tutor, cuius damnum esse debeat? Cum alioquin elegantius dicere poterit actiones dumtaxat, quas haberet cum tutore pupillus, venditori hereditatis praestandas esse, sicuti heres vel bonorum possessor, si nihil culpa eius factus sit (veluti si fundo hereditario vi deiectus sit aut servus hereditarius vulneratus ab aliquo sit sine culpa possessoris), nihil plus quam actiones. Quas eo nomine habeat, praestare debeat. Idem dicendum est et si per curatorem furiosi culpa vel dolo quid amissum fuerit, quemadmodum si quid stipulatus tutor vel curator fuisset aut vendisset rem hereditariam. Impune autem puto admittendum, quod per furorem alicuius accidit, quo modo si casu aliquo sine facto personae id accidisset.

[de operis libertorum]

D. 38.1.4 (Pomp. 4 ad Sab.) *A duobus manummissus utrique operas promiserat: altero ex his mortuo nihil est, quare non filio eius, quamvis superstite altero, operarum detur petitio. Nec hoc quicquam commune habet cum hereditate aut bonorum possessione: perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur. Haec ita Aristo scripsit, cuius sententiam puto veram: nam etiam praeterituram operarum actionem dari heredi extraneo sine metu exceptioni placet. Dabitur igitur et vivo altero patrono.*

[de testamentis]

D. 28.8.5 (Ulp. 70 ad ed.) *Aristo scribit non solum creditoribus, sed et heredi instituto praetorem subvenire debere hisque copiam instrumentorum inspiciendorum facere, ut perinde instruere se possint, expedit nec ne agnoscere hereditatem.*

[de testamentis - testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur]

D. 29.2.28 (Ulp. 8 ad Sab.) *Aristo existimat praetorem aditum facultatem facere debere heredi ratione defuncti ab eo petere, penes quem depositae sunt, deliberanti de adeunta hereditate.*

(de bonorum possessionibus)

D. 29.7.9 (Marcell. 9 dig.) *Aristo negavit valere codicillos ab eo factos, qui pater familias nec ne esset, ignorasset. Ulpianus notat: nisi veteranus fuit: tunc enim et testamentum valebit.*

(de legatis)

D. 36.3.13.3 (Ner. 7 membr.) *Ei quoque, cui legatorum actio datur in eum, qui praetermissa institutione ab intestato possidet hereditatem, legatorum satisfidatur et, nisi satisfidabitur, in possessionem legatorum servandorum causa mittitur: nam haec quoque praetor perinde salva esse vult atque ea quae iure civili debentur. Idem Aristoni placet.*

[de fideicommissis]

D. 32.95 (Maec. 2 fideicom.) *‘Quisquis mihi heres erit, damnas esto dare fideique eius committo, uti det, quantas summas dicta-vero dederō’. Aristo res quoque corporales contineri ait, ut praedia mancipia vestem argentum, et hoc verbum ‘quantas’ non ad numeratam dumtaxat pecuniam referri ex dotis relegatione et stipulationibus emptae hereditatis apparet et ‘summae’ appellatio similiter accipi deberet, ut in his argumentis quae relata esset ostenditur. Voluntatem praeterea defuncti, quae maxime in fideicommissi valeret, ei sententiae suffragari: neque enim post eam praefationem adiecturum testatorem fuisse res corporales, si dumtaxat pecuniam numeratam praestari voluisset.*

[de damno infecto]

D. 39.2.18.10 (Paul. 48 ad ed.) *Sed si venditor interposuerit stipulationem, etiam id damnum continebit, quod post traditionem emptori contigerit. Quod esse iniquissimum Aristo ait, quoniam, si emptor quoque damni infecti stipulatus esset, duobus promissor eiusdem nomine obligaretur: nisi forte id contra se habeat, quia in hoc fit stipulatio, quanti ea res erit: ut possit videri nihil interesse iam venditoris.*

D. 39.2.28 (Ulp. 81 ad ed.) *In hac stipulatione venit quanta ea res erit. Et ideo Cassius scribit eum, qui damni infecti stipulatus est, si propter metum ruinae ea aedificia, quorum nomine sibi cavit, fulsit, impensas eius rei ex stipulatu consequi posse: idemque iu-*

ris esse, cum propter vitium comminis paretis qui cavit sibi damni infecti, onerum eorum relevandorum gratia, quae in parietem incumbunt, aedificia sua fulsit. In eadem causa est detrimentum quoque propter emigrationem inquilinorum, quod ex iusto metu factum est. Aristo autem non male adicit, sicut hic exigit Cassius, ut si iustus metus migrandi causam praebuerit, ita in eius personam qui fulsit eadem Cassium dicere debuisse, si iustu metu ruinae fulcire coactus est.

[de liberali causa]

D. 40.4.2 (Ulp. 5 *ad Sab.*) *Si quis ita hereditatem instituerit 'Titius heres esto. Si Titius heres non erit, Stichus heres esto. Stichus liber esto', non esse Stichum liberum Aristo ait Titio herede existente. Mihi videtur posse dici liberum fore, quasi non utique alio gradu acceperit libertatem, sed dupliciter: quo iure utimur.*

D. 40.4.46 (Pomp. 7 *ex var. lect.*) *Aristo Neratio Appiano rescripsit, testamento liber esse iussus, cum annorum triginta esset, antequam ad eam aetatem perveniret si in metallum damnatus sit ac postea revocetur, sine dubitatione cum libertate legatum ad eum pertinere neque metallorum poena ius eius mutari: nec aliud, si heres esset sub condicione institutus: futurum enim eum etiam necessarium.*

D. 40.5.20 (Pomp. 7 *epist.*) *Apud Iulianum ita scriptum est: 'Si heres rogatus servum manumittere ex Trebelliano senatus consulto hereditatem restituerit, cogi debebit manumittere, et, si latitabit vel si iusta ex causa aberit, praetor causa cognita secundum senatus consulta ad eas causas pertinentia pronuntiare debebit. Si vero servum usuceperit is, cui hereditas restituta fuerit, ipsum competit manumittere et eadem in personam eius observari conveniet, quae circa emptores custodiri solent'. An haec vera putes? Nam ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octavum et septuagesimum annum aetatis duxi, memor sum eius sententiae, qui dixisse fertur: κᾶν τὸν ἔτερον πόδα ἐν τῇ σορῶ ἔχω, προσμαθεῖν τι βουλοίμην. Bellissime Aristo et Octavenus putabant hunc servum, de quo quaeretur, fideicommissae hereditatis non esse, quia testator rogando heredem, ut eum manumitteret, non videtur de eo restituendo sensisse: si tamen per errorem ab herede datus fuerit, ea dicenda sunt quae Iulianus scribit.*

(de operis novi nunciacione)

**de incendio ruina rate nave espugnata de iniuriis
de interdictis – ne quid in loco publico vel itinere fiat. Quod in
itinere publico factum erit, ut restituatur**

D. 43.8.2.7 (Ulp. 68 *ad ed.*) *Si quis quod in publico loco positum habuit, reficere voluit, hoc interdicto locum esse Aristo ait ad prohibendum eum reficere.*

de interdictis – de aqua cottidiana et aestiva

D. 43.20.1.19 (Ulp. 70 *ad ed.*) *Aristo putat eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo iure uti, non eum, qui scit se nullum ius habere et utitur.*

de interdictis – de rivis

D. 43.21.3.6 (Ulp. 70 *ad ed.*) *Aristo et de cunicolo restituendo, per quem vapor trahitur, in balneariis vaporibus putat utilem actionem competere : et erit ducendum utile interdictum ex hac causa competere.*

de interdictis – quod vi aut clam factum erit, ut restituatur

D. 43.24.1.8 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Sed et Aristo ait eum quoque vi facere, qui, cum sciret se prohibitum iri, per vim molitus est, ne prohiberi possit.*

de interdictis – quod vi aut clam factum erit, ut restituatur

D. 43.24.3.8 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Idem Aristo putat eum quoque clam facere, qui celandi animo habet eum, quem prohibiturum se intellexerit et id existimat aut existimare debet se prohibitum iri.*

de interdictis – Quod vi aut clam factum erit, ut restituatur

D. 43.24.5.pr. (Ulp. 70 *ad ed.*) *Aut qui aliter fecit, quam denunciavit: vel qui decepto facit eo, ad quem pertinuit non facere: vel consulto tum denuntiat adversario, cum eum scit non posse prohibere: vel tamsero pronuntiat, ut venire prohibiturus, prius quam fiat, non possit. Et haec ita Labeonem probare Aristo ait.*

de interdictis – Si opus novum nuntiatum erit

D. 43.24.11.11 (Ulp. 71 ad ed.) *Aristo autem scribit non possessori esse denuntiandum: nam si quis, inquit, fundum mihi vendiderit et necdum tradiderit et vicinus, cum opus facere vellet et sciret me emisset et in fundo morari, mihi denunciaverit, esse eum tutum futurum, quod ad suspicionem clam facti operis pertineret: quod sane verum est.*

ad edictum aedilium curulium

D. 21.1.30.1 (Paul. 1 ad ed. aed. cur.) *Quas impensas necessario in curandum servuum post literam contestatam emptor fecerit, imputabit: praecedentes impensas nominatim comprehendendas Pedius: sed cibaria servo data non esse imputanda Aristo, nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit.*

ad legem Iuliam et Papiam

D. 23.2.40 (Pomp. 4 ex Plaut.) *Aristo respondit privignae filiam non magis uxorem duci posse quam ipsam privignam.*

D. 33.2.22 (Ulp. 15 ad leg. Iul. et Pap.) *'Patrimoni mei redditum omnibus annis uxori meae dari volo'. Aristo respondit ad heredem uxoris non transire, quia aut usui fructui simile esset aut huic legato 'in annos singulos'.*

V.F. 199 *Utrum in acie dumtaxat amissus an tempore belli amissus prosit? Aristo in acie amissum dumtaxat. Ego puto, per tempus belli amissum debere prodesse, ne publica strages patri noceat.*

ad legem Falcidiam

D. 35.2.1.9 (Paul. l. s. ad leg. Falc.) *Si usus fructus legatus sit (qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt), veteres quidem aestimandum totum usum fructum putabant et ita constituendum, quantum sit in legato. Sed Aristo a veterum opinione recessit: ait enim posse quartam partem ex eo sic ut ex corporibus retineri idque Iulianus recte probat. Sed operis servi legatis cum neque usus neque usus fructus in eo legato esse videtur, necessaria veterum sententia, ut sciamus quantum est.*

D. 36.1.3.3 (Ulp. 3 *fideicomm.*) *Item Pomponius scribit, si deductis legatis restituere quis hereditatem rogatur, quaesitum est, utrum solida legata praestanda sint et quarta ex solo fideicommisso detrahere possit, an vero et ex legatis et ex fideicommisso quartam detrahere possit? Et refert Aristonem respondisse ex omnibus detrahenda, hoc est ex legatis et fideicommisso. 3. Res, quae ab herede alienatae sunt, in quartam imputantur heredi.*

ad legem Aeliam Sentiam

D. 40.9.16.3 (Paul. 3 *ad leg. Ael Sent.*) *Aristo respondit a debitore fisci, qui solvendo non erat, manumissum ita revocari in servitutem debere, si non diu in libertate fuisset, id est non minus decennio: plane ea quae in fraudem fisci in sinus eius collata sunt, revocanda.*

ad senatusconsultum Trebellianum

D. 36.1.20.1 (Paul. 3 *ad Sab.*) *Te rogo, Luci Titi, hereditatem meam cum Attio partiaris: ex senato consulto Trebelliano in eum, cui restituta est hereditas, competere actiones Aristo ait, quia pro hoc accipiendum sit 'rogo hereditatem illam restituas': nec verba spectantur senatus consulti, sed sententia quibuscumque verbis, dum testator senserit, ut hereditas sua restituatur.*

D. 36.1.22 (Pomp. 22 *ad Sab.*) *Heres cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit nec cavet sibi stipulatione proposita. Similem eum esse Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt: sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci et adversus agentem doli mali exceptione uti posse eum et debitoribus denunciare, ne solveretur.*

D. 36.1.74 (Pomp. 4 *fideicomm.*) *Heres praecepto fundo rogatus erat hereditatem restituere: fundus alienus erat. Aristo aiebat videndum, utrum omnimodo penes heredem fundum esse voluit testator an ita demum, si ipsius est: sed sibi superius placere: ideoque aestimatio eius retinenda est.*

FRANCESCA TAMBURI, Nel laboratorio dei generi letterari del primo principato. Un'ipotesi su Tizio Aristone

Il saggio affronta l'irrisolta questione della produzione letteraria di Tizio Aristone, con particolare riferimento alla possibilità che il giurista sia stato autore di *notae* e all'attribuzione dei *Pomponii digesta ab Aristone* citati da Paolo nel quarto libro delle sue *quaestiones*. A seguito della disamina delle molte fonti che contengono riferimenti capaci di fornire indizi per la formulazione di un'ipotesi, è possibile ritenere che il giureconsulto traiano sia stato autore di un'opera di commento al pensiero dei giureconsulti del primo principato e di un lavoro intitolato *digesta*.

Parole chiave: Titius Aristo, *digesta*, *notae*, generi letterari, *iurisconsulti*, letteratura giurisprudenziale.

FRANCESCA TAMBURI, In the laboratory of literary genres of the first principate. A hypothesis about Tizio Aristone

The paper faces the unresolved question of the literary production of Titius Aristo, with particular reference to the possibility that the jurist was author of *notae* and to the attribution of *Pomponii digesta ab Aristone*, cited by Paul in the fourth book of his *quaestiones*. Thanks to the examination of many sources that contain references capable of providing clues for the formulation of a hypothesis, it is possible to believe that Ariston was author of a work of comment on the thought of the first principate jurisconsults and of a work entitled *digesta*.

Key words: Titius Aristo, *digesta*, *notae*, literary genres, *iurisconsulti*, legal literature.

Laura Maria Franciosi

LE CRIPTOVALUTE NEL CONTESTO DELLA COMPRAVENDITA INTERNAZIONALE DI BENI MOBILI: UNA PROSPETTIVA COMPARATISTICA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La diffusione della FinTech e le iniziative dell'Unione Europea. – 3. Le alterne vicende delle criptovalute. – 4. I tratti costitutivi del contratto di compravendita secondo la CISG. – 5. *Segue*: criptovalute e compravendita internazionale. – 6. La disciplina delle criptovalute nei sistemi di *common law*: uno scenario in evoluzione.

1. *Introduzione*

Negli ultimi anni si è assistito a un notevole sviluppo tecnologico, caratterizzato dall'ampio ricorso all'intelligenza artificiale e a molteplici strumenti innovativi, che si sono diffusi ben presto anche nel campo delle attività finanziarie¹. Nell'ambito di tali innovazioni, un ruolo di primo piano è certamente svolto dalla cd. *blockchain technology*. Questa è un tipo di *Distributed Ledger Technology* («DLT»), ossia una tecnologia basata su registri distribuiti, che consente di disporre con certezza e senza possibilità di modifiche, di tutti i dati e le informazioni rilevanti per la conclusione di un accordo e la sua esecuzione². In particolare, la *blockchain* è stata descritta «come una lavagna infinita indelebile, un *database* distribuito, che vede ogni modifica soggetta all'approvazione di tutti i

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Per una riflessione sugli effetti della globalizzazione dei mercati economici e finanziari sulle regole del diritto privato: D. CORAPI, *Evoluzione del diritto privato nel mercato globale del XXI secolo*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbligaz.*, 2021, 3, p. 339 ss.

² Per approfondimenti, ad esempio: G. SMORTO, A. QUARTA, *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier-Mondadori, Milano, 2020; M. LEHMANN, *National Blockchain Laws as a Threat to Capital Markets Integration*, in *Uniform Law Rev.*, 26, 2021, p. 148 ss.

nodi»³. La correttezza delle informazioni registrate è costantemente verificata e confermata almeno dalla maggioranza dei nodi, eliminando la necessità di un intermediario affidabile, come ad esempio una istituzione pubblica o finanziaria⁴. Nella *blockchain* manca dunque un *database* centrale, che viene sostituito dai nodi della rete, che operano come registri diffusi. Gli utenti sono rappresentati da pseudonimi e, più in dettaglio, da una coppia di chiavi pubbliche e private⁵.

2. *La diffusione della FinTech e le iniziative dell'Unione Europea*

Un settore particolarmente innovativo e in crescita è quello della FinTech, acronimo derivante da 'financial technology'⁶. Con tale espressione si intende l'innovazione finanzia-

³ M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 25. La letteratura sulla *blockchain technology* e sugli *smart contracts* è particolarmente ampia, sia in Italia che all'estero. Si rinvia alle opere citate per ulteriore bibliografia.

⁴ Per indicazioni sul potenziale applicativo della tecnologia blockchain, cfr. ad esempio D. BRUSCHI, D. RUSCONI, M. ZOIA, *La diversificazione delle tecnologie blockchain*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2022, fasc. speciale, p. 9 ss., p. 10, secondo cui «Ogni attività che coinvolge almeno due parti nel contesto di applicazione della blockchain, una richiesta ad una pubblica amministrazione, un contratto, un pagamento, un acquisto, ecc., è una possibile transazione, che deve essere sottoscritta con la firma digitale delle parti coinvolte, al fine di garantirne l'integrità e la non ripudiabilità. La rete provvederà poi alla convalida e archiviazione di queste transazioni. In questo contesto le intermediazioni non sono più necessarie e individui e organizzazioni possono liberamente interagire lasciando traccia indelebile del loro operato. Questo è l'immenso potenziale della blockchain».

⁵ Sul punto, ad esempio, E.K. MACFARLANE, *Strengthening-Sanctions: Solutions to Curtail the Evasion of International Economic Sanctions through the Use of Cryptocurrency*, in *Mich. J. Int'l L.*, 42, 2020, p. 199 ss., che a p. 202 illustra «Each cryptocurrency user has two keys. One is a public key, and one is private. The private key is a randomly generated hexadecimal number. As the name suggests, the user must keep their private key private at all times. Public keys are another hexadecimal number; they are derived from (and have a mathematical relationship to) the private key. A user need not keep their public key private ... public and private keys facilitate anonymity in cryptocurrency transactions».

⁶ Denominata in Italia anche 'tecno-finanza' o 'finanza digitale'.

ria resa possibile dallo sviluppo tecnologico, che può tradursi in nuovi modelli di business, processi o prodotti, consentendo l'ingresso a nuovi operatori di mercato. Il tratto distintivo è l'utilizzo diffuso della tecnologia, come ad esempio applicazioni, ma anche software più complessi, che ricorrono all'intelligenza artificiale o ai cd. *big data*. Applicazioni di *mobile payment* (per esempio PayPal, Apple Pay o Satispay), criptovalute (ad esempio Bitcoin, Ripple, Ethereum), *blockchain*, *crowdfunding*, open API, chatbot, robo-advisor, sono tutti esempi paradigmatici di FinTech⁷.

Sotto questo profilo, la pandemia da Covid-19 ha dato notevole impulso alla digitalizzazione e allo sviluppo della finanza tecnologica. In effetti, anche nell'Unione Europea si è prestata attenzione al fatto che le nuove tecnologie nel settore bancario e dei pagamenti stanno dando origine a nuovi servizi da parte di istituti finanziari ufficiali o da nuovi operatori del mercato⁸. Il 14 luglio 2021 il Consiglio direttivo della BCE ha deciso di avviare un'indagine sulla possibile emissione di un euro digitale, che potrebbe: (i) affiancare il denaro contante ed essere facilmente accessibile al pubblico; (ii) promuovere l'innovazione nel sistema finanziario; (iii) rafforzare la sovranità finanziaria e monetaria. L'Eurogruppo ha inoltre accolto con favore l'intenzione della Commissione di avviare una consultazione pubblica mirata, relativa a un euro digitale nell'ambito del processo pre-legislativo, in vista della presentazione di una proposta fondata sull'art. 133 TFUE⁹. Nel contempo la Commissione Europea ha presentato una proposta di Regolamento relativo ai mercati delle criptoattività, su cui è stato raggiunto un accordo provvisorio, finalizzato a disciplinare l'offerta e commercializzazio-

⁷ Per approfondimenti si rinvia al 'Pacchetto per la finanza digitale' predisposto dalla Commissione Europea: https://finance.ec.europa.eu/publications/digital-finance-package_en.

⁸ In proposito: G. RESTA, *Cosa c'è di "europeo" nella proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, 2, p. 323 ss.. Per ulteriori spunti sui problemi posti dall'intelligenza artificiale: V. ZAMBRANO, *Algoritmi predittivi e amministrazione della giustizia: tra esigenze di certezza e responsabilità*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2020, p. 611 ss.

⁹ Cfr. www.consilium.europa.eu/it/policies/digital-finance/.

ne di «criptoattività», definite come rappresentazioni digitali di «valore» o di «diritti» che possono essere trasferite e memorizzate elettronicamente attraverso la tecnologia di registro distribuito o una tecnologica analoga (i.e. i *coin* o *token*)¹⁰.

3. *Le alterne vicende delle criptovalute*

Come anticipato, un campo di applicazione elettivo della tecnologia *blockchain* riguarda le cosiddette criptovalute. In dottrina si è in particolare evidenziato – richiamando il famoso *paper* di Satoshi Nakamoto (i.e. il creatore o il gruppo di creatori di Bitcoin)¹¹ – lo scopo per cui le criptovalute sono state create, ossia l'assenza di controllo di una banca centrale e la possibilità di commercializzazione e scambio immediati, senza dover ricorrere ai consueti intermediari, quali le banche commerciali e società di brokeraggio, con ciò riducendo i costi dell'operazione¹².

In anni recenti l'attenzione si è focalizzata principalmente sui Bitcoin¹³. I Bitcoin, tuttavia, sono solo una delle varie valute alternative digitali: negli ultimi tempi, infatti, si sono dif-

¹⁰ Consiglio dell'Unione europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (MiCA)* – Letter to the Chair of the European Parliament Committee on Economic and Monetary Affairs, 5 ottobre 2022, 2020/0265(COD). Per approfondimenti: C. FRIGENI, *Il mercato primario delle cripto-attività*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2022, fascicolo speciale, p. 23 ss.

¹¹ *BITCOIN: A Peer-To-Peer Electronic Cash System*, 2008, reperibile a <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

¹² La letteratura in proposito è davvero ampia. *Ex multis*: M. ABRAMOWICZ, *Cryptocurrency-Based Law*, in *Ariz. L. Rev.*, 58, 2016, p. 359 ss., p. 361, secondo cui «cryptocurrencies like Bitcoin are [...] neither a commodity currency (backed by gold or some other commodity) nor a fiat currency (used by convention as a result of a legal edict)». Interessanti rilievi, nella prospettiva del diritto europeo, in: C. THOMALE, P. HACKER, *Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law*, in *Europ. Comp. Fin. L. Rev.*, 15, 2018, 4, p. 645 ss.

¹³ In proposito: E. CALZOLAIO, «*Bitcoin*»: *le sfide dell'autoregolazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 3, p. 1357 ss.; S. BRUNO, *Le "Initial Coin Offerings" in una prospettiva comparatistica*, in *Rivista del Notariato*, 2018, 6, p. 1307

fuse le cd. *stablecoins*, ritenute meno volatili (e asseritamente meno rischiose) delle tradizionali valute digitali¹⁴. Si ritiene infatti che le criptovalute siano caratterizzate da alcune criticità principali, quali l'assenza di garanzie, di soggetti responsabili e rigide regole di emissione. Per tale ragione sarebbero quindi state sviluppate le cd. *stablecoins*, caratterizzate dal fatto di essere 'agganciate' a valute quali il dollaro USA o l'Euro. Le *stablecoins*, in generale, sono appunto stabilizzate per il fatto di essere garantite da un bene, ad esempio una moneta con corso legale o un metallo prezioso, oppure mediante specifici meccanismi algoritmici¹⁵. Tra queste figurava anche Libra, la criptovaluta promossa da Facebook e altre società facenti parte della cd. Libra Association (ad esempio, Spotify, Uber, Paypal, Visa e Vodafone). Secondo le originarie previsioni, Libra avrebbe dovuto essere garantita attraverso una riserva di beni rappresentati da depositi bancari e *short-term government securities*¹⁶. L'iniziativa, lanciata nel 2019, è stata successivamente abbandonata da un lato, per gli eccessivi ostacoli normativi e, dall'altro, per la defezione di alcuni partner del progetto¹⁷: gli *asset* tecnologici di Libra (poi ribattezzata Diem) sono stati quindi venduti a un istituto di credito californiano, specializzato in criptovalute¹⁸.

ss.; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Illeciti criptovalutari. Note comparatistiche*, in *Anuario di diritto comparato e di studi legislativi*, n. 3, ESI, Napoli, 2020.

¹⁴ Per tutti: M. DELL'ERBA, *Stablecoins in Cryptoeconomics: From Initial Coin Offerings to Central Bank Digital Currencies*, in *N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y*, 22, 2019, p. 1 ss., in particolare pp. 4-5.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Ad esempio: S. OMLOR, *The CISG and Libra: A Monetary Revolution for International Commercial Transactions?*, in *Stan. J. Blockchain L. & Pol'y*, 2020, 3, p. 83 ss.

¹⁷ In particolare, A. SIMMONS, *Regulating Libra: Will Legal and Regulatory Uncertainty Prevent the Launch of Facebook's Cryptocurrency Project?*, in *J. Bus. & Tech. L.*, 16, 2021, p. 83 ss.

¹⁸ Cfr.: Libra, fine dei giochi: Facebook dice addio alla "sua" criptovaluta, venduti gli asset di Diem - CorCom (corrierecomunicazioni.it) e Facebook sta per rinunciare alla sua criptovaluta - Il Post (ultimo accesso il 7 maggio 2023).

4. *I tratti costitutivi del contratto di compravendita secondo la CISG*

La Convenzione di Vienna del 1980 sulla compravendita internazionale di beni mobili¹⁹ (di seguito «CISG» dall'acronimo inglese con cui è comunemente conosciuta) non contempla una definizione di compravendita internazionale. Il requisito dell'internazionalità viene individuato all'art. 1 su base soggettiva, ossia con riferimento al fatto che le parti abbiano la propria sede di affari in Stati diversi²⁰. Si ritiene invece concordemente che la nozione di compravendita possa essere desunta, secondo un approccio funzionale, dal combinato disposto degli artt. 30 e 53 CISG, che disciplinano, rispettivamente, gli obblighi del venditore e quelli del compratore²¹.

¹⁹ La Convenzione in esame è stata ratificata in Italia con la Legge 11 dicembre 1985, n. 765 ed è in vigore dal 1° gennaio 1988. La legge di ratifica si riferisce ai contratti di compravendita internazionale di «merci», tuttavia è opportuno notare che la traduzione italiana della CISG non è tra quelle ufficiali. Esiste appunto una versione in lingua italiana della Convenzione, contenuta nella citata Legge di ratifica n. 765/85, tuttavia la traduzione ivi adottata è stata oggetto di vari rilievi critici (per tutti: A. BUSANI, *Il contratto di compravendita internazionale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 8 e, in particolare, nt. 24). Nel presente articolo si è quindi preferito fare riferimento alla versione ufficiale in lingua inglese, da ciò il riferimento nel testo all'acronimo CISG. Esiste altresì una traduzione in italiano della CISG disponibile sul sito della Pace University (che, come noto, cura uno dei più autorevoli *databases* di materiale relativo alla Convenzione, comprensivo di contributi dottrinali e precedenti giurisprudenziali - sia di tribunali nazionali che arbitrali - oltre, appunto, a rendere disponibile il testo della Convenzione nelle varie lingue dei Paesi firmatari), reperibile a: Translated text of the CISG in Italian | Institute of International Commercial Law (*pace.edu*). Inoltre, una traduzione non ufficiale in lingua italiana della Convenzione è stata inserita nel volume a cura di C.M. BIANCA, M.J. BONELL, *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 825-840. Poiché in entrambe queste traduzioni il termine «*goods*» viene tradotto come «beni mobili», si è preferito optare, anche nel titolo, per questa versione.

²⁰ Può trattarsi di due Stati contraenti, in caso di applicazione diretta della Convenzione (art. 1(a) CISG); oppure, in caso di applicazione indiretta (e a condizione che non sia stata apposta la riserva *ex art. 95*), la CISG troverà applicazione quando le norme di diritto internazionale privato individuino come *governing law* quella dello Stato contraente (art. 1(b) CISG).

²¹ In particolare: C. GILLETTE, S. WALT, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods - Theory and Practice*, Cambridge Universi-

Preliminarmente è opportuno evidenziare che le disposizioni della Convenzione e i concetti in essa adottati debbono essere interpretati secondo il cd. «*autonomous meaning*», ossia attribuendo loro un significato indipendente rispetto a quello proprio dei singoli ordinamenti giuridici nazionali²². In ragione di ciò è opinione comune che il concetto di «contratto di compravendita» rilevante ai fini della Convenzione sia più ampio di quello previsto, ad esempio, dall'art. 1470 c.c.²³.

Ai sensi dell'art. 30 CISG «The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention»²⁴: il venditore è quindi tenuto a consegnare i beni e ogni documento ad essi relativo, oltre a trasferirne la proprietà. L'art. 53 CISG impone al compratore di «... pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and this Convention»²⁵.

5. Segue: *criptovalute e compravendita internazionale*

Le criptovalute possono quindi assumere rilevanza ai fini della disciplina della CISG sotto un duplice profilo: come bene compravenduto e come corrispettivo di acquisto.

ty Press, Cambridge, 2016², p. 43; F. FERRARI, M. TORSELLO, *International Sales Law – CISG in a nutshell*, West Academic Publishing, St. Paul, 2022³, p. 146.

²² Ai sensi dell'art. 7(1) CISG «In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade». Il testo ufficiale inglese della CISG è reperibile ad esempio al link: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. L'uniformità rappresenta l'obiettivo finale del processo interpretativo, che valorizza l'interpretazione autonoma della Convenzione e che perciò deve essere condotto a prescindere da qualsivoglia definizione o concetto giuridico nazionale. Sull'interpretazione autonoma della Convenzione, ad esempio, F. FERRARI, *Homeward Trend: What, Why and Why Not*, in *CISG Methodology*, a cura di A. JANSSEN, O. MEYER, Sellier De Gruyter, Munich-London, 2009, p. 171 ss.

²³ *Ex multis*: F. BORTOLOTTI, *Il contratto internazionale*, Cedam, Padova, 2017², pp. 328-329, che osserva come tendano a essere ricomprese nella CISG fattispecie contrattuali che, secondo il diritto e la giurisprudenza italiani, verrebbero qualificate in termini di appalto.

²⁴ Enfasi aggiunta, *Nda*.

²⁵ *Idem*.

Con riguardo all'ipotesi di compravendita internazionale avente ad oggetto l'acquisto di criptovalute, occorre tenere in considerazione quanto previsto all'art. 2 CISG, che esclude dall'ambito di applicazione della Convenzione alcune tipologie di vendita, tra le quali figura anche la vendita di valuta (ex art. 2 lett. d) CISG)²⁶. La *ratio* dell'esclusione viene individuata nel fatto che, in genere, i beni le cui vendite sono espressamente escluse dall'art. 2 CISG soggiacciono a specifiche regolamentazioni di natura imperativa nei singoli ordinamenti nazionali. La valuta resterebbe pertanto esclusa dal concetto di «good» (*marchandise* nella versione francese)²⁷ rilevante ai fini della Convenzione. In dottrina, tuttavia, si è ritenuto che la nozione di 'valuta', espressamente esclusa ex art. 2 lett. d), sia quella di «valuta intesa nel senso di moneta avente corso legale in uno Stato qualsiasi»²⁸. In ragione di ciò, rientrerebbero invece nell'ambito di applicazione della CISG i casi di compravendita di moneta non avente più corso legale in alcuno Stato, oggetto di acquisto in ragione del suo valore storico o artistico²⁹.

Alla luce di tali indicazioni e considerato che, allo stato, le criptovalute non possono essere intese quali valute aventi corso legale in un dato Stato, si potrebbe ritenere che esse non rientrino nell'esclusione di cui all'art. 2 lett. d) CISG, cosicché

²⁶ Le esclusioni riguardano (i) lo scopo per il quale alcuni beni sono acquistati, con ciò escludendosi gli acquisti del consumatore, finalizzati ad un uso di natura personale o familiare (art. 2 lett. a); (ii) le modalità di conclusione del negozio, restando escluse le vendite all'asta o a seguito di pignoramento o altro atto giudiziario (art. 2 lett. b e c); (iii) la natura dei beni compravenduti, dovendosi escludere, ex art. 2 lett. d, e, f la vendita di azioni, titoli di credito e valuta (*money*).

²⁷ Nella Convenzione de l'Aja del 1964 recante la legge uniforme sulla vendita internazionale (identificata con l'acronimo inglese di ULIS), che rappresenta il predecessore della CISG, la versione francese si riferiva alla vendita internazionale «*d'objects mobiliers corporels*». Cfr. ad esempio La Convention de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objects mobiliers corporels | Institute of International Commercial Law (pace.edu).

²⁸ Così F. FERRARI, *Fondamenti della vendita internazionale*, Cedam, Padova, 1988, p. 76.

²⁹ *Ibidem*.

una compravendita internazionale, avente per oggetto l'acquisto di criptovaluta, potrebbe ritenersi soggetta alle disposizioni della CISG.

Un'ipotetica distinta obiezione potrebbe riguardare l'assenza del requisito di 'corporalità' del bene compravenduto. A differenza di quanto previsto in diversi ordinamenti giuridici nazionali³⁰, la CISG non dà una definizione di «goods» e, come già evidenziato, tale nozione deve essere ricavata secondo un'interpretazione autonoma delle disposizioni della Convenzione. Secondo un orientamento, quello della corporalità del bene integrerebbe un requisito essenziale ai fini dell'applicazione della Convenzione: militerebbero a favore di questo appoggio gli articoli della CISG che pongono l'accento sulla necessità della consegna del bene, sul trasferimento della proprietà al momento della consegna, sulla conformità dei beni e il fatto che, in assenza di una specifica previsione sul punto, occorrerebbe fare riferimento - ex art. 7(2) - ai principi ispiratori della CISG, ricavabili proprio da queste disposizioni³¹.

³⁰ Vengono in considerazione, ad esempio: l'art. 810 c.c.; lo U.C.C. § 2-105(1) («goods are movable things at time of identification to the contract»); lo English Sale of Goods Act § 61 («goods include all personal chattels»). Per approfondimenti: A. GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato*, in *Digesto disc. priv.*, XV, UTET, Torino, 1997, pp. 502-525; A. GAMBARO, A. CANDIAN, B. POZZO, *Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Cedam, Padova, 1992.

³¹ Ad esempio, l'art. 30 già citato; l'art. 31(c) che prevede, in via residuale, la consegna presso la sede di affari dell'acquirente; l'art. 35(2) in tema di conformità dei beni. Dà conto di tali aspetti: H. SONO, *The Applicability and Non-Applicability of the CISG to Software Transactions*, in *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, a cura di C. BAASCH ANDERSEN, U.G. SCHROETER, Wildy, Simmonds & Hill, London, 2008, pp. 512-526. In giurisprudenza: Tribunale di Forlì, 11 dicembre 2008, reperibile a <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html>; Tribunale di Padova, 11 gennaio 2005, reperibile a <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html>; in entrambi i casi si è osservato che il software non è un bene che può essere trasportato da un luogo a un altro. Analoghe considerazioni in: Tribunale di Forlì, 16 febbraio 2009, reperibile a <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html>; Tribunale di Padova, 25 febbraio 2004, reperibile a <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>; Corte d'Appello di Colonia (Germania), 26 agosto 1994, reperibile a <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html> (solo i beni mobili sono 'goods' per gli effetti della Convenzione).

Secondo un orientamento distinto, invece, le previsioni della CISG in tema di consegna, denuncia di non conformità, etc., non sarebbero dirimenti perché, una volta che gli elementi essenziali della vendita secondo la Convenzione fossero integrati, queste norme potrebbero essere interpretate adattandole al caso di specie, oppure potrebbero essere sostituite da altre pattuizioni contrattuali (ex art. 6 CISG), senza che ciò precluda l'applicazione della Convenzione *tout-court*³².

La questione è stata particolarmente dibattuta con riguardo alle vendite di software: non a caso, il *database* «ciscg-online.org», nella pagina relativa al commento dell'art. 1 CISG, dedica una sezione *ad hoc* a tale argomento specifico³³. Si è osservato, ad esempio, che il programma software è un'informazione in forma codificata e, non essendo l'informazione un bene, neppure il software lo è³⁴. Pur essendo stata la questione molto controversa, ad oggi può ritenersi sussistente concordia di opinioni sul fatto che la vendita internazionale di software rientri nelle previsioni della CISG³⁵.

In considerazione dei rilievi che precedono, secondo una parte della dottrina una compravendita internazionale di

³² In particolare: J. LOOKOFISKY, *Understanding the CISG*, Kluwer Law International, The Hague, Worldwide ed., 2008⁴, p. 19.

³³ Software contracts and the CISG | CISG-online.org.

³⁴ Sul punto si rinvia ai riferimenti bibliografici indicati nella nota 31 che precede.

³⁵ In giurisprudenza, ad esempio: Tribunale di Arnhem (Olanda), 28 giugno 2006, reperibile a: <http://ciscg3.pace.law.edu.cases/060628n1.html>; Corte Suprema (Austria), 21 giugno 2005, reperibile a: <http://ciscg3.pace.law.edu.cases/050621a3.html>; Corte Suprema Federale (Germania), 4 dicembre 1996, reperibile a: <http://ciscg3.pace.law.edu.cases/061204g1.html>; Corte d'Appello di Monaco di Baviera, 8 febbraio 1995, reperibile a: <http://ciscgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html>; *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*, 2006 U.S. Dist., LEXIS 1569 (M.D.Pa. 6 gennaio 2006). In dottrina, ad esempio: S.V. BAZINAS, *Uniformity in the Interpretation and Application of the CISG: The Role of Clout and the Digest*, in *Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Singapore International Arbitration Centre ed., Singapore, 2006, p. 18 ss., p. 25; C. GILLETTE, S. WALT, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., p. 50; F. MOHS, *Art. 1*, in *Schlechtriem & Schwenzer – Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, a cura di I. SCHWENZER, Oxford University Press, Oxford, 2016⁴, pp. 34-35.

criptovalute può rientrare nell'ambito di applicazione delle disposizioni della CISG³⁶. Tale interpretazione sembra improntata a garantire il ruolo della CISG quale strumento per eccellenza di disciplina uniforme della compravendita internazionale, da un lato, e assicurarne l'applicazione secondo l'evoluzione del mercato e dei traffici commerciali, anche alla luce delle nuove tecnologie, dall'altro³⁷. Di certo ciò comporta la necessità di adattare alcune previsioni della CISG alle peculiarità delle nuove fattispecie, come accaduto in relazione alle vendite di programmi software: sotto questo profilo l'autonomia delle parti assume un ruolo fondamentale, così come, *ex post*, gli orientamenti della giurisprudenza nazionale e arbitrale.

Anche il secondo profilo, ossia la possibilità di utilizzare le criptovalute quale corrispettivo di acquisto (*price*) di un bene ai sensi della CISG, richiede un'analisi delle relative disposizioni della Convenzione. L'art. 53 CISG, che individua gli obblighi principali del compratore (pagare il corrispettivo di acquisto e accettare la consegna dei beni), è l'omologo del citato art. 30 CISG: come anticipato, il combinato disposto di questi due articoli dà la definizione del contratto di compravendita ai sensi dell'art. 1 CISG³⁸. Pagare il prezzo di acquisto è dunque l'obbligazione principale del compratore e il termine

³⁶ Ad esempio, S. OMLOR, *The CISG and Libra: A Monetary Revolution for International Commercial Transactions?*, in *Stan. J. Blockchain L. & Pol'y*, 2020, 3, p. 83 ss.; M. EGGEN, *Digitale Inhalte unter dem CISG Eine Rundschau über Herausforderungen und mögliche Lösungen*, in *Internationales Handelsrecht*, 2017, p. 229 ss., p. 231. Non tratta espressamente delle criptovalute, ma argomenta in favore di un nuovo e più dinamico concetto di 'goods', così come della necessità di interpretare le regole della CISG sulla formazione del contratto in linea con i moderni sviluppi della tecnologia: E. MUÑOZ, *Software Technology in CISG contracts*, in *Uniform Law Review*, 24, 2019, 2, p. 281 ss.

³⁷ Sul ruolo della CISG nel contesto degli scambi internazionali e sulle diverse possibili interpretazioni delle sue previsioni si vedano gli interessanti rilievi di M. TORSSELLO, *Sales Law beyond Sales Contracts: Applicability and Applications of the CISG to Non-Sales Transactions (The Case of Countertrade and Barter Transactions)*, in *J.L. & Com.*, 38, 2020, p. 273 ss.

³⁸ Cfr. D. MASKOW, *Art. 53*, in C.M. BIANCA, M.J. BONELL, *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 383; F. MOHS, *Art. 53*, in *Schlechtriem & Schwenzer – Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., p. 821.

price è stato concordemente interpretato nel senso di imporre l'adempimento di una obbligazione pecuniaria, quindi la corresponsione di una somma di denaro³⁹. In proposito, un consistente orientamento dottrinale transnazionale⁴⁰ evidenzia come ciò non implichi necessariamente il pagamento in valuta avente corso legale in uno Stato, posto che il concetto di 'mone-

³⁹ F. FERRARI, M. TORSSELLO, *International Sales Law – CISG in a nutshell*, cit., pp. 364-365; D. MASKOW, *Art. 53*, cit., p. 386. In particolare gli autori (*ivi*, pp. 368-375) rilevano che (i) la CISG non disciplina la valuta nella quale deve essere effettuato il pagamento, dovendo la questione essere disciplinata o dall'accordo tra le parti o dal criterio di gap filling previsto all'art. 7(2) CISG; (ii) in caso di mancata determinazione del prezzo, questo sarà determinabile ricorrendo alle previsioni degli artt. 55-56 CISG. Si è altresì rilevata la possibilità di ricorrere a usi del commercio (ex art. 9 CISG): ad esempio, nella vendita di *commodities* il dollaro USA è la moneta comunemente utilizzata, anche quando lo scambio avvenga al di fuori degli Stati Uniti: ad esempio il London Metal Exchange riporta i prezzi in dollari statunitensi. F. MOHS, *Art. 53*, cit., p. 823. Sugli altri possibili mezzi di pagamento, diversi dalla moneta, si veda, ad esempio, F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2020², pp. 493-499, e pp. 510-518 sul credito documentario.

⁴⁰ Si rinvia sul punto agli interessanti rilievi di A. GUARNERI, *Alcune riflessioni sullo studio e sull'insegnamento del diritto comparato*, in *NGCC*, 2021, 2, II, p. 433 ss., in particolare p. 436 e di F. VIGLIONE, *I 'confini' nel diritto privato comparato*, in *NGCC*, 2011, 3, II, p. 162 ss., che condividono l'opinione secondo cui, nel contesto geopolitico globalizzato, l'attenzione nei confronti dei tradizionali sistemi giuridici avrebbe perso la sua importanza originaria, poiché questi sarebbero troppo connessi alla «statualità del diritto». Ciò a fronte del progressivo affermarsi della nozione «più duttile e più permeabile, di tradizione giuridica, idonea a meglio rappresentare un'esperienza giuridica sempre meno statutale e sempre più connessa ad una narrazione-costruzione culturale, aperta al trapianto, alla circolazione dei modelli esterni e allo studio dei diversi formanti o componenti di una data cultura giuridica» Tale orientamento conduce quindi a considerare fonti di tipo conoscitivo indefinite, «talvolta connesse a network transnazionali e a soggetti produttori di regole giuridiche diversi dagli Stati sovrani, quali le organizzazioni sovranazionali e le imprese multinazionali, che non contemplan perciò solo un legame ben preciso con singole aree geografiche nettamente predeterminate». Così A. GUARNERI, *Alcune riflessioni*, cit. Secondo F. VIGLIONE, *I 'confini'*, cit., p. 436, «[...] già nella decostruzione del sistema normativo, nell'analisi pragmatica del *law in action*, nell'indagine sincronica e diacronica delle regole operazionali, vero manifesto della comparazione giuridica, si palesa fin d'ora l'erroneità della prospettiva che vede nella comparazione una mera giustapposizione di regole provenienti da differenti ordinamenti giuridici, e pertanto legata al perdurare delle tradizionali forme degli Stati nazionali».

ta' sarebbe più ampio di quello di 'moneta ufficiale'⁴¹. A maggior ragione se si considera che l'art. 53 CISG pone l'accento su quanto previsto dal contratto, attribuendo rilievo all'autonomia delle parti. Quanto precede consentirebbe in ipotesi di ammettere l'utilizzo delle criptovalute come forma di pagamento del prezzo in un contratto disciplinato dalla CISG.

In una prospettiva differente, ma che assume rilievo ai fini della presente disamina, si è osservato che un contratto rimane comunque una vendita anche se i contraenti concordano di sostituire parte dell'obbligazione di pagare il prezzo con un'altra forma di adempimento⁴². Perciò, anche contratti quali la permuta (*barter*) e il *counter-trade*⁴³ tendono, a certe condizio-

⁴¹ Per tutti, M. BUSSANI, in *Introduzione al diritto comparato - Un breviario della globalità*, Le Monnier-Mondadori, Milano, 2022, p. 110, che osserva come il fenomeno della criptovalute sia in realtà «meno rivoluzionario di quanto si potrebbe inizialmente pensare», dal momento che «la moneta null'altro è che un sistema semantico analogo al linguaggio, alla scrittura, ai pesi e alle misure [...]: esiste e vale in funzione dell'affidamento collettivo nel significato in essa riposto. È solo in tempi relativamente recenti che si è affermata e lentamente cristallizzata la visione secondo la quale la moneta è prerogativa della sovranità statale; ma, anche oggi, ben può immaginarsi moneta senza sovranità». Interessante in proposito la definizione di 'moneta' del vocabolario italiano *Il nuovo Devoto-Oli*, a cura di G. DEVOTO, G.C. OLI, L. SERIANNI, V. TRIFONE, Le Monnier-Mondadori, Milano, 2022, che recita: «Mezzo di pagamento caratteristico della compravendita con funzione, nei rapporti economici, di unità di misura del valore di un bene; è rappresentato specialmente da una o più serie di pezzi di titolo e valore stabilito e convenzionalmente riconosciuto, diverso nei vari Paesi ed epoche storiche; in alcune epoche o in certe comunità, è rappresentato anche da oggetti o materiali a cui viene attribuito un valore e che vengono utilizzati come merce di scambio». Inoltre, la 'moneta bancaria' viene definita come «l'insieme dei mezzi di pagamento legati al sistema bancario (cambiali, assegni bancari e circolari, carte di credito» (*ibidem*). Cfr. anche: G. SIMMEL, *The Philosophy of Money*, Routledge, Boston, 1978; K. HART, *The Memory Bank: Money in an Unequal World*, Profile Books, London, 2000. In prospettiva antropologica si è osservato che occorre altresì tener conto delle implicazioni sociologiche e culturali che contraddistinguono il denaro. B. MAURER, *The Anthropology of Money*, in *Annual Review of Anthropology*, 35, 2006, p. 15 ss.; H. ILAHIANE, *Purity: Money, Usury and Interest, and Ethical Anxiety in Morocco*, in *Human Organization*, 73, 2014, 4, p. 315 ss.

⁴² D. MASKOW, *Art. 53*, cit., p. 386.

⁴³ Secondo I. SCHWENZER, *Countertrade and the CISG*, in *Int'l Handelsrecht*, 9, 2009, p. 229 si tratta di forme di commercio caratterizzate dallo

ni, a essere ricompresi nella sfera di applicazione della CISG: si ritiene infatti che essi integrino una doppia vendita, in cui le parti abbiano previsto la reciproca compensazione degli obblighi di pagamento⁴⁴.

Viene poi in considerazione anche il dibattito sviluppatosi in relazione all'interpretazione dell'art. 13 CISG⁴⁵, proprio alla luce delle nuove tecnologie. L'utilizzo del verbo *'to include'* nell'articolo in esame ha fatto propendere una parte della dottrina per la valenza meramente esemplificativa del richiamo al telex e telegramma e, quindi, per la possibilità di ammettere altre ipotesi di *'writing'* tra cui figurerebbero, appunto, gli *smart contracts* e le altre forme di comunicazione elettronica⁴⁶. Ad esempio, la Corte Suprema egiziana ha affermato che la definizione di *'writing'* ai sensi dell'art. 13 CISG è flessibile abbastanza da ricomprendere il fax, le e-mail e altri mezzi elettronici di comunicazione⁴⁷.

Da ultimo, appare opportuno dare conto di un autorevole orientamento dottrinale, secondo cui le previsioni della CISG sarebbero applicabili anche ai cd. *service contracts*: da un lato, perché la Convenzione già prevede ex art. 3(2) che i cd. 'con-

scambio di beni o servizi tra due parti senza la previsione (in tutto o in parte) di un pagamento in denaro.

⁴⁴ F. FERRARI, M. TORSSELLO, *International Sales Law – CISG in a nutshell*, cit., p. 364. Per una diffusa disamina del tema in oggetto: M. TORSSELLO, *Sales Law beyond Sales Contracts: Applicability and Applications of the CISG to Non-Sales Transactions (The Case of Countertrade and Barter Transactions)*, cit., in particolare p. 294 ss.

⁴⁵ «For the purposes of this Convention “writing” includes telegram and telex».

⁴⁶ Per una sintesi della questione: A DUKE, *What Does the CISG Have to Say About Smart Contracts? A Legal Analysis*, in *Chi. J. Int'l L.*, 20, 2019, p. 143 ss., in particolare pp. 170-174.

⁴⁷ H.A. EL-SAGHIR, *The Interpretation of the CISG in the Arab World*, in *CISG Methodology*, a cura di A. JANSSEN, O. MEYER, Sellier De Gruyter, Munich-London, 2009, p. 355 ss., p. 365. Analoghe considerazioni nella *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* del 1996, cui hanno fatto seguito altre *Model Laws* in tema di firma elettronica (2001 - UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001) | United Nations Commission On International Trade Law) ed electronic transferable records (2017 - UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records (2017) | United Nations Commission On International Trade Law).

tratti misti' ricadano nel suo ambito di applicazione, dovendosi ritenere esclusi solo i contratti in cui la prestazione di un'attività o servizio abbia natura 'preponderante', dall'altro perché la CISG appare di per sé già idonea a disciplinare anche le fattispecie di *service contracts*, dovendosi ritenere quindi la scelta di limitarne l'ambito di applicazione alle sole compravendite internazionali dettata più da limiti propri dei singoli ordinamenti nazionali, che da limiti intrinseci alla CISG⁴⁸. Interessante notare che, secondo questo orientamento, che richiama anche studi di natura economica, i confini tra i contratti di vendita e quelli di prestazione di servizi stiano sfumando, soprattutto con riferimento al settore delle telecomunicazioni, dei computer, delle informazioni e dei servizi finanziari e al progressivo affermarsi di «*smart goods*» e «*internet of things*»⁴⁹.

A fronte della difficoltà di poter concludere, allo stato, se una compravendita internazionale in cui sia coinvolta, a titolo di bene compravenduto o corrispettivo di acquisto, una criptovaluta, ricada o meno nelle previsioni della CISG, i dibattiti dottrinali e gli sviluppi giurisprudenziali sopra richiamati evidenziano una notevole attenzione alle possibilità di adattamento della CISG alle evoluzioni degli scambi commerciali, alla luce delle recenti innovazioni tecnologiche. La questione è dunque aperta e si presta a diverse riflessioni, anche in considerazione degli sviluppi occorsi in due sistemi di *common law*: il Regno Unito (che non è parte della CISG) e gli Stati Uniti (che invece ne sono parte).

⁴⁸ Per tutti: I. SCHWENZER, J. RANETUNGE, F. TAFUR, *Service Contracts and the CISG*, in *J.L. & Com.*, 38, 2020, p. 305 ss; E. MUNOZ, *Software Technology in CISG Contracts*, cit., *passim* (sebbene in una prospettiva più focalizzata a valorizzare un'interpretazione evolutiva delle regole in tema di compravendita, così da applicarle anche alle nuove fattispecie); CISG-AC Opinion no 4, *Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts* (article 3 CISG), 24 October 2004. Rapporteur: Professor Pilar Perales Viscasillas, Universidad Carlos III de Madrid, reperibile al sito CISG Advisory Council Opinion No 04 – CISG-AC (*cisgac.com*).

⁴⁹ *Sic*, I. SCHWENZER, J. RANETUNGE, F. TAFUR, *Service Contracts and the CISG*, cit., p. 306.

6. *La disciplina delle criptovalute nei sistemi di common law: uno scenario in evoluzione*

Come anticipato, le criptovalute sollevano diversi problemi giuridici, soprattutto relativi alla loro corretta qualificazione giuridica e alla disciplina applicabile. Nei sistemi di *common law*, in particolare quelli caratterizzati da intensi scambi economico-finanziari, come il Regno Unito e gli Stati Uniti, tale problema è stato particolarmente avvertito e ha dato luogo ad una serie di iniziative particolarmente interessanti, che allo stato, tuttavia, non hanno ancora portato a una definizione compiuta della fattispecie. Nondimeno, i dibattiti e le proposte avanzate in questo contesto possono indubbiamente offrire spunti di riflessione anche ai fini del corretto inquadramento di un contratto internazionale di compravendita che coinvolga una criptovaluta quale bene venduto o corrispettivo di acquisto, soprattutto ai fini della applicabilità o meno delle disposizioni della CISG, ferma restando comunque la – già richiamata – necessità di interpretare queste ultime in maniera autonoma.

In un recente caso inglese, *Wang v Darby*⁵⁰, relativo al mutuo trasferimento tra le parti di due tipi di criptovalute (i.e. Bitcoin e Tezos), l'attore si era obbligato a trasferire al convenuto due lotti da 200.000 Tezos ciascuno, in cambio di un certo numero di Bitcoin. L'accordo prevedeva che, trascorsi due anni, ciascuna parte avrebbe ritrasferito la stessa quantità di criptovaluta all'altra. Tuttavia, prima dei 2 anni convenuti, Darby aveva trasferito i Tezos in un differente 'ewallet'; non solo, ma il valore di mercato di questi ultimi nel frattempo era aumentato considerevolmente. Mr. Wang agiva quindi in giudizio sostenendo che il rapporto con la controparte integrasse un trust⁵¹ e chiedendo l'applicazione delle conseguenti tutele. La High Court of Justice, applicando il precedente

⁵⁰ [2021] EWHC 3054 (Comm).

⁵¹ Rilevanti e ancora attuali, in proposito, le analisi di A. GAMBARO, *Trust*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIX, UTET, Torino, 1999, p. 449 ss. e M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001.

di in *Re Lehman Brothers International (Europe) In Administration*⁵², che stabilisce i criteri per poter ritenere sussistente un trust nell'ambito di un rapporto di natura commerciale, ha ritenuto che la fattispecie non integrasse affatto un trust, affermando, viceversa, che l'accordo delle parti avesse conferito all'attore il diritto di riacquistare i Tezos originariamente ceduti in cambio di una valida *consideration* (i Bitcoin ricevuti da Mr. Darby). Nella sentenza si evidenzia che non era in contestazione tra le parti che le due criptovalute potessero costituire una '*property*' secondo il diritto inglese, tanto da poter in astratto ricadere nelle previsioni della *law of trusts*. Non solo, ma allorché la Corte aveva opinato che si fosse in presenza di una «*jurisprudential novelty*» rispetto alla possibilità di ritenere esistente un trust con oggetto le criptovalute, entrambe le parti nei loro atti avevano richiamato il precedente di *AA v Persons Unknown, Re Bitcoin*⁵³, in cui si è ammesso che la criptovaluta possa essere oggetto di una *proprietary injunction*⁵⁴. L'analisi di questo caso conferma la tendenza diffusa a considerare le criptovalute soggette alla disciplina della *law of property*.

Infatti, la United Kingdom Law Commission ha pubblicato, il 28 luglio 2022, un corposo «consultation paper», rubricato *Digital Assets*, nel quale – prendendo le mosse dalla tradizionale tassonomia binaria in tema di *personal property*, che distingue tra *choses in possession* e *choses in action* – si propone la creazione di una terza categoria, denominata «*data objects*», finalizzata a ricomprendere nuovi 'beni', tra cui proprio le criptovalute⁵⁵. Come indicato nel sito ufficiale della UK Law Commission, la consultazione si è conclusa a novembre 2022; l'intento della Commissione è quello di presentare al

⁵² [2010] EWHC 2914 (Ch).

⁵³ [2019] EWHC 3556 (Comm).

⁵⁴ Per approfondimenti: A. MALHOTRA, *Cryptocurrency, Proprietary Injunctions, Freezing Orders, and Trusts: The Law Is not Cryptic*, in *JIBFL*, 2022, 4, p. 278 ss.

⁵⁵ *Digital Assets: Consultation Paper*, U.K.L. COMM'N (July 28, 2022), reperibile al link: Digital assets - Law Commission.

Governo, nel corso del 2023, le proprie raccomandazioni per una riforma legislativa.

In particolare, citando come precedenti le ‘quote latte’ o le ‘emissioni di carbonio’, entrambe assurte a beni oggetto di scambio e commercializzazione, il *paper* suggerisce che il diritto inglese «is moving towards the recognition of a third category of personal property distinct from the two traditional categories»⁵⁶. In aggiunta ai precedenti sopra citati viene menzionata anche una decisione della Singapore International Commercial Court, *B2C2 Limited v. Quoine Pte Limited*⁵⁷, in cui si è ritenuto che la criptovaluta rientri nelle previsioni della *common law of property*: secondo la pronuncia in esame la criptovaluta possiede le «fundamental characteristics of intangible property as being an identifiable thing of value»⁵⁸.

È interessante notare che nel *paper* si effettua anche una rassegna comparatistica di significative decisioni giurisprudenziali adottate in sistemi non di *common law* nelle quali, pur non essendo stata specificamente affrontata la questione della natura giuridica delle criptovalute, nondimeno i giudici nazionali hanno riconosciuto che «crypto-tokens are things of value»⁵⁹.

La United Kingdom Law Commission ha quindi identificato 3 requisiti necessari affinché un bene possa rientrare nella nuova categoria proposta: «[it must] (1) be composed of data represented in an electronic medium (including such formats as computer code and electronic, digital, or analogue signals); (2) exist independently of persons and the legal system; and (3) be “rivalrous”»⁶⁰. Il terzo criterio postula che il bene non sia suscettibile di uso simultaneo, di talché l'utilizzo da parte di un soggetto necessariamente preclude la possibilità che altri ne faccia lo stesso uso contestualmente: elemento, questo, ri-

⁵⁶ *Ivi*, p. 51.

⁵⁷ [2019] S.G.H.C.(I) 03 (Sing.).

⁵⁸ *Ivi*, p. 142.

⁵⁹ *Digital Assets: Consultation Paper*, cit., pp. 66-68: i casi considerati riguardano sentenze pronunciate in Giappone, Cina, Liechtenstein, Svizzera.

⁶⁰ *Ivi*, p. 79.

tenuto caratteristico della disciplina giuridica dei beni nel sistema inglese⁶¹.

Negli Stati Uniti la questione della natura giuridica e della disciplina legale delle criptovalute sembra, sinora, essere stata affrontata in modo meno organico e coordinato. Il tema si inserisce in uno scontro tra opposte istanze: da un lato, la volontà di valorizzare nuove opportunità di mercato e di sviluppo tecnologico; dall'altro, la preoccupazione che le criptovalute possano prestarsi a forme di riciclaggio e ad altre attività criminali, oltre a danneggiare i consumatori⁶².

Allo stato si sono quindi avuti eterogenei interventi regolamentari o prese di posizione, soprattutto da parte di diverse Autorità pubbliche, con competenze specifiche per alcuni settori di mercato o attività⁶³. In particolare la Federal Reserve sta valutando la possibilità di dare vita a una «central bank digital currency» che, se effettivamente creata, non sarebbe ritenuta una criptovaluta *tout-court*, ma verrebbe equiparata

⁶¹ *Ibidem*. Per una disamina dei tre requisiti si veda, in particolare, M. GIANCASPRO, P. BABIE, *Cryptocurrency, Crypto-Tokens, and Crypto-Assets as "Data Objects": A Novel Form of Property*, in *Penn St. L. Rev. Penn Statim*, 127, 2023, p. 95 ss., soprattutto pp. 99-100.

⁶² L'attenzione a questi profili è un tratto comune anche del contesto europeo: per tutti si rinvia a M. MAUGERI, *Proposta di Regolamento MiCA (Markets in Crypto-Assets) e tutela del consumatore nella commercializzazione a distanza*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, fasc. spec., 2022, p. 229 ss.; P. SIRENA, *La tutela del consumatore nella commercializzazione a distanza di crypto-attività*, *ivi*, p. 315 ss.

⁶³ K. WERBACH, *Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, in *Berkeley Tech. L.J.*, 33, 2018, p. 487 ss., pp. 496-497, che evidenzia come le difficoltà di disciplina delle criptovalute ricordino quelle avute inizialmente con i servizi internet. Ad esempio, Amazon offriva inizialmente solo servizi *e-commerce*, tuttavia ora offre servizi di messaggistica vocale attraverso il suo servizio di assistenza personale, qualificandosi potenzialmente come operatore delle telecomunicazioni, il che rende complesso individuare le norme e i requisiti di operatività ad essa applicabili (*ivi*, p. 529). Cfr. anche: A. MINOR, *Cryptocurrency Regulations Wanted: Iterative, Flexible, and Pro-Competitive Preferred*, in *B.C. L. Rev.*, 61, 2020, p. 1149 ss., p. 1154. Altrettanto vale per le criptovalute, che possono essere utilizzate in sostituzione del denaro ufficiale e di altre forme di investimento. K.V. TU, M.W. MEREDITH, *Rethinking Virtual Currency Regulation in the Bitcoin Age*, in *Wash. L. Rev.*, 90, 2015, p. 271 ss., pp. 273-274.

al denaro avente corso legale negli Stati Uniti, sebbene in forma digitale⁶⁴.

D'altro canto, secondo le previsioni dell'Accounting Standards Codification, pubblicato dal Financial Accounting Standard Board⁶⁵, le criptovalute non sono ritenute 'derivati' ai sensi del Topic 815 e, pertanto, non sono soggette ai relativi obblighi di *disclosure* previsti per i *financial reports*⁶⁶.

Nel 2017 la SEC, Security Exchange Commission, all'apice degli scambi di mercato delle criptovalute, a prezzi particolarmente elevati e con società che hanno guadagnato milioni di dollari attraverso le *initial coin offerings*⁶⁷, ha pubblicato un provvedimento di fondamentale importanza, qualificando le criptovalute in termini di *security* ai sensi dello *United States Securities Act of 1933*⁶⁸.

Nello stesso anno lo Stato del Nebraska ha disposto che gli avvocati possano ricevere criptovalute come pagamento dei loro onorari professionali, ma debbano immediatamente convertirle in dollari⁶⁹.

Inoltre, in risposta alla richiesta di interventi normativi finalizzati a disciplinare le criptovalute, alcuni membri del Congresso USA si sono reso promotori del *Digital Commodity Exchange Act (DCEA)*, finalizzato ad attribuire alla Com-

⁶⁴ Cfr. Il Report del gennaio 2022, dal titolo *Money and Payments: The U.S. Dollar in the Age of Digital Transformation: The Fed - Money and Payments: The U.S. Dollar in the Age of Digital Transformation (federalreserve.gov)*.

⁶⁵ Codification (*fasb.org*).

⁶⁶ Accounting Standards Codification, *Definition of Derivative Instrument*, § 815-10-15-83 (FIN. ACCT. STANDARDS BD. 2020). Sul punto: G. GOODMAN, *The Ethics of Cryptocurrency*, in *Hastings Bus. L.J.*, 2022, 18, p. 175 ss.

⁶⁷ S. RUSSOLILLO, *Initial Coin Offerings Surge Past \$ 4 Billion--and Regulators Are Worried*, in *WALL ST. J.*, 14 dicembre 2017, www.wsj.com/articles/initial-coin-offerings-surge-past-4-billionand-regulators-are-worried-1513235196.

⁶⁸ Per approfondimenti: A. BULL, T. HARTTRAFT, *Cryptocurrency and Blockchain Law: SEC's Heightened Enforcement Against Digital Assets*, in *Rich. J.L. & Tech.*, 27, 2021, p. 1 ss.

⁶⁹ Nebraska Ethics Advisory Opinion for Lawyers, No. 17-03, Sept. 11, 2017, <https://supremecourt.nebraska.gov/sites/default/files/ethics-opinions/Lawyer/17-03.pdf>.

modity Futures Trading Commission (CFTC) il potere di disciplinare le criptovalute⁷⁰. Tuttavia, considerato il circoscritto ambito di applicazione della legge in esame, il Congresso è già stato destinatario di ulteriori richieste di dotare altre Agenzie federali di specifici poteri di intervento e controllo.

Negli Stati Uniti, pertanto, le criptovalute utilizzate come ‘*commodity*’⁷¹ sono soggette al controllo della CFTC⁷². La CFTC controlla le operazioni in derivati che coinvolgono *commodities* secondo quanto previsto dal *Commodity Exchange Act*⁷³. Tali beni sono definiti come «goods and articles ... and all services, rights and interests ... in which contracts for future delivery are presently or in the future dealt in»⁷⁴. Secondo l’orientamento assunto dalla CFTC, la criptovaluta è una *commodity* e, pertanto, ricade sotto il potere regolamentare dell’Agenzia in questione⁷⁵.

Infine, a marzo 2022 l’Amministrazione Biden ha emanato un *Executive Order*, imponendo una revisione sistematica nel-

⁷⁰ In particolare: B. POWELL, *Regulating the Unregulatable: The Digital Commodity Exchange Act’s Use-Based Approach To Cryptocurrency Regulation*, in *B.C. Intell. Prop. & Tech. F.*, 2021, p. 1 ss.

⁷¹ Letteralmente, ‘*commodity*’ significa merce o materia prima. Tuttavia, poiché il termine ha assunto nel commercio mondiale un significato tecnico preciso, che trova il proprio riscontro anche nella disciplina normativa USA, nel testo verrà utilizzato nella versione in lingua inglese, senza tradurlo. Sulle opzioni in tema di traduzione giuridica si veda, in particolare, R. SACCO, *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sez. civ.*, Aggiornamento, I, UTET, Torino, 2000, p. 722 ss. Quello della traduttologia giuridica è divenuto in tema di particolare importanza nelle indagini comparatistiche: ne danno specifico conto R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 2019⁷, pp. 25-54. In proposito anche B. POZZO, *Legal Transplant and Legal Translation: How Language Impacts on the Reception of Foreign Legal Models*, in I. SIMONNÆS, M. KRISTIANSEN, *Legal Translation: Current Issues and Challenges in Research, Methods and Applications*, Frank & Timme ed., Berlin, 2019, p. 65 ss.

⁷² *Commodity Futures Trading Comm’n. v. McDonnell*, 287 F. Supp. 3d 213, 230 (E.D.N.Y. 2018).

⁷³ *Commodity Exchange Act*, 7 U.S.C. § 2.

⁷⁴ 7 U.S.C. § 1a(9) (2010).

⁷⁵ *An Introduction to Virtual Currencies*, Commodity Futures Trading Commission, www.cftc.gov/sites/default/files/2019-12/oeco_aivc0218.pdf.

la disciplina dei *digital assets*⁷⁶. In particolare, il termine ‘*digital asset*’ è stato utilizzato con il dichiarato intento di ricomprendere non solo le criptovalute, ma anche un’ampia gamma di prodotti, ad esempio *stable coins*, le Central Bank Digital Currencies (comunemente note come CBDCs), *tokens*, etc.⁷⁷. Il provvedimento in questione è rilevante perché impone il coordinamento di oltre venti agenzie ed enti governativi federali, affermando espressamente che: «[The Biden Administration] places the highest urgency on research and development efforts into the potential design and deployment options of a United States [Central Bank Digital Currency]»⁷⁸.

Anche il contesto statunitense è in evoluzione e il tema si presenta foriero di sviluppi interessanti, non solo in questo ambito, ma in tutti quelli considerati.

⁷⁶ Exec. Order No. 14,067, 87 Fed. Reg. 14,143 (Mar. 9, 2022). Secondo la sezione 9(d): «Regardless of the label used, a digital asset may be, among other things, a security, a commodity, a derivative, or other financial product. Digital assets may be exchange across digital asset trading platforms, including centralized and decentralized finance platforms, or through peer-to-peer technologies».

⁷⁷ J. SELIGMAN, *The Rise and the Fall of Cryptocurrency: The Three Paths Forward*, in 19 *N.Y.U. J.L. & Bus.*, 2022, vol. 19, p. 93 ss..

⁷⁸ Executive Order, *cit.*, § 4(a)(i). Sul ruolo degli Stati nel garantire uno sviluppo sostenibile, anche in prospettiva economica, si veda da ultimo: B.S. DE DONNO, L. VENTURA, *Sustainable Procurement: The Active Role of the State in Building a Sustainable and Inclusive Economic Growth*, in *State and Enterprise. Legal Issues in the Global Market*, a cura di M.R. MAURO, F. PERNAZZA, Springer-Giappichelli, Berlin-Torino, 2023, p. 259 ss.

LAURA MARIA FRANCIOSI, Le criptovalute nel contesto della compravendita internazionale di beni mobili: una prospettiva comparatistica

Negli ultimi anni si è assistito a un notevole sviluppo tecnologico, caratterizzato dall'ampio ricorso all'intelligenza artificiale e a molteplici strumenti innovativi, che si sono diffusi anche nel campo delle attività finanziarie. Un settore particolarmente in crescita è quello della FinTech (tecno-finanza), nell'ambito del quale un ruolo di primo piano è svolto dalle criptovalute. La loro progressiva diffusione pone specifici problemi giuridici, soprattutto nel contesto della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili. Ci si chiede, infatti, se un contratto internazionale di compravendita, che veda coinvolta una criptovaluta o come bene venduto o come corrispettivo di acquisto, ricada o meno nelle previsioni della Convenzione. La questione è controversa e a tal fine risulta interessante soffermarsi sulle evoluzioni in corso nei sistemi di *common law*: in particolare il Regno Unito (che non è parte della CISG) e gli Stati Uniti (che invece ne sono parte).

Parole chiave: criptovalute, compravendita internazionale, beni digitali, Finanza Tecnologica, denaro.

LAURA MARIA FRANCIOSI, The cryptocurrencies within the context of the international sales of goods: a comparative perspective

During the last few years there has been a remarkable technological development, characterized by the broad recourse to both the artificial intelligence and innovative tools which spread within the field of financial activities, too. FinTech ('financial technology') is a particularly growing sector wherein cryptocurrencies play a primary role. Their gradual diffusion raises specific legal issues especially within the context of the Vienna Convention for the international sale of goods. Namely, it is argued whether international sales of goods involving cryptocurrency as goods and/or price, fall within the CISG's provisions or not. The issue is debated and therefore it is interesting to analyse the ongoing evolution within common law systems: namely, the United Kingdom (which did not ratify the CISG) and the United States (which ratified it).

Key words: cryptocurrency, CISG, digital asset, FinTech, money.

Cristiano Iurilli

L'ORDINE PUBBLICO 'NEUTRO' ED IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI NELL'AUTONOMIA PRIVATA. COLLOQUIO CON IL LEGISLATORE SULL'ETEROESCLUSIONE DAI CONTRATTI DI GIOCO E SCOMMESSA. PROFILI COMPARATIVI*

SOMMARIO: 1. L'ordine pubblico come essenza e limite all'esplicarsi dell'autonomia privata. – 2. L'ordine pubblico tra filosofia e diritto ed il principio dell'autodeterminazione. La tesi dell'univocità del concetto di ordine pubblico e le connessioni tra salute, sicurezza ed ordine pubblico economico. – 3. Il disturbo da gioco tra patologia clinica ed autonomia privata. Cenni. – 4. La normativa comunitaria di riferimento e primi richiami a legislazioni di Stati membri sulla istituzione di un Registro Unico delle auto e delle eteroesclusioni. – 4.1. (*segue*) L'esperienza del Belgio. – 4.2. (*segue*) La Francia. – 4.3. (*segue*) La Germania. – 4.4. (*segue*) Un caso nell'esperienza internazionale. L'Arizona. – 5. L'eterosegnalazione come forma amplificativa di tutela preventiva del giocatore problematico o patologico. Analogie con istituti già vigenti. Il c.d. ostracismo legalizzato. – 5.1. (*segue*) Circa la procedura di ammonimento questorile. – 5.2. (*segue*) Circa il c.d. *Whistleblowing*. – 5.3. (*segue*) Circa il sistema di segnalazione di operazione sospetta antiriciclaggio ed il bilanciamento degli interessi. – 5.4. (*segue*) Circa il nuovo Registro dei titolari effetti e le problematiche sulla tutela dei dati personali. – 6. A colloquio con il legislatore per l'introduzione di un sistema di eteroesclusione nel settore dei giochi e delle scommesse.

1. *L'ordine pubblico come essenza e limite all'esplicarsi dell'autonomia privata*

Non vi sarebbe diritto senza Stato e non vi sarebbe Stato senza coloro che esercitano o possano esercitare un diritto.

Si potrebbe partire da questa azzardata – e forse eccessivamente sintetica – argomentazione per trattare quel delicato equilibrio tra esercizio di un potere sovrano ed esercizio *uti*

* Contributo sottoposto a valutazione.

singuli di un diritto¹, tra interesse pubblico ed interesse privato, tra ordine pubblico ed autonomia privata², tra autodeeterminazione ed eterodeterminazione nel compimento o nella previsione di divieti o limiti all'esercizio di un determinato atto, specialmente se afferente la persona umana ed i diritti fondamentali ad essa riconosciuti dalla Carta costituzionale.

Un tema questo in cui la persona umana e la sua tutela debbono considerarsi non solo argine all'intervento statale nell'esercizio di atti (siano essi o meno a contenuto negoziale) funzionali all'esplicarsi del *civis* all'interno di un determina-

¹ Sul tema, P. PAPANTI-PELLETIER, *Note sul principio di ordine pubblico nell'attuale ordinamento italiano*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2015, p. 5, ove l'A. – già in sede di analisi dell'*ordre public* nel *Code civile* del 1804 – ne approfondisce le ragioni dell'inserimento, rilevando come esse siano «... individuabili nell'esigenza di evitare che, mediante convenzioni particolari, i privati avessero la possibilità di dettare un regolamento di interessi giuridicamente vincolante, che fosse bensì formalmente rispettoso delle prescrizioni normative, ma che nella sostanza, si ponesse in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico».

² Sul punto è di interesse l'approfondimento di taluna dottrina sulle relazioni tra ordine pubblico economico e diritto dei contratti, argomento peraltro oggetto di numerosi approfondimenti. *Ex multis*, sul tema cfr. M. ROBLES, *L'ordine pubblico economico' tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti*, in *Giust. Civ.*, 2016, 4, p. 797 ss., in spec. p. 812, ove l'A. nell'approfondire i referenti costituzionali concernenti l'ordine pubblico, e mediante richiami a quella dottrina che più delle altre ed in tempi non sospetti aveva già inteso approfondire il tema (P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 14 ss.), rileva «La tutela della persona umana, cui si connettono i principi di solidarietà ed uguaglianza, nei rispettivi corollari di salvaguardia delle libertà civili e politiche, non meno di quelle economiche, rappresentano i valori caratterizzanti l'attuale ordinamento costituzionale, che i principi generali e, segnatamente, l'ordine pubblico si trovano a riaffermare. Mentre i primi però, nel momento in cui ne esprimono i valori fondativi, necessariamente e conseguentemente determinano il sorgere di apposite situazioni soggettive tutelabili in forma repressiva (*rectius*, di 'divieto'), l'ordine pubblico svolge quella funzione 'conservatrice' che gli è (stata storicamente) propria, non già sul piano di queste situazioni, bensì su quello dell'agire dei privati, di cui è teso a stabilire il confine tra lecito ed illecito, nella promozione dell'esercizio non abusivo della libertà contrattuale. Una mancata distinzione di questo tipo potrebbe, d'altra parte, comportare un appiattimento di rappresentazioni, in questo senso risultando pregnante l'autorevole richiamo per il quale «la tutela della personalità assume, nel sistema giuridico attuale, il significato di principio di ordine pubblico».

to contesto sociale bensì divengono essi stessi limite o meglio fonte di esercizio di divieti o limitazioni eteroindotte, in funzione della tutela proprio di quell'interesse della persona che tuttavia, ed in tal caso, non dovrà essere più considerato nella sua individualità bensì come parte o frammento di un ordinamento giuridico, ove anche i diritti costituzionalmente garantiti trovano un argine nell'interesse pubblico che, a sua volta, diviene *summa* degli interessi della collettività.

Un delicato equilibrio che da parte della più attenta dottrina è stato ricondotto, sulla base di approfondimenti afferenti il concetto di ordine pubblico soggettivo e funzionale³, sia al concetto di convivenza civile intesa come «una situazione giuridica complessa, al tempo stesso, attiva e passiva, come bene relazionale, che si pone al centro di un complesso intreccio e snodo di situazioni giuridiche individuali e collettive rispetto alle quali sorge un delicato problema di bilanciamento di molteplici interessi costituzionalmente rilevanti e tutelati, ma, a prima vista, confliggenti»⁴ sia alla endiadi (e non sinonimo) 'ordine pubblico e sicurezza' che, anche e specialmente ai fini che qui interessano, deve identificarsi come protezione dei beni giuridici esistenti, fondata sulla reazione nei confronti dell'aggressione portata ad essi e come garanzia della continuità nel tempo del godimento dei diritti e di aspettative future attraverso la prevenzione dei bisogni dell'esistenza⁵.

³ In dottrina, sul tema *ex multis* cfr. A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1963, CLXV, p. 115; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 130 ss.; A. CERRI, *Ordine pubblico, II, Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1990, p. 1 ss.

⁴ In tal senso F. BOCCHINI, *Convivenza civile e ordine pubblico*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2020, 1, p. 1 ss., ed ivi ampi riferimenti alla dottrina ed alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, ed ove l'A. si pone il problema, a seguito dell'approvazione della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 in riforma della parte seconda della Costituzione, di ricercare il contenuto sostanziale del concetto di ordine pubblico.

⁵ In tal senso cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, vol. I, a cura di P. RIDOLA, R. NANIA, Torino, 2006², p. 144; Id., *Il principio di libertà nello Stato costituzionale*, Torino, 2018, p. 202 ss.

Se dunque, come affermato dalla Corte Costituzionale⁶, l'ordine pubblico deve intendersi come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché interesse alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni, è esso stesso, mediante un processo di bilanciamento⁷ tra libertà, interessi primari ed interessi collettivi, a divenire oggi essenza o almeno strumento interpretativo ed applicativo in tema di autonomia privata ed autodeterminazione del singoli.

Ed al pari di quanto classicamente rilevato in tema di situazioni giuridiche soggettive⁸, la dottrina – avendo inteso la convivenza civile come «... risultato dell'opera di bilanciamento della Consulta tra libertà ed ordine pubblico»⁹ – la considera come bene giuridico meritevole di tutela e, crediamo, condivisibilmente definibile come bene 'neutro', ossia come luogo in cui, proprio mediante un giudizio di bilanciamento, si pone in evidenza la dimensione sociale dei diritti dei singoli e l'equilibrio tra l'interesse–diritto al fare e all'agire ed interesse–potere al limitare, al vietare ed al proibire.

Ed allora in tutti quei campi in cui l'autonomia privata, funzionalmente intesa come diritto all'autodeterminazione dei singoli, concerne 'spazi' costituzionalmente garantiti, si appalesa un ampliamento dell'intensità con cui l'ordine pubblico dovrebbe intervenire in funzione tendenzialmente 'neutra', mediante un necessario bilanciamento di interessi che certamente non può avvenire in mera via di interpretazione bensì mediante la ricerca di adeguati strumenti attuativi.

E qui che deve essere ricercata la connessione tra autodeterminazione, Stato e libertà di iniziativa economica nel par-

⁶ Corte Costituzionale, 23 dicembre 2019, n. 285, in *cortecostituzionale.it*.

⁷ A. MORRONE, *Bilanciamento* (giustizia costituzionale), in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, 2, Milano, 2007, p. 191 ss.

⁸ Tra le più interessanti definizioni di situazioni giuridiche soggettive, si richiama la posizione di F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 56, secondo cui «Le situazioni giuridiche soggettive altro non sono se non il risultato della ... valutazione discrezionale che l'ordinamento fa dei vari interessi ed in particolare di quelli ritenuti meritevoli di tutela».

⁹ Così F. BOCCHINI, *Convivenza civile e ordine pubblico*, cit., p. 9.

ticolare settore dei contratti di gioco e scommessa, argomento su cui oggi riteniamo di dover nuovamente svolgere maggiori approfondimenti in funzione dell'analisi delle migliori basi giuridiche volte alla ricerca di adeguati strumenti operativi per garantire l'agire dei molti protagonisti interessati al tema, proprio in quello 'spazio neutro', l'ordine pubblico, causa e fine della ricerca di un difficile bilanciamento di interessi.

Anzi potremmo spingere la nostra riflessione sino a considerare oggi il settore dei giochi e delle scommesse proprio come 'spazio neutro', ove interessi positivi ed interessi negativi necessitano di un adeguato bilanciamento al fine di garantire una loro convivenza, ed ove i protagonisti di tale bilanciamento sono lo Stato, il giocatore ed il concessionario.

2. L'ordine pubblico tra filosofia e diritto ed il principio dell'autodeterminazione. La tesi dell'univocità del concetto di ordine pubblico e le connessioni tra salute, sicurezza ed ordine pubblico economico

Nell'esprimere la contrapposizione concettuale tra libertà e regola, tra potere soggettivo e limite al suo esercizio, potremmo citare le parole della nota politologa e filosofa tedesca Hannah Arendt¹⁰ secondo cui potere politico e norma giuridica altro non sarebbero se non un «male necessario per la sopravvivenza della comunità ... inevitabile ai fini della pacifica convivenza degli individui [...]».

Ed ancora, nell'analisi del tema delle relazioni tra ordine pubblico, autodeterminazione degli individui e principio del bilanciamento degli interessi, vengono alla mente le parole di Antonio Rosmini¹¹ secondo cui «... le restrizioni della libertà di ciascun uomo, stabilita di maniera che tutti possano in egual modo esistere come persone», costituisce il diritto in senso assoluto e per il quale –riprendendo l'*incipit* del presente lavoro – «... la persona ha nella sua natura stessa tutti i costitu-

¹⁰ H. ARENDT, *Cos'è la politica?*, Milano, 1995, p. 23.

¹¹ A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, I, Padova, 1967, p. 191 ss.

tivi del diritto: essa è dunque il diritto sussistente, l'essenza del diritto».

È dunque chiaro come nell'analizzare la fondatezza di azioni statuali volte alla limitazione dell'agire della persona umana si scorga quella connessione funzionale tra il diritto all'autodeterminazione, filosoficamente inteso anche come diritto anarchico ed 'a-normativo' e giuridicamente individuabile nel diritto di autodeterminarsi nelle proprie scelte giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela sulla base di una volontà cosciente e consapevole, e l'ordine pubblico¹² questa volta identificabile come ragnatela di precetti e limiti eteroindotti volti a veicolare l'anarchico diritto del singolo ad autodeterminarsi all'interno della c.d. 'neutralità' della convivenza civile.

Se oggi l'autodeterminazione risulta essere concetto trasversale al diritto¹³, ha nel recente passato attirato l'attenzione degli interpreti¹⁴ in riferimento all'art. 32 della Costituzione, in combinato disposto con gli artt. 2, 3 e 13 in tema di autodeterminazione c.d. 'terapeutica', ed ove la salute viene assunta ad oggetto di tutela non solo quale fondamentale diritto dell'individuo bensì come interesse della collettività, e quindi

¹² Secondo G. FERRI, voce *Ordine pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, 1964, XXX, p. 1053, l'ordine pubblico letto come limite all'autonomia negoziale «... non esprime, né vuole individuare, l'esigenza di una supremazia dell'interesse pubblico sull'interesse privato e la possibilità che questo possa e debba cedere a quello, quando le situazioni concrete lo esigano; l'ordine pubblico, come limite all'agire negoziale, esprime più specificatamente l'esigenza che i privati, con le loro convenzioni, non sovvertano quei valori fondamentali su cui si fonda l'ordine sociale ma che realizzino i loro rapporti nel rispetto di quei valori e quei principi che lo Stato considera essenziali e caratterizzanti l'organizzazione sociale».

¹³ Si pensi all'autodeterminazione del consumatore nell'esercizio di una scelta negoziale consapevole oppure alle limitazioni all'autodeterminazione in relazione agli istituti dell'interdizione, inabilitazione o amministrazione di sostegno.

¹⁴ *Ex multis*, in dottrina B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto Societario*, 1983, p. 21 ss.; G. ALPA, *Salute (diritto alla)*, in *Novissimo Digesto Italiano Appendice*, 1986, p. 914 ss.; L. CARLASSARE, *Libertà d'iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione*, in *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1992, p. 605 ss.; E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale - Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, 2000, pp. 1-2.

nella sua dimensione di autentico diritto soggettivo e di valore oggettivo immanente all'ordinamento, incarnando dunque quel concetto neutrale di ordine pubblico di cui abbiamo già evidenziato i caratteri distintivi.

Così come enunciato al primo comma dell'art. 32 della Costituzione italiana, il diritto alla salute è dunque riconosciuto al contempo come diritto fondamentale dell'individuo, come interesse della collettività¹⁵ ed anche come diritto fondamentale ed inviolabile per antonomasia¹⁶ nonché come condizione esistenziale estremamente complessa¹⁷, essendo caratterizzato da una doppia natura: partecipativa della natura dei diritti di stampo liberale (i quali rifiutano l'intervento dello Stato per la loro realizzazione) ed adesiva alla natura dei diritti preensivi, cioè di quei diritti sociali che si possono realizzare solo o prevalentemente attraverso l'intervento dello Stato.

Tale diritto è altresì classicamente collegato dai costituzionalisti al concetto di sicurezza ed al necessario bilanciamento degli interessi, anche in relazione al concetto di ordine pubblico economico, ove la sicurezza è individuabile come limite

¹⁵ In tal senso in dottrina cfr. M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 769 ss., che riconosce il diritto alla salute come «diritto fondamentale, garantito dalla Costituzione come tale (e cioè come situazione soggettiva individuale), oltre che come valore oggettivo immanente all'ordinamento»; Id., *Salute. Diritto alla salute – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 3. Nella più recente giurisprudenza costituzionale si ricorda, in tema di vaccinazioni Covid-19, la c.d. 'sentenza Cartabia' (Corte Costituzionale, sentenza del 18 gennaio 2018, n. 5, in *cortecostituzionale.it*) secondo cui l'importanza anche collettiva della salute può talora giustificare trattamenti sanitari obbligatori, come per esempio, nei casi strettamente previsti dalla legge, l'obbligatorietà di alcuni vaccini. La legittimità di questo genere di misure estreme viene subordinata dalla Corte ad una serie di condizioni, quali: circostanze tali da richiedere un 'patto di solidarietà' tra cittadino e Stato, conseguenze negative assenti o normalmente tollerabili per il soggetto obbligato, indennizzo nei limitatissimi casi di conseguenze più serie, a prescindere da colpe, e ragionevolezza scientifica.

¹⁶ G. BARONE, *Diritti inviolabili della persona di nuova e vecchia generazione di fronte al potere autoritativo dell'amministrazione. Limiti al principio della degradazione di diritti a interessi*, in *Studi per Giovanni Montemagno*, Milano, 2006, p. 337

¹⁷ L. PRINCIPATO, *La immediata precettività dei diritti sociali ed il contenuto minimo del diritto fondamentale della salute*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3858.

all'esercizio delle c.d. libertà negative, come settore materiale oggetto di regolamentazione normativa ex art. 117, comma 2, lett. h, della nostra Carta costituzionale e, da ultimo, come 'diritto sociale'¹⁸.

Ancora una volta assurde a parametro interpretativo il concetto di ordine pubblico, all'interno del quale emerge e si realizza il concetto di sicurezza proprio in quella caratterizzazione di luogo 'neutrale' di bilanciamento degli interessi¹⁹ in cui i concetti di protezione di un interesse e promozione di un diritto sono funzionalmente collegati²⁰ non solo in funzione repressiva e non solo in riferimento al campo della salute.

Ed allora il passo è breve nel richiamare il concetto di ordine pubblico economico ed al riferimento proprio alla 'sicurezza' contenuto nell'art. 41, comma 2 della Costituzione²¹ ove si afferma che l'iniziativa economica privata non può svolger-

¹⁸ In tal senso l'*incipit* di un interessantissimo saggio in materia a cura di M. RUOTOLO M., *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, 2009, in *Astrid Rassegna*, pp. 1-49, ed ove l'A. si pone importanti quesiti «Esiste un diritto costituzionale alla sicurezza? Per rispondere si dovrebbe definire il concetto stesso di sicurezza che, secondo una prima e tradizionale approssimazione, può farsi corrispondere a quello di *tranquillitas*, intesa come scopo della *civitas*. Lo Stato dovrebbe garantire al singolo e alla collettività la conservazione di una condizione esente da disturbi. Ma se tale statica visione appare superata nella misura in cui all'esigenza di difesa dello status quo ante si affianca, per molti aspetti assorbendola, quella di "previdenza dei rischi riferita al futuro, al controllo del processo di trasformazione tecnico-scientifica della società", l'evoluzione dinamica del concetto si riverbera anche sulla sua consistenza di "bisogno umano", traducendosi primariamente in una istanza di realizzazione di una società che consenta l'espressione delle potenzialità di sviluppo degli individui. Al volto "repressivo" della sicurezza si affianca una sembianza "promozionale", che trova traduzioni importanti nelle Costituzioni contemporanee, nel segno della rimozione degli ostacoli che si frappongano all'effettivo godimento dei diritti».

¹⁹ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 101.

²⁰ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 127 ss.

²¹ Sulla relazione tra l'art. 41 ed il concetto di ordine pubblico economico, cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 61.

si in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana²².

Altresi, il concetto di ordine pubblico economico è anch'esso funzionale alla prevenzione e regolamentazione dei conflitti della società e dunque da intendersi come strumento volto a garantire la sicurezza nei rapporti giuridici, contribuendo a conformare, rispetto allo svolgimento dell'iniziativa economica privata, i principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento, intesi come elementi fondamentali e indispensabili dello Stato di diritto²³.

E nell'analisi della sua evoluzione, anche nella sua diversificazione tra ordine pubblico economico di direzione e di indirizzo ed ordine pubblico economico di protezione²⁴ (quest'ultimo espressione dalle norme a tutela dei contraenti deboli), emerge quello spazio neutro che deve portare ad accogliere un concetto di ordine pubblico inteso come presidio di interessi non solo pubblici, mediante un abbandono di una nozione meramente proibitiva andandone invece ad evidenziarne la capacità sociale di realizzare e di proteggere i diritti fondamentali costituzionali.

Proprio nel settore dei giochi e delle scommesse, da noi definito come 'spazio neutro', viene probabilmente meno quella distinzione tra ordine pubblico economico e ordine pubblico come nozione 'funzionale'²⁵, sulla cui base si è ritenuto di non assegnare al primo la funzione dell'interdizione tipica dell'ordine pubblico ma solo quella 'positiva' realizzata con diversi-

²² Secondo F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 48, «La logica produttivistica non può legittimare la compromissione dei valori primari della salute, della sicurezza e della dignità, che formano un tutto inseparabile in quanto il trinomio si desume dal valore assoluto della persona umana sancito dall'art. 2 Cost.».

²³ M. RUOTOLO M., *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, cit., p. 13.

²⁴ In tal senso nella dottrina francese G. FARJAT, *L'ordre publique économique*, Paris, 1963, p. 35 ss.

²⁵ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 32 ss., secondo cui l'ordine pubblico economico non avrebbe la funzione dell'interdizione tipica dell'ordine pubblico, ma quella 'positiva' realizzata con diversità di tecniche di intervento, riassumibile in due categorie generali, come gli interventi di direzione e quelli di protezione.

tà di tecniche di intervento ed ove l'utilità sociale, la dignità umana e l'iniziativa economica non possono certamente essere oggetto di frammentazione o di contrapposizione bensì di connessione²⁶.

La richiamata neutralità non deve tuttavia essere ricondotta al concetto di equipollenza tra interesse positivo ed interesse negativo bensì quale corretta attuazione dei criteri della ragionevolezza²⁷ e della proporzionalità tra tutela di un interesse pubblico e tutela degli interessi privati nella loro declinazione di interessi all'autodeterminazione e di interessi alla tutela personale, economica e sociale.

L'interventismo a scopo economico e sociale deve, nel particolare settore dei giochi e delle scommesse, portare a ragionare sulla finalità neutra della limitazione, che non può essere meramente proibitiva-negativa bensì propositiva nel fare emergere un corretto esercizio di bilanciamento di interessi.

Ancor più chiaramente, la limitazione all'autonomia privata nell'esercizio di una attività economica, peraltro ogget-

²⁶ Secondo P. PAPANTI-PELLETIER, *Note sul principio di ordine pubblico nell'attuale ordinamento italiano*, cit., p. 21, «La definizione (di ordine pubblico economico) è fortemente suggestiva ma, al di là dell'aspetto puramente descrittivo del fenomeno, ritengo ... che ad essa non corrisponda una specifica disciplina, che possa giustificare la creazione di un'autonoma categoria scientifica».

²⁷ Secondo G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10, 2019, p. 14, «Nel linguaggio del Codice civile, delle leggi speciali, del Codice della navigazione, dei Principi Unidroit, dei Principi di diritto europeo dei contratti e del Regolamento europeo della vendita, la ragionevolezza assume una pluralità di significati. Spesso, ad esempio, è riferita a una indicazione temporale (termine ragionevole), all'oggetto della prestazione (prezzo ragionevole), a un rimedio (misura ragionevole), a un connotato soggettivo (persona ragionevole, ragionevole affidamento, ragionevole previsione), a un progetto di fusione o a un assetto organizzativo o contabile di una società. Anche in dottrina e in giurisprudenza la ragionevolezza sembra sovrapposta alla proporzionalità, all'abuso, alla buona fede e all'equità». Ed ancora si legge: «... il conflitto tra norme diacroniche è spesso condivisibilmente risolto prescindendo del tutto dall'eguaglianza. In diverse occasioni, la giurisprudenza ha scelto di sacrificare gli affidamenti individuali per perseguire obiettivi di politica sociale e/o economica che non necessariamente hanno a che fare con l'eguaglianza».

to di concessione statale, deve essere controbilanciata dalla ricerca di strumenti legislativi (siano essi o meno giudiziari) volti ad attuare, con efficacia, il principio ambivalente della sicurezza.

Più l'ordinamento garantisce strumenti predittivi ed intercettativi di situazioni critiche sia in ambito generale di sicurezza sia in ambito di tutela della salute pubblica o privata e sia in ambito di sicurezza c.d. 'economica' degli interessi dei privati, più si riduce lo spazio di intervento limitativo degli interessi di cui all'art. 41 della Costituzione, in un contesto molto delicato ove moralità e diritto, ad oggi, sembrano contesti difficilmente divisibili.

A fronte di ciò è chiaro che, in carenza di strumenti idonei che nel settore in esame sono – per quanto di nostro interesse – riconducibili alla tutela della salute pubblica e privata in relazione a forme di gioco patologico o problematico, il bilanciamento degli interessi dovrà necessariamente andare a limitare il campo dell'iniziativa economica imprenditoriale privata, anche se svolta sulla base di regime concessorio, creando così un *vulnus* alla effettiva realizzazione di uno spazio neutro.

Ma è altrettanto chiaro che, in tale esigenza di bilanciamento, si ponga il problema di ricercare, anche *de iure condendo*, forme limitative dell'autonomia privata *uti singuli* nella conclusione di un contratto, quello di gioco e di scommessa.

Emerge cioè con stridente attualità il problema, costituzionale e contrattuale, di limitare il fare, il decidere, l'accedere al contratto di gioco, mediante istituti di auto ma specialmente di etero-esclusione che ci riportano al concetto secondo cui i diritti della persona umana sono allo stesso tempo spazio di autonomia e limite all'autonomia, in funzione di plurimi interessi costituzionalmente garantiti.

Ed in assenza di dati normativi cercheremo di individuare una disciplina applicabile sulla base di analisi di istituti già vigenti e dell'esperienza internazionale, che possa essere funzionale alla futura individuazione di uno strumento di 'neutralità ragionevole' nel settore in esame.

3. *Il disturbo da gioco tra patologia clinica ed autonomia privata. Cenni*

Per completezza espositiva, ed al fine di tentare di valorizzare il percorso argomentativo in essere, senza tuttavia ripercorrere approfondimenti pregressi a cui si vuole fare in questa sede un mero rinvio²⁸, è oramai *ius receptum* nell'ambito della comunità scientifica considerare il disturbo da gioco come patologia clinica necessitante non solo di cure mediche ma anche di specifiche forme di tutela legale del soggetto che ne risultasse affetto anche al fine di limitarne l'esercizio dell'autonomia privata.

Se la definizione clinica più estensiva e dettagliata del disturbo lo individua come malattia neuropsicobiologica del cervello, spesso cronica e recidivante, che si esplicita con comportamenti patologici compulsivi e specifica sintomatologia neurovegetativa, associata a gravi conseguenze fisiche, psichiche e sociali sia per l'individuo che per i suoi familiari, è da essa che si deve procedere per analizzare la connessione funzionale tra sicurezza, salute ed ordine pubblico avvalorando, nella riportata definizione, sia la compulsività sia (specialmente) la rilevanza familiare del disturbo, elementi questi rilevanti per definire i migliori strumenti di tutela sia per giocatore che per il suo ambito socio-familiare, mediante un approccio preventivo, non solo volitivo ma etero-diretto.

Se infatti l'aspetto volontaristico riguarda l'essenza sociale' del gioco, nella sua declinazione di volontà di *facere* o di *non facere* (in funzione di astensione o di autoesclusione), esso è elemento giuridicamente rilevante che ha oramai condotto la dottrina a far convergere il gioco e la scommessa all'interno

²⁸ Per una più esaustiva esposizione dell'argomento ci permettiamo di rinviare a quanto già oggetto di approfondimento in C. IURILLI, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2020, p. 133 ss. e p. 168 ss., ed ivi richiami. Nella più recente dottrina, si richiama altresì: A. MUSIO, *Gioco autorizzato e rimedi civilistici*, Napoli, 2020; N. COGGIOLA, *I contratti di gioco e scommessa. Percorsi evolutivi dal Codice Civile alla disciplina consumeristica*, Torino, 2022; A. MARCHESE, *I giochi e le scommesse tra attualità normativa e (ri)qualificazione giuridica*, Napoli, 2023.

dell'alveo dell'autonomia privata e dunque del diritto dei contratti, così da inquadrare il giocatore come 'consumatore'²⁹ di contratti o servizi di gioco e scommessa, in quel luogo 'neutro' ove, proprio la relazione tra patologia ed autonomia privata, deve portare ad un più maturo bilanciamento degli interessi, in un contesto in cui la relazione contrattuale non solo è caratterizzata *ex se* dall'aleatorietà strutturale ma anche da possibili conseguenza personali e patrimoniali che involgono, come detto, interessi privati ad ampio spettro (e non limitati al contraente) ed interessi pubblici.

Si pone allora la cogente necessità di ricercare le più moderne basi giuridiche onde realizzare una rete di protezione avverso forme relazionali patologiche o problematiche mediante strumenti di tutela snelli ma altrettanto efficaci, e non limitabili all'offerta (*rectius* all'obbligo), già vigente solo nel settore del gioco *online*, di prevedere un sistema di autoesclusione lasciato alla volontà del singolo³⁰ bensì forme di eteroesclusione intese come limitazione all'esercizio di diritti nell'ambito dell'autonomia privata in un contesto di garanzie costituzionali.

²⁹ Già in altra sede (C. IURILLI, *I contratti di gioco e scommessa*, cit., p. 174) ci si poneva l'interrogativo (a cui si dava risposta positiva) se «... detti contratti possano essere definiti come contratti del consumatore, e se dunque il giocatore possa essere definito non solo come persona fisica (ex se già destinataria di diritti in particolare in relazione alla tutela dei diritti fondamentali specificamente inerenti la persona umana, come avviene in tema di tutela della privacy) ma anche come consumatore di un servizio di gioco o di scommessa».

³⁰ Ci riferiamo in tal caso al c.d. R.U.A., Registro unico delle autoesclusioni, limitato al gioco *online*, predisposto sin dall'anno 2018 sul portale dell'Agenzia Dogane e Monopoli.

4. *La normativa comunitaria di riferimento e primi richiami a legislazioni di Stati membri sulla istituzione di un Registro Unico delle auto e delle eteroesclusioni*

Già nel corso dell'anno 2021 veniva sottoposto alla Commissione europea un quesito circa l'istituzione di un registro UE di autoesclusione del gioco d'azzardo³¹ dal seguente tenore: «Intende la Commissione istituire un registro dell'UE di autoesclusione del gioco d'azzardo per rendere possibile l'autoesclusione in tutta l'UE per le forme di gioco d'azzardo tradizionali e online, indipendentemente dal luogo di residenza e dallo Stato membro in cui è detenuta la licenza di gioco?».

La risposta a tale quesito sopraggiunge, con inaspettati contenuti, nell'ottobre 2021, con una comunicazione con cui la Commissione europea dichiara di «non prevede nel prossimo futuro di effettuare una valutazione della raccomandazione sui principi per la tutela dei consumatori e dei giocatori di servizi di gioco online e per la prevenzione del gioco minorile» e «non prevede nel prossimo futuro di istituire un registro europeo per l'autoesclusione del gioco»³².

Orbene, in relazione alla normativa comunitaria in tema di prevenzione del disturbo da gioco e tutela non solo delle fasce deboli della società quali i minori ma in generale in funzione di tutela del giocatore-consumatore, si ricorda che già nel 2014 la Commissione aveva raccomandato³³ l'istituzione di registri nazionali di autoesclusione per i giocatori, a cui gli operatori del gioco d'azzardo abbiano accesso.

La Raccomandazione, la quale chiaramente risultava focalizzata unicamente sul gioco *online*, conteneva *ex multis* talu-

³¹ Answer del 12 luglio 2021.

³² Pur se la «Commissione riconosce i rischi per i consumatori associati al gioco», rileva che «poiché non esiste una normativa UE specifica per il settore, gli Stati membri sono liberi di regolamentare le attività di gioco, purché siano in linea con le norme sul mercato interno contenute nel trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

³³ Raccomandazione della Commissione del 14 luglio 2014 sui principi per la tutela dei consumatori e dei giocatori dei servizi di gioco d'azzardo online e per la prevenzione del gioco d'azzardo online da parte dei minori.

ne indicazioni, evidenziando come alcuni individui che si impegnano nel gioco d'azzardo sperimentano problemi a causa del loro comportamento in misura tale da avere un impatto sulla persona o sulla famiglia, altri sono gravemente danneggiati per ragioni di gioco patologico e che, ove stabilito, gli Stati membri dovrebbero facilitare l'accesso degli operatori ai registri nazionali dei giocatori autoesclusi nonché disporre di norme relative alle richieste ad un operatore da parte di 'terzi interessati', funzionale ad un procedimento di esclusione di giocatori da un sito web di gioco *online*.

Dalla sintetica analisi dei contenuti testé evidenziati risultano alcuni punti cardine su cui riflettere, quali la necessità di una normativa comunitaria sull'istituzione di Registri di auto o etero esclusione; l'assenza, ad oggi, di tale normativa; l'opportunità che tali registri riguardino non solo i giochi *online* bensì anche tutti i giochi tradizionali; la rilevanza della tutela del consumatore giocatore e della sua 'famiglia', considerando dunque rilevanti, ai nostri fini, non solo il diritto all'autoesclusione del giocatore consapevole bensì considerando meritevoli di tutela anche e specialmente le istanze familiari, di terzi soggetti, a che si realizzi un percorso di esclusione con un determinato 'time out' e dunque non da ultima l'opportunità di introdurre, da parte degli Stati membri, discipline volte a dare rilevanza alle richieste delle c.d. 'Third parties' interessate all'esclusione.

Una prima sintesi inerente i principali argomenti di analisi appena evidenziati può rammostrarsi già in uno studio dell'*'European Gaming and Betting Association'*, risalente all'anno 2021³⁴, da cui se da un lato si evince un grado elevato di diversità tra gli Stati membri³⁵, si riscontrano – per quanto di

³⁴ *Consumer protection in EU online gambling regulation, Review of the implementation of selected provisions of the European Commission Recommendation 2014/478/EU across EU Member States. Follow Up Study November 2021, Dr Margaret Carran, University of London.*

³⁵ In generale, al momento della pubblicazione della ricerca, se quasi tutti gli Stati membri avevano sviluppato e mantenuto un registro nazionale di autoesclusione sul gioco d'azzardo online, solo Bulgaria, Paesi Bassi, Irlanda, Lituania, Lussemburgo e Slovenia non avevano imposto alcuna formalità o obblighi al riguardo.

interesse – differenze sostanziali sul rispondere all'interrogativo se l'iscrizione al registro delle esclusioni potesse essere richiesta da terzi soggetti interessati (e ovviamente, quali terzi, distinti soggettivamente dal giocatore ma ad esso collegati) e, in tal caso, se fosse necessaria o meno un'ingiunzione alle Autorità giudiziarie competenti nei vari Stati.

Sul tema specifico è opportuno effettuare taluni richiami non solo a livello comunitario bensì anche internazionale, su dinamiche e strumenti già realizzati in tema di eteroesclusione dal gioco.

4.1. (segue) *L'esperienza del Belgio*

La normativa belga in tema di tutela del giocatore-consumatore risulta di grande interesse³⁶.

Si vuole preliminarmente ricordare come in Belgio, così come in altri Paesi UE, è stata istituita, dal *Gambling Act* del 7 maggio 1999, la *Gaming Commission* (GC), Autorità di regolamentazione ufficiale del settore del gioco d'azzardo, il cui compito principale è quello di garantire la canalizzazione verso il gioco d'azzardo legale, con l'obiettivo primario di tutelare i giocatori.

La CG fornisce consulenza al governo e al parlamento su tutte le questioni relative alla legge del 7 maggio 1999 sui giochi d'azzardo, le scommesse, gli stabilimenti di gioco e la protezione dei giocatori; concede le licenze necessarie per l'esercizio di giochi d'azzardo e scommesse e garantisce una gestione proattiva; ha una funzione di monitoraggio sul rispetto delle disposizioni del *Gambling Act* ed ha il potere di irrogare sanzioni (diffida, sospensione o revoca della licenza), comprese le sanzioni amministrative.

³⁶ In relazione al sistema belga, cfr. A.J. VAN ROOIJ, A. MARIEK VANDEN, J. VAN LOOY, *Gambling and Gaming in Belgium: Opportunities and Risks associated with Online Digital Gambling*, Ghent, Belgium: imec-mict-Ghent University, 2017, nonché G. MEYER, T. HAYER, M. GRIFFITHS, *Problem Gambling in Europe: Challenges, Prevention, and Interventions*, in *Springer Science & Business Media*, 29, 2009, p. 3 ss.

Anche la GC, al pari di altre esperienze comunitarie, ha come principale scopo quello della tutela dei giocatori patologici o problematici e delle loro famiglie: all'uopo è stato istituito un registro delle auto ed eteroesclusioni volto dunque a concedere direttamente al giocatore, anche per il tramite delle c.d. 'Third parties', il diritto, la facoltà ovvero la possibilità di richiedere una esclusione dal gioco.

In relazione al sistema di 'autoesclusione', indicato come 'Richiesta volontaria', la normativa di settore prevede che chiunque ritenga di avere bisogno di protezione dai potenziali pericoli della dipendenza dal gioco possa richiedere un divieto di accesso alla *Gaming Commission* (GC), a seguito della quale richiesta verrà automaticamente negato l'accesso ai casinò (fisici e *online*), alle *slot machine* (fisici e *online*) o ai negozi di scommesse (fisici e *online*).

Dunque il primo dato che emerge da una prima analisi della legislazione di riferimento è che il sistema di esclusione sia applicabile sia al gioco fisico che all'*online*³⁷, e ciò a differenza dell'attuale sistema vigente nel nostro ordinamento.

Ma uno degli aspetti di maggiore interesse che ci ha indotto a considerare la legislazione belga è la presenza di un sistema (e non di un apposito registro in quanto il registro è unico) funzionale a permettere alle terze parti di presentare una richiesta per 'vietare' (traduzione letterale) 'a qualcun altro di giocare d'azzardo': in qualità di terza parte 'interessata': chiunque può richiedere il divieto di accesso a una persona con problemi di gioco, dovendosi tuttavia dimostrare di avere un interesse personale alla attivazione del divieto.

Certamente tale procedura tocca interessi di terzi ed ha come conseguenza la limitazione dei relativi diritti, ma ha an-

³⁷ Il sistema prevede la possibilità di utilizzare, sia in caso di cittadino belga che in caso di cittadino straniero, un modulo elettronico insieme a un lettore di carte e alla carta d'identità belga, o per il tramite di un apposito software.

Ove non si sia in grado di utilizzare il modulo elettronico, presente sul sito GC, è prevista l'utilizzazione di un classico modulo di richiesta cartaceo con allegata copia di entrambi i lati della carta d'identità ed invio alla GC, che dunque deve ritenersi il legittimato passivo all'inoltro di detta istanza.

che il pregio di dare rilevanza ad interessi, economici e non (cioè anche affettivi), appunto di terzi soggetti i quali, anche seppur indirettamente, possano subire le conseguenze familiari, psicologiche ed economiche, di una situazione patologica di gioco.

Proprio in virtù degli interessi in gioco e del loro potenziale conflitto, la procedura di etero-esclusione è più lunga e complessa rispetto alla gestione della richiesta volontaria, in quanto al giocatore deve essere data l'opportunità di presentare la propria versione dei fatti davanti alla *Gaming Commission*.

E risulta particolarmente interessante, dall'analisi della modulistica afferente l'eteroesclusione, notare chi siano i legittimati attivi di tale azione di segnalazione, i quali sono così individuati: 'compagno; coniuge; genitore; famiglia; amico; medico; assistente sociale; istituzione finanziaria; cliente; altro'.

Si vuole dunque sottolineare la scelta di far parte attiva di tale azione di prevenzione le istituzioni finanziarie, gli intermediari bancari i quali, dall'analisi dell'operatività dei singoli clienti, potrebbero far emergere delle situazioni problematiche o patologiche inerenti al 'giocare', magari strettamente collegate a situazioni di sovraindebitamento economico, queste ultime connesse, in ipotesi, a richieste di fidi o finanziamenti in genere, dalla cui richiesta emergano situazioni che, in sede di verifica del merito di credito, potremmo già definire 'anomale' o 'sospette'; altresì si evidenzia come il sistema attribuisca grande rilevanza non solo agli interessi della famiglia bensì ad analisi cliniche, psichiatriche o psicopatologiche che potrebbero portare un qualsivoglia medico curante ad esercitare la c.d. segnalazione di esclusione.

La procedura poi richiede, ove esistenti, l'allegazione sia dei motivi specifici della segnalazione sia di osservazioni dettagliate (anche sul tipo di vincolo che lega il soggetto segnalato a segnalante) sia di eventuali documenti che possano essere posti a corredo della richiesta.

Proprio perché si tratta di diritti di terzi, è chiaro che alla segnalazione non segue, con automatismo, l'esclusione dal 'sistema gioco': si prevede innanzitutto che il segnalante riceva un avviso di ricevimento della istanza e l'invio una citazione

(in termini non processuali ovviamente) alla persona in relazione alla quale si è presentata la domanda al fine di concedere al segnalato l'opportunità di presentare argomenti a favore o contro questa richiesta di esclusione prima che il CG prenda una decisione. L'esclusione su richiesta di un terzo interessato dura almeno un anno, trascorso il quale la persona esclusa potrà chiedere la revoca del divieto, fornendo le ragioni per tale richiesta.

4.2. (segue) *La Francia*

Dal 31 dicembre 2020 la gestione della pratica di autoesclusione, precedentemente detenuta dal Ministero dell'Interno, è affidata all'Autorità francese per il gioco d'azzardo (ANJ)³⁸.

Dall'analisi della procedura di autoesclusione dal comparto gioco si evincono talune peculiarità del sistema francese che lo distinguono dal sistema belga per una scelta operativa più limitata.

Si prevede infatti l'autoesclusione del gioco d'azzardo come una procedura strettamente personale e riservata, offerta ai giocatori che desiderano proteggersi dai rischi legati al loro gioco eccessivo (difficoltà finanziarie, disturbi psicologici legati alla dipendenza, isolamento, ecc.).

Esiste anche in tal caso un sistema di eteroesclusione ma limitato solo a coloro i quali risultino essere tutori o curatori o che siano i rappresentanti legali di una persona che incontra problemi con il gioco d'azzardo: dunque non di terze parti si potrà parlare bensì di meri rappresentanti del giocatore.

È chiaro dunque che in tale sistema l'azione segnaletica delle terze parti deve essere preceduta da un provvedimento giudiziario, di solito di volontaria giurisdizione, di nomina di

³⁸ In tema, cfr. A. VUCHOT, C. JOLY, *The Gambling Law Review: France*, in *thelawreviews.co.uk/title/the-gambling-law-review/france*; V. MARIONNEAU, J. JÄRVINEN-TASSOPOULOS, *Consumer protection in licensed online gambling markets in France: the role of responsible gambling tools*, in *Addiction Research & Theory*, 2017, p. 436 ss.; O. FRÉGET, M. POTEL-SAVILLE, *The French Gambling Act : True competition ?*, in *Concurrences*, 2010, 3, Art. 31697, p. 45.

un soggetto che *ex lege* sia autorizzato ad intervenire su diritti di terzi. Procedura questa dunque molto formalistica e certamente meno ‘agile’ rispetto al sistema belga.

Circa l’ambito degli effetti dell’esclusione anche in Francia si denota una discreta ampiezza degli effetti sui tipi di gioco, tra cui casinò o club di gioco, scommesse sportive, scommesse ippiche e poker online e siti web concessi in licenza dall’ANJ, ai giochi de *La Française des Jeux* o da PMU realizzati online o nei punti vendita fisici con un conto giocatore.

Tuttavia circa il gioco *online* non è previsto un effetto ‘sistemico’ bensì un effetto ‘one to one’ rispetto al singolo concessionario a cui si chiede l’esclusione. Questo divieto è valido per un minimo di tre anni: trascorso tale termine, l’interessato può in qualsiasi momento chiedere la revoca del divieto.

Finora le persone che desideravano registrarsi sul registro dovevano recarsi in una stazione di polizia per un colloquio con un corrispondente locale, al fine di finalizzare la loro registrazione. Al fine di facilitare la procedura e renderla più attraente per i giocatori d’azzardo, l’ordinanza del 2 ottobre 2019 di riforma della regolamentazione del gioco d’azzardo, ha affidato all’ANJ la gestione di questo fascicolo nell’ambito della sua missione di combattere la dipendenza e prevenire il gioco eccessivo.

4.3. (segue) *La Germania*

Il 1° luglio 2021 è entrato in vigore il Trattato statale sulla nuova regolamentazione del gioco d’azzardo in Germania³⁹: tale testo è la base per le azioni della *Gemeinsame Glücksspielbehörde der Länder* (GGL).

Anche in Germania il blocco dei giocatori d’azzardo è uno strumento nazionale di tipo *cross-gambling* per la tutela dei giocatori e per combattere la dipendenza dal gioco⁴⁰.

³⁹ Trattato statale sul gioco d’azzardo 2021 – *GlüStV 2021*.

⁴⁰ Ai sensi del § 8d (1) *GlüStV 2021*, i record di dati del sistema di blocco generale creato dal Primo Trattato statale sulla modifica del Trattato statale sul

Potremmo affermare che in maniera quasi conforme all'ordinamento belga, anche in Germania è prevista una forma classica di autoesclusione (o *self-ban*) ed una forma, seppur limitata, di etero-esclusione: ed infatti, secondo la sezione 8a) *GlüStV 2021*, un'iscrizione di blocco può essere richiesta da parte dei prestatori di servizi di gioco, ma non da altri soggetti terzi, se non parenti o conviventi.

È interessante rilevare come la normativa tedesca, in funzione dell'eterosegnalazione, non richieda la 'prova' della patologia o del problema bensì condizioni la richiesta di inserimento nel registro della esclusione anche solo sulla base «... di una percezione del personale dopo che la persona interessata sia stata ascoltata».

Così come per l'esperienza belga, è data all'interessato la possibilità di proporre i propri rilievi, preventivamente all'iscrizione.

Seppur nell'elenco dei legittimati attivi alla richiesta dell'iscrizione non siano espressamente contemplati gli intermediari finanziari, la disciplina normativa di riferimento richiama, come elemento fondante la segnalazione, la presenza di dati conoscitivi sul giocatore, dai quali poter desumere un rischio di dipendenza dal gioco, un sovraindebitamento economico, un inadempimento agli obblighi finanziari o situazione di oggettiva sproporzione tra operazioni di gioco rispetto al proprio reddito o patrimonio.

Anche per il sistema tedesco le '*Third parties*' potranno richiedere un divieto a tempo indeterminato; dovranno descrivere la situazione oggettiva e soggettiva del segnalato nonché la conoscenza delle possibili cause che hanno portato alla scelta di presentazione della domanda di etero-esclusione, potranno allegare idonea documentazione dalla quale possa eventualmente evincersi una comprovata diagnostica e terapia per la dipendenza da gioco d'azzardo, valutazioni di esperti clinici, testimonianze, o atti giudiziari, quali ordini di sequestro, ordine di sfratto, fallimento personale, pignoramenti etc.

gioco d'azzardo (*OASIS GlüStV* 'vecchio') e dell'Assia (*OASIS HSpielhG*) e il file di blocco della Renania-Palatinato (*OASIS LGlüG RP*) per le sale giochi è stato trasferito al sistema nazionale generale di blocco dei moduli di gioco incrociato.

4.4. (segue) *Un caso nell'esperienza internazionale. L'Arizona*

Lo Stato dell'Arizona presenta anch'esso delle peculiarità sull'autoesclusione dal gioco⁴¹ indentificato come un processo che consente a una persona di richiedere di essere 'bandita' (traduzione letterale) da tutte le strutture di gioco all'interno dello Stato dell'Arizona, per un arco temporale che va da un anno, cinque anni o dieci anni di esclusione, la quale è irrevocabile e non può essere modificata per nessun motivo durante il periodo di tempo indicato nel modulo.

L'Arizona prevede diversi modi di autoesclusione, primo fra tutti l'utilizzo di una procedura di invio telematico della domanda al *Department of Gaming* insieme ad una foto attuale, elemento che riteniamo molto importante al fine poi di analizzare le modalità con cui attuare, nella quotidianità, il sistema dell'autoesclusione sui giochi fisici, ad esempio mediante tecniche digitali di riconoscimento facciale che possano creare un reale filtro nell'accesso al gioco.

La richiesta di autoesclusione può anche essere presentata *de visu*, recandosi presso gli uffici competenti per completare l'intero processo di autoesclusione che include anche un incontro con un c.d. 'amministratore di autoesclusione' che discuterà il programma, autenticcherà il modulo e scatterà una foto.

Il nome della persona verrà rimosso dall'elenco solo alla scadenza del periodo di tempo selezionato ed il soggetto non sarà avvisato alla scadenza. È altresì interessante notare come a seguito dell'invio dell'istanza di autoesclusione sia lasciata alla libertà dell'interessato richiedere di ottenere, via e-mail, informazioni che descrivano i servizi o le risorse disponibili per aiutarlo nei confronti del disturbo da gioco, senza invece prevedere un automatico inserimento in programmi di affiancamento, analisi dello status patologico o forme di recupero psico-cliniche.

⁴¹ Sul sistema in vigore e sui relativi studi cfr. G.C. ANDERS, *Native American casino gambling in Arizona: A case study of the Fort McDowell reservation*, in *J Gambling Stud.*, 1996, 12, pp. 253-267; *Youth Gambling, 2010 Arizona Youth Survey*, 2010.

Circa la struttura del sistema di esclusione, esso ha le seguenti caratteristiche: vige unicamente un sistema di autoesclusione, riconosciuto come processo meramente volontario ed azionabile dall'interessato, essendo esclusa ogni ipotesi di istanza etero-diretta; l'autoesclusione ha ad oggetto tutte le forme di gioco, sia fisiche che *online* dell'Arizona; l'esclusione, come detto è irrevocabile, indipendentemente da qualsiasi cambiamento nelle circostanze personali.

5. *L'eterosegnalazione come forma amplificativa di tutela preventiva del giocatore problematico o patologico. Analogie con istituti già vigenti. Il c.d. ostracismo legalizzato*

Se l'agire ludico è inquadrabile come forma e strumento negoziale di autonomia privata in una stretta correlazione tra il riconoscimento all'individuo del potere di autodeterminazione al compimento di una specifica azione a valenza negoziale, le conseguenze di tale azione e la necessità di garantire la consapevolezza degli effetti, la rete di strumenti di tutela volti ad intercettare ed anticipare conseguenze lesive anche se ancora non verificatesi può essere oggetto di categorizzazione tra forme legali di tutela volte a limitare l'azione individuale di gioco e di scommessa (ed a prevedere idonee cure), ma caratterizzate dalla volontarietà e dall'autodeterminazione del malato (quale ad esempio lo strumento dell'autoesclusione), da forme invece caratterizzate dall'eterodeterminazione, mediante noti istituti limitativi della capacità di agire, quali l'interdizione o l'inabilitazione o dell'amministrazione di sostegno⁴².

Tuttavia in relazione all'azionabilità di tali forme legali e giudiziarie da parte delle c.d. 'Terze parti', si pone il problema, spesso morale oltre che giuridico, di azionare forme di tutela giudiziarie quasi a valere 'contro il diretto interessato', e che

⁴² Per un maggiore approfondimento sulle tematiche delle tutele legali connesse al *gambling*, ci permettiamo di richiamare il nostro contributo *L'amministratore di sostegno. Poteri e funzioni in tema di giochi, scommesse e ludopatia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2017, 1, p. 221 ss.

possano portare ad una sorta di segregazione sociale del tutelato: spesso dunque le ‘Terze parti’ si trovano ‘moralmente e familiarmente obbligate’ a non intervenire per evitare di ‘trascinare’ l’interessato in un giudizio accertativo della propria eventuale condizione patologica.

Vi sarebbe cioè una sorta di ritrosia familiare ad azionare anche solo l’istituto dell’amministratore di sostegno.

Ciò deve dunque far riflettere con urgenza, e sulla base anche delle esperienze straniere citate, sulla realizzazione di forme altrettanto semplificate ma allo stesso tempo proattive ed intercettative di forme di disagio patologico o problematico, che vadano ad ampliare la tutela preventiva del giocatore e, dunque dell’ordine pubblico, mediante procedure snelle ed anonime di ‘eterosegnalazione’.

Tutto ciò coinvolge dunque anche il problema della tutela della riservatezza del segnalante, del segnalato e pone la problematica se in Italia attualmente vi siano similari e ammesse forme di etero-individuazione o di etero-segnalazione di soggetti terzi in funzione di tutela sia dei diritti dei privati che dello Stato.

Ed è proprio per tale motivo che in tale sede si vuole colloquiare con il legislatore, nel tentativo di ricercare le migliori basi giuridiche funzionali a stimolare una riflessione sulla possibilità di introdurre forme di eterosegnalazione, utilizzando strumenti o principi già ampiamente presenti nella nostra attuale legislazione quali, a titolo di esempio, il c.d. ‘*Whistleblowing*’ o, in campo penale, la procedura di c.d. ammonimento in tema di *stalking*, ovvero ancora alla disciplina di cui all’art. 35 del d.Lgs. 231/07 in tema di segnalazione di operazioni sospette o, sempre nel medesimo tema, all’istituzione del Registro unico dei titolari effettivi tramite il quale, un terzo (e cioè il rappresentante legale dell’impresa obbligata) ha l’obbligo di comunicare, sotto la propria responsabilità, ad un registro a gestione pubblica, i nominativi dei titolari effettivi dell’azienda da egli rappresentata e, dunque, terzi rispetto alla carica da Egli esercitata ed in generale terzi rispetto alla sua soggettività giuridica.

In termini di *'vulgaria eloquentia'*, e come di seguito approfondito, nel nostro ordinamento sono già vigenti procedure e processi, ampiamente ammessi, e consistenti in forme di 'ostracismo legalizzato' o di comunicazione di dati di terzi, a prescindere dalla volontà di questi ultimi, in virtù di un sistema di bilanciamento di interessi in funzione della realizzazione del c.d. ordine pubblico neutro.

Un ostracismo che tuttavia non porta con sé, e come conseguenza, l'automatismo di un provvedimento giudiziario, di una condanna o di una esposizione al pubblico dei contenuti dei dati trasmessi, e men che meno ha come conseguenza diretta l'estromissione legale del segnalato dalla vita sociale bensì realizza un sistema di prevenzione in funzione di tutela di un interesse pubblico e di un interesse privato, di un interesse positivo e di un interesse negativo.

Rilevanti sono le considerazioni che seguono, sul presupposto che il seguente campo di indagine è funzionale all'emersione di principi vigenti, che potrebbero essere applicabili al sistema dell'eteroesclusione.

5.1. (segue) Circa la procedura di ammonimento questorile

In tema di maltrattamenti in famiglia e atti persecutori, si discute da tempo sulla ricerca dei migliori strumenti finalizzati alla tutela delle vittime, specialmente in relazione alla lunghezza del processo e dunque all'attesa di una sentenza definitiva nonché di strumenti alternativi alla querela, con lo scopo di garantire al soggetto passivo una tutela più rapida ed anticipata rispetto alla definizione del procedimento penale o comunque ai tempi di intervento da parte dell'Autorità giudiziaria.

Il provvedimento, o meglio procedura di ammonimento questorile, viene proprio incontro a detta esigenza quale istituto di natura amministrativa⁴³, di derivazione anglosassone, in-

⁴³ L'opinione prevalente in dottrina tende a configurare l'ammonimento orale come un provvedimento amministrativo, poiché immediatamente lesivo

trodotto nel nostro ordinamento dal D.L. n. 11 del 23.02.2009 recante *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori* (convertito con modificazioni dalla l. n. 38 del 23 aprile 2009)⁴⁴ e che si pone come mezzo di tutela da utilizzare proprio nel periodo intercorrente tra il comportamento persecutorio e la presentazione della querela all'autorità giudiziaria, consentendo di dissuadere in via preventiva lo *stalker* dal compimento di nuove condotte di minaccia o di molestia mediante un ammonimento da parte del Questore, interpellato dalla vittima, in grado di renderlo consapevole delle conseguenze che deriverebbero dalla prosecuzione di tali condotte⁴⁵.

L'analisi dell'istituto e le considerazioni ad esso afferenti, mostrano stridenti analogie con le dinamiche afferenti i problemi legati ai giochi e le scommesse, in relazione all'interesse di terzi alla salvaguardia, ad esempio, non solo della salute del giocatore ma, come già rilevato, alla salvaguardia dell'integrità del patrimonio familiare ed in generale della tutela degli interessi familiari anche di natura affettiva.

Ed infatti non si può non considerare come spesso chi subisce atti persecutori abbia difficoltà a confidarsi con qualcuno per cercare aiuto o sostegno, probabilmente per paura, disagio

degli interessi dell'ammonito e pertanto autonomamente impugnabile davanti agli organi di giustizia amministrativa, data la produzione di effetti negativi nei confronti del presunto persecutore. Tra gli effetti negativi conseguenti all'ammonimento si ricordano la revoca delle autorizzazioni di pubblica sicurezza aventi ad oggetto la detenzione o il porto di armi e munizioni. Sul tema cfr. G. DE SIMONE, *Il delitto di atti persecutori*, Roma, 2013, p. 191.

⁴⁴ Così, l'art. 8 del D.L. n. 11/2009 oggi prevede che «Fino a quando non è proposta querela per il reato di cui all'articolo 612 bis del codice penale, introdotto dall'articolo 7, la persona offesa può esporre i fatti all'autorità di pubblica sicurezza avanzando richiesta al questore di ammonimento nei confronti dell'autore della condotta. La richiesta è trasmessa senza ritardo al questore. Il questore, assunte se necessario informazioni dagli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, ove ritenga fondata l'istanza, ammonisce oralmente il soggetto nei cui confronti è stato richiesto il provvedimento, invitandolo a tenere una condotta conforme alla legge e redigendo processo verbale. Copia del processo verbale è rilasciata al richiedente l'ammonimento e al soggetto ammonito...».

⁴⁵ P. GHIRARDELLI, *Lo stalking, Linee guida per la prevenzione e la tutela*, Milano, 2011, p. 132.

o perché nutre la speranza di essere in grado di saper gestire da soli la situazione e che tutto si concluda al più presto, sottovalutandone i rischi o perché frenato dal ricorrere immediatamente alle vie giudiziarie a causa del legame affettivo pregresso nei confronti del persecutore.

L'ordinamento ha voluto così offrire alla stessa vittima uno strumento in più che possa dunque incentivarla a reagire mentre, dall'altro lato si mira a disincentivare l'autore a perpetrare le condotte nella speranza, evidentemente, che tale avviso abbia, soprattutto per il fatto che comunque proviene da una autorità di polizia, un effetto dissuasivo.

L'intenzione del legislatore è stata quella di far percepire allo *stalker* la gravità delle proprie condotte e la responsabilità che potrebbe derivarne, così da esortarlo a comportarsi in modo conforme alla legge, mediante un procedimento per il quale, una volta azionato, l'istante non sarebbe neanche perseguibile o punibile per il reato di calunnia nel caso di dichiarazioni eventualmente non veritiere, considerato che non si determina il pericolo di instaurazione di un procedimento penale, non gravando sull'Autorità di polizia di trasmetterle a quella giudiziaria.

Il provvedimento emesso costituisce dunque una misura di prevenzione con finalità dissuasive, finalizzata a scoraggiare ogni forma di persecuzione, essendo preordinato a che gli atti persecutori posti in essere contro la persona non siano più ripetuti e non cagionino esiti irreparabili.

Dunque, al pari della *ratio* che dovrebbe sottendere la procedura di eteroesclusione nel settore dei giochi, il provvedimento di ammonimento assolve ad una funzione tipicamente cautelare e preventiva, in quanto teso a evitare che le azioni sanzionate persistano e provochino danni irrimediabili. Tuttavia, nell'istituto in esame (e a differenza di ciò che si potrebbe realizzare in tema di eteroesclusione), l'ammonimento sarebbe un 'comando' a carico del prevenuto che rimarrebbe in ogni caso libero di aderirvi o meno senza che ciò comporti di per sé alcuna sanzione penale.

Un ulteriore aspetto di nostro interesse afferisce la partecipazione alla procedura da parte del possibile ammonito⁴⁶: la partecipazione dell'ammonendo garantirebbe nei suoi riguardi il contraddittorio ai sensi della legge sul procedimento amministrativo, concedendo la possibilità di esporre per iscritto, oltretutto con maggiore ponderazione, quindi con maggior completezza ed efficacia, le proprie ragioni⁴⁷.

È dunque la *ratio* del procedimento di ammonimento che deve essere utilizzata al fine di ricercare le basi giuridiche dell'introduzione di una procedura di eteroesclusione in funzione dell'istituzione di un R.U.E.

Il superamento di una soglia di rispetto della libertà e dignità altrui, comunemente insita nei limiti di un 'civile' disaccordo e confronto nelle relazioni interpersonali, ha dunque destato un allarme sociale (pari alla dinamica afferente il D.G.) che ha spinto il legislatore a prevedere e sanzionare con l'ammonimento condotte che potrebbero sfociare in ben più gravi forme di violenza e, di conseguenza, a sostegno del provvedimento, è sufficiente un quadro istruttorio da cui emergano sul solo piano indiziario eventi che recano un *vulnus* alla riservatezza della vita di relazione o, in senso lato e su un piano anche solo potenziale, all'integrità fisica e psichica della persona dal momento che, anche all'ammonimento, deve applicarsi quel-

⁴⁶ La natura di provvedimento amministrativo comporta per l'atto di ammonimento il riferimento normativo alla legge n. 241/1990 in base alla quale si dà ampia rilevanza al principio di partecipazione attraverso il contraddittorio. Pertanto, così come definito anche dal Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. II, 21 ottobre 2011, n. 5676, in *leggiditalia.it*), di regola l'ammonito dovrebbe essere prontamente informato della presentazione di un esposto nei suoi confronti e della richiesta di ammonimento, in modo da poter partecipare al contraddittorio e replicare prontamente alle contestazioni avanzategli.

⁴⁷ La giurisprudenza amministrativa di merito (T.A.R. Catania, Sez. IV, 29 ottobre 2012; T.A.R. Bologna, Sez. II, 18 maggio 2012, n. 341; T.A.R. Catanzaro, Sez. I, 25 marzo 2013, n. 326, tutte in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*) ha ribadito come si debba in ogni caso procedere all'audizione del soggetto nei cui confronti è richiesto l'ammonimento, poiché in mancanza di tale audizione l'istruttoria risulterebbe viziata da insufficienza e incompletezza, con conseguente violazione dei principi di imparzialità e buon andamento (artt. 3 e 97 Cost.) che devono sempre ispirare l'attività della pubblica amministrazione.

la logica dimostrativa a base indiziaria e di tipo probabilistico che informa l'intero diritto amministrativo della prevenzione.

5.2. (segue) *Circa il c.d. Whistleblowing*

In termini eminentemente sociali, il segnalatore (o segnalante) di illeciti è definibile come un individuo che denunci pubblicamente o riferisca ad una Autorità, attività illecite o fraudolente all'interno del governo di un'organizzazione pubblica o privata.

Sul punto vogliamo ricordare come la figura del *whistle-blower* sia stata introdotta in epoca relativamente recente, mediante l'art. 1 comma 51 della legge 6 novembre 2012, n. 190, con particolare riferimento al dipendente pubblico che segnali illeciti ed al quale viene offerta, normativamente, una parziale forma di tutela: nell'introdurre un nuovo art. 54-*bis* al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 si è infatti stabilito che, esclusi i casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del Codice civile, il pubblico dipendente che denunci all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti ovvero riferisca al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non possa essere sanzionato, licenziato o sottoposto a una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia.

Inoltre nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata (rilievo di particolare interesse ai fini di una futura introduzione del sistema R.U.E.) senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione: tuttavia viene precisato che, qualora la contestazione sia fondata in tutto o in parte sulla segnalazione, l'identità possa essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la dife-

sa dell'incolpato, con conseguente indebolimento della tutela dell'anonimato.

Dunque con la legge 190/2012 il legislatore è intervenuto a disciplinare un fenomeno molto delicato, dai contorni sia giuridici che etici, ed oggetto di ampio dibattito anche nella dottrina (specialmente economica) internazionale⁴⁸ ed ove dietro all'effettiva intenzione di evitare un evento negativo che altrimenti avrebbe luogo senza la segnalazione, si pongono – come detto – problemi morali⁴⁹ in ordine all'individuazione del *whistleblower* come eroe o *a contrario* come traditore, ed altrettanti problemi giuridici di divulgazione a terzi di notizie che dovrebbero invece rientrare in una sfera giuridica privata anche se imprenditoriale: divulgazione che oggi sarebbe un'azione dovuta in quanto tesa a ristabilire la preminenza dell'interesse generale rispetto al profitto di taluni individui.

Ma altrettanti problemi si pongono in relazione alla tutela del segnalante: ed infatti con l'art. 1 comma 51 della l. 190/2012, conformandosi al *trend* inaugurato in sede internazionale, si è sancita per la prima volta la tutela del *whistleblower*, introducendo nel d. Lgs. 165/2001 il citato art. 54 *bis*, rubricato *Tutela del dipendente che segnala illeciti*, assegnando rilevanza al principio del bilanciamento degli interessi al fine

⁴⁸ *Ex multis*, cfr. J.M. ROCHE, *The Competitive System, to Work, to Preserve, and to Protect, Vital Speeches of the Day*, 1971, p. 445; N. BOWIE, *Business Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1982, p. 140; M. GLEN M., C. SHEARER, *Going After the Whistle-Blowers*, *Philadelphia Inquirer*, 1983, p. 11.

⁴⁹ Secondo Michael Davis (M. DAVIS, *Some Paradoxes of Whistle-Blowing in Ethical Treatment of Employees*, vol. 15, n. 1, Spring, 1996, p. 3 ss.) e la sua 'standard theory', affinché sia moralmente permesso che un dipendente denunci una condotta illecita è necessario che si verifichino tre condizioni. In primo luogo, è importante che l'ente al quale appartiene l'aspirante segnalatore possa arrecare (o abbia arrecato), a causa della sua condotta, gravi e considerevoli danni ai propri utenti e alla collettività. Il dipendente deve aver segnalato il rischio a un suo superiore e deve aver appurato che quest'ultimo non abbia intenzione di porvi rimedio. L'aspirante *whistleblower* deve anche aver esaurito i possibili canali di segnalazione interna senza che ciò abbia avuto successo. Perché una segnalazione sia moralmente dovuta invece, oltre alle tre condizioni esposte, è richiesto che il dipendente sia in possesso di elementi che possano convincere un osservatore attento della correttezza della sua denuncia e che quest'ultima possa effettivamente impedire il danno.

di individuare un punto di equilibrio fra il dovere di fedeltà nei confronti del datore di lavoro e il dovere di riferire i fatti illeciti quanto, in funzione della costituzione di un sistema di controllo diffuso della legalità⁵⁰.

Ma al fine di comprendere quanto sia elevato l'interesse del nostro ordinamento alla maggiore realizzazione di strumenti di 'eterosegnalazione' in funzione della legalità, si ricorda altresì come la richiamata disciplina sia stata poi modificata con un ulteriore intervento del legislatore che con la l. 179/2017 ha da un lato integrato la disciplina già prevista a seguito della l. 190/2012 con disposizioni volte a rafforzare la tutela del dipendente e, dall'altro, ha esteso l'applicazione della suddetta normativa anche ai dipendenti privati introducendo tre nuovi commi all'articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 recante la *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, incidendo sui contenuti dei modelli organizzativi*.

Nella sostanza, ed in estrema sintesi, anche nelle relazioni imprenditoriali privati, il sistema di bilanciamento degli interessi in funzione della legalità ha inteso impattare anche sui modelli organizzativi delle aziende private⁵¹.

⁵⁰ Per maggiori approfondimenti sul tema cfr. P. GHINI, *L'utilizzo di un sistema di whistleblowing quale ausilio nella prevenzione delle frodi e dei reati*, in *Resp. Amm. Soc. Ent.*, 2001, 2; G. FRASCHINI, *Whistleblowing e sistemi di protezione: stato dell'arte e considerazioni. Rapporto sulla ricerca svolta da transparency international-Italia*, in *Il whistleblowing nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania, 2011; C. BOVA, *Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti: il whistleblowing*, in *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge n. 190/2012 e decreti attuativi*, Roma, 2013; R. CANTONE, *La tutela del whistleblower. L'art. 54 bis del D.Lgs. 165/2001 (art. 1 comma 51)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA, M. PELLISERO, Torino, 2013.

⁵¹ Volendo sintetizzare le novità introdotte, al comma 2-bis si dispone che i modelli di organizzazione e gestione debbano prevedere: a) adeguati canali che, garantendo la riservatezza dell'identità del segnalante, consentano ai soggetti apicali e sottoposti di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite o di violazioni del modello; b) al-

Ma l'evoluzione della disciplina ha anche apportato modifiche alla attuale disciplina in tema di contrasto al riciclaggio bancario e finanziario mediante il d. Lgs. 90/2017 che ha recepito la direttiva 2015/849/UE (Quarta direttiva Antiriciclaggio), introducendo nel decreto 231/07 l'art. 48, *Segnalazioni di violazioni*, ai sensi del quale i destinatari della disciplina sono, oggi, tenuti a istituire «procedure per la segnalazione al proprio interno ... di violazioni, potenziali o effettive, delle disposizioni dettate in funzione di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo»: sono dunque i dipendenti e le persone in posizione comparabile a poter effettuare segnalazioni di comportamenti in violazione delle disposizioni anti-riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

Ed ancora, il recepimento delle direttive MiFID II e MiFIR ha costituito l'occasione per l'introduzione nel T.U.F. di una disciplina unitaria dei sistemi di segnalazione delle violazioni nel settore del mercato finanziario. La nuova disciplina è contenuta negli articoli 4-*undecies* e 4-*duodecies* inerenti, rispettivamente, il c.d. *Whistleblowing* interno e il c.d. *Whistleblowing* esterno: in particolare con l'art. 4-*undecies* del T.U.F. è stato stabilito che tutti gli intermediari finanziari e assicurativi «adottano procedure specifiche per la segnalazione al proprio interno, da parte del personale, di atti o fatti che possano costituire violazioni delle norme disciplinanti l'attività svolta, nonché del Regolamento (UE) n. 596/2014».

E da ultimo, sempre in ambito bancario, l'articolo 52-*bis* del T.U.B., rubricato *Sistemi interni di segnalazione delle violazioni*, dispone che «Le banche e le relative capogruppo adottano procedure specifiche per la segnalazione al proprio interno da parte del personale di atti o fatti che possano costituire una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria. 2. Le procedure di cui al comma 1 sono idonee a: a) garantire la riservatezza dei dati personali del segnalante e del presun-

meno un canale alternativo di segnalazione che garantisca la riservatezza del segnalante; c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori nei confronti del segnalante per ragioni collegate alla segnalazione; d) adeguate sanzioni nei confronti di chi violi le misure a tutela del segnalante nonché di chi effettui, con dolo o colpa grave, segnalazioni che si rivelino infondate.

to responsabile della violazione, ferme restando le regole che disciplinano le indagini o i procedimenti avviati dall'autorità giudiziaria in relazione ai fatti oggetto della segnalazione; b) tutelare adeguatamente il soggetto segnalante contro condotte ritorsive, discriminatorie o comunque sleali conseguenti la segnalazione; c) assicurare per la segnalazione un canale specifico, indipendente e autonomo».

L'informatore dunque spera di fermare 'il gioco dell'illegalità' al pari delle c.d. *'Third parties'* nel settore dell'eteroesclusione in funzione di fermare le conseguenze lesive del gioco e delle scommesse, ed a prescindere dall'esistenza accertata del reato (nel caso del *Whistleblowing*) o della patologia (nel caso del settore dei giochi e scommesse).

5.3. (segue) Circa il sistema di segnalazione di operazione sospetta antiriciclaggio ed il bilanciamento degli interessi

Ulteriori spunti di riflessione funzionali a ricercare adeguate basi normative già vigenti nel nostro ordinamento e dalle quali far emergere la chiara possibilità e giustificatezza di un sistema di 'eteroesclusione', riguarda il sistema segnaletico di cui all'art. 35 del d.Lgs. 231/07⁵² la cui vigenza, oramai da anni, ha già posto in evidenza la problematica coinvolgente il giusto e ragionevole bilanciamento che deve essere effettuato tra valori omogenei allo scopo di non sacrificare diritti e li-

⁵² L'art. 35 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, impone ad un'ampia platea di soggetti (cd. 'soggetti obbligati') – costituita da intermediari bancari e finanziari, altri operatori finanziari, professionisti nell'esercizio della professione in forma individuale, associata o societaria, altri operatori non finanziari, prestatori di servizi di gioco, società di gestione accentrata di strumenti finanziari e di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari (puntualmente elencati all'art. 3) – di portare a conoscenza della UIF, mediante l'invio di una segnalazione di operazioni sospette, le operazioni per le quali «sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o che comunque i fondi, indipendentemente dalla loro entità, provengano da attività criminosa».

bertà del cittadino in mancanza di specifiche esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza generale⁵³.

Bilanciamento degli interessi e dei valori coinvolti che deve avvenire tramite un processo di proporzionalità che si snoda attraverso una prima fase di individuazione dell'interesse pubblico meritevole di tutela che giustifica la misura limitativa, di una seconda fase che valuta l'idoneità della misura a perseguire, concretamente, quel dato interesse ed una terza fase di verifica della non eccedenza della misura rispetto alle finalità, ovvero possibilità di escludere ragionevolmente che quel dato interesse non sia tutelabile anche attraverso altre misure meno restrittive.

Così come in tema di prevenzione del disturbo da gioco, anche in tema di presidi antiriciclaggio ci troviamo dinanzi all'interesse e tutela della sicurezza pubblica (e, in tema di D.G., tutela della salute pubblica e dell'ordine pubblico di protezione) rispetto ai diritti dei singoli ed alla privacy dei dati afferenti i singoli che, proprio con il sistema della segnalazione di operazione sospetta, vengono trasmessi all'autorità pubblica in funzione non più solo eventualmente repressiva, bensì in funzione preventiva.

Ed al pari di quanto già rilevato in sede di *Whistleblowing*, le segnalazioni, se poste in essere in buona fede e per le finalità previste dalla normativa, non costituiscono violazione di eventuali restrizioni alla comunicazione di informazioni imposte in sede contrattuale o da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e non comportano responsabilità di alcun tipo.

Proprio in tema di antiriciclaggio già il legislatore europeo (e poi nazionale in sede di recepimento), ha dimostrato l'interesse a tutelare come 'interessi generali' e dunque preminenti, la tutela del mercato interno e la tutela della sicurezza nazionale, in quanto considerati interessi meritevoli di essere per-

⁵³ Nella letteratura giuridica sul tema cfr. A. URBANI, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Padova, 2005; R. RAZZANTE, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Torino, 2011; G. CASTALDI, *Banche e normativa antiriciclaggio. Prevenzione e investigazione. I costi per l'impresa*, in bancaditalia.it/homepage/notizie/uif/BancheNormativaAntiriciclaggio.pdf.

seguiti dagli Stati membri e dall'Unione Europea, talvolta anche mediante l'utilizzo di misure particolarmente restrittive, al fine di rendere maggiormente efficace la loro protezione, ma allo stesso tempo l'art. 43 della direttiva n. 849/2015 dispone che il corretto trattamento dei dati personali, effettuato sulla base della medesima direttiva, è da ritenersi di preminente interesse pubblico.

Pertanto è opportuno considerare come tale normativa determini l'utilizzo di numerosi dati inerenti una o più persone fisiche, al fine di poter essere in grado di identificare concretamente potenziali minacce e, dunque, determinando inevitabilmente una vera e propria compressione legittima e/o legalizzata della tutela inerente la privacy e il trattamento dei dati personali.

Compressione questa certamente rinvenibile in un futuro sistema di eterosegnalazione in tema di D.G., che deve necessariamente prendere in considerazione la attuale disciplina circa i c.d. 'dati ex sensibili' di cui all'art. 9 del GDPR ove si stabilisce il divieto di trattare queste 'categorie particolari di dati personali', salve particolari eccezioni in relazione a casi o fattispecie che possono qualificarsi come indispensabili per il raggiungimento del fine prefissato; ad ogni modo, laddove si rendessero assolutamente necessario in determinate circostanze, è compito del legislatore individuare eventuali linee di azione, al fine di evitare discriminazioni ingiustificate: questa previsione dovrà chiaramente essere oggetto di specifica norma di legge.

Affiancando la normativa in tema di s.o.s. all'esigenza di realizzare un registro delle eteroesclusioni sulla base di una apposita procedura, si denota con immediatezza una base comune di principi e ragionamenti afferenti la problematica relativa al bilanciamento, in un contesto storico in cui se la privacy si configura come un diritto fondamentale, centrale per la continuità di una società democratica, le sue limitazioni sono comunque ammissibili ma devono avvenire in circostanze estremamente specifiche e devono essere assistite da idonee garanzie.

Dunque anche nel caso dell'istituzione di un R.U.E., le limitazioni di tale diritto saranno da considerarsi legittime e non eccessive laddove vi sia una base legislativa precisa e specifica; vi sia la necessità di una simile limitazione al fine di perseguire uno scopo legittimo, considerato anch'esso di interesse generale; vi sia la sicurezza che una tale limitazione avvenga secondo corretti parametri di proporzionalità, rispetto allo scopo perseguito; vi sia la necessità di una tale limitazione per realizzare l'attuazione di interessi superiori e generali di sicurezza.

5.4. (segue) *Circa il nuovo Registro dei titolari effetti e le problematiche sulla tutela dei dati personali*

Un ulteriore argomento inerente alla base giuridica su cui si dovrà ragionare in sede di istituzione del R.U.E. può essere ricercato nella recentissima disciplina introduttiva del Registro dei titolari effettivi, materia questa che è già stata sottoposta al vaglio del Garante della privacy proprio in relazione al principio del bilanciamento degli interessi.

È stato infatti pubblicato in Gazzetta Ufficiale (n. 121 del 25 maggio 2022) il decreto 11 marzo 2022 n. 55 del Ministero dell'economia e finanza di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, dal titolo *Regolamento recante disposizioni in materia di comunicazione, accesso e consultazione dei dati e delle informazioni relativi alla titolarità effettiva di imprese dotate di personalità giuridica, di persone giuridiche private, di trust produttivi di effetti giuridici rilevanti ai fini fiscali e di istituti giuridici affini al trust.*

Il decreto, che contiene le disposizioni regolamentari relative al c.d. registro dei titolari effettivi delle imprese dotate di personalità giuridica, delle persone giuridiche private e dei trust e istituti affini, ha già posto vari interrogativi in merito alla liceità dei trattamenti di dati personali derivanti dal suo funzionamento, sulla quale il Garante per la protezione dei dati personali è stato chiamato ad esprimere il proprio parere.

Anche per tale disciplina, anch'essa collegata alla normativa antiriciclaggio, si rammostra con evidente chiarezza un sistema di eterosegnalazione di dati.

In forza dell'istituzione del Registro dei titolari effettivi, gli amministratori di persone giuridiche (e si vuole precisare anche se non soci e non titolari effettivi dell'impresa da essi rappresentata) trust e istituti giuridici affini, dovranno comunicare alla Camera di Commercio, entro i 60 giorni successivi alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del provvedimento con il quale il Ministero dell'economia e delle finanze attesterà l'operatività del Registro stesso, i dati personali dei titolari effettivi, ovvero, secondo la definizione di cui al d.Lgs. 231/2007, della persona fisica o delle persone fisiche che in ultima istanza possiedono o controllano l'ente o che in altro modo esercitano il controllo sullo stesso. Si tratta in particolare di dati identificativi (nome, cognome e anno di nascita) e cittadinanza, nonché entità della partecipazione al capitale dell'ente o modalità di esercizio del controllo.

La finalità del Registro è ovviamente quella di prevenzione e contrasto dell'uso del sistema economico per finalità di riciclaggio e finanziamento del terrorismo. Pur nell'ambito di tale finalità, sussistono aspetti delicati relativi al trattamento dei dati personali delle persone fisiche individuate quali titolari effettivi in ragione dei quali l'emanazione del decreto è stata preceduta da diverse interlocuzioni con il Garante per la protezione dei dati personali, le cui indicazioni sono confluite nello schema di decreto sul quale il Garante ha espresso il proprio parere favorevole con provvedimento del 14 gennaio 2022.

Anche in tali ipotesi, e sempre in funzione di prevenzione, si ammette la possibilità che dati identificativi siano 'comunicati' o 'segnalati' a soggetti terzi, da persone che non siano i diretti interessati al trattamento del dato personale (il rappresentante legale della società trasmetterà i dati dei titolari effettivi pur non essendo egli titolare): ciò ad esempio al fine di prevenire il reato di cui all'art. 512 *bis* del Codice penale, ovvero il reato di *Trasferimento fraudolento di valori*, notoriamente reato presupposto al riciclaggio.

6. *A colloquio con il legislatore per l'introduzione di un sistema di eteroesclusione nel settore dei giochi e delle scommesse*

Sulla base di quanto evidenziato, si può dunque giungere a talune conclusioni sia di merito che programmatiche in relazione alla futura introduzione di un sistema di eteroesclusione ed introduzione di un Registro delle eteroesclusioni.

È un dato inequivocabile la circostanza in base alla quale il disturbo da gioco, inteso sia quale malattia sia quale fatto giuridicamente rilevante in relazione alle conseguenze personali, cliniche ed economiche ad esso collegate, non vada unicamente ad afferire ad interessi individuali del singolo cittadino bensì abbia assunto una valenza diffusa.

Sul tema ci si trova dunque oggi dinanzi ad un fatto giuridicamente rilevante, meritevole di tutela, tipizzato dal nostro legislatore (e cioè un contratto di gioco e scommessa) i cui effetti, ove caratterizzati dalla patologia, vanno ad intaccare non solo interessi pubblici bensì anche privati di soggetti terzi che non siano parti del contratto e dunque non diretti destinatari degli effetti lesivi di una sua conclusione reiterata e, a volte, patologica del medesimo.

Le vicende del contratto dunque spiegano i loro effetti ipoteticamente negativi su altri soggetti.

Ed è la vicenda contrattuale che si caratterizza per taluni caratteri specifici, quali l'incapacità di astensione dalla conclusione del contratto, la ricerca 'a volte delirante' di disponibilità economiche, anche familiari, da investire e la volontà di mantenere riservata ai terzi, specialmente se familiari, l'azione compulsiva.

Da ciò nasce l'esigenza di ripensare ad un sistema di tutela che produca un vero effetto 'intercettativo' della dipendenza, interdittivo dell'azione di gioco, mediante un sistema che sia idoneo a perseguire un giusto bilanciamento degli interessi in gioco (pubblico-privato), primo fra tutti quello del giocatore, che non ecceda rispetto le finalità che si intendono perseguire, che preveda delle tempistiche precise sugli effetti della misura, tempi di conservazione e di cancellazione dei dati a seguito del venir meno della misura.

Un sistema cioè figlio dell'ordine pubblico 'neutro' e padre di un sistema di gioco quale luogo neutro espressione di un corretto bilanciamento degli interessi, che si realizzerebbe mediante una effettiva implementazione dei sistemi di tutela preventiva in controbilanciamento alle limitazioni 'legali' all'esercizio dell'attività economica privata da parte dei concessionari.

Certamente l'impatto normativo non è di poco conto, in quanto si deve ragionare sull'introduzione di una norma di rango primario, che definisca al meglio che caratteristiche unitarie di un unico registro delle esclusioni, caratterizzato da due distinte sezioni afferenti l'una all'autoesclusione e l'altra alle eteroesclusioni.

Si dovrà ragionare sull'ambito applicativo, superando l'attuale contesto normativo ove si prevede unicamente un sistema di autoesclusione limitato al gioco *online* e non al gioco fisico, realizzando dunque un sistema unico di esclusione, auto ed eterodiretta.

Si potrà immaginare un sistema di eteroesclusione come istituto di natura amministrativa, non a valenza giudiziaria, non ritenendosi necessario, per i motivi già esposti, l'intervento di una autorità giudiziaria, prevedendosi dunque, a seguito della relativa istanza, una valutazione amministrativa differente della valutazione e dell'accertamento rimessi ad un giudice, e diretta non dunque a stabilire una responsabilità o una colpa bensì a dissuadere da comportamenti reiterati di gioco, mediante un giudizio prognostico *ex ante* relativo alla sussistenza di un mero pericolo a cui potrebbe essere soggetto il giocatore ed il suo nucleo familiare.

Nell'ambito di tale procedimento amministrativo, a cui riconoscere una valenza cautelare e preventiva per tempi e modi di azionamento, si dovrà riconoscere il diritto di partecipazione sia al 'segnalato' sia – pur se in via indiretta – al segnalante, al quale dovrà essere riconosciuta garanzia di assoluta riservatezza e contestuale riconoscimento, ove richiesto, di conoscere l'esito del procedimento, sulla base in ogni caso della dimostrabilità, in capo a quest'ultimo, un interesse persona-

le, familiare o altrimenti rilevante e meritevole all'attivazione del divieto.

In ambito familiare si potrà altresì limitare o meno la legittimazione alla presentazione dell'istanza a specifici soggetti quali ad esempio il coniuge, un convivente, o persona legata in unione civile, un ascendente, un discendente o parente in linea collaterale di secondo grado.

In merito a tale ultimo punto, si dovrà altresì ragionare sulla previsione della legittimazione alla presentazione dell'istanza anche in capo a soggetti non familiari ma che siano comunque portatori di un interesse pubblico o economico rilevante, come ad esempio nel campo sanitario o bancario ovvero nel campo della tutela, curatela e/o amministrazione di sostegno.

Da ultimo, in virtù del principio della certezza del diritto e, più in particolare della certezza sugli effetti dell'esclusione, sarà necessario prevedere di un termine massimo di efficacia dell'esclusione, con possibilità di distinzione a seconda che si tratti di auto e etero esclusione, decorso il quale prevedere una apposita istanza dell'interessato volta a chiedere la revoca espressa del provvedimento ovvero ancora prevederne l'automatica decadenza di efficacia.

Il settore dei giochi e delle scommesse diverrebbe dunque ancor di più quel luogo neutro espressione di un adeguato bilanciamento degli interessi.

CRISTIANO IURILLI, L'ordine pubblico 'neutro' ed il bilanciamento degli interessi nell'autonomia privata. Colloquio con il legislatore sull'eteroesclusione dai contratti di gioco e scommessa. Profili comparativi

Il saggio intende approfondire la possibile introduzione, nell'ordinamento italiano, di nuove forme di tutela del giocatore patologico che siano idonee ad intercettare, per tempo, forme di gioco che possano arrecare danni, anche economici, al giocatore ed alla sua famiglia. Ci riferiamo alla possibile introduzione di forme di etero esclusione dai contratti di gioco e scommessa, su istanza di 'soggetti terzi' che non siano direttamente colpiti dalla malattia.

Il tema coinvolge il principio dell'ordine pubblico, del bilanciamento degli interessi e le connesse limitazioni all'autonomia privata.

A tal fine, ed a seguito dell'analisi dell'esperienza internazionale, si è inteso approfondire la connessione tra autodeterminazione, Stato e libertà di iniziativa economica nel settore dei contratti di gioco e scommessa, per ricercare le migliori basi giuridiche volte ad individuare nuovi strumenti operativi di tutela all'interno dello spazio dell'ordine pubblico neutro, sino a considerare il settore dei giochi e delle scommesse anche esso come 'spazio neutro', ove interessi positivi ed interessi negativi necessitano di un adeguato bilanciamento per garantirne la convivenza, ed ove i protagonisti di tale bilanciamento sono lo Stato, il giocatore ed il concessionario.

Parole chiave: ordine pubblico, autodeterminazione, autoesclusione, eteroesclusione, disturbo da gioco, autonomia privata, bilanciamento interessi, gioco d'azzardo, giocatore, *Whistleblowing*, ammonimento antiriciclaggio, privacy.

CRISTIANO IURILLI, The 'neutral' public order and the balance of interests in private autonomy. Interview with the legislator on heteroexclusion from gaming and betting contracts. Comparative profiles

The essay intends to explore the possible introduction, in the Italian legal system, of new forms of protection of the pathological gambler that are suitable for intercepting, in time, forms of gambling that can cause damage, including economic damage, to the gambler and his family. We are referring to the possible introduction of forms of hetero-exclusion from gaming and betting contracts, at the request of 'third parties' who are not directly affected by the disease.

Abstract

The theme involves the principle of public order, the balance of interests and the related limitations on private autonomy.

To this end, and following the analysis of the international experience, the intention was to deepen the connection between self-determination, the State and freedom of economic initiative in the sector of gaming and betting contracts, to seek the best legal bases aimed at identifying new instruments operational protection within the space of neutral public order, to the point of considering the gaming and betting sector as a 'neutral space', where positive and negative interests need an adequate balance to guarantee their coexistence, and where the protagonists of this balance are the State, the player and the licensee.

Key words: public order, self-determination, self-exclusion, hetero-exclusion, pathological gambling, private autonomy, balancing of interests, gambling, gambler, whistle blowing, warning, anti-money laundering, privacy.

Elena Marelli

IL TABELLIONATO IN ETÀ GIUSTINIANA (PARTE II). IL CONTROLLO DEI *TABELLIONES* SUL CONTENUTO DEI DOCUMENTI E L'EFFICACIA PROBATORIA DEGLI ATTI TABELLIONICI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il controllo dei *tabelliones* sul contenuto dei documenti. – 3. L'efficacia probatoria degli atti tabellionici. – 3.1. La *comparatio litterarum*. – 3.2. Il *tabellio* come testimone privilegiato. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

A completamento dell'indagine i cui risultati sono stati esposti in un recente contributo¹, nelle pagine che seguono terminerò l'analisi del *corpus* di norme applicabili ai *tabelliones* in età giustiniana procedendo, nell'ordine, a esaminare gli obblighi di verifica posti a carico del *tabellio* in relazione al contenuto dei suoi atti e ad analizzare l'efficacia probatoria riconosciuta a questi ultimi.

Come già precisato², l'indagine muove dall'esegesi delle costituzioni in vigore al tempo di Giustiniano: si tratta in parte di costituzioni emanate dall'imperatore stesso e in parte di costituzioni dei suoi predecessori recepite nel *Codex*. Sulla base della lettura coordinata di tali provvedimenti è possibile ricostruire lo statuto del tabellionato in età giustiniana.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ E. MARELLI, *Il tabellionato in età giustiniana (Parte I). La forma degli atti tabellionici e la personalità della prestazione del tabellio*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini online*, 1, 2022, 2, pp. 898-930. Per la bibliografia essenziale in materia di tabellionato rinvio, in particolare, a *ivi*, p. 899, nt. 3.

² E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., pp. 903-904.

2. Il controllo dei *tabelliones* sul contenuto dei documenti

A differenza di quanto rilevato studiando le norme riguardanti la forma degli atti tabellionici e l'esercizio dell'attività professionale del *tabellio*³, occorre innanzitutto osservare che non si rinvennero nella produzione legislativa di Giustiniano provvedimenti che si occupino *ex professo* di determinare gli (eventuali) obblighi gravanti sui *tabelliones* relativamente alla verifica del contenuto degli atti che sono incaricati di redigere.

Tale circostanza è significativa. È infatti evidente che Giustiniano, il quale ha ritenuto indispensabile disciplinare analiticamente le modalità di esercizio della professione, non ha avvertito come altrettanto essenziale dettare norme che impongano in modo sistematico ai *tabelliones* di sottoporre a un controllo di legalità il contenuto degli atti che redigono su richiesta dei privati. Sul punto, infatti, Giustiniano si è limitato a conservare la vigenza di costituzioni già emanate. La ricostruzione degli obblighi di verifica gravanti sui *tabelliones*, pertanto, deve necessariamente passare dall'esame di alcune costituzioni pregiustiniane conservate nel *Codex*.

Come si è avuto modo di osservare⁴, l'interessamento della cancelleria imperiale per il tabellionato conosce una significativa crescita a partire dai successori di Diocleziano. Le costituzioni che testimoniano questo crescente interesse, tuttavia, non hanno alcuna pretesa di sistematicità; esse, infatti, si limitano a regolare in modo occasionale alcuni specifici aspetti dell'attività professionale dei *tabelliones* e della loro condizione⁵.

³ Sul punto rinvio ai §§ 3 e 4. del mio precedente contributo (E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., p. 904 ss.).

⁴ E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., pp. 902-903.

⁵ In merito alla condizione sociale dei *tabelliones* si segnala, in particolare, una costituzione emanata da Costantino nel 316 d.C.; il provvedimento si occupa della compatibilità tra la funzione di *tabellio* e la dignità di decurione. Tale costituzione – tramandataci in due parti anche da C. 10.32(31).15 e C.9.22.21 – vieta ai decurioni di svolgere l'attività di *tabellio*: C.Th. 12.1.3: *Universos decuriones volumus a tabellionum officiis temperare. Nemo autem ad decurionatum vocatus excusare se poterit eo, quod fuerit tabellio, cum*

Con riferimento al tema in esame – il dovere di controllo dei *tabelliones* sul contenuto dei propri atti – devono esaminarsi, in particolare, quattro costituzioni del V secolo d.C. degli imperatori d'Oriente Leone I⁶ e Anastasio.

Leone I si occupa dei *tabelliones* in tre occasioni; si tratta di tre costituzioni finalizzate a vietare (e sanzionare) il compimento di alcuni specifici atti di alienazione a motivo dei beni che ne formano oggetto.

La prima costituzione ci è tramandata da C. 4.42.2⁷:

C. 4.42.2 (Imperator Leo): *Romanae gentis homines sive in barbaro sive in romano solo eunuchos factos nullatenus quo-*

et huiusmodi homines, si sint idonei, vocari ad decurionatum oporteat. Lex enim, quae decuriones a tabellionum officiis voluit submovere, ad decurionatum tabelliones vocari non prohibet.

Il divieto riguarda i soggetti che già rivestono la qualifica di decurioni: costoro non possono intraprendere l'esercizio della professione. I *tabelliones* in esercizio, invece, se idonei, non sono esclusi dalla chiamata al decurionato (*nemo autem ad decurionatum vocatus excusare se poterit*). Come espressamente chiarito dalla costituzione, infatti, l'incompatibilità non deve intendersi nel senso di impedire che un *tabellio* possa essere chiamato a ricoprire il ruolo di decurione, bensì nel senso di obbligare il *tabellio* chiamato al decurionato ad abbandonare la propria attività professionale per poter assumere la *dignitas* decurionale.

Affrontando proprio il caso del *tabellio* divenuto decurione, la costituzione chiarisce che l'ottenimento della nuova condizione non è ragione sufficiente per consentire al(l'ex) *tabellio* di sottrarsi alla *quaestio per tormenta* qualora, a motivo di un documento formato nel corso della sua cessata attività professionale, egli sia incorso nell'accusa di *crimen falsi*: C.Th. 9.19.1.1: *Nec vero is, qui ante fuerit tabellio, ad eludendam quaestionem super his, quae ante conscripsit, factus decurio defendi hac poterit dignitate, quoniam scripturae veritas, si res poposcerit, per ipsum debet probari auctorem.*

Al *tabellio* divenuto decurione è dunque precluso il godimento di una delle guarentigie proprie della sua (nuova) condizione. Si ritiene sia accettabile sottoporre il (fu) *tabellio* alla *questio 'quoniam scripturae veritas ... per ipsum debet probari auctorem'*: nel processo finalizzato all'accertamento della veridicità di un atto tabellionico, la necessità di mettere a disposizione del giudice un (efficace) mezzo di ricerca della prova prevale sulle tutele processuali normalmente concesse ai decurioni.

⁶ Sulla legislazione dell'imperatore Leone si rinvia ad A.S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano, 1997.

⁷ La datazione è incerta. Secondo la dottrina prevalente l'emanazione dovrebbe collocarsi tra il 457 e il 465 d.C.

libet modo ad dominium cuiusdam transferri iubemus: poena gravissima statuenda adversus eos, qui hoc perpetrare ausi fuerint, tabellione videlicet, qui huiusmodi emptionis sive cuiuslibet alterius alienationis instrumenta conscripserit, et eo, qui octavam vel aliquod vectigalis causa pro his susceperit, eidem poenae subiciendo.

È fatto divieto ai privati di concludere negozi finalizzati a trasferire la proprietà di eunuchi dotati di cittadinanza romana (*romanae gentis homines ... nullatenus quolibet modo ad dominium cuiusdam transferri iubemus*); tale divieto opera a prescindere dal luogo in cui sia avvenuta la riduzione alla condizione di eunuco (*sive in barbaro sive in romano solo eunuchos factos*). La violazione del divieto è sanzionata con una *poena gravissima* il cui contenuto non è però precisato dalla costituzione.

La pena comminata ai contraenti viene estesa da Leone I anche al *tabellio* (*tabellione videlicet*) che, nonostante il divieto, presti la propria assistenza professionale per la redazione di un atto di alienazione – a titolo di vendita o a qualsiasi altro titolo – rientrando nell’ambito di applicazione del provvedimento (*qui huiusmodi emptionis sive cuiuslibet alterius alienationis instrumenta conscripserit*)⁸.

La fattispecie in esame rappresenta la prima ipotesi in cui i *tabelliones*, a motivo del loro coinvolgimento, sia pure ‘esterno’, in un negozio illecito, sono puniti con la medesima pena prevista per le parti del negozio. La norma fa sorgere indirettamente in capo ad essi un potere-dovere di rifiutare la propria prestazione professionale all’esito dell’esame della volontà negoziale delle parti: verificato il contenuto del negozio che è chiamato a documentare, infatti, il *tabellio*, al fine di non incorrere nella sanzione comminata dalla costituzione in esame, deve astenersi dal partecipare alla formazione del documento.

A distanza di pochi anni, nel 468 d.C., la cancelleria imperiale emana una nuova costituzione che pare imporre ai *tabel-*

⁸ Il medesimo trattamento sanzionatorio è inoltre previsto anche per colui che, partecipando alla negoziazione vietata, abbia percepito, a motivo di essa, una qualche rendita (*et eo, qui octavam vel aliquod vectigalis causa pro his susceperit, eidem poenae subiciendo*).

liones un dovere di verifica ancora più incisivo in quanto non limitato al contenuto dell'atto che sono chiamati a redigere – come nel caso appena esaminato –, ma addirittura esteso alle (illicite) intenzioni delle parti:

C. 11.54(53).1.pr (Imperatores Leo, Anthemius): *Si quis post hanc nostri numinis sanctionem in fraudem circumscriptio-nemque publicae functionis ad patrociniū cuiuscumque confugerit, id, quod huius rei gratia geritur sub praetextu donationis vel venditionis seu conductionis aut cuiuslibet alterius contractus, nullam habeat firmitatem: tabellionibus, qui talia instrumenta perficere ausi fuerint, bonorum proscriptione plectendis, qui tamen scientes ausi fuerint huiusmodi instrumenta conscribere: vicis etiam vel possessionibus ad patrociniā confugientium publico vindicandis.*

La *ratio* del provvedimento è il contrasto al fenomeno dei negozi (fittizi) conclusi tra soggetti appartenenti alla categoria degli *humiliores* e soggetti di rango più elevato allo scopo di consentire ai primi di sottoporsi al patrocinio dei secondi (*ad patrociniū cuiuscumque confugerit*): impinge nel divieto ogni negozio finalizzato in concreto alla realizzazione di tale scopo (*sub praetextu donationis vel venditionis seu conductionis aut cuiuslibet alterius contractus*). La prassi – evidentemente diffusa in misura sufficiente da sollecitare l'attenzione del legislatore – è sanzionata in quanto fiscalmente elusiva (*in fraudem circumscriptionemque publicae functionis*).

La grave sanzione comminata è un chiaro indice della lesività percepita della condotta: non solo gli atti di alienazione posti in essere in spregio al divieto sono da reputarsi privi di effetto (*nullam habeat firmitatem*), ma i beni che ne formano oggetto sono destinati alla confisca (*vicis etiam vel possessionibus ad patrociniā confugientium publico vindicandis*).

La (minacciata) confisca dovrebbe rappresentare di per sé un efficace deterrente, sufficiente a scoraggiare la conclusione dei negozi vietati; per l'ipotesi in cui ciò non basti, tuttavia, la costituzione si premura di rendere concretamente difficoltosa per i privati la documentazione di tali negozi. Per farlo, la cancelleria imperiale estende la sanzione della confisca al

tabellio che, pur a conoscenza delle intenzioni delle parti (*qui tamen scient es ausi fuerint huiusmodi instrumenta conscribere*), rediga l'atto portante la vendita o la donazione (*tabellionibus, qui talia instrumenta perficere ausi fuerint, bonorum proscriptioe plectendis*).

Da ultimo, Leone I si occupa dei *tabelliones* in una costituzione del 470 d.C. dedicata all'amministrazione dei beni ecclesiastici.

C. 1.2.14 (Imperatores Leo, Anthemius) *Iubemus nulli posthac archiepiscopo in hac urbe regia sacrosanctae ecclesiae praesidenti, nulli oeconomio, cui res ecclesiastica gubernanda mandatur, esse facultatem fundos vel praedia urbana seu rustica, res postremo immobiles aut in his praediis colonos vel mancipia constituta aut annonas civiles cuiuscumque suprema vel superstitis voluntate ad religiosam ecclesiam devolutas sub cuiuscumque alienationis specie ad quamcumque transferre personam ...*

2. *Ea enim, quae ad beatissimae ecclesiae iura pertinent vel posthac forte pervenerint, tamquam ipsam sacrosanctam et religiosam ecclesiam intacta convenit venerabiliter custodiri, ut, sicut ipsa religionis et fidei mater perpetua est, ita eius patrimonium iugiter servetur illaesum.*

Al fine di conservare integro il patrimonio ecclesiastico, si dispone che i beni – ed in particolare i beni immobili – di proprietà della Chiesa non possano formare oggetto di atti dispositivi (*nulli oeconomio ... esse facultatem fundos ... sub cuiuscumque alienationis specie ad quamcumque transferre personam*).

Si tratta di una *lex perfecta*: le alienazioni disposte in spregho al divieto sono infatti prive di effetti:

C. 1.2.14.4: *Praedia autem et in his omnia constituta ab ipsis clericis et temporalibus oeconomis cum fructibus seu pensionibus et accessionibus totius medii temporis vindicentur, ut tamquam penitus a nullo empta vel vendita teneantur, quia ea, quae contra leges fiunt, pro infectis habenda sunt.*

Accanto all'inefficacia, la costituzione prevede altresì specifiche sanzioni a carico dei soggetti che abbiano disposto il

negozio vietato, ovvero che abbiano partecipato alla sua documentazione:

C. 1.2.14.5: *Oeconomus autem, qui hoc fecerit, immo fieri passus fuerit vel in quacumque prorsus huiusmodi venditione seu donatione vel commutatione nisi ea quam praesenti lege concedimus, postremo in quacumque alienatione consenserit, commissa sibi oeconomatus administratione privetur deque bonis eius quodcumque exinde incommodum ecclesiae contigerit reformetur heredesque eius et successores ac posterius super hoc facto sive consensu competenti ab ecclesiasticis actione pulsantur.*

6. *His tabellionibus, qui huiusmodi contractuum vetitorum ausi fuerint instrumenta conscribere, irrevocabilis exilii animadversione plectendis.*

L'economus che, al di fuori delle ipotesi espressamente consentite (*nisi ea quam praesenti lege concedimus*), disponga di beni ecclesiastici, tanto a titolo oneroso quanto a titolo gratuito (*venditione seu donatione vel commutatione*), è punito con la perdita dell'incarico (*commissa sibi oeconomatus administratione privetur*) ed è responsabile, con il proprio patrimonio, per i danni cagionati (*bonis eius quodcumque exinde incommodum ecclesiae contigerit reformetur*).

La costituzione contempla espressamente l'ipotesi in cui la stesura dell'atto di alienazione vietato abbia coinvolto un *tabellio*. In tal caso, al *tabellio* è comminata la pena dell'esilio (*irrevocabilis exilii animadversione plectendis*).

Nelle tre costituzioni leonine si intuisce un evidente filo conduttore: le disposizioni in esse contenute, infatti, rivelano tutte la precisa volontà del legislatore di sanzionare i *tabelliones* che prestino la propria attività professionale per la documentazione di negozi illeciti. La sanzione – che generalmente ricalca quella comminata alle parti del negozio – ha il precipuo scopo di coinvolgere il *tabellio* nella responsabilità derivante dal negozio illecito⁹.

⁹ In questo senso, M. AMELOTI, *L'età romana*, in M. AMELOTI, G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Roma, 1975, pp. 24-25.

Ma non solo. Dal momento che il *tabellio* può sottrarsi alla sanzione solo rifiutandosi di redigere il documento, le costituzioni di fatto pongono a suo carico l'onere di ricusare la propria prestazione professionale laddove richiesto di ricevere atti contrari alla legge. La sanzione, dunque, ha una evidente duplice finalità: essa non esaurisce la propria funzione nella repressione della condotta del *tabellio*, bensì rappresenta uno strumento per il contrasto alla proliferazione dei negozi vietati. Data la minaccia della sanzione, infatti, sarà estremamente difficile per i privati trovare un *tabellio* disposto ad assisterli nella documentazione del negozio illecito.

Come è stato osservato in dottrina, per effetto delle costituzioni in commento si configura per la prima volta in capo ai *tabelliones* un vero e proprio «potere-dovere di controllo sulla negoziazione privata»¹⁰: i *tabelliones*, infatti, per stabilire se possono prestare la propria attività senza timore di incorrere in sanzioni, sono obbligati non solo a verificare che il contenuto del redigendo documento non impinga in divieti di legge, ma talvolta anche – come si è visto – ad accertarsi che le parti non siano mosse dall'unica comune (illecita) intenzione di aggirare detti divieti.

Nel solco tracciato dalla legislazione leonina si colloca una costituzione dell'imperatore Anastasio del 496 d.C.:

C. 8.54(53).32 (Imperator Anastasius): *Secundum divi leonis constitutionem donationes apud virum clarissimum magistrum census tantummodo insinuari praecipimus, huiusmodi forma in illis instrumentis observanda, quae in hac regia urbe confecta seu celebrata fuerint: nec concedi quemquam vel apud defensores seu magistratus aliarum civitatum vel in aliis quibuslibet locis praeter memoratum iudicium insinuare: scientibus tam his qui ad huiusmodi insinuationem pervenerint quam his qui eam susceperint nec non tabellionibus, quicumque testimonium suum non in competenti (ut dictum est) loco vel iudicio praebuerint, vicenarum librarum auri multa et alia gravissima indignatione se feriendos.*

¹⁰ M. AMELOTI, *L'età romana*, cit., p. 25.

La costituzione si propone di rafforzare l'obbligo di *insinuatio* degli atti di donazione introdotto dall'imperatore Leone I¹¹. All'uopo, essa stabilisce che il *tabellio* che ha documentato la donazione sia tenuto a verificare che le parti effettivamente provvedano all'adempimento presso il competente archivio (*in competenti loco*). Posto che l'*insinuatio* è prescritta per i soli atti di donazione stipulati nella capitale, l'obbligo in commento è ovviamente limitato ai soli *tabelliones* operanti nella città di Costantinopoli.

Il *tabellio* che non sorvegli la corretta esecuzione della *insinuatio* si espone, al pari delle parti che la richiedono (*his qui ad huiusmodi insinuationem pervenerint*) e dei funzionari che la ricevono (*quam his qui eam susceperint*), a una sanzione pecuniaria di venti libbre d'oro (*vicenarum librarum auri multa*).

Anche in questo caso, dunque, attraverso la minaccia di una sanzione il legislatore configura *de facto* un obbligo di sorveglianza in capo ai *tabelliones*. A differenza di quanto previsto nelle costituzioni leonine, però, il controllo, in questo caso, non ha ad oggetto il contenuto del documento, bensì il corretto espletamento delle formalità ad esso collegate. Come per le fattispecie sopra esaminate, tuttavia, anche in questa ipotesi la norma non ha una portata generale: essa, infatti, non fa sorgere in capo ai *tabelliones* un generico obbligo di sorveglianza circa la puntuale esecuzione di tutte le formalità successive alla redazione del documento, bensì si limita a contemplare uno specifico adempimento (la *insinuatio*).

Come accennato in apertura, Giustiniano ha conservato nel *Codex* le costituzioni di Leone I e di Anastasio, ma non ha ulteriormente legiferato in materia. Da tale circostanza può desumersi che il controllo sul contenuto degli atti tabellionici (e sulla corretta esecuzione delle formalità successive alla loro formazione) non fosse avvertito come una priorità nella

¹¹ La costituzione leonina citata nel passo in commento è del 459 d.C. ed è conservata in C. 8.53.30. Per una bibliografia essenziale in materia di *insinuatio* si rinvia a E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., p. 905, nt. 15.

sua politica legislativa in materia di tabellionato¹². A motivo di ciò, nell'ambito della disciplina applicabile ai *tabelliones* in età giustiniana, il profilo in esame è senza dubbio quello che presenta il minor livello di sistematicità, non essendo di fatto mai stata superata – ma semplicemente conservata – la disorganica legislazione preesistente.

3. *L'efficacia probatoria degli atti tabellionici*

La volontà di procedere alla razionalizzazione della legislazione previgente emerge invece con chiarezza dall'esame delle norme in materia di efficacia degli atti tabellionici. Tale materia è espressamente disciplinata da Giustiniano con una costituzione emanata nel 538 d.C.: la Novella 73. Si tratta, in ordine cronologico, dell'ultimo provvedimento giustiniano in materia di tabellionato.

La costituzione – il cui ampio testo è articolato in nove capitoli¹³ – ha in realtà un contenuto che travalica la materia oggetto del presente contributo; essa, infatti, si propone di dettare una disciplina generale circa l'efficacia probatoria in giudizio dei documenti scritti¹⁴.

¹² Il disinteresse di Giustiniano può apparire di difficile comprensione. Tale considerazione, tuttavia, è inevitabilmente condizionata, per l'interprete, dalla conoscenza della successiva evoluzione, in età medioevale e moderna, della figura del *tabellio*-notaio. Nel potere-dovere imposto al *tabellio* dalle costituzioni di Leone I e di Anastasio, infatti, non può non ravvisarsi un'anticipazione, sia pure formulata con riferimento a specifiche (e limitate) fattispecie, di un principio cardine del notariato moderno: il principio del controllo di legalità.

¹³ La novella, come è stato autorevolmente osservato si caratterizza per una «contorta e prolissa formulazione» (M. AMELOTI, *Giustiniano*, cit., p. 5). Per ragioni di semplicità espositiva, nelle pagine che seguono sono riportati i soli passaggi sui quali è condotta l'esegesi.

¹⁴ Per la bibliografia in materia, si rinvia a M. TALAMANCA, v. *Documenti e documentazione (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, pp. 548-561. Con riferimento agli atti tabellionici, oltre ai contributi generali in materia di tabellionato già richiamati alla nota 1, si vedano in particolare J. P. LEVY, *L'autorité des instrumenta publice confecta d'après le Code et les Nouvelles de Justinien*, in *Études d'histoire du droit dédiés à M. Au-*

L'intervento legislativo è reso necessario dal fatto che, al tempo di Giustiniano, risultano ancora coesistere due opposti orientamenti in materia di efficacia probatoria dei documenti scritti: il primo – che attinge alle prassi orientali – riconosce al documento scritto un'efficacia probatoria vincolante, mentre il secondo – successivo, ma destinato a prevalere –, pur attribuendo un diverso peso alla prova scritta (rispetto a quella testimoniale), pone a carico di colui che produce in giudizio un documento l'onere di *imponere fidem*, ovvero sia di certificare l'autenticità del documento al fine di farne valere le risultanze¹⁵.

3.1. *La comparatio litterarum*

Le norme specificamente dedicate agli atti tabellionici sono contenute nel settimo capitolo della novella; tuttavia, per poterne apprezzare la peculiarità, è opportuno gettare uno sguardo d'insieme alla disciplina generale¹⁶.

Nov. 73: ΠΕΡΙ ΤΟΥ ΠΩΣ ΧΡΗ ΕΠΙΤΙΘΕΣΘΑΙ ΤΟ ΠΙΣΤΟΝ ΤΟΙΣ ΠΑΡΑ ΔΙΚΑΣΤΑΙΣ ΕΜΦΑΝΙΖΟΜΕΝΟΙΣ ΣΥΜΒΟΛΑΙΟΙΣ.

(Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἰωάννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῶν ἱερῶν πραιτωρίων τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων <ὑπάτω ὀρδυναρίῳ> καὶ πατρικίῳ).

guste Dumas, Annales de la Faculté de droit de Aix en Provence, n.s. 43, 1950, pp. 173-191 [= in ID., *Autour de la preuve dans les droits de l'antiquité*, Napoli 1992, pp. 155-173]; e A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Fides publica e instrumenta publicae confecta en Derecho Romano*, in *Revista de Estudios Latinos*, 1, 2001, pp. 189-200.

¹⁵ Il primo orientamento trova espressione in una costituzione del 369 d.C. (emanata dagli imperatori Valentiniano e Valente), conservata in C.Th. 11.39.6. L'opposto orientamento – che, come si vedrà, è accolto e sviluppato da Giustiniano – è successivo e trova la prima affermazione 'generale' in una costituzione del 421 d.C. (C.Th. 2.27.1).

¹⁶ La costituzione, come chiarito al capitolo IX, trova applicazione solo nelle città (ταῦτα δὲ πάντα κρατεῖν ἐπὶ ταῖς πόλεσι βουλόμεθα). Nelle campagne, infatti, le contrattazioni si caratterizzano per una maggiore semplicità (ἐπειτοίγε ἐν χωρίοις, ἔνθα πολλὰ τὰ τῆς ἀπλότητός ἐστι) e vi è difficoltà a reperire soggetti che sappiano scrivere e possano assumere il ruolo di testimoni (καὶ οὐδὲ γραφόντων ἢ μαρτυρούντων πολλῶν εὐπορία); al di fuori dell'ambito cittadino, pertanto, continua a trovare applicazione la normativa previgente (τὰ μέχρι νῦν παρ' αὐτοῖς κρατοῦντα καὶ νῦν ἔστω βέβαια).

<Προοίμιον.> Ἴσμεν τοὺς ἡμετέρους νόμους οἱ βούλονται καὶ ἐκ τῆς παραθέσεως τῶν γραμμάτων τὰς πίστεις διδοσθαι τοῖς συμβολαίοις, καὶ ὅτι τινὲς τῶν αὐτοκρατόρων, ἐπιπολασάσης ἤδη τῆς κακίας τοῖς νοθεύουσι τὰ συμβόλαια, τὰ τοιαῦτα ἐκάλουν, ἐν ἐκείνῳ σπούδασμα τοῖς παραποιοῦσιν εἶναι πιστεύοντες τὸ πρὸς τὴν μίμησιν τῶν γραμμάτων ἑαυτοὺς ὅτι μάλιστα ἐγγυμνάξουσιν, διότι μηδὲν ἕτερόν ἐστι παραποίησις εἰ μὴ τῶν ἀληθῶν μίμησις ...

Secondo la legislazione vigente (Ἴσμεν τοὺς ἡμετέρους νόμους οἱ βούλονται), ispirata al secondo degli orientamenti sopra citati, l'accertamento della veridicità di una scrittura (τὰς πίστεις διδοσθαι τοῖς συμβολαίοις) deve compiersi attraverso la procedura della *παραθέσις τῶν γραμμάτων* (*comparatio litterarum*)¹⁷, ovvero attraverso la comparazione tra la scrittura del documento da verificare e quella di un altro documento del quale sia (ragionevolmente) certa la riconducibilità al soggetto al quale vuole essere attribuita la paternità del primo documento.

L'efficacia concreta della procedura in esame, tuttavia, è fortemente compromessa dalla circolazione di documenti falsi. Osserva infatti Giustiniano che la diffusione su larga scala del fenomeno del falso documentale (ἐπιπολασάσης ἤδη τῆς κακίας τοῖς νοθεύουσι τὰ συμβόλαια) inficia inevitabilmente l'attendibilità degli esiti della *comparatio litterarum* essendosi i falsari

¹⁷ L'espressione latina è attestata in una precedente costituzione dello stesso Giustiniano, emanata nel 530 d.C. (C. 4.21.20); la Novella in commento, infatti, non rappresenta il primo intervento legislativo giustiniano in materia. In C. 4.21.20 Giustiniano si occupa di selezionare i documenti che possono validamente fungere da *scriptura ex qua*, ovvero sia da documento di raffronto; si tratta dei documenti pubblici (*instrumenta publica*), degli atti tabelionici (*instrumenta publice confecta, intrsumenta forensia*) e dei documenti privati (*chirographa*), questi ultimi purché redatti alla presenza di almeno tre testimoni. Sul punto, si veda M. AMELOTTI, *Giustiniano e la "comparatio litterarum"*, in *Novella Constitutio. Studies in honour of Nicolaas van der Wal*, a cura di J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, Groningen, 1990, pp. 1-7 [= ID., *Scritti giuridici, a cura di L. Migliardi Zingale*, Torino, 1996, pp. 213-221]. Per l'esegesi di C. 4.21.20 si rinvia inoltre a A.D. MANFREDINI, *Documento di comparazione e "comparatio litterarum": C. 4, 21, 20: "sive" o "sine"?*, in *Iuris vincula: studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli, 2001, pp. 129-143.

specializzati proprio nell'imitazione delle grafie (πιστεύοντες τὸ πρὸς τὴν μίμησιν τῶν γραμμάτων ἑαυτοὺς ὅτι μάλιστα ἐγγυμνάξουσιν)¹⁸.

Al fine di motivare l'intervento legislativo, nel proemio si segnala la frequenza con cui controversie vertenti sul tema oggetto della novella sono sottoposte alla cognizione del tribunale imperiale. Di una in particolare tra queste, reputata paradigmatica delle criticità della *comparatio litterarum*, viene brevemente esposto lo svolgimento:

... ἐπειδὴ τοίνυν ἐν τούτοις δὴ τοῖς χρόνοις μυρίας εὐρομεν παραποιήσεις ἐν δίκαις πολλαῖς ὧν ἠκροασάμεθα, καὶ τι παράδοξον ἡμῖν ἐξ Ἀρμενίας ἀνέστη. προκομισθέντος γὰρ δοξὸν ἡμῖν ἐξ Ἀρμενίας ἀνέστη. προκομισθέντος γὰρ ἀμείψεως συμβολαίου καὶ τῶν γραμμάτων ἀνομοίων κριθέντων, ὕστερον ἐπεῖπερ εὐρέθησαν οἱ τῷ συμβολαίῳ μαρτυρήσαντες καὶ γράμματα ὑποθέντες καὶ ταῦτα ἐπιγνόντες, πίστιν ἐδέξατο τὸ συμβόλαιον καὶ τι παράδοξον ἐντεῦθεν ἀπήντησεν, ὅτι τὰ μὲν γράμματα ἄπιστα ὤφθη καίτοι γε ἐξετασθέντα, τὰ δὲ παρὰ τῶν μαρτύρων ἀπήντησεν σὺν ἀληθείᾳ, καὶ ταῦτα τῆς παρὰ τῶν μαρτύρων πίστεως δοκούσης εἶναι πως ἐπισφαλοῦς. ὁρῶμεν μέντοι τὴν φύσιν αὐτῆς πολλακίς δεομένην τῆς τοῦ πράγματος ἐξετάσεως, ὅπου γε τὴν τῶν γραμμάτων ἀνομοιότητα πολλακίς μὲν χρόνος ποιεῖ (οὐ γὰρ ἂν οὕτω γράψει τις νεάζων καὶ σφριγῶν καὶ γεγηρακῶς καὶ ἴσως καὶ τρέμων), πολλακίς δὲ κἂν νόσος τοῦτο ποιήσεις, καίτοι τι ταῦτα φαμεν, ὅπου γε καλάμου τε καὶ μέλανος ἐναλλαγὴ τὸ τῆς ὁμοιότητος διὰ πάντων ἀκραιφνὲς ἀφείλετο;

Si tratta di un giudizio, incardinato in relazione a fatti accaduti in Armenia, nel corso del quale *comparatio litterarum* e prova testimoniale determinano l'acquisizione al processo di risultanze contrastanti. Oggetto della vertenza è un atto di permuta (προκομισθέντος γὰρ ἀμείψεως συμβολαίου); in relazione all'autenticità di tale documento vengono sollevati dubbi in quanto non pare ricorrere la prescritta corrispondenza del-

¹⁸ La circostanza che la *comparatio litterarum* rappresenti troppo spesso una facile occasione per la commissione del *crimen falsi* è rimarcata anche in apertura di C. 4.21.20. Sulla repressione del falso documentale si rinvia a S. SCHIAVO, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere*, Milano, 2007 (in particolare, con riferimento all'età giustiniana, si vedano pp. 59-116, 194-212 e 269-286).

le grafie (καὶ τῶν γραμμάτων ἀνομοίων κριθέντων). Sentiti i testimoni che avevano partecipato all'atto e l'avevano sottoscritto (ὑστερον ἐπέπερ εὐρέθησαν οἱ τῷ συμβολαίῳ μαρτυρήσαντες), tuttavia, il documento viene accettato come autentico (πίστιν ἐδέξατο τὸ συμβόλαιον).

Giustiniano rileva il paradosso rappresentato dal concreto prevalere di un mezzo di prova – la prova testimoniale – generalmente riguardato come non totalmente affidabile (ταῦτα τῆς παρὰ τῶν μαρτύρων πίστεως δοκούσης εἶναι πως ἐπισφαλοῦς) su un mezzo di prova – la *comparatio litterarum* – normalmente reputato risolutivo. Nel caso in esame, infatti, nonostante la scrittura del documento, all'esito della comparazione, pare non fornire prova di autenticità (ὅτι τὰ μὲν γράμματα ἄπιστα ὤφθη καίτοι γε ἐξετασθέντα), il giudice ritiene di poter comunque accertare la provenienza del documento sulla base delle dichiarazioni dei testimoni, in quanto giudicate veritiere (τὰ δὲ παρὰ τῶν μαρτύρων ἀπήνητησεν σὺν ἀληθείᾳ).

L'esposizione dello svolgimento della causa è l'occasione per evidenziare le criticità intrinseche della *comparatio litterarum*; criticità che, sommate alle difficoltà causate dalla diffusione dei documenti falsi, hanno indotto Giustiniano all'emanazione della novella in commento. Si osserva innanzitutto che la comparazione delle grafie sconta il limite rappresentato dalla inevitabile variazione della scrittura nel corso del tempo (ὅπου γε τὴν τῶν γραμμάτων ἀνομοιότητα πολλάκις μὲν χρόνος ποιεῖ): nessuno, infatti, conserva immutata la propria grafia, la quale subisce alterazioni, anche significative, a causa dell'invecchiamento (οὐ γὰρ ἂν οὕτω γράψειε τις νεάζων καὶ σφριγῶν καὶ γεγηρακῶς καὶ ἴσως καὶ τρέμων) o della malattia (πολλάκις δὲ κἂν νόσος τοῦτο ποιήσειε). L'efficacia della comparazione, inoltre, può essere inficiata dal diverso materiale scrittorio utilizzato per la redazione dei documenti esaminati (καίτοι τι ταῦτ' αὖ φαιμεν, ὅπου γε καλάμου τε καὶ μέλανος ἐναλλαγὴ τὸ τῆς ὁμοιότητος διὰ πάντων ἀκραϊφνὲς ἀφείλετο).

Muovendo da queste considerazioni Giustiniano rivaluta la prova testimoniale¹⁹ e introduce delle limitazioni al ricorso (indiscriminato) alla *comparatio litterarum*, stabilendo con chiarezza che tale mezzo di prova, pur non dovendo essere del tutto abbandonato, non è di per sé sufficiente e deve essere corroborato – ove possibile – dall’escussione dei testimoni²⁰. Così facendo, sia pure indirettamente, egli di fatto pone a carico dei privati che vogliano avere certezza di poter provare in giudizio l’autenticità di un documento l’onere di provvedere alla sua formazione con la partecipazione di almeno tre testimoni²¹.

Il declassamento della *comparatio litterarum* nella gerarchia dei mezzi di prova è confermato al capitolo III²²:

Nov. 73.3: Εἰ μέντοι τοιοῦτό τι συμβαίῃ ὅποιον ἐπ’ Ἀρμενίας ἐγένετο, καὶ ἕτερον μὲν ἢ παράθεσις τῶν γραμμάτων εἴποι ἕτερον δὲ αἰ μαρτυραὶ, τηνικαῦτα ἡμεῖς μὲν οἰόμεθα τὰ παρὰ ζώσης λεγόμενα φωνῆς καὶ μεθ’ ὄρκων ταῦτα ἀξιοπιστότερα τῆς γραφῆς αὐτῆς καθ’ αὐτὴν τυγχάνειν· πλὴν ἀλλ’ ἔστω τοῦτο τῆς τοῦ δικάζοντος ἀρχινοίας τε ὁμοῦ καὶ θεοφιλίας τὸ τοῖς ἀληθεῖσι μᾶλλον ἀντὶ τῶν τοιούτων πιστεῦσαι. ...

In caso di contrasto tra le risultanze della *comparatio litterarum* e quelle della prova testimoniale, queste ultime devono tendenzialmente prevalere. Le dichiarazioni dei testimoni, in-

¹⁹ L’escussione di (almeno tre) testimoni affidabili, se possibile, è senz’altro ammessa per provare l’autenticità del documento; è infatti sempre preferibile ampliare il novero dei mezzi di prova a disposizione delle parti: Nov. 73.1: ... εἰ γὰρ εὔροισεν καὶ τοιούτους τινὰς μάρτυρας οὐκ ἐλάττους τῶν τριῶν ἀξιοπίστους καθεστῶτας, οὐδὲ τὴν τοιαύτην ἀπαγορευόμεν πιστίν. οὐ γὰρ ἴνα συστέλλωμεν τὰς ἀποδείξεις τίθεμεν τὸν νόμον, ἀλλ’ ἴνα καὶ εἶναι ταύτας ποιήσωμεν καὶ ἀσφαλῶς εἶναι.

²⁰ Nov. 73.2: ... οὐκ ἀποβλήτου παντελῶς καὶ τῆς τῶν γραμμάτων ἐξετάσεως οὐσίας, ἀλλὰ μόνης οὐκ ἀρκούσης, τῇ δὲ προσθήκῃ τῶν μαρτύρων βεβαιουμένης.

Come ribadito al successivo capitolo VI, il giudice non deve limitarsi ad accettare acriticamente gli esiti della *comparatio litterarum*.

²¹ La novella, muovendo dall’ambito ristretto del deposito e del mutuo, si allarga poi a tutti i contratti. I principi sopra riassunti sono contenuti nei capitoli I e II.

²² Come osservato da M. AMELOTI, *Giustiniano*, cit., p. 3, «con il radicalismo che spesso lo distingue Giustiniano muove guerra alla *comparatio litterarum*».

fatti, sono da reputarsi maggiormente degne di fede in quanto pronunciate sotto giuramento (τηνικαῦτα ἡμεῖς μὲν οἰόμεθα τὰ παρὰ ζώσης λεγόμενα φωνῆς καὶ μεθ' ὄρκων ταῦτα ἀξιοπιστότερα ... τυγχάνειν). Resta fermo, in ogni caso, il libero apprezzamento del giudice (πλὴν ἄλλ' ἔστω τοῦτο τῆς τοῦ δικάζοντος ἀγχινοίας τε ὁμοῦ καὶ θεοφιλίας τὸ τοῖς ἀληθέσι), il quale, alla luce delle circostanze concrete, conserva la facoltà di attribuire prevalenza alle risultanze della *comparatio litterarum* laddove paiano maggiormente affidabili.

Posto che la *comparatio litterarum* deve essere corroborata dalla prova testimoniale, Giustiniano, prima di passare a disciplinare gli atti tabellionici, si occupa del caso in cui i testimoni che hanno partecipato alla formazione dell'atto non siano in grado di partecipare al giudizio:

Nov. 73.7: Εἰ μὲντοι γε τελευτήσαιεν ἅπαντες οἱ μάρτυρες, ἢ καὶ ἄπεισι τυχόν, ἢ καὶ ἄλλως οὐ ράδιόν ἐστι τὴν ἐκ τῶν μαρτύρων τῶν ὑπογεγραφότων πίστιν ἐπιθεῖναι, ...²³, ἄλλ' ἀνάγκη πάντως τὴν ἀντεξέτασιν τῶν γραμμάτων τῶν τελεσμάτων ἢ τῶν ὑπογραψάντων παραλαβεῖν, τηνικαῦτα προσήκόν ἐστιν ἰέναι μὲν ἐπὶ τὰς συγκρίσεις (οὐδὲ γὰρ παντάπασιν αὐτὰς ἀπαγορεύομεν), διὰ πάσης δὲ ἀκριβείας χωρεῖν, καὶ πάντως εἰ νομίσειεν αὐταῖς χρῆναι πιστεῦναι, καὶ ὄρκον ἐπάγειν τῷ προκομιζοντι, ὅτι μηδὲν συνειδῶς πονηρόν τῷ παρ' αὐτοῦ προκομιζομένῳ οὐδὲ τινα τέχνην περὶ τὴν σύγκρισιν γενέσθαι παρασκευάσας οὕτω χρῆται τούτῳ, ὥστε μήτε ἀναιρεθῆναι τι παντελῶς καὶ διὰ πάντων τὸ ἀσφαλὲς τοῖς πράγμασι γενέσθαι.

Se tutti i testimoni dell'atto sono deceduti (εἰ μὲντοι γε τελευτήσαιεν ἅπαντες οἱ μάρτυρες) o sono assenti (ἢ καὶ ἄπεισι τυχόν) – e, conseguentemente, non è possibile raccogliere in giudizio le loro dichiarazioni – diviene inevitabilmente necessario ricorrere alla sola *comparatio litterarum* (ἄλλ' ἀνάγκη πάντως τὴν ἀντεξέτασιν τῶν γραμμάτων ... τῶν ὑπογραψάντων παραλαβεῖν). Del resto, come chiarito dalla stessa costituzione, la *comparatio litterarum* non è stata vietata (οὐδὲ γὰρ παντάπασιν αὐτὰς ἀπαγορεύομεν). Alla stessa soluzione si deve pervenire laddove vi si-

²³ L'inciso omesso concerne gli atti tabellionici e sarà esaminato in seguito.

ano circostanze che rendano inattendibili i testimoni (ἢ και ἄλλως οὐ ῥᾶδιόν ἐστι τὴν ἐκ τῶν μαρτύρων τῶν ὑπογεγραφότων πίστιν ἐπιθεῖναι).

La procedura di comparazione, essendo in questi casi l'unico mezzo di prova a disposizione del giudice, deve essere condotta con il massimo rigore (διὰ πάσης δὲ ἀκριβείας χωρεῖν). Il giudice, in particolare, deve esigere che la parte che ha esibito il documento presti giuramento dichiarando di non aver scientemente prodotto un documento non veritiero (καὶ ὄρκον ἐπάγειν τῷ προκομίζοντι, ὅτι μηδὲν συνειδῶς πονηρὸν τῷ παρ' αὐτοῦ προκομίζομένῳ) e di non aver posto in essere artifici finalizzati ad alterare gli esiti della comparazione (οὐδέ τινα τέχνην περὶ τὴν σύγκρισιν γενέσθαι παρασκευάσας)²⁴.

3.2. *Il tabellio come testimone privilegiato*

Nel quadro normativo sopra tratteggiato si inserisce la disciplina speciale in materia di atti tabellionici (τὰ συμβόλαια τὰ ἐπ' ἀγορᾶς συντελοῦμενα) alla quale è dedicato, come detto, il capitolo VII.

L'atto tabellionico deve essere ricevuto alla presenza di almeno tre testimoni (numero elevato a cinque in presenza di soggetti non letterati)²⁵; laddove vi sia necessità di provare in

²⁴ La necessità del giuramento ed il suo contenuto sono ripetuti anche oltre: Nov. 73.7.3: Εἰ δὲ οὐδὲν ἕτερον εὐρεθῆι πλην τῆς παραθέσεως τῶν συμβολαίων, τὸ μὲν μέχρι νῦν κεκρατηκὸς προβαίνεται τὸ τὸν προκομίζοντα εἰς τὴν παρ' ἄλληλα κρίσιν τὸ συμβόλαιον ὀμνῦναι τὰ νενομισμένα· ἵνα δὲ τινα ἕλως τὸ πρᾶγμα λάβοι προσθήκην εἰς πλείονα τοῦ πράγματος πίστιν, καὶ αὐτὸς ὁ ταῦτα αἰτῶν γενέσθαι προσομνῦντο, ὡς οὔτε ἄλλης εὐπορῶν πίστεως ἐπὶ τὴν παρ' ἄλληλα κρίσιν τῶν συμβολαίων ἐλήλυθεν οὔτε τι περὶ αὐτὴν ἔπραξεν ἢ ἐμηχανήσατο, ὅπερ ὡς εἰκὸς δυνήθει τὴν ἀλήθειαν κατακρῦναι.

La parte che esibisce il documento deve giurare che ricorrono circostanze tali da rendere impossibile provarne l'autenticità attraverso uno strumento diverso dalla *comparatio litterarum* e di non aver fatto nulla per nascondere la verità.

²⁵ Sul punto, si veda E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., pp. 913-914. Non è un caso che le norme in materia di assistenza dei testimoni, pur concernendo la forma degli atti tabellionici, siano contenute nella costituzione dedicata all'ef-

giudizio l'autenticità del documento, tuttavia, il ricorso alla prova testimoniale segue alcune regole speciali:

Nov. 73.7.1: Ἐπί γάρ δὴ τῶν ἐπ' ἀγορᾶς συνταττομένων συμβολαίων, εἴπερ ὁ συμβολαιογράφος παρέλθοι καὶ μαρτυρήσειε μεθ' ὄρκου, εἰ μὲν οὐ δι' ἑαυτοῦ ἔγραψεν ἀλλὰ διὰ τινος τῶν ὑπουργούντων αὐτῷ, παρίτω κάκεινος, εἴ γε περίεστιν ἢ δυνατὸν ὅλως αὐτὸν ἔστιν ἔλθειν καὶ οὐδεμία τὴν αὐτοῦ πάροδον αἰτία κωλύει, ἢ νόσος τυχὸν ἰσχυρὰ ἢ τι τῶν περιστάσεων τῶν ἄλλων ἄπερ ἄνθρωποις ἀπαντᾷ εἰ δὲ καὶ ἀριθμητὴν ἔχοι τὸ συμβόλαιον, κάκεινος παραγινέσθω, ὥστε τρεῖς εἶναι τοὺς μαρτυροῦντας ἀλλ' οὐχ ἓνα. Εἰ δὲ οὐτε ἀριθμητὴς προσελήφθη τὸ τε συμβόλαιον αὐτὸς ἄπαν δι' ἑαυτοῦ γέγραφε τε καὶ ἐτέλεσεν ὁ συμβολαιογράφος, ἢ καὶ ὁ τοῦτο συγγράψας ἄπεστιν ἢ ἄλλως παρεῖναι οὐκ ἰσχύει, αὐτὸς μέντοι μεθ' ὄρκου τῷ οικείῳ τελέσματι μαρτυρεῖ, ὥστε μὴ τῇ συγκρίσει γενέσθαι χώραν, ἔστω καὶ οὕτω πιστὰ τὰ συμβόλαια. ἢ γάρ μαρτυρία καὶ παρὰ τῆς φωνῆς τοῦ τελέσαντος γινομένη καὶ τὸν ὄρκον ἔχουσα προσκείμενον ποιήσειεν ἄν τινα τῷ πράγματι ῥοπήν.

La novella in commento stabilisce che debbano (prioritariamente) fungere da testimoni il *tabellio* e, qualora coinvolti nella formazione del documento, i suoi collaboratori. Si tratta di testimoni che, a motivo del diretto coinvolgimento nella formazione del documento, si presume siano in grado di fornire al giudice indicazioni più precise circa il contenuto e la provenienza del medesimo.

Il primo soggetto chiamato a rendere dichiarazioni è ovviamente il *tabellio* (εἴπερ ὁ συμβολαιογράφος παρέλθοι καὶ μαρτυρήσειε μεθ' ὄρκου); egli, infatti, se ha svolto la propria attività nel rispetto delle prescrizioni contenute nella Novella 44²⁶, ha partecipato personalmente, dal principio alla fine, alla formazione del documento e, conseguentemente, ha piena contezza del suo contenuto. Anche il *tabellio*, al pari degli altri testimoni, deve prestare giuramento.

Qualora il *tabellio* abbia affidato la scritturazione dell'atto a un suo collaboratore (εἰ μὲν οὐ δι' ἑαυτοῦ ἔγραψεν ἀλλὰ διὰ τι-

ficacia probatoria dei medesimi. Come chiarito nel contributo qui richiamato, infatti, la presenza dei testimoni è richiesta proprio in vista dell'eventuale necessità di provare in giudizio il contenuto del documento.

²⁶ Sul punto, si veda E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., pp. 916-924.

νος τῶν ὑπουργούντων αὐτῷ) – sempre, beninteso, entro i limiti stabiliti dalla Novella 44 –, anche quest'ultimo, se reperibile e non gravato da specifico impedimento, dovrà prestare la propria testimonianza (παρίτω κάκεινος). Lo stesso vale anche per il contabile che abbia prestato assistenza al *tabellio* (εἰ δὲ καὶ ἀριθμητὴν ἔχοι τὸ συμβόλαιον, κάκεινος παραγινέσθω).

Nell'ipotesi di coinvolgimento dei collaboratori del *tabellio* nella formazione del documento controverso, è possibile, in alcuni casi, raggiungere il numero di tre testimoni (ὥστε τρεῖς εἶναι τοὺς μαρτυροῦντας ἀλλ'οὐχ ἓνα). La costituzione, tuttavia, si premura di chiarire che, laddove tale numero non venga raggiunto – perché, ad esempio, non vi sia stato l'intervento del ἀριθμητῆς – non occorre comunque dar luogo alla *comparatio litterarum* (ὥστε μὴ τῇ συγκρίσει γενέσθαι χώραν) per accreditare il documento.

Al *tabellio*, infatti, è riconosciuto lo *status* di testimone qualificato in grado, da solo, di *imponere fidem* all'atto di cui ha curato la redazione. In particolare, la sua testimonianza è reputata sufficiente tanto nel caso in cui abbia curato personalmente la scritturazione dell'atto (τὸ τε συμβόλαιον αὐτὸς ἔπαν δι'ἑαυτοῦ γέγραφέ τε καὶ ἐτέλεσεν ὁ συμβολαιογράφος), quanto nel caso in cui non sia possibile chiamare a testimoniare il collaboratore al quale era stata delegata. In quest'ultima ipotesi (ἢ καὶ ὁ τοῦτο συγγράφας ἄπεστιν ἢ ἄλλως παρεῖναι οὐκ ἰσχύει), il *tabellio* dovrà limitarsi a giurare di aver personalmente curato la *completio* (αὐτὸς μέντοι μεθ' ὄρκου τῷ οἰκείῳ τελέσματι).

Stante la posizione peculiare riconosciuta al *tabellio* nella procedura finalizzata a provare l'autenticità di un atto tabellionico, occorre chiedersi come ci si debba comportare qualora non sia possibile escutere la sua testimonianza. Giustiniano si interessa espressamente del problema:

Nov. 73.3.2: Εἰ δὲ ὁ συμβολαιογράφος ἐτελεύτησε καὶ μαρτυρηθεῖη τὸ τέλεσμα ἐξ ἐτέρας παραθέσεως, εἰ μὲν καὶ οὕτως ἔχοι τὸν τε συντάξαντα τὸ συμβόλαιον περιόντα καὶ τὸν ἀριθμητὴν, παρίτωσαν κάκεινοι, εἴ γε ἐνδημοῖεν, καὶ ἐχέτω καὶ τὴν ἑκσαν κάκεινοι, εἴ γε ἐνδημοῖεν, καὶ ἐχέτω καὶ τὴν ἐκ τῆς παραθέσεως τῶν πληρώσεων τὸ γράμμα πίστιν καὶ τὴν ἐκ τῶν μαρτύρων. Εἰ δὲ μηδεὶς τούτων εἴη, τηνικαῦτα γινέσθω

μὲν ἢ τῶν τελεσμάτων παράθεσις, μὴ μόνον δὲ ταῦτα πρὸς τοῦτο ἀρκείτω, ἀλλὰ καὶ αἱ τῶν ἄλλων τῶν ὑπογεγραφότων ἴσως ἢ καὶ τῶν συμβαλλόντων γραφαὶ κατεξεταζέσθωσαν, ὥστε ἐκ πολλῶν παραθέσεων τῶν τε τοῦ τελέσματος τῶν τε <τῶν> ὑπογεγραφότων ἢ καὶ τῶν συμβαλλόντων μίαν τινὰ συνάγεσθαι πανταχόθεν καὶ ἀποτελεῖσθαι πίστιν.

Se il *tabellio* che ha redatto il documento è venuto a mancare (εἰ δὲ ὁ συμβολαιογράφος ἐτελεύτησε), occorre rivolgersi alla *comparatio litterarum*²⁷; come già visto per la prova testimoniale, tuttavia, la peculiare natura dell'atto tabellionico impone alcuni correttivi alla procedura. Il raffronto delle scritture deve infatti effettuarsi tra la *completio* apposta al documento controverso ed altre *completiones* dal medesimo *tabellio* (μαρτυρηθεῖν τὸ τέλοςμα ἐξ ἐτέρας παραθέσεως). La costituzione inoltre prescrive che siano comunque sentiti come testimoni, se disponibili, il cassiere e il collaboratore che ha curato la scrittura dell'atto (εἰ μὲν καὶ οὕτως ἔχοι τὸν τε συντάξαντα τὸ συμβόλαιον περιόντα καὶ τὸν ἀριθμητὴν, παρίτωσαν κάκεινοι), così che le risultanze della comparazione possano essere corroborate dalle loro dichiarazioni (καὶ ἐχέτω καὶ τὴν ἐκ τῆς παραθέσεως τῶν πληρώσεων τὸ γράμμα πίστιν καὶ τὴν ἐκ τῶν μαρτύρων).

Solo qualora non sia possibile acquisire la testimonianza dei collaboratori del *tabellio*, pertanto, la *comparatio litterarum* diviene a tutti gli effetti l'unico strumento per accertare l'autenticità del documento (εἰ δὲ μηδεὶς τούτων εἴη, τηνικαῦτα γινέσθω μὲν ἢ τῶν τελεσμάτων παράθεσις). In tale ipotesi, Giustiniano prescrive un ampliamento dell'oggetto della comparazione: oltre alla *completio*, infatti, devono essere comparate anche le scritture dei collaboratori del *tabellio* (ἀλλὰ καὶ αἱ τῶν ἄλλων τῶν ὑπογεγραφότων ἴσως) e delle parti dell'atto (ἢ καὶ τῶν συμβαλλόντων γραφαὶ κατεξεταζέσθωσαν). Tale composita modalità di comparazione è infatti reputata maggiormente idonea ad as-

²⁷ L'ipotesi della morte del *tabellio* è contemplata, sia pure incidentalmente, anche dal primo paragrafo del capitolo VII: Nov. 73.7: ... μηδὲ ὁ συμβολαιογράφος περιεστὶν ὁ τελέσας (εἴ γε ἀγοραῖον εἴη) ὥστε μαρτυρησαί τοις ἑαυτοῦ, ἢ μηδὲ ἐνδημοίη ...

All'ipotesi della morte del *tabellio* è assimilata espressamente la sua assenza (ἢ μηδὲ ἐνδημοίη).

sicurare l'autenticazione del documento (ὥστε ἐκ πολλῶν παραθέσεων ... μίαν τινά συνάγεσθαι πανταχόθεν καὶ ἀποτελεῖσθαι πίστιν).

Alla luce dell'esame della Novella 73, è ora possibile comparare l'efficacia probatoria degli atti tabellionici con quella dei meri atti privati. Se per questi ultimi la *impositio fidei* passa per l'escussione di almeno tre testimoni (e, solo in caso di loro assenza o indisponibilità, può fondarsi sulla mera *comparatio litterarum*), l'autenticità dell'atto tabellionico può essere attestata in giudizio anche dal solo *tabellio* che ne ha curato la *completio* (dovendosi, come si è visto, ricorrere alla *comparatio litterarum* solo in caso di sua morte o altro impedimento a rendere testimonianza).

L'atto tabellionico, dunque, pur non avendo la forza propria degli atti pubblici²⁸, presenta un'efficacia probatoria rafforzata. In caso di contestazione circa il suo contenuto o la sua riconducibilità a un soggetto determinato, infatti, la procedura di validazione in giudizio può giovare delle norme speciali previste dalla novella commento.

4. Conclusioni

Le norme in materia di tabellionato in vigore in età giustiniana rappresentano, come si è avuto modo di illustrare, un *corpus* organico e tendenzialmente completo; esse, infatti, aspirano a disciplinare pressoché ogni aspetto dell'attività professionale dei *tabelliones*.

Il livello di sistematicità raggiunto dalla legislazione giustiniana non è tuttavia omogeneo. Da un lato, infatti, assistiamo all'emanazione di costituzioni che disciplinano in mo-

²⁸ Tale efficacia probatoria può essere ottenuta dall'atto tabellionico solo laddove le parti procedano alla sua *insinuatio*. In tal caso, come chiarito dalla stessa Novella 73, non è più necessario seguire la procedura ordinaria per *imponere fidem* al documento: Nov. 73.7.3: ... ὃν ἔξεστιν ἀπηλλάχθαι τοῖς συμβάλλουσιν, εἴπερ βούλονται καὶ ἑκάτεροι πρὸς τοῦτο συμβαῖεν τὸ ἐμφανῆ ποιεῖσθαι τὰ συμβόλαια καὶ κατατίθεσθαι [τε] ἐπὶ πράξεως ὑπομνημάτων αὐτοὺς τοὺς συμβάλλοντας, ἵνα ἀπαλλαγεῖεν ἀγνωμοσύνης τε καὶ νοθείας καὶ παραποιήσεων καὶ ὅποσα ἄλλα κακὰ ἐπαυροῦντες τὸν παρόντα τίθεμεν νόμον ...

do strutturato ed estremamente esaustivo le modalità di esercizio dell'attività professionale, la forma degli atti tabellionici e la loro efficacia²⁹; dall'altro, invece, riscontriamo il mantenimento – scevro da ogni tentativo di sistematizzazione – delle costituzioni previgenti in materia di obblighi di verifica del contenuto degli atti³⁰. Tale diverso livello di sistematicità è verosimilmente da impuntarsi a una precisa scelta di politica legislativa: è infatti probabile che, in questa fase, il legislatore avverta come maggiormente urgente la disciplina degli aspetti formali della professione, reputando sufficiente la conservazione della preesistente normativa (occasionale) per quanto invece concerne il potere-dovere dei *tabelliones* di interessarsi al contenuto degli atti che sono chiamati a redigere.

In ogni caso preme sottolineare come l'esigenza di regolamentazione avvertita da Giustiniano – ed evidente nei provvedimenti da lui emanati in materia di tabellionato – non possa trovare la propria causa che nella natura degli interessi toccati dall'attività professionale dei *tabelliones*. Infatti, pur non essendo il *tabellio* un funzionario pubblico, vi è già in età giustiniana la chiara percezione che la sua attività professionale lambisca interessi di natura pubblicistica (relativi alla certezza dei traffici giuridici e della loro documentazione) e che, conseguentemente, vada regolamentata.

²⁹ Sul punto si vedano, rispettivamente, i §§ 4 e 3 del mio precedente contributo (E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., p. 904 ss.) ed il § 3 del presente.

³⁰ Sul punto si veda il § 2.

ELENA MARELLI, Il tabellionato in età giustiniana (parte II). Il controllo dei *tabelliones* sul contenuto dei documenti e l'efficacia probatoria degli atti tabellionici

Il contributo espone i risultati della ricerca condotta sulla figura del *tabellio* esaminando, in particolare, le costituzioni in vigore durante il regno dell'imperatore Giustiniano (527-565). Lo studio si concentra, da un lato, sulle costituzioni pregiustiniane che imponevano ai *tabelliones* di verificare la non contrarietà alla legge del contenuto degli atti che erano chiamati a ricevere (sanzionando quelli che prestassero la propria opera per la documentazione di negozi illeciti) e, dall'altro lato, esamina le disposizioni della Novella 73 in materia di efficacia in giudizio degli atti tabellionici.

Parole chiave: *tabellio*, notaio, età giustiniana.

ELENA MARELLI, *Tabelliones* in Justinian period (part II). The control of *tabelliones* on the content of documents and probative effectiveness of the notarial deeds

The paper presents the results of the research about the role of the *tabellio* examining, in particular, the imperial constitutions in effect under the reign of Emperor Justinian (527-565). The paper, on the one hand, focuses on the constitutions issued by Justinian's predecessors imposing on the *tabelliones* the obligation of verifying that the documents they were asked to draft were not against the law (and therefore punishing those of them who would cooperate in drawing up illegal agreements) and, on the other hand, it examines the provisions of Novel 73 regarding the evidentiary value of the documents drafted by a *tabellio*.

Key words: *tabellio*, notary public, Justinian period.

Marianna Biral

IL CASO USTICA: ANATOMIA DI UN PROCESSO IRRIPETIBILE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sofferenza più grande dell’inchiesta. – 3. Monopolo del sapere scientifico e riflessi sulla gestione della prova peritale. – 4. Il punto di rottura. – 5. Una situazione dai risvolti vertiginosi. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Alcune precisazioni sul titolo – e quindi sul contenuto – del saggio. Primo: ‘anatomia’. Il termine è probabilmente sovradimensionato; non esaminerò, infatti, ogni piega di quello che è comunemente definito il ‘processo di Ustica’. Sarebbe un’impresa forse più grande delle mie forze; per avere un’idea delle dimensioni di questo procedimento, basterà dire che in Italia non esistono, allo stato, altre vicende giudiziarie in cui sia stata acquisita una mole di atti equiparabile.

D’altra parte, per mettere a fuoco gli aspetti che rendono Ustica un *unicum* nel panorama dei processi per strage, indugiare in una dettagliata cronistoria non è indispensabile. Ho ritenuto opportuno, allora, isolare un tema e farne una sorta di chiave di lettura della vicenda giudiziaria. La scelta è caduta sul ruolo delle cognizioni tecniche, e in particolare, sull’anomala distribuzione di tali cognizioni fra le parti. Nel caso di specie, infatti, il sapere scientifico necessario ai fini dell’accertamento è monopolio (in un’accezione che sarà chiarita in seguito) degli imputati.

Chi ha qualche dimestichezza con il processo di Ustica sa che quello delle perizie è un capitolo tormentato, sfortunato. Le ragioni sono tante: le difficoltà a reperire e acquisire il ma-

* Contributo sottoposto a valutazione.

Testo della relazione svolta in occasione del convegno “Ustica e gli anni Ottanta”, 13-14 novembre 2020, organizzato dall’Istituto storico Parri e dall’Associazione dei parenti delle vittime della strage di Ustica.

teriale probatorio da sottoporre ad analisi¹, le fratture che in più di un'occasione si sono aperte nei collegi peritali, l'emersione di rapporti sospetti fra gli imputati e alcuni esperti ecc. Fra le tante criticità che si incontrano su questo terreno, ce n'è una tuttavia che riveste un'importanza particolare poiché è capace di legare, come un ideale filo rosso, tutte (o molte del) le altre. Si tratta dell'aspetto cui facevo cenno: l'esistenza di un monopolio dei dati tecnici scompagina le dinamiche sottese alla prova peritale e si rifrange, deformandoli, anche sugli equilibri di fondo del rito.

Secondo: anatomia di un 'processo'. Con la formula 'processo di Ustica' si indica un procedimento dall'oggetto composito, svoltosi dal 1980 al 2007, di nuovo riaperto nel 2008 e tuttora pendente². I fatti che l'hanno originato sono noti: il 27 giugno 1980 l'aeromobile DC9-ITIGI della società Itavia, in volo da Bologna a Palermo con settantasette passeggeri e quattro membri dell'equipaggio a bordo, precipita in mare in un'area compresa tra le isole di Ponza e Ustica. Non ci sono superstiti³.

Ad attivarsi, nell'immediatezza, è la Procura di Palermo. Dopo nemmeno due settimane (il 10 luglio, per la precisione), tuttavia, gli atti dell'inchiesta approdano a Roma. Alla luce dell'art. 1240 cod. nav.⁴, infatti, viene ritenuta competente l'autorità giudiziaria della capitale.

¹ Intoppi e problemi investono sia il recupero dei relitti dell'aereo, affondati nel Tirreno a 3700 metri di profondità, sia i dati radar.

² Nonostante si sia svolto in larga parte dopo l'entrata in vigore del 'nuovo' codice di procedura penale, in esso hanno continuato a trovare applicazione le disposizioni del codice Rocco (sulla base di quanto previsto dall'art. 242 disp. att. c.p.p.). È quello, pertanto, il modello processuale cui far riferimento. Per un'analisi più dettagliata della vicenda giudiziaria, v. M. BIRAL, *Monopolio del sapere scientifico e processo penale. Riflessioni a partire dal "caso Ustica"*, in *Archivio penale*, 2021, 2, p. 1 ss.

³ Un approfondito inquadramento storico della vicenda è offerto da C. RANCI, *Ustica. Una ricostruzione storica*, Bari-Roma, 2020.

⁴ Nella versione vigente all'epoca dei fatti (e fino al 2006), la disposizione prevedeva che, nell'eventualità in cui fosse commesso un reato fra quelli previsti dal codice e la competenza non potesse essere radicata nel luogo di primo approdo dell'aeromobile – per esempio perché, come nel caso di specie, l'aeromobile non era mai giunto a destinazione – si avesse riguardo al luogo di ricovero abituale del mezzo (l'aeroporto di Ciampino, nel caso del DC9).

Per una decina d'anni circa l'attività investigativa è focalizzata esclusivamente sulla ricostruzione delle cause della caduta dell'aeromobile; le fattispecie di reato su cui lavorano il pubblico ministero e successivamente il giudice istruttore sono strage e disastro aereo.

Tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta, il perimetro della regiudicanda si allarga: nasce il filone dedicato ai depistaggi. Gli accertamenti compiuti dagli inquirenti presso alcune basi militari, l'attività istruttoria svolta dalla Commissione stragi (che proprio in quel periodo comincia ad occuparsi della vicenda), le indagini condotte da alcune firme del giornalismo d'inchiesta portano allo scoperto un inquietante quadro di ambiguità, anomalie e reticenze⁵.

È, questo, un momento di svolta: si profila il dubbio che la macchina giudiziaria abbia girato per molto tempo a vuoto e che ciò sia dipeso dal fatto che alcuni settori dell'Aeronautica abbiano fornito fin lì una collaborazione non del tutto genuina ed esaustiva, a tratti addirittura lacunosa. Da questo momento, e fino al 1999, il processo corre lungo due dorsali: «la ricostruzione del fatto», da una parte, e «l'identificazione degli impedimenti che l'hanno ostacolata»⁶, dall'altra.

Alla chiusura dell'istruzione formale, la prima direttrice s'interrompe. Il giudice ritiene provato «al di là di ogni ragionevole dubbio [...] che quella sera si verificò un'azione militare di intercettazione, con ogni verosimiglianza nei confronti [di un] aereo nascosto nella scia del DC9 e che la caduta dell'aereo di linea sia accaduta in questo contesto»⁷. L'impos-

⁵ Per un'analisi a tutto campo di questo snodo importante, v. C. RANCI, *Ustica. Una ricostruzione storica*, cit., p. 141 ss. Per un approfondimento delle ripercussioni sul piano dei rapporti fra istituzioni politiche e vertici militari, v. l'interessante studio di M. DE PROSPERO, *Protagonisti controversi. Governi e militari durante le indagini sulla strada di Ustica (1980-1982)*, Milano, 2022, p. 25 ss.

⁶ Tribunale di Roma, Ufficio Istruzione – Sezione 1, 31 agosto 1999, procedimento penale n. 527/84, ordinanza di rinvio a giudizio, p. 185.

⁷ Tribunale di Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 3953.

Rimane aperta la questione del *break-up*, vale a dire delle modalità di rottura dell'aeromobile: le due ipotesi avanzate – evento verificatosi in conseguenza del lancio di un missile (è la tesi di alcuni periti) o di una quasi collisione

sibilità d'individuare il responsabile di tale azione, tuttavia, gli impone di pronunciare, in relazione ai reati di strage e disastro aereo, una sentenza di proscioglimento (per essere rimasti ignoti gli autori del fatto).

Il dibattito verte così esclusivamente sulle attività di depistaggio, in particolare sull'accusa di alto tradimento (artt. 289 c.p. e 77 c.p.m.p.) contestata ai vertici dell'Aeronautica⁸. Secondo la tesi accusatoria, gli imputati, «a conoscenza degli eventi accaduti [all'aeromobile civile] fin nei minimi dettagli e sin dall'immediatezza del loro verificarsi», e «pur in presenza di fatti oggettivi che sicuramente avrebbero obbligato a riferire al livello politico, che avrebbe così potuto agire di conseguenza, si sostituivano alle istituzioni competenti, impedendo l'esercizio delle attribuzioni e prerogative di queste ultime»⁹.

Il nucleo dell'imputazione si identifica in due distinte condotte: una – omissiva – consistente nell'aver taciuto al ministro della difesa, nelle ore e nei giorni successivi al 27 giugno 1980, le informazioni acquisite in ordine alla caduta del DC9 (l'esistenza di alcuni *plot* 'anomali'¹⁰ nella registrazione del ra-

no con il velivolo intercettore (spiegazione avallata da altri periti nonché dai consulenti di parte civile) – sono, per il giudice Priore, egualmente sostenibili.

⁸ In particolare, Lamberto Bartolucci, Franco Ferri, Corrado Melillo e Zeno Tascio, all'epoca dei fatti rispettivamente capo di Stato Maggiore, sottocapo di Stato Maggiore, capo dell'ufficio II presso lo Stato Maggiore e capo del Sios (il servizio segreto militare) presso lo Stato Maggiore.

⁹ Tribunale di Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 4974.

¹⁰ Vale a dire, *plot* di difficile interpretazione. Il radar funziona inviando nell'etere un segnale riflettente. Quando tale segnale incontra un ostacolo torna indietro e sullo schermo di controllo appare il cosiddetto *plot*, che rivela la presenza in cielo, a determinate coordinate geografiche, di un oggetto. Il sistema di localizzazione invia radio-onde a intervalli di tempo regolari (ogni intervallo corrisponde ad un 'giro di antenna'), di modo da tracciare il percorso del bersaglio – l'aereo – intercettato. Quest'ultimo può a sua volta inviare segnali a terra mediante il *transponder* (*transmitter-responder*), un dispositivo collocato nella cabina di pilotaggio con cui l'equipaggio comunica agli enti di controllo il codice del volo e la quota di navigazione. Quando la comunicazione terra-bordo è biunivoca l'identificazione dell'aereo è precisa e completa (e i *plot* si dicono 'vestiti'); quando invece, per qualche ragione, il velivolo non vuole farsi identificare, il *transponder* viene spento e le 'battute' registrate dal radar sono 'mute', pallini sullo schermo privi di informazioni d'accompagnamento. In casi come questi, per avere la certezza che ciò che compare sullo schermo di controllo rappresenti effettivamente la traccia di un aereo occorre

dar di Ciampino¹¹; la presenza di traffico militare americano in concomitanza con il sinistro e in orari precedenti e susseguenti la scomparsa del velivolo dell'Itavia; lo stato di emergenza diffusosi presso le postazioni del traffico aereo; le indagini condotte nell'immediatezza per ricostruire la dinamica dell'evento); l'altra, di natura commissiva, integrata dall'invio all'autorità politica nel dicembre del 1980 di un'informativa che dipingeva un quadro tranquillizzante e apparentemente certo dello scenario entro cui si collocava la caduta dell'aeromobile Itavia, in contrasto con la realtà dei dati disponibili¹².

guardare al numero e alla disposizione nello spazio dei *plot* registrati, se cioè si ripetano a intervalli regolari e individuino coordinate geografiche compatibili con la velocità di crociera media di un velivolo civile o militare. Problemi d'interpretazione sorgono quando le 'battute' fotografano punti isolati; non può essere escluso, infatti, che si tratti di errori del sistema di rilevazione.

¹¹ Si allude alle 'battute' -17 e -12 (i punti apparsi sul radar rispettivamente 17 e 12 giri di antenna prima della deflagrazione del DC9) la cui interpretazione rappresenta probabilmente la più significativa questione radaristica dibattuta nel processo. Secondo alcuni, si tratterebbe di 'falsi echi', errori di sistema; secondo altri (è la avallata dal giudice Priore nel provvedimento adottato al termine dell'istruttoria), i *plot* rappresenterebbero la traccia di un velivolo militare che viaggiava parallelo al DC9. È evidente l'importanza che tale nodo assume ai fini della sostenibilità della tesi dello scontro aereo quale causa del disastro. Per un approfondimento, v. M. BIRAL, *Monopolio del sapere scientifico*, cit., § 2.2.

¹² Questa, in dettaglio, la contestazione: gli imputati sono accusati del «delitto di cui agli artt. 81 cpv. – 110 – 289 c.p. e art. 77 c.p.m.p., perché, in concorso tra loro e con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, impedivano l'esercizio delle attribuzioni del governo della Repubblica, nelle parti relative alle determinazioni di politica interna ed estera concernenti il disastro aereo del DC9 Itavia, in quanto, dopo aver omesso di riferire alle autorità politiche e a quella giudiziaria le informazioni concernenti la possibile presenza di traffico militare statunitense, la ricerca di mezzi aeronavali statunitensi a partire dal 27 giugno 1980, l'ipotesi di un'esplosione coinvolgente il velivolo e i risultati dell'analisi dei tracciati radar di Fiumicino-Ciampino nonché l'emergenza di circostanze di fatto non conciliabili con la collocazione della caduta del Mig libico sulla Sila nelle ore mattutine del 18 luglio 1980, abusando del proprio ufficio, fornivano alle autorità politiche, che ne avevano fatto richiesta, informazioni errate tra l'altro escludendo il possibile coinvolgimento di altri aerei e affermando che non era stato possibile esaminare i dati del radar di Fiumicino-Ciampino perché in possesso esclusivo della magistratura, anche tramite la predisposizione di informative scritte. In Roma in epoca successiva e prossima al 27 giugno 1980».

All'esito del giudizio, la ricostruzione del giudice istruttore trova accoglimento solo in parte: gli imputati si sono macchiati, sì, di alto tradimento, ma il reato è stato commesso mediante un comportamento che non ha 'impedito' bensì solo 'turbatò' le prerogative dell'autorità politica. Ne deriva una riqualificazione del fatto – a venire in gioco è l'art. 77 c.p.m.p. in relazione al secondo (e non al primo) comma dell'art. 289 c.p. (alto tradimento commesso con atti idonei a turbare e non ad impedire) – cui segue, nei confronti del Capo di Stato Maggiore, la pronuncia d'una sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione (per gli altri imputati, sentenza di assoluzione, non essendo ritenuta raggiunta la prova del concorso nel reato)¹³.

In secondo grado, la tesi avallata nell'ordinanza di rinvio a giudizio è radicalmente smentita: la Corte d'Assise d'appello ritiene che la prova del reato non sia stata raggiunta; gli im-

¹³ Corte d'Assise di Roma, sez. III, 30 aprile 2004. Il giudice del dibattimento ritiene che ad avere carattere penalmente rilevante sia solo la comunicazione lacunosa dei dati del radar di Ciampino e non anche le altre informazioni considerate nel capo d'imputazione. Rispetto alle notizie relative alla presenza di traffico militare statunitense in zona e orario limitrofi al luogo e al momento dell'incidente, non si ritiene raggiunta la prova che esse abbiano risalito la 'scala informativa' interna all'Aeronautica fino a raggiungere l'ultimo gradino. Quanto alle altre informazioni omesse – lo stato di emergenza diffusosi presso le postazioni di controllo del traffico aereo e le ipotesi avanzate dagli operatori radar nei momenti immediatamente successivi alla scomparsa del DC9 – si ritiene che non fossero soggette all'obbligo di riferire perché irrilevanti o smentite dalle indagini poste in essere dalla Forza armata nella notte fra il 27 e il 28 giugno 1980.

La stessa valutazione – orientata a riconoscere la capacità di ostacolare (e non di paralizzare in modo radicale) le iniziative del governo – è espressa rispetto alla nota esplicativa del dicembre 1980. In questo caso, a rilevare, ai fini della qualificazione giuridica, è l'esistenza d'un bacino alternativo di notizie a disposizione dell'autorità politica (i risultati delle indagini conoscitive condotte dalla commissione governativa 'Luzzatti', la quale nel biennio 1980-1982 conduce un'inchiesta parallela a quella giudiziaria, anch'essa finalizzata a far luce sulle cause del disastro, ma con un obiettivo diverso: non accertare eventuali responsabilità sul piano penale, bensì diagnosticare e rimuovere eventuali falle nel sistema di controllo di sicurezza dei voli civili), con l'effetto di mitigare l'incidenza della manovra di 'disinformazione' (realizzata dalla Forza armata) sull'azione dell'esecutivo.

putati sono di conseguenza assolti (con formula «perché il fatto non sussiste»)¹⁴.

Avverso tale pronuncia, il Procuratore generale e le parti civili fanno ricorso per Cassazione. Le impugnazioni presentate, tuttavia, sono dichiarate inammissibili. Nel 2007 cala così il sipario sul filone del processo relativo ai depistaggi.

In forza di un singolare avvicendamento, l'anno successivo sono riaperte le indagini per il reato di strage. A fungere da innesco le dichiarazioni rilasciate ad un'emittente televisiva dall'ex Presidente Cossiga, il quale, intervistato in relazione ai fatti del 27 giugno 1980, allude a precise responsabilità del sistema di difesa aerea francese. Le indagini sono in corso; il processo di Ustica è dunque tuttora pendente.

Terzo: anatomia d'un processo 'irripetibile'. L'aggettivo allude ai tratti di specialità che valgono a rendere la vicenda giudiziaria per molti versi eccezionale e che trovano la propria matrice nel nodo giuridico su cui s'intende soffermarsi.

È venuto il momento d'inquadralo.

¹⁴ Corte d'Assise d'Appello di Roma, 15 dicembre 2005. Rispetto alla condotta omissiva, il giudice esclude che sia stata acquisita la prova circa la conoscenza, da parte degli imputati, dell'esistenza dei due *plot* anomali registrati dal radar di Ciampino e non comunicati all'autorità politica. Che la notizia abbia risalito la scala informativa fino a raggiungere il vertice della Forza armata si desume da «deduzioni, ipotesi, verosimiglianze, "non poteva non sapere", "rilievi di ordine logico"; nulla «che abbia la veste di una prova e nemmeno di un indizio» (p. 109). In via teorica – si ammette – è possibile che i fatti si siano svolti come ricostruito dal giudice di primo grado, «ma sulle ipotesi non possono costruirsi sentenze di condanna». Sulla base degli elementi acquisiti – si conclude – «Bartolucci non ha ommesso di comunicare al Governo nulla in quanto nulla effettivamente gli risultava» (p. 116).

Quanto alla nota predisposta dallo Stato maggiore dell'Aeronautica, il giudice dell'appello, pur rilevando il carattere oggettivamente mendace di alcune informazioni ivi contenute, non ritiene raggiunta la prova che gli imputati ne fossero a conoscenza. E comunque – in questi termini la Corte chiude il ragionamento – se anche si ammettesse che gli imputati abbiano effettivamente veicolato, con coscienza e volontà, notizie oggettivamente false, la condotta tenuta non era tale da pregiudicare le prerogative del governo, atteso che questo disponeva delle analisi compiute dalla Commissione 'Luzzatti' (v. *supra*, nt. 13).

2. La sofferenza più grande dell'inchiesta

Interrogato dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul terrorismo in Italia e sulla mancata individuazione dei responsabili delle stragi (d'ora in avanti, Commissione stragi)¹⁵ in merito alle criticità riscontrate nel corso dell'istruttoria, il giudice Rosario Priore¹⁶ si sofferma su un aspetto particolare: «in questa inchiesta purtroppo la conoscenza tecnica è altamente specializzata, sofisticata. Non solo presenta questo carattere, ma addirittura è patrimonio di una parte. Questa è una delle sofferenze più grandi che hanno colpito quest'inchiesta»¹⁷.

Il problema evidenziato dal magistrato è duplice. In primo luogo, rileva l'estrema complessità dei dati tecnici – radaristici, in particolare – necessari ai fini dell'accertamento, cui corrisponde, in capo all'autorità giudiziaria, un deficit cognitivo difficile da colmare: «la nostra conoscenza è minima se non nulla. Almeno all'inizio, siamo partiti da uno stato di ignoranza assoluta della materia»¹⁸.

Negli anni '80 e '90 – in un periodo, cioè, in cui lo sviluppo tecnologico era ben lontano dai livelli raggiunti oggi – l'esigenza di acquisire e maneggiare cognizioni tecnico-scientifiche ad alta specializzazione per finalità di accertamento penale rappresentava una sfida notevole, di fronte alla quale la magistratura dell'epoca era fisiologicamente meno preparata rispetto a quella contemporanea. Si trattava di un ostacolo

¹⁵ L'istituzione della Commissione parlamentare risale alla legge 17 maggio 1978, n. 172. Il 30 marzo 1989 viene inserita nel piano di lavoro anche un'indagine sui fatti di Ustica.

¹⁶ Il dott. Priore acquista la titolarità dell'istruzione formale nel luglio del 1990, in seguito all'accoglimento dell'istanza d'astensione presentata dal predecessore, il dott. Bucarelli. Per una ricostruzione della vicenda che ha portato all'avvicendamento dei due magistrati, si rinvia a Commissione stragi, XIII legislatura, *Sciagura aerea del 27 giugno 1980. Proposta di discussione finale presentata dai sen. V.R. Manca, A. Mantica e dagli onorevoli V. Fragalà e M. Taradash*, 1999-2000, p. 440 ss.

¹⁷ Commissione stragi, XIII legislatura, 7ª seduta, 22 gennaio 1997, p. 185.

¹⁸ *Ibidem*.

difficile da superare, ma – come dichiara lo stesso Priore – non insormontabile.

Il punto è soprattutto un altro: il sapere scientifico è «patrimonio di una parte». Ecco qui il nervo scoperto, il fattore eccezionale che rende Ustica un caso a sé. La formula – ellittica e potente – fotografa una situazione di esclusività, di monopolio dei dati tecnici con effetti distorsivi della dinamica processuale.

Si tratta d'una formula ellittica perché, a essere rigorosi, non è esatto parlare, in termini assoluti, di conoscenze appannaggio di una parte; come precisa il giudice istruttore, le cognizioni tecniche appartengono «ad una istituzione determinata, ad alcune persone, alcune delle quali sono divenute imputate»¹⁹. L'istituzione in parola, ovviamente, è l'aeronautica e le «persone divenute a un certo punto imputate» sono i militari a vario titolo accusati di aver sviato o depistato l'istruttoria (con condotte integranti falsa testimonianza, favoreggiamento, omissione di atti d'ufficio ecc.).

Tuttavia, il fatto che il sapere tecnico indispensabile all'accertamento circoli in circuiti più estesi rispetto a quello costituito dai soggetti formalmente implicati nella vicenda giudiziaria non cambia, nella sostanza, i termini della questione. Esiste infatti, in ampi segmenti dell'Aeronautica, un interesse convergente con quello degli imputati che dà corpo e 'cimenta', sul piano della dinamica processuale, questa forma di monopolio. Basti pensare, del resto, al fatto che i militari nel tempo attinti dalle contestazioni non sono pochi e – soprattutto – che ad essere coinvolti, in forza di un'accusa di assoluta gravità, sono i vertici di quell'organismo. Quantomeno sul piano simbolico, si può dire che ad essere finita sul banco degli imputati è l'intera Forza armata.

Non muta i termini della questione nemmeno la circostanza che gli imputati detengano un sapere funzionale all'accertamento non tanto dei fatti loro contestati – almeno non direttamente – ma delle cause dell'inabissamento del DC9. La 'sfasatura' va infatti stemperata, alla luce della connessione sus-

¹⁹ *Ibidem.*

sistente fra il delitto principale – quello di strage, per il quale soggetti formalmente accusati non ci sono mai stati – e i reati ad esso satellitari. Se si pensa che i secondi sono stati commessi per occultare il primo, ben si coglie il valore riflesso che quelle conoscenze assumono ai fini della determinazione della sussistenza del reato di alto tradimento.

Ad essere oggetto di conoscenza esclusiva – nei termini sopra esposti – è la materia radaristica. Le ragioni alla base del monopolio sono fondamentalmente due.

Primo: è un sapere di nicchia, fisiologicamente appannaggio di pochi; tipicamente, di coloro che se ne occupano ‘per mestiere’.

Secondo: esistono specifiche ragioni di sicurezza. Il sistema di difesa aerea nazionale, essendo (allora come oggi) integrato in una struttura più ampia, che fa capo all’Alleanza Atlantica (cd. sistema NADGE: *Nato Air Defence Ground Environment*), è gravato da una serie di vincoli di segretezza, stabiliti a livello centrale e funzionali a garantire l’integrità complessiva dell’apparato. Nel caso di specie, ciò si è tradotto nell’opposizione di un segreto militare di carattere sovranazionale in relazione ad alcune specifiche del *software* impiegato dal NADGE. Al giudice istruttore, di conseguenza, è stato a lungo impedito l’accesso ai codici d’interpretazione delle tracce rilevate dai siti afferenti alla catena difensiva integrata, con l’effetto di rendere sostanzialmente impraticabile una corretta lettura delle stesse.

Alla base del monopolio c’è, dunque, senz’altro l’“esclusività” del sapere radaristico. Un’esclusività che si declina, a ben vedere, in due diverse accezioni. Va intesa in senso stretto con riferimento a quella porzione di conoscenze soggette a formale vincolo di segretezza; in senso ampio, invece, rispetto a ciò che sta fuori da quel perimetro ma che, per il suo carattere iperspecialistico, è fisiologicamente riconducibile a un bacino ristretto di utenti.

Nel primo caso, il limite giuridico blindava le informazioni entro l’istituzione – di cui gli imputati fanno parte, incardinati in posizioni di vertice – che le detiene ed utilizza ed innalza una barriera non superabile per le (altre) parti e il giudice, di

fatto rendendo il monopolio non rimediabile (fintantoché il segreto rimane in piedi).

Il vantaggio cognitivo assicurato dal secondo tipo di esclusività è invece relativo; l'Aeronautica è il depositario privilegiato del sapere tecnico, ma non l'unico. Le ragioni per cui la radicale asimmetria denunciata dal giudice istruttore ha interessato anche questa fetta – più ampia – di conoscenze sono meno intuitive e chiamano in causa, in certa misura, la stessa magistratura. È l'approccio da questa tenuto nella fase iniziale dell'inchiesta ad aver paradossalmente contribuito a rinserare il monopolio cognitivo degli imputati.

Una magistratura superficiale, che si muove in modo «pasticciato, confuso e senza chiari obiettivi»²⁰, impreparata di fronte a una materia tecnica molto complessa e che per questo si affida senza sostanziali riserve all'Aeronautica e ne fa il proprio – unico – referente per le questioni radaristiche, senza ricorrere a fonti alternative. A lungo, tutto quello che ha a che fare con il sistema di rilevamento delle tracce radar e con la lettura delle stesse arriva all'autorità giudiziaria, in via diretta o indiretta, dall'istituzione militare.

D'altra parte, fino a che non emerge il conflitto d'interesse, essa si presenta come un consulente di prestigio, dotato di una credibilità all'apparenza massima. È solo quando è raggiunto il punto di rottura – con la contestazione di plurime condotte di depistaggio, fra tutte l'alto tradimento dei vertici della Forza armata – che lo scenario cambia. Il giudice istruttore coglie le insidie annidate in quello stato di cose e tenta di porvi rimedio. Il problema è che si è perso tanto – forse troppo – tempo e che la costruzione di un sapere 'autonomo' è tutt'altro che semplice²¹.

²⁰ Commissione stragi, XIII legislatura, *Sciagura aerea del 27 giugno 1980. Proposta di discussione finale*, cit., p. 508.

²¹ Ci si soffermerà su questi aspetti *infra*, § 4.

3. *Monopolio del sapere scientifico e riflessi sulla gestione della prova peritale*

Avendo ad oggetto le cognizioni tecnico-scientifiche, il monopolio ha effetti diretti sulle dinamiche e sugli scopi sottesi alla perizia, legati all'esigenza d'introdurre nel processo un apporto specialistico.

Ad essere intaccata, in particolare, è la possibilità di controllo della prova da parte del giudice. Il tema è oggi molto studiato; la riflessione s'è intensificata parallelamente alla diffusione delle nuove tecnologie.

La prova peritale si regge su un apparente paradosso che spesso risulta difficile da comprendere ai non addetti ai lavori. Il giudice si rivolge all'esperto perché gli mancano le competenze necessarie per svolgere certe valutazioni o comunque per sciogliere un determinato nodo di carattere tecnico-scientifico e poi è chiamato a valutare l'affidabilità del parere fornito, potendosene anche discostare. Come può questi, una volta palesato con il ricorso alla prova peritale un deficit di conoscenza, esercitare uno scrutinio sulle conclusioni dell'esperto²²?

Il paradosso in realtà è solo apparente²³: il responso peritale non può essere insindacabile, vi si oppone l'esigenza di ra-

²² A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M.L. DI BITONTO, D. NEGRI, P.P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2020², p. 296.

²³ «Il giudice non ha bisogno di possedere tutte le nozioni e le tecniche che occorrono allo scienziato per porre in essere la prova dovendo egli piuttosto disporre di schemi razionali che gli consentano di stabilire il valore della prova scientifica ai fini dell'accertamento del fatto. [...] Non si tratta di identità di metodi tra il giudice e lo scienziato, ma dell'impiego da parte del giudice di strumenti di analisi che consentano la valutazione di prove prodotte con metodi scientifici», riassume in maniera cristallina M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 310. Sul tema v. anche, R. BLAIOTTA, G. CARLIZZI, *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. CANZIO, L. LUPARIA, Padova, 2017, p. 367 ss.; C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, Dossier su *La prova scientifica nel processo penale*, p. 33 ss.; V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 414 ss.; O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata*

zionalità della decisione. Il giudice deve dominare e non essere dominato dalle valutazioni fornite dall'esperto. Il controllo in sede giurisdizionale avviene secondo i canoni della logica e dell'esperienza e tocca sia la validità del metodo impiegato (valutabile alla stregua di criteri quali: il grado di accettazione all'interno della comunità scientifica di riferimento, il margine di errore ad esso associato, la rilevanza diretta e specifica per i fatti oggetto del processo ecc.) sia l'affidabilità soggettiva dell'esperto (alla luce di canoni quali il prestigio, l'imparzialità, l'interesse che lo muove ecc.)²⁴.

Ebbene, quando si creano sacche di conoscenza esclusiva si determina una situazione estrema: da un lato, si produce uno squilibrio fra le parti, un'asimmetria radicale quanto alla possibilità di puntellare dal punto di vista scientifico la propria tesi ricostruttiva; dall'altro, il giudice non ha le chiavi del controllo: non è in grado di valutare l'affidabilità del metodo impiegato né se alcune delle valutazioni offerte siano, volutamente o colpevolmente, inesatte o incomplete²⁵.

specializzazione, Milano, 2005, p. 67 ss.; L. PISTORELLI, *Conoscenza giudiziaria e uso della prova scientifica: il mito dello iudex peritus peritorum*, in *Dai "casi freddi" ai "casi caldi". Le indagini storiche e forensi fra saperi giuridici e investigazioni scientifiche*, a cura di M. ANDRETTA, D. FONDAROLI, G. GRUPPIONI, Padova, 2014, p. 201 ss.; P.P. RIVELLO, *La prova scientifica*, in *Trattato di procedura penale*, vol. XVIII, diretto da G. UBERTIS, G.P. VOENA, Milano, 2014, p. 172 ss.

²⁴ «Non potendo entrare nel merito delle questioni scientifiche, il vaglio del giudice consiste nel farle passare attraverso una griglia standardizzata che garantisca dall'esterno la qualità della conoscenza cui si attribuisce credito nel processo penale». Il giudice è «garante»: «pur non padroneggiando nei contenuti il sapere che valuta è quantomeno in grado di accreditarne la qualità». Così, C. CONTI, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il discorso sul metodo*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 848.

²⁵ Nel caso Ustica, è soprattutto questo secondo aspetto a rilevare. Ci muoviamo, infatti, in un sistema processuale che privilegia la ricerca solitaria del magistrato a scapito del confronto dialettico delle parti (v. D. NEGRI, *Il processo penale, la procedura penale verso il nuovo codice*, relazione tenuta nel convegno "Ustica e gli anni Ottanta", 13-14 novembre 2020, in corso di pubblicazione). La selezione della 'buona scienza' passa, dunque, soprattutto dal controllo che l'autorità giudiziaria è in grado di esercitare.

Nella vicenda di Ustica, il problema emerge plasticamente quando viene depositata la perizia c.d. Misiti²⁶. La relazione licenziata dagli esperti solleva forti obiezioni. La parte dedicata all'analisi delle registrazioni radar, in particolare, è giudicata incomprensibile; a pesare è soprattutto la mancata conoscenza del funzionamento del sistema NADGE, che rende l'interpretazione delle tracce rilevate non verificabile²⁷.

Il nodo, come si può intuire, è difficile da sciogliere. Ma non è l'unico; è interessante notare come la concentrazione del sapere tecnico nelle mani degli imputati abbia avuto un impatto così radicale da intaccare le stesse premesse della perizia, pregiudicando l'acquisizione del materiale probatorio da sottoporre allo scrutinio degli esperti.

Ripercorrere alcune vicende può essere utile a mettere a fuoco il punto.

Il più noto decreto di sequestro di materiale radar emesso nel processo di Ustica è quello che risale alle primissime battute dell'inchiesta (5 luglio 1980). L'iniziativa è del pubblico ministero palermitano. Il provvedimento da questi adottato

²⁶ È la perizia condotta fra il 1990 e il 1994 sotto la direzione del prof. Misiti (all'epoca preside della facoltà di ingegneria dell'Università La Sapienza di Roma e professore di ingegneria idraulica), che ricollega la caduta del DC9 ad un'esplosione avvenuta nella toilette dell'aereo. V. Tribunale di Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 2419 ss.

²⁷ Nella primavera del 1991 il giudice istruttore, resosi conto che per 'leggere' correttamente i nastri magnetici e le riduzioni dati dei siti della difesa aerea (le tracce dei radar di Marsala e di Licola, per esempio) occorreva comprenderne a fondo i meccanismi di funzionamento, disponeva un decreto di sequestro dei manuali esplicativi del modello NADGE, conservati presso i laboratori dell'Aeronautica di Borgo Piave. Il provvedimento andava incontro ad un parziale, ma significativo, diniego. Molti di quei manuali erano 'classificati', sottratti alla conoscenza pubblica, essendo il sistema di controllo integrato nella struttura della difesa atlantica e di conseguenza sottoposto a precisi vincoli di segretezza. Ne era seguita una soluzione di compromesso: lo Stato Maggiore dell'Aeronautica – che per ragioni d'ufficio ovviamente conosceva il contenuto di quei compendi – fornisce ai periti un riassunto, in parte criptato in parte 'in chiaro'. Il documento «oltremodo parziale, limitato ed insufficiente» costituisce per oltre quattro anni «l'unico supporto tecnico di cui fruiti[scel] l'Ufficio e tutti i suoi periti per la lettura e l'interpretazione dell'imponente materiale tecnico-radaristico agli atti dell'inchiesta» (Tribunale di Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 2879).

prevedeva l'acquisizione le registrazioni di tutti i centri «comunque operanti sul Tirreno nella notte tra venerdì 27 giugno e sabato 28 giugno 1980, tra le ore 20:00 e le ore 23:15»²⁸.

In sede d'esecuzione, succede qualcosa di strano: l'ampia formulazione viene corretta mediante l'aggiunta del riferimento ad una specifica area geografica: quella racchiusa nell'«allineamento Latina-Ponza-Palermo». La sfera applicativa dell'atto viene conseguentemente circoscritta alle sole basi di Ciampino, Licola e Marsala.

Quel restringimento è senz'altro *contra legem*: non è possibile, in sede d'attuazione d'un provvedimento della pubblica autorità, ridurre la portata. Non siamo di fronte – è evidente – a una mera specificazione del contenuto di un atto generico, ma ad un'iniziativa che limita, contraddicendolo, il comando del magistrato.

Ai fini del nostro discorso, tuttavia, non interessa tanto l'illegittimità di quell'iniziativa o i motivi che possono averla determinata, quanto le ragioni che non hanno consentito di porvi rimedio. La soluzione era banale: sarebbe bastato al titolare dell'accusa disporre un nuovo sequestro inteso ad apprendere tutto ciò che era rimasto fuori dal perimetro del precedente.

E tuttavia, ciò non accade. Non lo fa il pubblico ministero di Palermo; non lo fa nemmeno quello di Roma (dott. Giorgio Santacroce), il quale, anzi, non appena prende le redini dell'istruttoria sommaria, spicca un decreto perfettamente sovrapponibile, quanto alla sfera applicativa, a quello del suo predecessore.

Il fatto è che l'autorità giudiziaria non sa che quelle basi potrebbero avere rilevanza dal punto di vista probatorio e nessuno di coloro che sono a conoscenza di tale circostanza lo fa presente. Passano gli anni e le registrazioni non acquisite al processo vengono distrutte. È una perdita «devastante»²⁹: ci sono almeno quattro o cinque altri centri che sicuramen-

²⁸ Tribunale di Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 70.

²⁹ Tribunale di Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 71.

te quella sera hanno seguito, almeno per un tratto, il volo del DC9³⁰.

Rimangono, è vero, i dati di Licola, Ciampino e Marsala. Ma anche rispetto a quelle basi sorgono delle complicazioni.

Prendiamo Licola, per esempio. Il 'plottaggio' (la rappresentazione grafica) originale relativo alla situazione aerea fotografata la notte del 27 giugno 1980 non è mai stato acquisito. Il sito al tempo non era automatizzato, ma operava in modalità fonetico-manuale. Ciò significa che le tracce rilevate dal radar invece che essere registrate su nastro erano riportate manualmente su un documento (in gergo tecnico, il DA1). Il comandante della base militare comunica all'ufficiale incaricato di eseguire il provvedimento dell'autorità giudiziaria che quel sito non ha nastri di registrazione, senza fare cenno all'esistenza di un documento idoneo a 'farne le veci'³¹. Quando l'autorità giudiziaria prende consapevolezza della cosa (nel 1988), quel documento è ormai irrimediabilmente perso³².

Per quanto riguarda Marsala, le difficoltà dipendono dal ritardo con cui la magistratura è venuta materialmente in possesso delle intercettazioni radar. L'atto di sequestro risale ai primi giorni del luglio 1980 ma è solo nell'ottobre successivo che il materiale probatorio è effettivamente acquisito dal magistrato (recatosi personalmente presso la base siciliana). Nelle settimane che corrono tra questi due momenti i nastri rimangono nella disponibilità della Forza armata³³. La mancata consegna al momento della notificazione dell'atto viene giusti-

³⁰ «Se quel [provvedimento] avesse assicurato tutta la documentazione prescrittavi – osserva il giudice istruttore – «l'inchiesta avrebbe disposto di nastri e registri, che avrebbero condotto a una ricostruzione completa non solo del cielo di Ustica, ma dell'intera traiettoria [dell'I-Tigi Itavia] e di tutto il circostante d'utilità» (Tribunale di Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 185).

³¹ E per questo riceverà, nel 1990, un mandato di comparizione in cui è contestato il reato di occultamento di atti veri. V. Commissione stragi, X legislatura, *Relazione dell'inchiesta condotta dalla commissione in ordine alle vicende connesse con il disastro aereo di Ustica*, 1° ottobre 1990, p. 42.

³² V. C. RANCI, *Ustica. Una ricostruzione storica*, cit., pp. 95-96.

³³ La possibilità che, in quel lasso di tempo, i nastri fossero stati manipolati o alterati è stata a lungo dibattuta nell'ambito del processo, fino a che la perizia c.d. 'Dalle Mese' (1997) l'ha definitivamente smentita.

ficata adducendo che la pizza non può essere estratta dall'elaboratore per motivi tecnici. Nella propria agenda il colonnello De Falco³⁴ annota l'episodio e chiosa: «quando ho consegnato il materiale richiesto alla magistratura ho trovato una formula ambigua per permettere all'Aeronautica di pensarci su»³⁵.

Gli episodi citati sono la spia dell'estensione degli effetti del monopolio – che investono, come dicevamo, le stesse premesse degli accertamenti tecnici – e dell'inconsapevolezza nella quale tali effetti si producono. L'autorità giudiziaria non coglie, non da subito almeno, le insidie annidate in quella profonda asimmetria cognitiva.

Quando in Commissione stragi si chiede conto al giudice istruttore³⁶ del perché si sia accorto con così grave ritardo dell'importanza di acquisire i nastri di Poggio Ballone (Grosseto) – un sito che sicuramente ha seguito il DC9 quando aveva attraversato la Toscana e probabilmente (seppur ai limiti di portata del dispositivo) anche al momento del disastro – egli risponde che aveva ricevuto rassicurazioni dall'Aeronautica circa il fatto che quella postazione radar non poteva vedere il tratto di cielo sopra Ustica ed era, quindi, del tutto irrilevante dal punto di vista probatorio³⁷.

Queste parole illuminano un aspetto meritevole d'attenzione. La condizione di 'impotenza' in cui versa il giudice quando ha a che fare con saperi tecnici esclusivi diventa particolarmente insidiosa quando la fonte ha una credibilità all'apparenza massima.

Il fatto che l'Aeronautica godesse di indubbio prestigio ha indotto l'autorità giudiziaria a fidarsi e omettere qualsiasi controllo. Anche là dove avrebbe potuto attivarne qualcuno. Come detto, infatti, le informazioni rispetto alle quali aveva *davvero* le mani legate, non potendole acquisire da altri se non dalla forza armata, sono solo quelle relative al funzionamento del sistema di difesa aerea. Per tutto il resto, l'istituzione

³⁴ All'epoca comandante del 2° Reparto dell'ITAV (Ispettorato delle Telecomunicazioni e Assistenza al volo).

³⁵ V. Tribunale di Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 79.

³⁶ Al dott. Bucarelli, giudice istruttore dal 1984 al 1990.

³⁷ Commissione stragi, X legislatura, 99ª seduta, 24 gennaio 1992, p. 539.

militare era la fonte privilegiata – ma non l'unica – di conoscenza³⁸.

A rinserrare quel monopolio, insomma, ha contribuito in certa misura l'atteggiamento della stessa magistratura, che per molto tempo ha fatto dell'Aeronautica l'unico referente per l'intera materia radaristica. Si trattava della soluzione più semplice, e all'apparenza senza rischi. Ma come osserva la Commissione stragi, è pericoloso «accettare “parole d'onore”», anche (e forse soprattutto) in casi del genere³⁹.

4. *Il punto di rottura*

Quando diventa chiaro che l'Aeronautica è 'parte in causa', lo scenario muta radicalmente, e così anche l'approccio dell'autorità giudiziaria. La forza armata passa dall'essere consulente di prestigio a potenziale depistatore e il giudice istruttore tenta di erodere il monopolio recuperando, per quanto possibile, le chiavi del controllo. I suoi sforzi sono incanalati soprattutto in due direzioni.

In primo luogo, tenuto conto dei rischi legati al fatto che molti degli esperti in materia radaristica vengono dallo stesso ambiente delle persone sottoposte a processo, egli presta particolare attenzione alla composizione dei collegi peritali, al fine di evitare possibili conflitti d'interesse e inquinamenti. Rimuove, dunque, i periti che intrattenevano (o avevano intrattenuto) relazioni e contatti 'compromettenti' con gli imputati⁴⁰.

Decide di affidare l'incarico, fra gli altri, a due esperti – un ingegnere aeronautico e uno studioso di analisi radar – provenienti da un Paese estraneo al Patto atlantico: la Svezia. La tesi che comincia a prendere corpo, infatti, è quella di un indi-

³⁸ V. *supra*, § 2.

³⁹ Commissione stragi, X legislatura, *Relazione dell'inchiesta condotta dalla commissione in ordine alle vicende connesse con il disastro aereo di Ustica*, cit., p. 99.

⁴⁰ V., in proposito, la parte della sentenza-ordinanza dedicata agli inquinamenti peritali. Tribunale di Roma, Ufficio Istruzione, cit., in particolare p. 2841 s.

cente che vede coinvolto un velivolo militare di un Paese alleato. In quest'ottica, la nazionalità dei tecnici rappresenta, in qualche misura, una patente di affidabilità (o meglio, di non inaffidabilità).

L'iniziativa riflette le difficoltà che caratterizzano una vicenda giudiziaria con caratura internazionale, che tocca interessi geopolitici sensibilissimi e intercetta alleanze (e forse) coperture trasversali. Il contesto in cui si muove il giudice istruttore è costellato di insidie e lo pone di fronte a scelte anomale, delicate, a volte estreme.

Ma non basta 'bonificare' i collegi peritali e, più in generale, dismettere l'atteggiamento supino nei confronti dell'istituzione militare; per costruire un sapere autonomo occorre superare le barriere che impediscono una conoscenza a tutto tondo dei dati tecnici indispensabili per l'accertamento. L'altro – decisivo – versante su cui si appuntano gli sforzi del giudice istruttore, pertanto, è quello relativo alla desecretazione dei manuali relativi al funzionamento del sistema di difesa integrato⁴¹. Egli sollecita l'autorità politica affinché, attivando gli opportuni canali diplomatici, faccia pressione sui competenti organi dell'Alleanza atlantica affinché siano rimosse le classifiche di segretezza relative alle specifiche del sistema NADGE. L'obiettivo è raggiunto nel 1996.

La collaborazione con il *Nato Programming Centre* di Bruxelles è intorno a quegli anni intensa, coltivata dall'autorità giudiziaria con l'obiettivo di ottenere l'«interpretazione autentica» di alcuni dati radar il cui significato rimaneva – pur a fronte di una mole considerevole di verifiche svolte – incerto. «Molti di quei dati» – riferisce Priore in Commissione stragi – erano stati analizzati dai periti fruendo «di un certo aiuto che veniva dall'Aeronautica militare»; un aiuto rispetto al quale erano «sorti dei dubbi»⁴².

Le iniziative messe in campo hanno un impatto significativo: consentono l'acquisizione delle informazioni necessarie a ricostruire lo 'scenario complesso' – fatto di molte tracce mili-

⁴¹ V. *supra*, § 3, nt. 25.

⁴² V. Commissione stragi, XIII legislatura, 7ª seduta, cit., p. 224.

tari non identificate – entro cui vola il DC9 la sera del 27 giugno 1970.

Eppure, l'impressione è che il circolo vizioso in cui l'inchiesta è rimasta impigliata non sia mai stato del tutto spezzato. Se la tesi è che la strage sia stata causata, probabilmente per errore, dal missile lanciato da un caccia di un Paese alleato, alcune risposte – o meglio alcune mancate risposte (una su tutte, l'identità dei caccia in volo quella sera) – da parte della Nato sembrano certificare il fatto che il monopolio e i relativi effetti sono stati sì attenuati – anzitutto perché se ne è preso coscienza, seppur con molto ritardo – ma che ad essi non si è mai potuto porre del tutto rimedio.

La circostanza che, dopo la riapertura, l'indagine per strage penda da anni senza concrete prospettive di sviluppo sembra essere un'ulteriore conferma in tal senso.

5. Una situazione dai risvolti vertiginosi

Dal quadro che abbiamo ricostruito, si stacca l'immagine di un'autorità giudiziaria alla rincorsa, sempre un passo indietro rispetto a una controparte irrimediabilmente più scaltra e veloce, la quale, esercitando di fatto un monopolio in ordine alle informazioni tecnico-scientifiche fondamentali per l'accertamento dei fatti, ricopre una posizione privilegiata nell'ambito della dinamica processuale, dalla quale è tecnicamente in grado di 'orientare' l'istruttoria.

Questo assetto anomalo si scarica sulla prova peritale, come abbiamo visto; ma non solo. Esso sembra avere una capacità distorsiva che trascende il settore degli accertamenti tecnici ed arriva ad assumere proporzioni abnormi.

Significative in tal senso le parole che, ancora una volta, Priore affida alla Commissione stragi: «emergono elementi, allo stato indiziari, di una verità che circola [...] a determinati livelli, ma non viene mai pubblicizzata, determinando quello che definisco il “il segreto di fatto”. Non esiste un segreto di Stato perché quando ho chiesto informazioni nessuno mi

ha mai opposto un segreto ufficiale, formale, su qualche documento; uso questa espressione impropria che non dovrei usare, ma si ha l'impressione che sussista un segreto di fatto del quale sono a conoscenza certi livelli, segreto che circola, si tramanda [...] di cui però non si parla»⁴³.

Una visione coincidente viene fornita all'organo bicamerale dal titolare dell'accusa: «la difficoltà maggiore incontrata per l'interpretazione dei dati radaristici [...] fu costituita da quella che noi abbiamo definito come l'opposizione "di fatto" del segreto»⁴⁴.

Quando il giudice istruttore e il pubblico ministero riferiscono in Commissione stragi, i limiti alla consultazione dei manuali e dei testi esplicativi del NADGE – derivanti, quelli sì, dall'opposizione formale di un vincolo di segretezza da parte della Forza armata italiana – sono venuti meno. Non esiste dunque, in quel momento, alcuna restrizione alla ricerca probatoria e all'accertamento dei fatti eccettuata da alcuna istituzione nazionale o internazionale. Gli inquirenti tuttavia intravedono l'ombra d'un segreto sotterraneo, implicito, che non si appalesa mai chiaramente, in qualche misura legato al monopolio delle conoscenze specialistiche coagulatosi intorno agli imputati.

L'ipotesi che emerge in controtela è la seguente: l'Aeronautica ha scelto – in sintonia con un'istituzione politica nazionale o internazionale rimasta indeterminata – di non rendere note le cause dell'abbattimento del DC9 per intuibili ragioni di tutela della sicurezza; l'ha fatto, tuttavia, in maniera coperta, senza prenderne la responsabilità, al di fuori delle regole del gioco democratico, avvalendosi del vantaggio cognitivo conferito dalla conoscenza esclusiva di informazioni tecniche essenziali per la ricostruzione delle cause della strage.

È, questa, una prospettiva inquietante che richiama alla mente le riflessioni di Norberto Bobbio intorno alle promesse mancate della democrazia. Nelle pagine in cui il filosofo ragio-

⁴³ Commissione stragi, XIII legislatura, 7^a seduta, cit., p. 243.

⁴⁴ Commissione stragi, XIII legislatura, 40^a seduta, 22 settembre 1998, p. 484.

na sul tema dei rapporti fra «potere invisibile» e Stato democratico, emergono inquietudine e preoccupazione per il pervasivo e minaccioso estendersi delle istanze tecnocratiche nella società contemporanea, per il moltiplicarsi dei campi dell'esperienza umana caratterizzati da saperi tecnici così complessi ed 'esclusivi' da creare distanze insuperabili tra il luogo (e i soggetti) della decisione e il pubblico che di quella decisione è al tempo stesso destinatario e controllore. Distanze che rendono intrinsecamente misteriose questioni rilevanti per la società civile semplicemente «per il divario incolmabile che separa l'esperto dall'indotto, il competente dall'incompetente, il laboratorio dello scienziato o del tecnico dalla piazza» e che rende il «tecnocrate» un moderno e involontario despota⁴⁵.

6. Conclusioni

Le considerazioni da ultimo svolte sospingono il discorso verso l'ultima parte di questo saggio, brevemente dedicata all'eredità che il 'caso Ustica' consegna allo studioso del processo penale.

La vicenda giudiziaria pone un tema e ne mostra i risvolti vertiginosi. Là dove c'è scienza esclusiva, c'è potere; un potere temibile, capace di sottrarsi alla lente dell'autorità giudiziaria e addirittura di aggirare il sistema di controlli, di pesi e contrappesi, che sorreggono e alimentano lo Stato di diritto.

Certo, quello relativo alla strage del DC9 Itavia è un *unicum* nel panorama processuale: la sinergia di fattori che si è verificata è probabilmente – e sperabilmente – irripetibile. Tuttavia, alcuni nodi giuridici, tratti fuori dalle circostanze del caso di specie, intercettano questioni rilevanti anche oggi. Soprattutto oggi, potremmo dire, dal momento che l'ombra del 'tecnocrate moderno despota' si allunga sulla società contemporanea in rapporto di proporzionalità diretta al diffondersi e all'intensificarsi delle istanze tecnologiche.

⁴⁵ N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in Id., *Il futuro della democrazia*, Torino, 2014, p. 98.

Si tratta di sviluppi che interessano – e non potrebbe essere diversamente – anche la dimensione giudiziaria. Se uno degli attori che calcano la scena processuale ha il monopolio di determinate informazioni di natura tecnico-scientifica, ciò determina un’alterazione delle dinamiche che governano l’accertamento penale. Con effetti che possono assumere dimensioni abnormi.

In questa prospettiva, in un Paese tristemente noto per un passato di scandali legati all’esercizio del potere in forme deviate e occulte, e in una fase storica in cui si moltiplicano a dismisura le sacche di scienza ‘esclusiva’, con implicazioni che ancora non si riesce bene a mettere a fuoco – pensiamo solo agli orizzonti dischiusi dall’impiego dell’intelligenza artificiale – Ustica rappresenta un monito a sorvegliare gli ingranaggi della macchina processuale che questa peculiare e molto contemporanea figura di despota potrebbe manomettere⁴⁶.

⁴⁶ Per un’analisi di questi scenari, volendo M. BIRAL, *Monopolio del sapere scientifico e processo penale*, cit., p. 29 ss.

MARIANNA BIRAL, Il caso Ustica: anatomia di un processo irripetibile

Il saggio ripercorre le principali tappe del processo di Ustica per mettere a fuoco quello che, secondo l'Autrice, costituisce il tratto più significativo: il possesso, in via esclusiva, delle cognizioni tecniche necessarie per l'accertamento dei fatti da parte degli imputati. Analizzando cause ed effetti di questa singolare dinamica nella vicenda giudiziaria considerata, si tenterà di allargare la prospettiva, per ricostruire l'impatto del fenomeno sugli equilibri del sistema.

Parole chiave: processo penale, prova scientifica, segreto di Stato.

MARIANNA BIRAL, The Ustica case: anatomy of a unique criminal proceedings

The essay recalls the main stages of the criminal proceedings on the Ustica plane crash with the aim of highlighting what, in the Author's view, is the most significant trait: the complete control of the technical knowledge essential for the ascertainment of criminal liabilities on the part of the defendants. By analyzing causes and effects of such peculiar dynamics within the considered criminal proceedings it will be made an attempt to broaden the perspective in order to grasp the impact of the phenomenon on the judicial system.

Key words: criminal proceedings, scientific evidence, State secrecy.

Monia Ciravegna

LA VIRULENZA DEI SIMBOLI E LA TERAPIA DELLA CANCEL CULTURE: DALLA STATUA DELLA VERGINE MARIA DI LA FLOTTE-EN-RÉ ALLE «CRUCES DE CAÍDOS»*

SOMMARIO: 1. I profili problematici della presenza dei simboli religiosi nello spazio pubblico comune. – 2. Il caso della statua della Vergine Maria di La Flotte-en-Ré (Francia). – 3. La Spagna e le richieste di abbattimento delle «cruces de caídos». – 4. I profili di connessione tra le richiamate vicende. – 5. Alcuni rilievi critici sull’approccio alla tematica della simbologia religiosa nello spazio pubblico. – 6. Un tentativo di soluzione.

1. *I profili problematici della presenza dei simboli religiosi nello spazio pubblico comune*

Nel contesto europeo sono ricorrenti simboli religiosi, per lo più cristiani, nello spazio pubblico: croci, statue, affreschi, iscrizioni che rimandano a testi sacri, adornanti edifici anche istituzionali. Il dato non sorprende se si guarda al fenomeno in prospettiva storica, considerando ad esempio – per non andare a rivangare tempi risalenti – il ruolo che la religione della maggioranza ha avuto nella formazione delle identità nazionali all’epoca della nascita degli Stati moderni. La simbologia religiosa veicola, infatti, un senso di appartenenza a una determinata concezione del mondo, delle sue origini e dell’esistenza dell’uomo, che ha concorso alla formazione delle identità nazionali nel contesto europeo, ma non solo.

La religione è stata certamente un fattore determinante della formazione della(e) cultura(e) europea(e), avendo concorso per lungo tempo a determinare le regole alla base della

* Contributo sottoposto a valutazione.

convivenza civile¹. Fintanto che la società era fortemente caratterizzata in senso religioso, la presenza nello spazio pubblico dei simboli della fede di maggioranza era d'uso comune, in quanto essi rappresentavano «il punto di confluenza tra credenza e cultura ed esprim[eva]no il senso della comunità collettiva dei valori e dei modelli assunti da una società»².

L'attuale configurazione delle società europee si caratterizza, tuttavia, per un assetto multiculturale, ove sono presenti molteplici etnie, culture, identità e religioni. La presenza di simboli religiosi di una specifica fede nello spazio pubblico diviene allora sgradita, se non anche ritenuta lesiva del diritto di libertà religiosa, per chi in quei simboli non si riconosce, ovvero inopportuna, se non inaccettabile, per coloro che declinano i principi di laicità e neutralità dello Stato³ nel senso di una necessaria assenza di riferimenti religiosi in luogo pubblico⁴. A ciò si aggiunga, poi, anche una strumentalizzazione da parte della politica della fede e dei suoi simboli, mostrati persino nei comizi elettorali quale vessillo di partiti, perlopiù populi-

¹ Come evidenzia L.P. VANNONI, *Introduzione*, in *I simboli religiosi nella società contemporanea*, a cura di A. NEGRI, G. RAGONE, M. TOSCANO, L. VANONI, Torino, 2022, p. XIX.

² E. VITALI, *Prefazione*, in *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO, Milano, 2006, p. VIII.

³ Proclamata nella maggior parte degli ordinamenti europei come principio supremo dell'ordinamento.

⁴ N. COLAIANNI, *Simboli religiosi e processo di mediazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 1 del 2014, interrogandosi se la laicità esiga la rimozione dei simboli religiosi storicamente preesistenti alla proclamazione del principio, riporta diversi esempi di conteste di questo tenore nel contesto europeo, ma anche statunitense, richiamando gli interessanti casi delle tavole raffiguranti i dieci comandamenti (U.S. Supreme Court, *Van Orden vs. Perry*, 545 U.S. 677 (2005); U.S. Supreme Court, *McCreary Country vs. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005)). Sulla questione dei simboli religiosi nel contesto statunitense si veda anche A. MADERA, «Pubblicizzazione» e «privatizzazione» dei simboli di appartenenza confessionale negli U.S.A.: ultimo baluardo della religione civile o ripensamento delle regole della neutralità?, in *Il diritto ecclesiastico*, CXXI, 2010, 1/2, p. 221 ss.

sti, che ha certamente contribuito ad alimentare le richieste di una loro messa al bando dallo spazio pubblico⁵.

L'Italia non si discosta da questa tendenza europea e le contestazioni in relazione alla presenza di simboli religiosi nello spazio pubblico non hanno riguardato solo il crocifisso affisso nelle aule scolastiche o giudiziarie, di cui tanto si è discusso anche in dottrina⁶. Un caso recente, seppur lo scontro sia rimasto a livello politico, ha visto protagonista la raffigurazione della Sacra Famiglia del reparto di Ostetricia e Ginecologia dell'Ospedale Civile di Venezia⁷, contestata da chi ve-

⁵ Per fare un esempio nazionale, è ormai celebre l'immagine di Matteo Salvini (Lega Nord), all'epoca Ministro dell'Interno, che in data 18 maggio 2019 dal palco della manifestazione di Piazza Duomo a Milano stringe tra le mani un rosario. Per un approfondimento sul tema dell'uso dei simboli religiosi come linguaggio pubblico delle politiche di identità si rinvia, *ex multis*, a S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2008, p. 9 ss.; A. MORELLI, A. PORCIELLO, *Verità, potere e simboli religiosi (Comunicazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su Problemi della laicità agli inizi del secolo XXI. Napoli, 26-27 ottobre 2007)*, in *www.forumcostituzionale.it*; e a S. FERRARI, *Individual Religious Freedom and National Security in Europe After September 11*, in *Brigham Young University Law Review*, 2004, 2, p. 357 ss.

⁶ Non essendo possibile una compiuta disamina in questa sede dell'argomento, si rinvia, oltre alla dottrina successiva alla pronuncia della Corte di Cassazione, SS.UU., n. 24414/2021 citata *infra*, *ex multis* a: M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Pisa, 2018, p. 238 ss.; P. ANNICCHINO, *Is the glass half empty or half full? Lautsi v Italy before the European Court of Human Rights, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoeChiese.it*), maggio 2010; N. COLAIANNI, *Il crocifisso in giro per l'Europa: da Roma a Strasburgo (e ritorno)*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 24, 2010, p. 1 ss.; M. RICCA, *Chi vuole il crocifisso? Domande semplici, democrazia interculturale, fede personale, in Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 1, p. 5 ss.; M. RUOTOLO, *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 3, p. 5251 ss.; J. PASQUALI CERIOLO, *Laicità dello Stato ed esposizione del crocifisso nelle strutture pubbliche, in I simboli religiose tra diritto e culture*, cit., p. 125 ss.; G. CASUSCELLI, *Il Crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e «regola della precauzione»*, in *olir.it*, luglio 2005, p. 6 ss.; *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici. Atti del Seminario* (Ferrara, 28 Maggio 2004), a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, 2004.

⁷ La notizia è reperibile in M. CORRADI, *Il caso. Davvero un'icona della Madonna è uno «schiaffo alla laicità dello Stato»? L'assurda polemica per la*

deva in quella presenza un attentato alla laicità dello Stato⁸, se non anche una violazione dei diritti delle donne che in quel luogo potrebbero recarsi per un'interruzione della gravidanza⁹. La presenza dell'icona era invece difesa da chi in quell'immagine, che peraltro è diffusa nello spazio pubblico nazionale, vede non solo un simbolo cristiano, ma la rappresentazione della natività, su cui oltre a fondarsi il cristianesimo stesso, si reggono i pilastri dell'accoglienza e della solidarietà che permeano la cultura italiana¹⁰.

Nel presente contributo¹¹ saranno messe in relazione alcune recenti pronunce nazionali francesi in argomento con le decisioni spagnole rese in merito ai simboli apologetici del franchismo, nel tentativo di proporre una diversa chiave di lettura delle contese sui simboli¹².

presenza di una sacra famiglia all'ospedale civile di Venezia, in *Avvenire.it*, 19 gennaio 2023.

⁸ In questo senso si era espressa la senatrice Elisa Pirro (Movimento 5stelle).

⁹ In questi termini argomentava la contestazione il Partito Democratico, sede locale di Venezia.

¹⁰ Così chiosa il quotidiano *Avvenire* (nota 7), negando in radice una lesione del principio di laicità dello Stato.

¹¹ Esula, invece, dal perimetro di indagine del presente lavoro il tema della esibizione personale dei simboli religiosi nello spazio pubblico, ossia il tema dell'abbigliamento religiosamente orientato e del porto dei simboli religiosi sul corpo.

¹² La dottrina, sia ecclesiasticistica sia costituzionalista, si è largamente occupata del tema dei simboli religiosi nello spazio pubblico; tra i tanti rilevanti contributi si richiamano: G. MACRÌ, *Mercificazione e strumentalizzazione dei simboli religiosi nello stato laico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 2 del 2020; A. LICASTRO, "A ognuno la sua croce". *Notazioni sparse in tema di ostensione istituzionale dei simboli cristiani nella sfera pubblica europea (con particolare riferimento all'art. 28 della legge francese di separazione)*, *ivi*, n. 1 del 2018; C. CARDIA, *Il simbolo religioso e culturale*, *ivi*, n. 23 del 2012; P. CAVANA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, *ivi*, n. 28 del 2012; S. FERRARI, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2012, 2, p. 317 ss.; *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO, Bologna, 2005; V. PACILLO, J. PASQUALI CERIOLO, *I simboli religiosi. Profili di diritto ecclesiastico italiano e comparato*, Torino, 2005.

2. Il caso della statua della Vergine Maria di La Flotte-en-Ré (Francia)

In questi primi mesi dell'anno 2023 il dibattito sulla «guerre des signes»¹³ in terra francese si è nuovamente acceso in seguito alla decisione della Corte amministrativa d'appello di Bordeaux di disporre la rimozione di una statua raffigurante la Vergine Maria dall'incrocio centrale delle vie della cittadina di La Flotte-en-Ré.

La statua in questione, come si evince dalla ricostruzione giudiziaria della vicenda, venne commissionata nel 1945 da una famiglia della cittadina quale ringraziamento per essere sopravvissuta ai combattimenti della seconda guerra mondiale. Dapprima collocata nel giardino privato della famiglia, nel 1983 fu poi donata al Comune, che l'aveva installata all'angolo tra avenue 8 mai 1945 e avenue des Vieux-Moulins, all'ingresso della cittadina, divenendone presto il simbolo. Nell'anno 2020 la scultura venne coinvolta in un incidente d'auto, risultandone gravemente danneggiata; l'amministrazione comunale ne aveva disposto la riparazione a proprie spese e la reinstallazione nell'originaria posizione, ma l'associazione 'La libre Pensée' si era opposta al provvedimento, chiedendo che, in ossequio al disposto della *Loi de séparation des Églises et de l'État* del 9 dicembre 1905¹⁴, fosse impedita l'installazione di un monumento a carattere religioso sul suolo pubblico.

¹³ Espressione coniata da X. DARCOS, *L'État et les Église. La question laïque*, Parigi, 2006.

¹⁴ Era invocato l'art. 28 della Legge del 1905, ai sensi del quale «Il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions». Nel testo legislativo, oggi ritenuto il baluardo della laicità francese, il termine «laïcité» tuttavia mai compare, come evidenziato in S. PINON, *Laïcité, que d'erreurs on commet en ton nom!*, in *Pouvoirs: Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 177, 2021, p. 143.

Della vicenda era interessato il Tribunale amministrativo di Poitiers¹⁵, cui l'associazione si era rivolta chiedendo che la statua in questione non fosse ricollocata nel luogo in cui si trovava da quasi quarant'anni, e confinata all'esterno del demanio pubblico. Il sindaco di La Flotte si era difeso in giudizio evidenziando il carattere storico-culturale dell'opera e la sua natura di monumento funerario o commemorativo, anche in ragione della menzione «vœux de guerre» apposta ai piedi della statua¹⁶. I giudici amministrativi di prima istanza hanno tuttavia evidenziato che la sola menzione citata non avesse il valore di far assimilare l'opera a un monumento funerario o commemorativo, rappresentando la statua un simbolo principalmente religioso e in quanto tale vietato nello spazio pubblico ai sensi dell'art. 28 della legge di separazione.

Nell'interpretare la norma che si ritiene violata, il Tribunale amministrativo di Poitiers richiama le pronunce del Consiglio di Stato del 9 novembre 2016¹⁷. In tale occasione i giudici amministrativi d'appello, nel pronunciarsi in merito alla legittimità dell'installazione dei presepi in occasione delle festività natalizie all'interno degli edifici istituzionali pubblici, avevano ammesso la possibilità che nello spazio pubblico fossero presenti simboli anche religiosi, purché presentassero un carattere culturale, artistico o festivo, e in ogni caso purché non esprimessero il riconoscimento di un culto o sottendes-

¹⁵ Tribunal Administratif de Poitiers, 3 marzo 2022, n. 2100952, in *poitiers.tribunal-administratif.fr*.

¹⁶ La difesa aveva affermato che «la statue qui comporte la mention *vœux de guerre* constitue un élément caractéristique de l'histoire nationale et du patrimoine communal».

¹⁷ Conseil d'État, Assemblée, 9 novembre 2016, n. 395223 (e in pari data n. 395122), in *legifrance.gouv.fr*. La pronuncia, unitamente alla gemella, riguardava la legittimità dell'installazione da parte di alcuni comuni e dipartimenti francesi nei propri locali di presepi in rapporto all'art. 28 della *Loi de séparation*. In tale occasione è stata fornita una prima interpretazione della norma. Per un approfondimento sul tema si rinvia nella dottrina italiana a D. FERRARI, *Natività e laicità: i presepi in Francia tra religione e secolarizzazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statochiese.it*), n. 17 del 2017.

ro una preferenza religiosa¹⁸. Al fine di stabilire se la presenza del simbolo faccia trasparire un'opzione di privilegio per una fede, occorrerebbe avere riguardo: a) al contesto dell'esposizione, che deve essere privo di ogni elemento di proselitismo; b) alle condizioni di tale insediamento, tenendo in considerazione l'esistenza o meno di usanze locali; c) al luogo dell'installazione, dovendo trattarsi in modo differente la questione a seconda che si tratti di una sede istituzionale (come la sede di un ente pubblico o di un pubblico servizio) ovvero di un altro luogo pubblico (come la pubblica via)¹⁹.

Avverso la pronuncia del Tribunale amministrativo di Poitiers era successivamente interposto appello innanzi alla Corte amministrativa d'appello di Bordeaux²⁰ ad opera dell'amministrazione comunale. Nel ricorso la municipalità si doleva del fatto che i giudici di prima istanza non avessero adeguatamente considerato il significato della statua nel suo complesso; l'appellante evidenziava infatti come l'opera sia costituita da due inscindibili parti: la scultura raffigurante la Vergine Maria, simbolo di carattere religioso, e il promontorio in pietra sul quale è ancorata, ove è applicata la scritta «vœux de guerre», privo di valenza religiosa. Vista nel suo complesso, dunque, a parere della municipalità l'opera avrebbe dovuto essere considerata un monumento funerario, in quanto tale ammesso in luogo pubblico dallo stesso art. 28 della Legge di separazione. Evidenziava poi come la stessa storia del monumento inducesse inequivocabilmente a escludere che con la sua esposizione si

¹⁸ Non sono mancate anche nel contesto nazionale simili contese alimentando il dibattito politico tra coloro nel presepe vedono un simbolo della cultura e delle tradizioni nazionali e chi, per contro, lo ritiene un atto irrispettoso delle culture 'altre'. Ne rappresenta un esempio la vicenda veneziana narrata in F. FULVI, *Il ministro. «Presepe e Crocifisso? Così a scuola si riflette»*, in *Avvenire.it*, 30 novembre 2018.

¹⁹ Nel solco di questa interpretazione il Consiglio di Stato francese aveva ritenuto contrario al principio di neutralità dello Stato l'installazione di un presepe in un edificio pubblico, ma consentiva analogo installazione sulla pubblica via, anche a cura di un soggetto pubblico, nel periodo natalizio, fermo, in ogni caso, il divieto di proselitismo.

²⁰ Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 gennaio 2023, n. 22BX01113, in *dalloz.fr*.

intendesse esprimere una preferenza nei riguardi di un culto da parte dell'amministrazione comunale²¹.

I giudici amministrativi di seconda istanza non mancarono di prendere posizione in merito alla considerazione dell'opera nel suo complesso, ma dopo aver brevemente premesso l'importanza della Vergine Maria per il cattolicesimo, evidenziano la sproporzione tra la statua e il promontorio sottostante, rimarcando come l'imponenza della rappresentazione del simbolo religioso rispetto all'esiguità del promontorio e della relativa scritta non potesse che far ritenere l'opera di carattere *prevalentemente religioso*. A tali considerazioni aggiunsero poi che il monumento, non essendo destinato alla commemorazione dei defunti, non poteva considerarsi monumento funerario²². La sentenza di primo grado era dunque confermata nel merito anche all'esito del giudizio di impugnazione, con conseguente conclusione per una rimozione dell'opera che, in quanto simbolo religioso, è stata ritenuta capace di attentare alla laicità dello Stato e dunque meritevole di essere 'cancellata' dallo spazio pubblico.

Casi come quello appena richiamato sono tutt'altro che nuovi nel contesto francese, apparendo anzi moltiplicarsi negli ultimi anni, caratterizzati da un proliferare di ricorsi promossi da associazioni a difesa della laicità ovvero ateiste. Guardando al recente passato, stessa sorte era toccata alla statua di San Michele Arcangelo rimossa dall'omonimo quartiere della cittadina di Les Sables d'Olonne²³, poiché ritenuta violare l'art. 28 della Legge di separazione. I giudici amministrativi erano stati irremovibili sul punto e a nulla è servito che il 94,5% dei cittadini si fosse espressa nella consultazione referendaria indetta a livello locale per il mantenimento della statua.

²¹ A tali doglianze si sommavano, poi, alcune considerazioni da parte dell'amministrazione volte a negare che il luogo di installazione dell'opera fosse effettivamente appartenente al demanio pubblico, che sono state respinte dai giudici amministrativi d'appello.

²² Per un approfondimento sullo specifico tema della regolamentazione dei monumenti funerari nel contesto francese si rinvia a C. DUPUIS, *Des monuments aux morts entre laïcité et ferveur religieuse: un patrimoine hors-la-loi?*, in *In Situ* (rivista telematica), n. 25, 2014.

²³ Cour administrative d'appel de Nantes, 4a camera, 16 settembre 2022, n. 22NT00333, in *dollaz.fr*.

3. *La Spagna e le richieste di abbattimento delle «cruces de caídos»*

Anche in Spagna, nell'ultimo ventennio, le amministrazioni locali sono state destinatarie di numerose richieste di rimozione di monumenti dal contesto pubblico, in particolare delle opere erette a commemorazione dei caduti. In questi casi, tuttavia, oggetto di contestazione era non già il valore religioso delle opere, ma la loro capacità di fungere da segni di esaltazione della guerra civile e della dittatura franchista, che le rendeva non idonee all'esposizione nello spazio pubblico per violazione dell'art. 15 della LMH (*Ley de Memoria Histórica*, n. 52/2007)²⁴.

Per quanto rileva in questa sede, molto interessanti sono le controversie insorte in merito alle «cruces de caídos» erette in ricordo dei caduti della guerra civile durante il periodo franchista²⁵. Esse hanno suscitato un acceso dibattito tra coloro che le vorrebbero rimosse dallo spazio pubblico in quanto ricadenti nel divieto dell'art. 15 della LMH e chi, per contro,

²⁴ L'art. 15 della LMH stabiliva infatti che: «1. Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura. Entre estas medidas podrá incluirse la retirada de subvenciones o ayudas públicas. 2. Lo previsto en el apartado anterior no será de aplicación cuando las menciones sean de estricto recuerdo privado, sin exaltación de los enfrentados, o cuando concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley. 3. El Gobierno colaborará con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales en la elaboración de un catálogo de vestigios relativos a la Guerra Civil y la Dictadura a los efectos previstos en el apartado anterior. 4. Las Administraciones públicas podrán retirar subvenciones o ayudas a los propietarios privados que no actúen del modo previsto en el apartado 1 de este artículo». La disposizione è stata oggi abrogata e sostituita dalla Legge n. 20/2022 ('Legge sulla Memoria Democratica'), che dispone della regolamentazione degli elementi contrari alla memoria democratica agli artt. 34 ss.

²⁵ Per una ricostruzione dettagliata dei casi spagnoli si rinvia a M. ALÉN-DA SALINAS, M. PINEDA MARCOS, *Política y religión: ¿Puede el símbolo religioso dejar de serlo por su uso apologético-franquista?*, in *Barataria, Revista Castellano-Manchega De Ciencias Sociales*, 24, 2018, p. 139 ss.

ritiene non siano altro che simboli religiosi, che ai piedi della croce latina riportano i nomi dei caduti.

In alcuni casi la vicenda è stata risolta, in via politica o giurisdizionale, 'depurando' i monumenti da quei motti, simboli o iscrizioni che esaltavano la guerra civile o la successiva dittatura²⁶, ma in altri casi il loro valore religioso è stato del tutto escluso, disponendone la rimozione in quanto simboli irrimediabilmente franchisti e, in quanto tali, antidemocratici²⁷.

Esaminando tali vicende la dottrina spagnola si è interrogata sulla capacità evocativa delle «cruces de caídos», domandandosi cosa percepisce chi osserva un'opera simile, se un simbolo della religiosità o del franchismo²⁸. In merito va premesso che i monumenti ai caduti eretti all'indomani della guerra civile spagnola hanno due scopi fondamentali: da un lato l'apologia della rivolta militare, della guerra civile e, in definitiva, del regime franchista; dall'altro la funzione confortante dei parenti delle vittime, attraverso l'attribuzione di un riconoscimento visivo, esplicito e pubblico ai caduti²⁹. Peraltro questi monumenti commemorativi non erano eretti su impulso del regime, ma per iniziativa del popolo sin dal 1936, dunque ben prima dell'emanazione del decreto del novembre 1938

²⁶ È il caso del monumento dei Caduti di Alicante, la cui iscrizione è stata riformulata per decisione del Sindaco nel 1987, sostituendola con una più generica dedica «a tutti gli uomini e le donne che sono morti in difesa dei propri ideali». In sede giurisdizionale ha concluso in tal senso il Juzgado de lo Contencioso Administrativo n. 1 de Cuenca, sentenze nn. 66 e 67 del 23 febbraio 2010 e n. 73 del 25 febbraio 2010 (Centro de Documentación Judicial Poder Judicial SJCA 149-150-151/2010) che ha risolto i contenziosi relativi alle *cruces* di Mota del Cuervo (Cuenca).

²⁷ In questo senso ha concluso il Juzgado de lo Contencioso Administrativo n. 1 de Elche, nella sentenza del 6 novembre 2017, n. 561 (in *iustel.com*), in relazione alla Cruz de Caídos de Callosa de Segura (Alicante). Secondo la Corte l'opera non era qualificabile come simbolo religioso in quanto, da un lato, non situata presso un luogo di culto e dall'altro, perché eretto per commemorare i caduti della fazione vincitrice durante la guerra civile spagnola. Nel caso di specie la Corte ha altresì escluso la possibilità di una 'depurazione' dell'opera, in quanto ritenuta intrinsecamente franchista.

²⁸ M. ALENDA SALINAS, M. PINEDA MARCOS, *Política y religión: ¿Puede el símbolo religioso dejar de serlo por su uso apologético-franquista?*, cit., p. 145.

²⁹ In tal senso P. FERNÁNDEZ AGUILAR, *Políticas de la Memoria y Memoria de la Política*, Madrid, 2008, p. 145.

che regolava le modalità per rendere omaggio ‘all’eroe nazionale’ e ai caduti in suo sostegno³⁰. Se è dunque vero che durante il regime franchista le croci sono state accostate a messaggi di apologia di regime, in una commistione tra politica e religione che ebbe il suo apice in quello che fu definito il nazional-cattolicesimo, non pare possano aver, per ciò solo, perso il loro significato religioso. Opinare diversamente significherebbe attribuire ai riferimenti franchisti un valore predominante rispetto al significato religioso e una forza tale da far decadere tale secondo senso.

Nelle pronunce amministrative che hanno risolto le vertenze inerenti le «cruces de caídos» è stato spesso invocato il criterio di attribuzione del significato dei simboli elaborato dalla Corte Costituzionale spagnola³¹ nel dirimere le controversie inerenti alla legittimità della presenza dei simboli religiosi nello spazio pubblico in rapporto al dettato costituzionale. Secondo i giudici costituzionali, al fine di valutare il valore di un simbolo è necessario avere riguardo alla percezione che di esso ha l'*osservatore nel tempo presente*. In quest’ottica, secondo la Corte, molti simboli religiosi in seguito al processo di secolarizzazione hanno assunto significato differente da quello che assumevano *ab origine*, da religiosi a culturali, ferma

³⁰ Decreto de la Jefatura del Estado de 16 novembre 1938 (BOE N° 140, de 7 novembre 1938, p. 2432), artt. 2 e 7.

³¹ Tribunal Constitucional de España, sentenza n. 34/2011 del 28 marzo 2011, in <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6816>. La Corte nel caso di specie era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dello statuto dell’Ordine degli Avvocati di Siviglia che all’art. 2, pur dichiarandosi un organo aconfessionale, proclamava come propria patrona, per tradizione secolare, la Beata Vergine Maria e il Mistero della sua Immacolata Concezione, in rapporto al disposto dell’art. 16 della Costituzione spagnola. Tale ultima disposizione prevede che: «1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». La Corte ha concluso per una non violazione.

restando la considerazione fideistica per chi in essi ancora si riconosce per comunanza di credo³².

Applicando detto principio alle vicende che ci occupano, i giudici amministrativi hanno spesso rimarcato come l'osservatore del tempo presente che osserva le «cruces de caídos» non veda in esse l'esaltazione del franchismo o della guerra civile, ma unicamente un riferimento religioso, unico significato sopravvissuto alla caduta del regime.

4. *I profili di connessione tra le richiamate vicende*

Le contese sui simboli sinora richiamate e insorte nel contesto francese e spagnolo, pur muovendo da un dato legislativo la cui *ratio* è profondamente diversa, presentano alcuni punti di convergenza.

In primo luogo in entrambi i casi l'autorità giudiziaria (amministrativa) si è trovata nella necessità, tutt'altro che semplice, di attribuire al simbolo conteso un *significato*, per valutarne la legittimità rispetto alle norme dell'ordinamento che ne regolano la presenza nello spazio pubblico. Una ricerca condotta dai giudicanti con lo scopo di attribuire ad esso un significato univoco, nonostante la sua – mai negata – natura polisemantica³³. Il significato così attribuito era poi giustifica-

³² Nel solco di questo principio, peraltro, la quasi totalità delle pronunce spagnole ha concluso per una legittimità della presenza dei simboli religiosi nello spazio pubblico, ritenendoli conformi all'ordinamento giuridico spagnolo e incapaci di attentare al principio di laicità e neutralità dello Stato rispetto al fattore religioso. Per una completa disamina di tale giurisprudenza si veda M. ALENDA SALINAS, M. PINEDA MARCOS, *El símbolo religioso en el Estado laico español*, Valencia, 2016, nonché A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La simbología religiosa en los espacios públicos: problemas generales y soluciones concretas en los Estados Europeos*, in *Inmigración y Derecho*, a cura di I.C. IGLESIAS CALNE, Valencia, 2006, p. 249 ss.

³³ In tal senso ad esempio Tribunal Constitucional de España, sentenza n. 34/2011 del 28 marzo 2011, in cui si afferma: «no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone [...] La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter

to all'occorrenza quale senso 'prevalente' del simbolo, attribuitogli dalla maggioranza, letto in ottica 'attuale', ovvero in accezione 'secolarizzata'.

In entrambi i casi, poi, l'operazione ermeneutica è stata condotta con la consapevolezza che alla prevalenza dell'un significato rispetto agli altri può conseguire l'eliminazione del simbolo dallo spazio pubblico, ossia la sua 'cancellazione'. Le disposizioni nazionali di entrambi i Paesi prevedono infatti la rimozione del simbolo qualora abbia valore religioso (in Francia) o apologetico franchista (Spagna). La contesa è quindi risolta, in entrambi i casi, con l'eliminazione dell'oggetto del contendere.

Un ulteriore aspetto che accomuna le vicende attiene allo spazio di esposizione dei simboli contesi; si tratta infatti di opere esposte non in spazi pubblici istituzionali (edifici sede dell'amministrazione pubblica, tribunali, ecc.), ma su spazi pubblici *tout court* o *comuni* (pubblica via, aree comuni)³⁴.

Da ultimo le richiamate vicende sono tutte originate da azioni intraprese da associazioni di pensiero e movimenti che non raccolgono il consenso della popolazione che con quei simboli quotidianamente convive. Anzi in alcuni casi queste associazioni hanno trovato la resistenza dei residenti, che a quei simboli avevano attribuito un mero valore identificativo del luogo di insorgenza, a prescindere da qualunque loro significato³⁵. Si tratta per lo più di battaglie identitarie, se non mere questioni di principio, che anche per i loro promotori perdono di significato una volta vinte³⁶.

polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa».

³⁴ Si richiama sul punto la distinzione proposta in S. FERRARI, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, cit., richiamando J. Habermans, e ripresa da F. COLOMBO, *Laicità e sovranità della Repubblica nel suo ordine simbolico: il caso del crocifisso nelle aule scolastiche*, in *I simboli religiosi nella società contemporanea*, cit., p. 101.

³⁵ Come nel caso francese, in cui la statua della Vergine Maria era divenuta il simbolo della cittadina.

³⁶ Come afferma M. RICCA, *Il tradimento delle immagini tra kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs competenza culturale nel modo del diritto*,

5. *Alcuni rilievi critici sull'approccio alla tematica della simbologia religiosa nello spazio pubblico*

Ebbene, è proprio su questi profili di convergenza che le richiamate vicende si prestano ad alcune critiche.

L'approccio metodologico che prende le mosse dall'attribuzione al simbolo di un univoco significato è certamente la principale. Il significato di un simbolo è infatti sempre filtrato dall'osservatore; nell'ambito artistico è considerazione diffusa che non c'è un solo modo di vedere le cose, ma tutto dipende da come le si guarda, e con riguardo alla simbologia, l'argomento non differisce. Se è vero che i simboli «esprimono in modo conciso e quasi dipingono l'intima natura della cosa», facendo risparmiare «la fatica del pensiero»³⁷, è altrettanto vero che ciò avviene per il tramite e l'intermediazione della mente umana, che applicherà al simbolo un significato che è l'insieme del proprio vissuto e delle proprie convinzioni. I simboli, dunque, non portano con sé un valore intrinseco predeterminato, se non quello relativo alla loro materialità (una mera croce, una qualunque statua), che è irrilevante ai fini giuridici, in quanto muto. Solo chi condivide un determinato retroterra culturale e sociale attribuisce al simbolo il medesimo significato.

La stessa tesi spagnola teorizzata dalla Corte Costituzionale che guarda all'*osservatore del tempo presente*, a ben vedere, non riconosce tanto al simbolo una capacità intrinseca di mutare di senso, ma, con una lettura per così dire pirandelliana³⁸ della problematica, ne moltiplica i significati in base all'occhio dell'osservatore: l'osservatore secolarizzato, l'osservatore credente, l'osservatore del tempo passato, l'osservatore presente, ecc.

in *E|C. Rivista dell'Associazione italiana di Studi semiotici* (www.ec-aiss.it), 21 maggio 2013.

³⁷ Il passo è ripreso da A. GALLUCCIO, *Da qualche parte fra pensiero e azione: Symbolic Speech e diritto penale*, in *I simboli religiosi nella società contemporanea*, cit., p. 151, e appartiene a Gottfried Wilhelm von Leibnitz (1678).

³⁸ Il riferimento è al romanzo di Luigi Pirandello, *Uno, nessuno e centomila*, pubblicato nel 1926.

Ci si chiede allora se questa operazione di ricerca di un significato univoco al simbolo abbia ancora ragion d'essere nelle odierne società multiculturali, ove si giunge a un frazionamento dell'ermeneutica del segno in una pluralità sempre più vasta di significati, che rende decisamente relativo il concetto di 'prevalente' o 'della maggioranza'.

Un altro profilo di contestazione attiene alla capacità di questi simboli di produrre, attraverso la loro mera presenza nello spazio pubblico, un'aggressione a beni giudici meritevoli di tutela. Ci si chiede infatti, con una metafora medica, se essi abbiano una carica virale tale da attentare al sistema immunitario dell'ordinamento civile e mettere in pericolo i principi di laicità e neutralità dello Stato, di libertà religiosa ovvero il principio democratico.

I simboli contestati nelle richiamate vicende erano simboli essenzialmente 'passivi'³⁹, privi di connotazione proselitistica o propagandistica, che non costringevano né forzavano un individuo a fare o non fare qualcosa, e non comportavano alcun coinvolgimento di chi si trovasse di fronte ad essi in una qualche attività. La percezione di simili simboli da parte di chi in essi non si riconosce può, pertanto, essere liquidata nei termini di un 'mero fastidio' o 'disaccordo sul piano culturale', per utilizzare le parole della recentemente pronuncia della Corte di Cassazione italiana in tema di crocifisso⁴⁰, incapace di determinare un concreto pregiudizio e come tale giuridicamente irrilevante poiché «non è in grado né di intaccare la sfera

³⁹ Come tale è stato ritenuto il crocifisso nella celebre pronuncia *Lautsi c. Italia* del 2011 (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 18 marzo 2011 - Ricorso n. 30814/06, in www.giustizia.it).

⁴⁰ Cassazione, SS. UU., sentenza 9 settembre 2021, n. 24414, in www.wikilabour.it/wp-content/uploads/2021/09/Cassazione_2021_24414.pdf, relativa all'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche. Per una compiuta disamina della pronuncia si rinvia *ex multis* a A. CESARINI, "Vecchie" questioni e nuovi strumenti: il crocifisso scolastico e il diritto antidiscriminatorio, in *I simboli religiosi nella società contemporanea*, cit., p. 79 ss.; M. TOSCANO, *Crocifisso nelle aule scolastiche, una fattispecie inedita al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2020, 3, p. 894; N. COLAIANNI, *Dal "crocifisso di Stato" al "crocifisso di classe" (nota a margine di Cass., SS. UU., 9 settembre 2021, n. 24414)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 17 del 2021.

delle sue convinzioni personali e delle sue opzioni [in materia religiosa o politica - *NdA*], né di pregiudicare la possibilità di esprimerle e di manifestarle»⁴¹.

Nei casi esaminati i simboli in contesa non avevano dunque la capacità di attentare ai beni giuridici che le leggi invocate per decretarne la rimozione mirano a tutelare: la statua francese della Vergine Maria non aveva forza tale da attentare alla laicità dello Stato⁴² ovvero da comprimere la libertà religiosa di coloro che in essa non si riconoscono, e del pari le «*crucés de caídos*» non esaltavano il franchismo ovvero si ponevano a detrimento del principio democratico. In termini differenti si atterrebbe, per contro, la questione se l'esposizione del simbolo fosse avvenuta in un luogo pubblico istituzionale⁴³: in questo caso la legittimità della presenza ha maglie maggiormente stringenti, in quanto, sebbene non implichi di per sé una scelta di avallo o sostegno da parte di una fede o di un'ideologia, ne pone in dubbio la neutralità e potrebbe legittimamente indurre a ritenere che lo Stato eserciti la funzione pubblica nel segno di quella religione o di quell'ideologia.

6. *Un tentativo di soluzione*

Come risolvere allora i conflitti sui simboli religiosi nello spazio pubblico?

Una soluzione è suggerita da Germano Maifreda, riprendendo il motto di Aby Warburg⁴⁴, e consiste nel «*Das Wort zum*

⁴¹ Cassazione, SS. UU., sentenza 9 settembre 2021, n. 24414, § 28.3.

⁴² E ciò a prescindere dal significato, non univoco nei Paesi di riferimento, che alla laicità si intende attribuire. Per un'interpretazione del concetto di laicità nella dottrina francese si rinvia a S. PINON, *Laïcité, que d'erreurs on commet en ton nom!*, cit., p. 143.

⁴³ Per un approfondimento sui diversi profili problematici della simbologia religiosa nello spazio privato e pubblico, e all'interno di questa seconda categoria tra spazio pubblico istituzionale o funzionale e spazio pubblico urbano o comune, si rinvia a N. COLAIANNI, *Simboli religiosi e processo di mediazione*, cit., p. 2 ss.

⁴⁴ Studioso tedesco il cui motto è stato tramandato da Ernst H. Gombrich. Per un approfondimento si rinvia a E.H. GOMBRICH, *Immagini e parole*, a cura

Bild: Unire la parola all'immagine»⁴⁵. Il motto suggerisce di rifuggire alla tentazione di guardare l'immagine – nel nostro caso il simbolo – con la velocità dell'occhio, accostando all'osservazione la descrizione delle parole. Questa operazione indurrebbe l'osservatore a uno sforzo di comprensione del significato profondo del simbolo, andando a ricercare le ragioni della sua produzione e il contesto di formazione, evitando così fraintendimenti. L'Autore afferma sul punto che «ogni espressione culturale [propria di ciascun simbolo - *NdA*] racchiude più di un significato, ma individuarne il contesto permette di comprenderla meglio di quanto non possa fare il mero gradimento estetico istintivo. Che a sua volta è esposto ad associazioni inconsapevoli, riferimenti sottaciuti, assonanze retrospettive non difficili da orientare e manipolare nella cornice dei rapporti di forza storicamente consolidati»⁴⁶.

Volendo applicare la soluzione prospettata alla vicenda che ha interessato la statua della Vergine Maria di La Flotte-en-Ré citato in apertura, parrebbe che il significato dell'opera sia stato rinvenuto con riguardo solo all'immagine, a quanto l'occhio può percepire. Unire la parola all'immagine avrebbe significato indagare le ragioni storiche che hanno portato la famiglia che ha donato l'opera all'amministrazione comunale a commissionare la statua, contestualizzando l'ambito storico-nazionale di riferimento, il valore che l'opera aveva assunto nel tempo della sua installazione sulla pubblica via, divenendo simbolo della cittadina, e, perché no, il valore artistico dell'opera. Una pagina di storia a cielo aperto si potrebbe dire, che induce l'osservatore a interrogarsi sul significato di quell'opera per chi l'aveva eretta, che con molta probabilità non coinciderà con il senso che a prima vista l'osservatore stesso gli avrebbe attribuito o con quello che gli attribuiranno coloro che incorreranno in essa dopo di lui.

di L. BIASORI, Roma, 2019.

⁴⁵ G. MAIFREDA, *Immagini contese. Storia politica delle figure dal Rinascimento alla cancel culture*, Milano, 2022, p. 127 ss.

⁴⁶ G. MAIFREDA, *Immagini contese. Storia politica delle figure dal Rinascimento alla cancel culture*, cit., p. 129.

Se i simboli presenti nello spazio pubblico sono decontestualizzati dal momento storico della loro formazione e sono valutati con lo sguardo fugace dell'occhio della società contemporanea, si rischia di individuarne solo il disvalore. Adottare la terapia della *cancel culture*⁴⁷ sottoponendo a censura tutti i simboli in cui oggi la maggioranza non si riconosce più, non solo è inutile e impraticabile, ma porta a un percorso di infinita distruzione. Così la pretesa, ad esempio, delle associazioni laiche di eliminare i simboli religiosi che nel tempo hanno popolato lo spazio pubblico, rischia di produrre conseguenze senza confini spazio-temporali: priva la società contemporanea di un'ottima occasione di comprensione, priva gli antenati della

⁴⁷ L'espressione utilizzata rinvia al fenomeno nato negli Stati Uniti come movimento di revisione radicale del passato schiavista del Paese, in forza del quale erano 'abbattute' le statue degli schiavisti, per poi dispiegare una certa forza ideologica anche in altre questioni che riguardano le battaglie delle minoranze. Non essendo possibile in questa sede un compiuto esame del fenomeno, si rinvia all'importante contributo offerto dall'antropologo culturale F. DEI, *La cancel culture come subcultura politica*, in *Psiche. Rivista di cultura psicoanalitica*, 2021, 2, p. 493 ss., del quale pare utile riportare uno stralcio di un'intervista rilasciata a *Spiweb* (www.spiweb.it/la-ricerca/parliamo-di-censura-con-fabio-dei) ove riassume il concetto *cancel culture* nei seguenti termini: «Tra Ottocento e Novecento, nelle società occidentali è lo Stato-nazione che ha avuto un ruolo determinante e quasi monopolistico nel costruire [...] [la memoria culturale - *NdA*]. Negli ultimi decenni, però, [...] il ruolo dello Stato si è indebolito [...] e altri soggetti collettivi della società civile si sono affacciati sull'arena memoriale, dando spesso luogo a "conflitti" o "frizioni" [...] Si è in particolare sviluppato quello che è stato chiamato un "paradigma vittimario": rivendicare per il proprio gruppo sociale (o etnico, politico, etc.) un passato di oppressione e di violenze subite [...] la cosiddetta *cancel culture* è un'articolazione specifica delle politiche della memoria che si pone al culmine di questo processo [...] Gruppi sociali, di genere, etniche [...] si identificano in termini di minoranze marginalizzate e caratterizzate da un passato di ingiustizia e discriminazione [e la loro - *NdA*] lotta sociale utilizza [...] la strategia simbolica della distruzione dei simboli di quel passato razzista, maschilista, omofobo [ecc. - *NdA*] [...] La distruzione dei monumenti degli "oppressori" è il passo più evidente [...] una specie di caccia ai simboli anche più nascosti e inconsapevoli di quel "cattivo potere" che non di rado sconfigge in una forma di ossessivo panico morale». Questa 'estremizzazione' del politicamente corretto non mira tanto a incentivare modalità di espressione che non offendono gli altri, ma giunge sino a domandare la rivisitazione di quelle testimonianze del passato, in qualunque forma si presentino (simbolica, testuale, figurata), che possono rievocare fatti o ideologie oggi biasimati.

possibilità di raccontare loro stessi, nega ai posteri l'opportunità di leggere la storia attraverso di essi.

Maifreda chiude il proprio volume affermando che «parlare delle immagini nell'epoca delle immagini non è solo una chiave per accedere alla storia, ma anche una necessità storica. Esprimere lo sforzo di osservare la realtà dal punto di vista dell'altro, anche quando appare ingannevolmente unica»⁴⁸. E questo sforzo – credo – debba essere stimolato nella società contemporanea proprio a partire dallo spazio pubblico comune, che ha intrinsecamente natura plurale e in cui devono poter convivere simboli, culture e identità diverse, così inducendo l'osservatore a porsi dal punto di vista dell'altro per comprenderne le ragioni, in luogo di una pretesa di eliminazione di ciò che non è universalmente condiviso⁴⁹. Solo così sarà possibile aprire le porte a una società davvero multiculturale, individuando nella tolleranza e nel rispetto delle idee del prossimo quel nuovo *commitment* che Charles Taylor⁵⁰ ritiene necessario affinché un popolo agisca coeso e fondi un nuovo senso comune di appartenenza.

⁴⁸ G. MAIFREDA, *Immagini contese. Storia politica delle figure dal Rinascimento alla cancel culture*, cit., p. 130.

⁴⁹ In quest'ottica credo possa leggersi M. PARISI, *Laicità e gestione delle differenze nella democrazia costituzionale*, in *Diritto e religioni*, 2019, 1, pp. 69-70, quando evidenzia come all'interno di uno spazio pubblico sempre più complesso in ragione della sua composizione plurale, un'adeguata attuazione del principio di laicità debba portare a nuovi paradigmi performativi (anche giuridici), che possano permettergli di 'prosperare' come 'metodo' e non solo come valore.

⁵⁰ Il riferimento è a C. TAYLOR, *Contro il mito dell'illuminismo*, in *Micro-mega*, 2013, 1, p. 27, richiamato da L.P. VANNONI, *Introduzione*, cit., p. XIX.

MONIA CIRAVEGNA, La virulenza dei simboli religiosi e la terapia della *cancel culture*: dalla statua della Vergine Maria di La Flotte-en-Ré alle «cruces de caídos»

La presenza dei simboli religiosi, generalmente cristiani, nello spazio pubblico è frequente nel contesto europeo; il dato non sorprende se si considera il ruolo che la religione della maggioranza ha avuto nella formazione delle identità nazionali all'epoca della nascita degli Stati moderni. L'attuale configurazione delle società europee si caratterizza, tuttavia, per un assetto multiculturale e la presenza di simboli religiosi di una specifica fede nello spazio pubblico è divenuta problematica, dando origine a quella che i francesi hanno denominato la «*guerre des signes*». Nel presente contributo sono messe in relazione alcune recenti pronunce nazionali francesi in argomento con le decisioni spagnole rese in relazione ai simboli apologetici del franchismo, nel tentativo di proporre una diversa chiave di lettura delle contese sui simboli.

Parole chiave: simbologia religiosa, *cruces de caídos*, laicità, spazio pubblico.

MONIA CIRAVEGNA, The symbols virulence and cancel culture therapy: from the statue of the Virgin Mary of La Flotte-en-Ré to the «cruces de caídos»

The presence of religious symbols, usually Christian, in public spaces is frequent in Europe; this is not surprising if we consider the role that the religion of the majority played in the construction of national identities at the time of the birth of modern states. The actual configuration of European societies has, however, a multicultural structure and the presence of religious symbols of a specific faith in the public space has become problematic, giving rise to what the French have called the «*guerre des signes*». In this paper, some recent French national rulings on the subject are related to the Spanish decisions made in relation to the apologetic symbols of Francoism, in an attempt to propose a different key to interpreting the disputes over the symbols.

Key words: religious symbolism, *cruces de caídos*, secularism, public space.

Francesco Salvatore Rea

«... *DONEC CONTRARIUM PROBETUR*». LA FIGURA DELL'INDAGATO NELLA *INVESTIGATIO PRÆVIA* TRA ESIGENZE DI ACCERTAMENTO E GARANZIE DI DIFESA*

SOMMARIO: 1. Diritto penale canonico e modernità giuridica: un cambio di passo che nasce 'dalle tenebre'. – 2. *Investigatio præviva* e presunzione di innocenza. – 3. Gli effetti di una presunzione di innocenza precaria: l'indagato e i rapporti 'di forza' con l'autorità procedente. – 4. *Vulnera ex parte 'rei'*. Il coinvolgimento dell'indagato quale prospettiva deontica di una fase pre-processuale garantista. – 5. *Drafts* operativi a partire dalle garanzie dell'indagato: tra 'sidentalità giuridicamente applicata', normativa italiana e linee guida europee.

1. *Diritto penale canonico e modernità giuridica: un cambio di passo che nasce 'dalle tenebre'*

La coltre di segretezza e nebulosità che, recentemente, ha avvolto la Chiesa cattolica in relazione agli scandali sessuali e agli abusi perpetrati al suo interno ha costituito quello che autorevole dottrina ha definito «l'enzima propulsore del moto riformatore decollato, negli ultimi vent'anni, nel diritto penale canonico; il quale si era rivelato esanime, del tutto inetto ad affrontare, nelle sue mostruose dimensioni, tale calamità»¹, inducendo a riflettere, prima ancora che sulla credibilità della Chiesa come istituzione e dei vescovi come pastori del popolo di Dio, su alcune caratteristiche del suo sistema giuridico, in risposta alle sollecitazioni provenienti anche da ambienti

* Contributo sottoposto a valutazione.

Il presente contributo riproduce, in forma ampliata e con l'inserimento dell'apparato bibliografico, la relazione tenuta in occasione del Convegno intitolato *Pluralismo confessionale e dinamiche interculturali: le best practices per una società inclusiva*, svoltosi in data 24 giugno 2022 presso l'Università "Giustino Fortunato" di Benevento.

¹ Così si esprime G. BONI, *Il Libro VI De sanctionibus poenalibus* in Ecclesia: novità e qualche spigolatura critica, in *Stato, Chiesa e Pluralismo Confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2022, 11, p. 80.

secolari circa la sua effettiva capacità di fornire risposte adeguate agli scellerati episodi verificatisi nei confronti dei soggetti più vulnerabili.

L'esigenza di comminare pene adeguate in risposta alla commissione di illeciti viene a scontrarsi con la parimenti rilevante necessità di assicurare il rispetto dei crismi di un giusto processo², ponendo sullo stesso piano le vittime e i soggetti indagati e presunti innocenti fino al momento della decisione, in ossequio a quei principi di civiltà giuridica di cui non può non farsi latore anche il diritto canonico e che nel campo penale si fanno ancor più stringenti. La dicotomia soggettiva *de qua* sembra, soltanto *prima facie*, incongruente giacché la tutela nei confronti della persona umana costituisce il primo valore da proteggere in sede processuale, che non si pone in contrasto, bensì corrobora l'esigenza altrettanto rilevante dell'accertamento razionale dei fatti di causa³. Ma siffatte istanze si trovano anche ad interfacciarsi con la sempre più frequente tendenza alla spettacolarizzazione mediatica dei processi penali, sottratti ormai a cadenza regolare al loro luogo idoneo di

² Secondo G. DALLA TORRE, *Qualche riflessione su processo canonico e principio del "giusto processo"*, in *Iustitia et Iudicium*. *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, vol. III, a cura di J. KOWAL, J. LLOBELL, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, p. 1295, «il processo o è giusto o processo non è, concretandosi in sostanza in una sequela di atti che si sono discostati più o meno ampiamente dalle regole poste».

³ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Introduzione al processo canonico*, in *Il processo penale canonico*, a cura di Z. SUCHECKI, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2003, pp. 25-26: «Il lavoro di ricostruzione della verità è fondato nell'attività probatoria, ed il principio di legalità delle forme è orientato a garantire che nella suddetta attività siano rispettati il contraddittorio, il diritto di difesa, l'uguaglianza di opportunità tra le parti, così come l'indipendenza e l'imparzialità del giudice. Il formalismo processuale si rapporta alla certezza che il diritto deve offrire ai destinatari delle norme e si caratterizza dall'incontrovertibilità dei comportamenti da seguire da parte dei protagonisti del processo. ... L'accertamento razionale dei fatti, in questa prospettiva della razionalità dialogica, risulta meno esposto alla distorsione individuale se la ricostruzione dei medesimi è condivisa e riferita in modo ragionevolmente concorde da parte dei diretti interessati». In argomento, cfr. anche R. POLI, *Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 2, pp. 515-547.

svolgimento per essere celebrati in pubblica piazza da parte dei *media* – i quali si autoattribuiscono «una forma di impropria supplenza giudiziaria nella ormai dilagante *fight against impunity*»⁴ – e, non raramente, concludendosi con rapsodici giudizi di condanna *coram populo* in spregio al principio di presunzione di non colpevolezza⁵, esercitando devastanti impatti sulla buona fama dei soggetti coinvolti⁶.

⁴ Così V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 13.

⁵ Sottolinea G. BONI, *La recente attività normativa ecclesiale: finis terrae per lo ius canonicum? Per una valorizzazione del ruolo del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa*, Mucchi Editore, Modena, 2021, p. 133, come sussista il rischio che la certezza del diritto «venga immolata sull'altare della ricerca demagogica di un consenso pubblico immediato ma irriflesso perché inconsapevole o incurante dei tragici corollari», dando luogo ad una sorta di «giustizia sommaria ... sovente inemendabilmente infamante, che avvia 'procedure *ad experimentum*' solo per fronteggiare le bellicose accuse circa indulgenze e misfatti progressivi». Secondo G. GIOSTRA, (voce) *Processo mediatico*, in *Enc. dir. Annali*, vol. X, Giuffrè, Milano, 2017, p. 652, «non sfugge ... la forza corruttiva che il processo mediatico può esercitare sulle fisiologiche dinamiche del processo giurisdizionale, determinando un tralignamento funzionale dei suoi istituti con conseguente compromissione della loro idoneità a perseguire nel più efficace dei modi il raggiungimento della verità». In argomento cfr. V. VASTA, *Presunzione di innocenza e pubblicità extraprocessuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2, p. 1061 ss.; R. DUBÉ, M. GARCIA, *L'opinione pubblica come fondamento del diritto di punire: frammenti di una nuova teoria della pena*, in *Criminalia*, 2018, 2, p. 537 ss.; G. SPANGHER, *Verità, verità processuale, verità mediatica, verità politica*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 4, p. 806 ss.

⁶ Evidenzia V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, cit., pp. 10-11: «Da un lato ... la rappresentazione mediatica della giustizia solo a uno sguardo *naïf* può apparire unicamente votata a garantire esigenze informative, essendo uno specchio che per gran parte deforma la realtà, curvandola alla tirannia dell'*audience* e alla massimizzazione degli indici di ascolto. Dall'altro una tale meta-narrazione produce effetti perversi sui diritti fondamentali dei soggetti coinvolti e sulla giustizia reale: effetti tanto subdoli quanto trascurati, e purtuttavia immediatamente percepibili nella microsociologia del processo e nella singola, concreta vicenda che ne è oggetto, quando il "sacro cerchio" dell'aula giudiziaria – e il libero convincimento di chi deve giudicare – vengono surrettiziamente contaminati dai *bias* generati nell'attrito con l'aula mediatica. Non è colpita solo la garanzia della presunzione di innocenza, chiaramente negletta nel "processo parallelo" celebrato sui *media* che presenta l'indagato come un "colpevole in attesa di giudizio", assoggettandolo a un'immediata degradazione pubblica e avviandolo a un'irrefrenabile catàbasi personale e professionale, e

Le decise levate di scudi da parte dei Pontefici circa i crimini commessi da chierici e religiosi⁷ e – in via parallela – circa le condotte omissive da parte di soggetti rivestiti di autorità i quali avrebbero dovuto vigilare adottando opportuni provvedimenti disciplinari⁸ non paiono, se non da un punto di vista etico, sufficienti a scardinare quell’alone di mistero che circonda un settore così delicato come quello del processo penale, all’interno del quale la poca trasparenza e la flebile incisività dell’apparato sanzionatorio sembrano, ormai, costituire un *leitmotiv* da parte degli accusatori seriali della Chiesa, oltre che prestare il fianco a serrate critiche afferenti allo scarso mordente giuridico delle disposizioni di riferimento. Non è di ausilio, da questo punto di vista, la natura *sui generis* dell’ordinamento giuridico canonico al cui interno convivono – non sempre separate da chiare linee di confine – le nozioni di peccato e delitto⁹, conseguentemente dando luogo a tignose e sofisticate sovrapposizioni tra foro esterno ed interno, con innegabili ripercussioni anche in punto di relazioni con i sistemi giuridici secolari propri degli ordinamenti nei quali la Chiesa cattolica si trova ad operare.

così imponendogli – con lo “splendore del supplizio mediatico” – una liquidazione anticipata del proprio capitale reputazionale che non sarà mai risarcita. Sono coinvolti e travolti molti altri principi e garanzie fondamentali, e il volto stesso del diritto penale costituzionale – al contatto con l’iperbole mediatica – risulta profondamente alterato, mutilato, se non definitivamente congedato».

⁷ Cfr. FRANCISCUS PP., *Discorso alla Curia Romana*, 21 dicembre 2018, in *L’Osservatore Romano*, 22 dicembre 2018, p. 5, il quale avverte che «i peccati e i crimini dei consacrati si colorano di tinte ancora più fosche di infedeltà, di vergogna e deformano il volto della Chiesa minando la sua credibilità». In argomento cfr. S.A. EUART, *Clergy Sexual Abuse Crisis: Reflections on Restoring the Credibility of Church Leadership*, in *The Jurist*, 2003, p. 125 ss.

⁸ Cfr. BENEDICTUS PP. XVI, *Lettera ai cattolici d’Irlanda*, in A.A.S., 2010, pp. 211-212, il quale rammenta quella «tendenza, dettata da retta intenzione ma errata, ad evitare approcci penali nei confronti di situazioni canoniche irregolari ... e una preoccupazione fuori luogo per il buon nome della Chiesa e per evitare gli scandali, che hanno portato come risultato alla mancata applicazione delle pene canoniche in vigore e alla mancata tutela della dignità di ogni persona».

⁹ In argomento cfr., diffusamente, P. ERDŐ, *Il peccato e il delitto. La relazione tra due concetti fondamentali alla luce del diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2014.

La questione non sembra facilitata neppure dalla presenza di una serie di articolate problematiche relative al rispetto del diritto di difesa e alla terzietà e imparzialità del giudice; questioni, le suddette, calate necessariamente nella peculiarità di un sistema giuridico che non conosce il principio della separazione dei poteri bensì abbraccia il criterio della distinzione delle funzioni, scaturente a sua volta dall'unicità della potestà nella Chiesa¹⁰ e direzionate secondo logiche che trascendono la mera contrapposizione individuale di rivendicazioni soggettive ma che, per ciò solo, non possono tramutarsi in punti vulnerabili in materia di tutela dei diritti delle parti processuali¹¹.

¹⁰ Cfr. SYNODUS EPISCOPORUM, *Principia quæ Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, 7 ottobre 1967, in *Communicationes*, 1969, p. 87, ove al Principio 6, §2, si afferma: «Sane potestas una est eaque residet in Superiore sive inferiore, nempe in Romano Pontifice et in Episcopis diocesis, in respectivo ambitu completa. Quod unicuique, pro communitatis sibi assignatæ, servitio tota competat, unitatem firmat potestatis, eamque pro pastorali cura subditorum admodum conferre nemo dubitabit». Cfr. C. CARDIA, *La Chiesa tra storia e diritto*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 192: «... il principio costituzionale che presiede al governo ecclesiastico è un principio di unità organica dei poteri, che possono essere distinti ed esaminati funzionalmente, per ragione di materia, ma non soggettivamente in relazione al soggetto titolare, il quale è unico, nella Chiesa universale e in quella particolare». Sul punto, cfr. J. BEYER, *Teologia e diritto nella "potestas sacra" della Chiesa*, in *Teologia e diritto canonico*, a cura di ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1987, p. 67 ss.; A.M. STICKLER, *La "potestas regiminis": visione teologica*, in *Apollinaris*, 1983, 1-2, p. 402 ss.

¹¹ Cfr. A. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa. Le basi dei loro statuti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 56: «Può darsi, ed è un fatto certo che storicamente si è dato e si dà, che i titolari del potere pubblico disconoscano in qualche caso i diritti dei fedeli ... Tale protezione esige evidentemente una garanzia legale che presenta tre aspetti: 1) Dichiarazione espressa dei diritti dei fedeli ... 2) I corrispondenti procedimenti legali di richiesta degli atti giurisdizionali, il ricorso amministrativo, l'azione giudiziaria e, in questa, la via contenzioso-amministrativa. 3) La distinzione di funzioni nell'esercizio della potestà ... Tale mezzo prudenziale ... oggi è ammesso da tutti i giuristi come via necessaria per la protezione dei diritti. Quante volte non si abbia tale distinzione, non vi è – come testimoniano la storia e l'esperienza – un'adeguata cautela per l'efficace protezione dei diritti. Pretendere diversamente, rifugiandosi in artifici dialettici quali "le caratteristiche peculiari dell'ordinamento canonico", significherebbe perpetuare un equivoco».

Se le summenzionate complessità sembrano accompagnare da tempo immemore ogni tentativo di approccio giuridicamente fondato al diritto processuale canonico – e in particolare al ridottissimo settore del processo penale – le questioni si amplificano allorquando si focalizzi l'attenzione sulla fase eminentemente procedimentale, *rectius* quella della *investigatio praevia* che precede l'instaurazione vera e propria del processo¹². Si tratta, a ben vedere, del momento genetico della costruzione accusatoria, in quanto è in tale sede che prendono forma gli elementi idonei a costituire – in seguito alla metamorfosi in prove assunte nel contraddittorio tra le parti –, nella fase del giudizio, l'impianto sul quale il giudice sarà chiamato ad emettere sentenza dopo aver raggiunto la certezza morale¹³.

Posto che uno dei parametri di misurazione del livello di civiltà giuridica di un ordinamento è l'attenzione da esso riservata ai soggetti che, in qualche modo, rivestono una posizione di inferiorità rispetto ad altri o rispetto ad una specifica situazione processuale, nel caso del diritto processuale penale – sia della Chiesa cattolica che di qualunque altro ordinamento – si sarebbe portati a ritenere che tale qualifica debba essere assunta dal soggetto leso dalla commissione di un illecito. Ciò, in linea tendenziale, risponde al vero; nondimeno, nel segmento temporale che qui interessa, la finalità primaria di edificare l'apparato indiziario diretto a sostenere l'accusa in giudizio pone in essere l'esigenza di apprestare un delicato equilibrio con quel *corpus* di garanzie a tutela dell'indagato, che si sublima in due cardini fondamentali: la presunzio-

¹² Cfr. V. GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 3, p. 735, il quale spiega come, con il termine "procedimento", debba intendersi «l'intero arco procedurale, compreso tra l'avvio delle indagini preliminari e la formazione del giudicato, a parte le eventuali vicende della fase esecutiva ...».

¹³ Cfr. D.G. ASTIGUETA, *La certezza morale nella decisione penale*, in *Ius Ecclesiae*, 2022, 1, pp. 93-109.

ne di innocenza¹⁴ e il suo diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento¹⁵.

Il diritto penale canonico – sostanziale e processuale –, come è stato di recente amaramente constatato, «che pure ha il merito storico e comunemente riconosciuto di aver apportato agli ordinamenti penali statuali un contributo di indubbio valore morale e di umanizzazione dei sistemi penali del passato, oggi patisce un grave ritardo di civiltà e non di rado sconfessa nella pratica forense ciò che proclama solennemente in linea di principio»¹⁶. Un tale *deficit* viene, del tutto improvvidamente, edulcorato attraverso l'appello alla «specificità ordinamentale, dovuta all'origine e ai fini che persegue il diritto della Chiesa e che non sono assimilabili a quelli degli stati di diritto moderni»¹⁷; su tale assunto, il costituire *un unicum* dell'ordinamento della Chiesa e, in particolare, il suo perseguire il

¹⁴ Recentemente, cfr. Cass. pen., sez. VI, 9 aprile 2019, n. 21166, in *Cass. pen.*, 2020, 6, p. 2755, ove si stabilisce che «la regola per cui è la pubblica accusa che ha l'onere di provare l'esistenza degli elementi costitutivi di ciascuna fattispecie penale è ineludibile, in quanto espressione dello statuto costituzionale del giudizio penale fondato sulla previsione di non colpevolezza prevista dall'art. 27, comma 2, Cost.: regola che non può essere declinata solamente in termini di un dovere deontologico in capo al rappresentante della pubblica accusa, ma che concretizza un insuperabile criterio processuale di valutazione della prova penale e, perciò, un canone basilare nella valutazione della legittimità del relativo giudizio». Cfr. anche K. PENNINGTON, *Innocent until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim*, in *The Jurist*, 2003, 1, pp. 106-124.

¹⁵ Come rilevato da J. LLOBELL, *Giusto processo e "amministrativizzazione" della procedura penale canonica*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2019, 14, p. 31, «l'ambito penale è quello in cui il rispetto del diritto di tutti i titolari dei beni implicati al giusto processo è particolarmente importante e complicato. Infatti, la riparazione del danno recato alla vittima – soprattutto quando è particolarmente vulnerabile (o comunque indifesa) per le particolari condizioni oggettive/soggettive in cui versa – richiede spesso che il colpevole riceva un'adeguata punizione. Ciò è anche richiesto dalla comunità non come vendetta, bensì come modo di manifestare la gravità del delitto e come prevenzione di futuri reati. Tuttavia, questi "giusti diritti" devono essere armonizzati necessariamente con il diritto ... dell'accusato a difendersi».

¹⁶ Cfr. P. AMENTA, *Diritto processuale penale canonico e inveramento del principio fondamentale del diritto di difesa*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2022, 2, p. 2.

¹⁷ *Ivi*, p. 3.

fine della *salus animarum*¹⁸, giustificerebbe lo scarto in termini di rispetto di alcuni fondamenti troppo spesso arretrati a livello di meri enunciati, nonché l'assenza di taluni principi di modernità giuridica dalla osservanza dei quali – specialmente in materia penale – dipende la vita e la dignità delle persone coinvolte, causa la compromissione, spesso irreversibile, di vicende umane provate in misura significativa.

Siffatta giustificazione sembra non solo collocarsi al limite del paradosso, ma anche obliare – alquanto colpevolmente – la natura autenticamente giuridica del diritto canonico che, come ogni fenomeno umano, è in continua evoluzione in rapporto alla capacità di esprimere al meglio, nel corso della storia, i valori fondanti la costituzione materiale della Chiesa¹⁹. Effettivamente si è sottolineato che il diritto della Chiesa e quello dello Stato costituiscono «due sottocategorie di una uguale scienza giuridica, di un medesimo concetto di diritto»²⁰; in

¹⁸ Non sembra qui il caso, neppure *incidenter tantum*, di intavolare il discorso relativo alle coordinate entro le quali comprendere il concetto di *salus animarum* nella Chiesa: si rimanda – in via esemplificativa e per il taglio concettuale che qui interessa – a P. GHERRI, *Identità ecclesiale e norma missionis*, in *Apollinaris*, 2018, 2, p. 534: «... a differenza della *communio* e della *iustitia*, la *salus animarum* costituisce “una” delle componenti strutturali della missione ecclesiale stessa: non tanto una “*lex*”, anche solo sostanziale, ma il *fine*, lo *scopo* stesso della missione ecclesiale che Cristo ha affidato alla Chiesa: “Chi crederà e sarà battezzato sarà salvato” (*Mc* 16, 16a). Purtroppo la mentalità che lungo i secoli ha creduto di “fissare” i riferimenti indubitabili dell’attività umana ed ecclesiale denominandoli “*leges*” ha creato notevoli disagi ed ostacoli sia alla loro concettualizzazione, sia alla loro concreta fruibilità ... /Quanto così detto in linea puramente teorica e sistematica, rende evidentemente necessaria ed improcrastinabile una ricompressione del concetto di *salus animarum*: una ricompressione in chiave espressamente antropologica che non collochi il “fine” della missione ecclesiale in una dimensione estrinseca (= l’eternità) rispetto a quella nella quale tale missione si svolge (= la storia)».

¹⁹ In argomento sia consentito il rinvio a F.S. REA, “*Fides Quærens Actionem*”. *La Norma Missionis come criterio ermeneutico dei rapporti tra teologia e diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2021; Id., *Teologia e Diritto nel prisma della missione ecclesiale*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 2018, 1, pp. 151-235. Cfr. anche M.J. ARROBA CONDE, *La Iglesia como presencia (reflexión desde el derecho canónico)*, in *Vida Religiosa*, 1999, 3, pp. 183-192.

²⁰ Così R. BERTOLINO, *Introduzione alla tematica del Convegno*, in *Diritto canonico e comparazione. Giornate canonistiche di studio, Venezia 22-23*

quanto vero diritto, dunque, esso è chiamato a rispondere alle sollecitazioni del mondo attuale mediante l'utilizzo di strumenti concreti, tra i quali – in special modo nella sfera processuale – non possono non rientrare determinati formalismi²¹ che non stridono, bensì a pieno si sposano con il diritto di una comunità come quella ecclesiale che, per raggiungere le finalità ultraterrene, deve necessariamente passare per le vicende umane e le relative debolezze²², a meno di non voler scadere, a distanza di anni, ancora nelle sterili polemiche post-conciliari legate alla presunta incompatibilità tra diritto e carità nella Chiesa in nome di un falso e travicante spiritualismo²³. Un approccio metodologicamente fondato al diritto canonico non può fare a meno di tener conto del fatto che il cristianesimo non può considerarsi una «dottrina culturalmente auto-ghettizzata, talmente trascendente e spirituale da misconoscere (o almeno non ritenere come *propri*) gli ideali di giustizia (pure ai livelli specializzati e tecnici, specifici dei giuristi e, ancor di più, dei processualisti) che guidano l'impegno intellettuale e sociale dei giuristi»²⁴.

maggio 1991, a cura di R. BERTOLINO, S. GHERRO, L. MUSSELLI, Giappichelli, Torino, 1992, p. 6.

²¹ Di rilievo la riflessione di X. OCHOA, *Il "De processibus" secondo il nuovo Codice*, in *La nuova legislazione canonica*, a cura di PONTIFICIA UNIVERSITAS URBANIANA, Urbaniana University Press, Roma, 1983, p. 366: «Io capisco che si possa porre il dilemma, Chiesa con o senza processo, ma non posso capire che si possa auspicare per la Chiesa un processo privo degli elementi che si ritengono essenziali per la struttura di un processo».

²² Cfr. A. CLEMENZA, N. SALATO, *La natura processuale della Chiesa: tradizione e rinnovamento*, in *Rass. Teologia*, 2021, 3, p. 368, ove si evidenzia come la Chiesa «... non può né svilupparsi né tantomeno essere colta se non in dipendenza dalle coordinate storiche in cui è vissuta e dalle forme strutturali che essa via via ha assunto per rispondere alle esigenze dell'umanità».

²³ Cfr. A. BORRAS, *Un nouveau droit pénal canonique?*, in *Nouv. Rev. théol.*, 2021, 3, p. 637, il quale parla di un antiggiuridismo «lié à l'antagonisme entre la justice et la charité, avatar de ces autres oppositions entre grâce et loi, charisme et institution».

²⁴ Cfr. J. LLOBELL, *I principi del processo canonico: aporia, mimetismo civilistico o esigenza ecclesiale?*, in *Dir. eccl.*, 1996, 1, p. 127.

2. Investigatio prævia e presunzione di innocenza

La distinzione tra il soggetto reo e l'indiziato tradisce la fondamentale separazione tra il momento procedimentale e quello processuale tecnicamente inteso, il cui spartiacque si incarna nella formulazione dell'imputazione, alla quale seguirà una sentenza emanata *ex actis et probatis*²⁵. Tale distinzione risulta del tutto assente nel *Codex* ove, approssimativamente, si utilizzano nella fase delle indagini i termini di 'reus' e di 'accusatus', ammantando già in un momento pre-giudiziale l'indagato di una coltre di colpevolezza presunta secondo una perniciosa logica di *burden-shifting*²⁶. Questi, invero,

²⁵ Cfr. A. FURGIUELE, *La prova nel processo penale. Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 8: «Appare chiara, dunque, la differenza tra procedimento e processo, che non è una differenza di “tipo legale” – entrambi, infatti, rappresentano un complesso di atti regolati da una serie di norme –; bensì di contenuto ovvero di attribuzione di poteri, di compimento di atti. /Allora, se si ragiona in questi termini, è possibile vedere, da un lato, il procedimento come un'attività che si svolge tra due soggetti – il pubblico ministero e l'indagato (per il diritto canonico diremmo Promotore di giustizia e indagato oppure Ordinario e indagato, a seconda che si tratti di processo giudiziale o extra-giudiziale, n.d.r.) – di cui soltanto uno, il primo, ne è il *dominus* e nello stesso tempo destinatario dell'attività che compie (una fase, quindi, a “giurisdizione eventuale”) e, dall'altro, il processo, come attività dialettica delle parti rivolta ad un giudice terzo ed imparziale, nonché funzionale alla formazione del suo convincimento. Di conseguenza, gli elementi di conoscenza assunti nella fase procedimentale dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria hanno una potenzialità probatoria limitata alla stessa fase – ed a quella successiva dell'udienza preliminare – e non costituiscono, di regola, (e cioè ove non ricorra alcuna delle ipotesi derogatorie previste dal quinto comma dell'art. 111 Cost.), dati probatori utilizzabili nel dibattimento ai fini della decisione sul fatto e sulla responsabilità». Sul punto, cfr. E. FAZZALARI, (voce) *Procedimento e processo (teoria generale del)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1987, p. 827 ss.

²⁶ Osserva B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, Marcianum Press, Venezia, 2021, pp. 532-533: «Le tre espressioni – relative alle differenti posizioni giuridiche di un autore ipotetico, presunto o ufficialmente tale, su cui vertono diverse fasi previste per il processo penale canonico – si riflettono sulla terminologia da adottare in riferimento al soggetto sottoposto ai procedimenti in questione. Anche se il legislatore non si è impegnato a unificare e chiarire il senso degli appellativi corrispondenti – dimostrando anzi la volontà di sottrarsi al ricorso a qualifiche con precisa valenza tecnica –, pare doveroso, a rigore di termini, parlare nel primo caso soltanto di “indiziato”, allor-

si trova ad occupare una posizione in qualche modo di sfavore rispetto alla macchina giudiziaria che, con le proprie risorse e spesso in totale segretezza, mette in atto una serie di azioni volte a confermare l'attendibilità della *notitia criminis* da cui tale fase ha tratto formale inizio²⁷; e tuttavia l'autorità competente è chiamata, a sua volta, a recuperare lo «svantaggio conoscitivo»²⁸ rispetto al reato ipoteticamente commesso.

Ne consegue l'opportunità di equilibrare, data la delicatezza della fase embrionale in questione, la stringente limitazione del *flow* di notizie verso l'esterno con la parimenti impellente urgenza di garantire all'indagato informazioni circa le imputazioni a suo carico e la possibilità di avvalersi di una difesa tecnica effettiva²⁹, giacché non ci si trova ancora nel mo-

ché il soggetto è tenuto all'oscuro del fatto che si sta investigando su di lui. Egli diviene "indagato" – o *investigatus* in latino, espressione non utilizzata dal legislatore, che pure adotta il termine correlativo di *investigator* per chi svolge l'*investigatio* – quando è avvisato dell'indagine in corso a suo carico, ad esempio in occasione del tentativo di risolvere con un patto arbitrare la questione del risarcimento dei danni da lui provocati o quando viene direttamente sentito dall'investigatore. Lo stesso soggetto assume la veste di "accusato" o di "imputato", in seguito a un atto formale di denuncia (cf. can. 1718 §1), se il reato imputatogli è ancora *sub iudice*. Infine, è considerato "reo" a sentenza definitiva di condanna, soprattutto se passata in giudicato».

²⁷ Trattasi di «una qualsiasi informazione che pervenga all'autorità ecclesiastica circa il compimento di un fatto astrattamente qualificabile come delitto e suscettibile di determinazioni successive, ai fini dell'eventuale esercizio dell'azione penale»: così G. COMOTTI, *Informazione, riservatezza e denuncia nei procedimenti penali*, in *Il diritto penale al servizio della comunione della Chiesa*, a cura di GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Glossa Editore, Milano, 2021, p. 202.

²⁸ Cfr. G. ALESSI, (voce) *Processo penale (diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 400.

²⁹ Sul punto, cfr. M. DE LAS MERCEDES CORTÉS DIÉGUEZ, *La investigación previa y el proceso de administración penal*, in *Rev. esp. der. can.*, 2013, 1, p. 518: «La investigación previa tiene por finalidad encontrar indicios sobre la verdad de los hechos presuntamente delictivos y sobre la imputabilidad de su autor. No se trata todavía, por tanto, de encontrar pruebas determinantes del delito, ni de fijar la imputabilidad del investigado, pues estas actuaciones serán precisamente el objeto del proceso penal o administrativo siguiente, si se llega a celebrar. De hecho, las posibles pruebas que se recaben en estas primeras averiguaciones sólo tienen el valor de ayudar al Ordinario a decidir si archiva el expediente o lo continúa, pero para que puedan ser alegadas en el proceso o procedimiento para la imposición o declaración de una pena habrán de propo-

mento processuale vero e proprio, all'interno del quale si formerà la prova in contraddittorio³⁰; e ciò nonostante un uso alquanto incauto del termine *'probationes'* al can. 1720³¹, che sembra palesare «l'orizzonte mentale in cui si muove il legislatore ancora legato a una visione inquisitoria del processo»³².

La scarsa attenzione riservata dal legislatore alla figura dell'indagato (e all'indagine in genere) è provata, prima di tutto, dal dato letterale: tre sono, invero, i canoni deputati alla disciplina di tale istituto (1717, 1718 e 1719 *C.i.c.*). Esso costituisce non una fase del processo, bensì «un istituto giuridico autonomo, comune ad entrambi i procedimenti per l'applicazione o dichiarazione *ferendæ sententiæ* delle pene»³³ avendo ad oggetto il fatto costitutivo di delitto, *rectius* le azioni di cui si è avuto notizia e che, almeno apparentemente, paiono costitutive di un illecito come contemplato dalle norme penali³⁴. L'indagine prende dunque avvio proprio dalla *notitia cri-*

nerse nuevamente en el momento procesal oportuno, una vez que se haya informado de ellas al acusado y éste haya tenido la oportunidad de defenderse».

³⁰ Cfr. A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006³, pp. 147-148: «Verificare la fondatezza della notizia non è uguale ad avere la certezza del delitto e della sua imputabilità. Si ha fondatezza ... quando vi sono elementi tali da far ritenere con un certo grado di probabilità la violazione di una legge o di un decreto e l'imputabilità di una determinata persona. Sarà poi il processo ad accertarlo o a cercare di accertarlo. Potrebbe anche accadere che l'indagine previa dimostri già il delitto e la sua imputabilità. Ma non è la certezza processuale, ossia quella voluta dalla legge, per cui sarà sempre necessario fare il processo».

³¹ Cfr. D.G. ASTIGUETA, *L'investigazione previa: alcune problematiche*, in *Periodica de Re Canonica*, 2009, 1, p. 215, il quale avverte che «il materiale raccolto nel corso dell'indagine, non essendo prova in senso stretto, non ha valore come tale fino al momento del processo. Sarebbe inutile e dannoso che l'investigatore spingesse in tale senso cercando di usare alla lettera il dettato dei canoni riguardanti la prova nel processo».

³² Cfr. P. AMENTA, *Diritto processuale penale canonico e inveramento del principio fondamentale del diritto di difesa*, cit., p. 17.

³³ Cfr. J.M. SANCHIS, *L'indagine previa al processo penale*, in *Ius Ecclesiæ*, 1992, 2, p. 516.

³⁴ Cfr. Z. SUCHECKI, *Il processo penale giudiziario nel "Codex iuris canonici" del 1983*, in *Apollinaris*, 2000, 1-4, p. 374, nota 23, il quale spiega che «lo scopo dell'indagine previa è quello di ricavare i dati necessari e sufficienti sull'azione delittuosa presuntamente commessa e sul suo autore, in modo da poter realizzare una prima valutazione circa la fondatezza delle notizie pre-

minis, legata ad una almeno parziale veridicità (*saltem verisimilem*) del delitto da contestare al soggetto e ha come finalità precipua non già quella di attingere la certezza morale circa la colpevolezza o meno dell'imputato, bensì di realizzare una prima valutazione in merito alla fondatezza delle notizie precedenti, valutare se ed in che misura possano assumersi «elementi sufficienti per operare una prognosi ragionevole in relazione alle tematiche bisognose di approfondimento probatorio e per potersi attivare adeguatamente sul piano delle richieste»³⁵ e così decidere relativamente ai percorsi processuali da intraprendere³⁶.

Emerge, in questa fase, la coesistenza di due precipui valori da tutelare: *in primis* la buona fama dell'indagato³⁷ – secondo il combinato disposto del can. 220 e del can. 1717 *C.i.c.* – la cui violazione arrecherebbe turbamento agli equilibri della comunità dei fedeli qualora la *notitia criminis* si rivelasse infondata e, per tale ragione, si richiede una speculare segretezza e prudenza nell'azione dell'Ordinario e/o dell'investigatore

cedenti e poter così decidere, alla loro luce, sulle vie giuridiche da percorrere posteriormente».

³⁵ Così E. MARZADURI, *Indagini preliminari e modello processuale: profili di incoerenza originaria del codice Vassalli*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale. Atti del Convegno in memoria di Antonino Galati (Caserta, 12-14 ottobre 2001)*, a cura di ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, Giuffrè, Milano, 2003, p. 226.

³⁶ Cfr. C.G. RENATI, *Conducting Canonical Investigations and Interviews*, in *Canon Law Society of America Proceedings*, 2005, 1, pp. 181-182: «... the investigator is not the one who will ultimately weight the evidence and make a decision. That responsibility falls to the ordinary or to the judges of a tribunal. The investigator's task is to provide the trier of fact with all the information necessary to make that decision objectively and fairly».

³⁷ Cfr. E. JENKINS, *Defamation of Character in Canonical Doctrine and Jurisprudence*, in *Studia Canonica*, 2002, 1, p. 425, ad avviso del quale «even when the good name was lost through just cause, as with the manifest actions of a criminal, the right to a good name still remains a natural, inalienable right proper to the person. Even with the just loss of a good name, the possibility of recovering the good name remains an essential aspect of the possession of the right to it». Sul punto, cfr. P. SKONIECZNY, *La tutela della buona fama del chierico accusato di abusi sessuali su minori: un modo di procedere nel caso concreto in base al can. 220 CIC/83*, in *Angelicum*, 2010, 4, pp. 923-941.

al fine di scongiurare la sottoposizione dell'indiziato a giudizi di tipo sommario; *in secundis* la necessità che questi sia posto nelle condizioni di non essere considerato colpevole anzitempo, avvalendosi di una strumentazione con la quale acquisire consapevolezza della sussistenza di indagini a suo carico e prendere visione della relativa documentazione.

A questo proposito, la riforma del Libro VI del *C.i.c.* operata con la Costituzione Apostolica *Pascite gregem Dei* del 23 maggio 2021³⁸ ha apportato una rilevante modifica, introducendo, al can. 1321, §1 *C.i.c.*, l'esplicitazione della presunzione di innocenza – principio inteso come «expresión de una regla jurídica de civilización fundada en la naturaleza y en la dignidad fundamental de la persona humana»³⁹ – tramite la statuizione secondo cui «quilibet innocens censetur donec contrarium probetur». Desta sorpresa, sul punto, che soltanto con le recenti riforme (prima della riforma del Libro VI, invero, il *Motu Proprio Vos Estis Lux Mundi*⁴⁰ disponeva all'art. 12, §7, che «alla persona indagata è riconosciuta la presunzione di innocenza») abbia trovato spazio la formalizzazione di un così basilare cardine di civiltà giuridica⁴¹ – in ritardo rispetto alle recenti normative secolari⁴² e anche a quella vaticana⁴³ – fino-

³⁸ Cfr. FRANCISCUS PP., *Constitutio Apostolica "Pascite Gregem Dei" qui Liber VI Codicis Iuris Canonici reformatur*, 23 maggio 2021, in *L'Osservatore Romano*, 1° giugno 2021, p. 2 ss.

³⁹ Cfr. F. FRANCESCHI, (voce) *Inocencia (Presunción de)*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. IV, a cura di J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO, Eunsa, Pamplona, 2012, p. 602.

⁴⁰ Cfr. FRANCISCUS PP., *Litteræ Apostolicæ Motu Proprio Datæ "Vos Estis Lux Mundi"*, 7 maggio 2019, in *Communicationes*, 2019, pp. 23-33.

⁴¹ Cfr. R. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, 2, p. 306, il quale nota come, in base a tale principio, «nessuna conseguenza negativa deve derivargli (all'indagato/imputato, n.d.r.) dalla mera sottoposizione a procedimento penale, e nessuna limitazione della libertà può trovare il suo fondamento esclusivamente in un giudizio anticipato di colpevolezza, in assenza di precise esigenze processuali da soddisfare».

⁴² Art. 27, 2° comma, Cost.; art. 11 Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1948; art. 48 Carta di Nizza; art. 6, §2, CEDU.

⁴³ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, *Legge n. IX recante modifiche al codice penale e al codice di procedura penale*, 11 luglio 2013, in *A.A.S. (Suppl.)*, 2013, pp. 109-131, laddove l'art. 35 aggiunge l'art. 350-*bis* al Codice di procedura penale vaticano, disponendo che «... ogni

ra semplicemente presupposto anche se ritenuto senza dubbio operante *inexpressis verbis* nell'ordinamento canonico⁴⁴.

Tale passo in avanti, tuttavia, non sembra soddisfare a pieno le esigenze che imporrebbe la caratura di un simile enunciato; non poche si rivelano le difficoltà nel rinvenire una *ratio* nella scelta di sistemarlo nel settore del diritto penale sostanziale, anziché in quello più consono del processo penale, se non forse quella di temperare la presunzione contenuta nel can. 1321, §3, *C.i.c.*⁴⁵. Non si vede, peraltro, perché non sussista alcuna specificazione riguardo la durata di tale principio sino alla sentenza definitiva di condanna, né alcun riferimento all'acquisizione probatoria⁴⁶, ma si sia confinata un'asserzione di tale portata ad una indeterminatezza alquanto preoccupante⁴⁷; e ciò in controtendenza rispetto all'impianto costi-

imputato è presunto innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata».

⁴⁴ A giudizio di G. BONI, *Il Libro VI De sanctionibus poenalibus* in *Ecclesia: novità e qualche spigolatura critica*, cit., p. 57, tale formalizzazione ha, comunque, il merito, «rinvigorendo il giusto processo, di frenare certe allarmanti derive giustizialiste che in alcune parti della Chiesa stanno prendendo piede quale contraccollo della sottovalutazione delle accuse del passato: e che vanno prontamente arrestate».

⁴⁵ In argomento cfr. M. HUGHES, *The Presumption of Imputability in Canon 1321 §3*, in *Studia Canonica*, 1987, 1, pp. 19-36; E. McDONOUGH, *A Gloss on Canon 1321*, in *Studia Canonica*, 1987, 2, p. 381 ss.

⁴⁶ Cfr. G. COMOTTI, *Informazione, riservatezza e denuncia nei procedimenti penali*, cit., pp. 214-215: «A prescindere dalla inusuale collocazione nel contesto di norme di diritto penale sostanziale e non processuale, la formulazione suscita qualche perplessità, in quanto, diversamente dalle corrispondenti enunciazioni del principio negli ordinamenti secolari, manca qualsiasi riferimento all'acquisizione della prova nel contesto di un processo ed alle relative garanzie previste per lo svolgimento di un reale contraddittorio. La formulazione del nuovo can. 1321 §1 può risultare quindi incongrua, ad esempio, a fronte della funzione di acquisizione probatoria ... che ha assunto nella prassi l'indagine previa, all'esito della quale le "prove" raccolte (magari senza contraddittorio con l'indagato, di per sé non previsto in questa fase) potrebbero vanificare anche formalmente la "reputazione" di innocenza, prima ancora dell'avvio della procedura giudiziale o extragiudiziale».

⁴⁷ Sottolinea G. BONI, *Il Libro VI De sanctionibus poenalibus* in *Ecclesia: novità e qualche spigolatura critica*, cit., p. 56, come si tratti di una dizione che «forse poteva essere vergata in maniera meno "telegrafica" e quindi meno "fiacca" e "labile", proseguendo fino alla sentenza definitiva di condanna, ov-

tuzionale italiano (art. 27, comma 2, Cost.), alle frequenti sollecitazioni provenienti a livello di normativa sovranazionale⁴⁸ e, in ultimo, agli *upgradings* normativi previsti dal d. lgs. n. 188/2021. Il nuovo art. 115-*bis* c.p.p., come novellato da tale norma, prevede infatti che «salvo quanto previsto al comma 2, nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, la persona sottoposta a indagini o l'imputato non possono essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili»⁴⁹.

La presunzione di innocenza costituisce, dunque, un baluardo imprescindibile a presidio di un effettivo processo giusto, poiché funge da propulsore per le garanzie processuali che saranno poi accordate all'imputato durante la fase processuale, oltre che da paradigma per le regole di acquisizione probatoria nel contraddittorio; sarà, infatti, la parte pubblica a dover provare gli elementi idonei a supportare l'accusa in giudizio, secondo un'ottica di parità tra le parti dinanzi ad un organo terzo ed imparziale. Sebbene, invero, durante la *investigatio praevia* potrebbero raccogliersi dei dati suscettibili di essere presentati come prova, occorre evitare indebite antici-

vero aggiungendo *expressis verbis* 'in un giusto processo' o 'in un legittimo procedimento' a cui consegua un provvedimento definitivo.

⁴⁸ Cfr. Dir. 9 marzo 2016, n. 2016/343/UE sul *Rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *G.U.U.E.*, 11 marzo 2016, p. 65 ss., che rappresenta una delle tappe fondamentali della c.d. tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati nei procedimenti penali approvata dal Consiglio dell'Unione il 30 novembre 2009 nonché una delle misure normative adottate dagli Organi legislativi europei per dare concreta attuazione al Programma di Stoccolma del dicembre del 2009, per gli anni 2010-2014, con l'obiettivo di realizzare un rafforzamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia all'interno dell'Unione Europea. Sul punto, cfr. C. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, p. 195 ss.

⁴⁹ La norma riprende, per sommi capi, il contenuto della Direttiva 2012/13 UE, che – all'art. 2, §1, – contempla la copertura del diritto del soggetto ad essere informato «by the competent authorities of a Member State that they are suspected or accused of having committed a criminal offence until the conclusion of the proceeding».

pazioni di ciò che sarà il confronto dialettico vero e proprio⁵⁰: «dimenticare questo aspetto potrebbe portare l'investigatore a svolgere un ruolo che non gli appartiene, cioè, fare l'istruttoria della causa, cosa propria del processo»⁵¹.

Ne consegue, perciò, come da una presunzione di innocenza, per così dire, claudicante – che avrebbe potuto ergersi ad appripista per altre operazioni di chirurgia del diritto processuale penale canonico – si diramino ulteriori *vulnera* attorno alla figura dell'indagato⁵², vuoi dal punto di vista del rapporto con l'autorità procedente, vuoi sotto la lente delle garanzie di partecipazione e di difesa, palesando ancor di più la natura di tale principio come «cartina di tornasole per verificare il tasso di garantismo presente in un determinato sistema processuale»⁵³.

⁵⁰ Cfr. R. ROMÁN SÁNCHEZ, *La investigación previa al proceso penal canónico y la defensa del acusado*, in *Rev. esp. der. can.*, 2017, 1, p. 232: «Cada momento tiene su papel y ambos momentos (el de la investigación previa y el del proceso posterior) afectan directamente al investigado y a sus derechos fundamentales entre los que se encuentra el de defensa. Por tanto, se debe evitar a toda costa incurrir en una inadmisibile confusión de planos: ni llevar el principio inquisitivo del proceso hasta límites que supongan indefensión, ni la falaz asimilación de regularidad jurídico-formal de los actos (elementos) por su virtualidad probatoria. Al final de la investigación previa, el sumario podrá valer (jurídicamente) en ciertas condiciones, pero lo obtenido a partir de ella, lo habrá sido sin contradicción real, con inevitable pérdida de calidad probatoria».

⁵¹ Cfr. D.G. ASTIGUETA, *L'investigazione previa: alcune problematiche*, cit., p. 199.

⁵² Cfr. F.J. CAMPOS MARTINEZ, *Presunción de inocencia e investigación previa canónica. Pautas para un procedimiento justo en denuncias por abuso sexual*, in *Periodica de Re Canonica*, 2019, 2, pp. 513-514, ove si nota: «Que el sacerdote acusado tiene derecho a ser informado de todos sus derechos, a ser informado de todos los pormenores de la denuncia ya desde sus inicios, a que su buen nombre sea respetado, a su intimidad, a la propia defensa, a no ser castigado sobre la base exclusiva de una denuncia presentada, sin una investigación y un proceso justo en el que se aporten pruebas inequívocas de su culpabilidad, el derecho a ser escuchado por la autoridad eclesiástica competente y a recibir una ayuda psicológica, espiritual y canónica adecuada, entre otros derechos, no es más que la consecuencia lógica del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y el hecho de ser denunciado no debería de ir contra esta presunción tan humana y evangélica como fundamental».

⁵³ Cfr. P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, UTET, Torino, 1995, p. 671.

3. *Gli effetti di una presunzione di innocenza precaria: l'indagato e i rapporti 'di forza' con l'autorità procedente*

Le garanzie da accordare all'indagato si trovano molto spesso in contrapposizione con una elevata discrezionalità in capo all'Ordinario, sia nelle tempistiche che nei mezzi da adottare⁵⁴: egli è il vero *dominus* della fase delle indagini⁵⁵, dovendosi ricondurre a tale figura, *ex can.* 134, §1, *C.i.c.*, «oltre il Romano Pontefice, i Vescovi diocesani e gli altri che, anche se soltanto interinalmente, sono preposti a una Chiesa particolare o a una comunità ad essa equiparata a norma del can. 368».

Dal primo punto di vista emerge come il legislatore universale non abbia previsto alcun termine di durata della *investigatio* – in ciò palesando una evidente asimmetria rispetto alle normative speciali⁵⁶ – a differenza, ad esempio, del Codice di procedura penale italiano che, all'art. 407, sancisce un limite massimo di diciotto mesi (in taluni casi specifici prorogabile a

⁵⁴ Rileva, in merito, R. BOTTA, *La norma penale nella Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2001, pp. 99-100: «Il sistema sembra riporre una assoluta fiducia nella illuminata capacità dell'Ordinario di scegliere i mezzi da impiegare opportunamente nel caso di specie e di giudicarne, una volta dispostone l'impiego, la sufficienza al raggiungimento dello scopo o il fallimento: è del tutto probabile che si tratti di una fiducia ben riposta, tanto più che essa sembra connaturata al *munus* che agli Ordinari è affidato dal diritto e dalla missione della Chiesa. Ma è altrettanto probabile che non sia sbagliato parlare di un "eccesso di discrezionalità", che sembra incompatibile in larga misura con un sistema penale, il quale proprio perché tale e, quindi, posto naturalmente ai confini più estremi delle "risorse" impiegate da un ordinamento per la soluzione dei conflitti sociali, richiede una precisa articolazione di garanzie capaci di escludere, o quanto meno di ridurre al minimo, la possibilità di arbitrio nell'impiego delle pene». Su tale spinosa questione, cfr. anche E. MARTINELLI, *Spunti per un approfondimento del concetto di discrezionalità nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Diritto canonico e comparazione*, cit., pp. 291-305.

⁵⁵ Cfr. A. MIZIŃSKI, *Il ruolo dell'Ordinario nell'ambito penale*, in *Apollinaris*, 2004, 1-2, pp. 319-355.

⁵⁶ Si veda, ad esempio, l'art. 14 del *Motu proprio Vos Estis Lux Mundi*, che sottopone la durata delle indagini al termine indicativo di 90 giorni (o quello stabilito dall'organo centrale che può prorogarlo per giusti motivi).

due anni)⁵⁷. Né sembra sufficiente rifarsi, *per relationem*, al limite sancito al can. 1362, §1, *C.i.c.* relativo alla prescrizione dell'azione criminale⁵⁸, né meno ancora a quelli maggiormente dilatati previsti dalle normative speciali sui c.d. '*delicta graviora*'⁵⁹; invero, quantunque anche nel processo penale secolare il continuo ricorso all'istituto dell'incidente probatorio e le sempre più frequenti richieste di proroga delle indagini rendono evanescente il termine massimo sancito a livello codicia-

⁵⁷ Cfr. V. MAFFEO, *Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, Cacucci, Bari, 2020, pp. 18-19: «La previsione di termini risponde a diverse esigenze: innanzitutto, ad evitare che il pubblico ministero si potesse sottrarre indefinitamente al controllo giurisdizionale sull'eventuale mancato esercizio dell'azione; in secondo luogo, ad assicurare la ragionevole durata del processo ...; quindi, a scongiurare il rischio che la persona sottoposta alle indagini potesse rimanere troppo a lungo in uno stato di limbo, perché soggetta all'investigazione ma senza i diritti e le garanzie propri della fase processuale con l'assunzione della qualità di imputato; infine, ad evitare che una eccessiva distanza temporale tra fatti e formazione della prova potesse rendere questa incerta».

⁵⁸ In merito, cfr. R. POTZ, *Zur Frage der Verjährung der schweren Delikte gegen die Sittlichkeit, im Besonderen des sexuellen Missbrauchs von Minderjährigen, im geltenden katholischen Kirchenrecht*, in *Recht in Kirche und Staat. Joseph Listl zum 75. Geburtstag*, a cura di W. REES, Duncker & Humblot, Berlino, 2004, p. 271: «Im Rechtsinstitut der Verjährung sind eine Reihe von konstitutiven Elementen der Rechtsidee miteinander verknüpft, Gerechtigkeitspostulate, die Herstellung von Rechtssicherheit, Effektivität und Praktikabilitäts-Kriterien. Im Falle der Strafverjährung sind diese durch die Berücksichtigung der unterschiedlichen Strafzwecke zusätzlich überlagert. Es bedarf daher bei einem derartig gelagerten Rechtsinstitut in besonderer Weise einer sorgfältigen und für den Rechtsadressaten klaren und transparenten Regulierung um der Grundfunktion des Rechts in der Kirchen nachzukommen, die Gerechtigkeitsdimension der Kirche zu strukturieren».

⁵⁹ Cfr. FRANCISCUS PP., *Rescriptum ex Audientia SS.mi "Norme sui delicti riservati della Congregazione per la Dottrina della Fede"*, 7 dicembre 2021, in *www.vatican.va*, in cui si prevede, all'art. 8, la prescrizione ventennale che decorre, nel caso di delitto *contra sextum* commesso da un chierico con un minore di diciotto anni o con persona che abitualmente ha un uso imperfetto della ragione, a partire dal compimento del diciottesimo anno di età della vittima. La normativa originaria è quella contenuta in IOANNES PAULUS PP. II, *Litteræ Apostolicæ Motu Proprio Datæ Sacramentorum Sanctitatis Tutela*, 30 aprile 2001, in *A.A.S.*, 2001, p. 737 ss., successivamente modificata da BENEDICTUS PP. XVI, *Normæ de delictis Congregationis pro Doctrina Fidei reservatis seu Normæ de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis*, 21 maggio 2010, in *A.A.S.*, 2010, pp. 419-434.

le⁶⁰, cionondimeno non può obliarsi il criterio logico – valevole anche nel processo canonico – secondo cui le indagini devono essere «estremamente brevi dal momento che indagini lunghe e complesse renderebbero più facile la loro utilizzazione come prova in sede dibattimentale con il pericolo di far risorgere in qualche modo la vecchia istruzione»⁶¹.

Un tale *status* di aleatorietà, unito ad una alquanto frustrante ammortizzazione temporale sembrano stridere con il principio di legalità, operante nel diritto processuale canonico⁶² sebbene con una elasticità maggiore, in quanto – orbato di tutele a contrasto di «accertamenti a tempo indefinito, con lunghe indeterminate segretazioni degli atti del procedimento»⁶³ – cristallizza in capo all'indagato una situazione di incertezza protratta che ne mortifica non soltanto i diritti processua-

⁶⁰ Osserva, in merito, G. GIOSTRA, *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale. Atti del Convegno in memoria di Antonino Galati (Caserta, 12-14 ottobre 2001)*, cit., p. 48, che «potrebbe risultare egualmente doveroso un intervento del legislatore che vada ad incidere sul regime della durata delle indagini preliminari, attraverso la fissazione di termini ragionevoli rispetto alla tendenziale valenza endoprocedimentale dei prodotti conseguenti allo svolgimento della fase investigativa, prevedendosi semmai integrazioni in vista di definizioni compositive, di pronunce di non luogo a procedere, di epiloghi di riti speciali ..., senza rinunciare ad un impianto articolato e modulabile sulla situazione concreta». Sul punto si veda anche G. NEPPI MODONA, *Sulla possibile proroga del termine per le indagini preliminari anche dopo la sua scadenza*, in *Giur. cost.*, 1992, 4, p. 1294 ss.

⁶¹ Cfr. G. LOZZI, *La vanificazione dei principi generali del processo penale nella prassi giudiziaria e nel susseguirsi delle modifiche normative*, in *Pol. dir.*, 2005, 2, p. 286, il quale osserva che «la continuità è uno dei pilastri del processo accusatorio, in quanto in assenza della continuità svanisce in gran parte l'importanza ... del contraddittorio ...».

⁶² Cfr. A. D'AURIA, *Il principio di legalità nel sistema penale canonico*, in *Legalità e pena nel diritto penale canonico*, a cura di L. SABBARESE, Urbaniana University Press, Roma, 2021, pp. 55-99; G. DALLA TORRE, *Qualche considerazione sul principio di legalità nel diritto penale canonico*, in *Angelicum*, 2008, 1, pp. 267-287; V. PALOMBO, *Il principio di legalità nell'ordinamento canonico: osservazioni preliminari*, in *Dir. eccl.*, 2000, 1, pp. 306-315.

⁶³ Cfr. D. SIRACUSANO, *La chiusura delle indagini preliminari*, in *Diritto processuale penale*, vol. II, a cura di D. SIRACUSANO, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, A. GALATI, Giuffrè, Milano, 1996, p. 177.

li, ma anche quelli relativi alla dignità della persona⁶⁴ e accolti ampiamente all'interno della normativa canonica; inoltre, sembra tracciare una ambigua linea di demarcazione tra la fase *ante* e *post* imputazione, laddove unicamente nella seconda – e in conseguenza del passaggio dallo *status* di indagato a quello di imputato – il soggetto sembra acquisire diritti nei confronti dell'apparato giudiziario.

La discrezionalità dell'Ordinario si estende ancor di più allorché si consideri l'assenza, nel diritto processuale penale canonico codiciale, del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale così come previsto dall'art. 112 Cost.⁶⁵; la specificazione dell'aggettivo 'codiciale' si impone al fine di differenziare la normativa universale da quella speciale, dacché l'art. 16 delle *Normæ* sui *delicta graviora* pone l'obbligo, non solo morale ma giuridico, di procedere all'indagine ogni volta in cui la *notitia criminis* sia verosimile⁶⁶, palesando così «una chiara dif-

⁶⁴ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, p. 35, il quale, a sostegno dell'interpretazione estensiva della presunzione di innocenza, ne afferma una possibile mutazione «da garanzia destinata ad operare non soltanto sul piano processuale a diritto della personalità, inteso cioè come diritto a non essere presentato come colpevole prima che la sua responsabilità sia stata legalmente accertata».

⁶⁵ Osserva G. DI MATTIA, *Pena e azione pastorale nel diritto penale della Chiesa*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1989, 1-2, p. 52, che «la *notitia criminis* negli ordinamenti statuali fa scattare il processo, salvo l'archiviazione. Nel nostro ordinamento canonico la situazione è completamente rovesciata». In argomento cfr., *ex multis*, E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 1, pp. 387-404; ID., *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. pen.*, 2020, 5, p. 200 ss.

⁶⁶ La sussistenza di un obbligo giuridico comporta, in caso di inadempimento dell'Ordinario, possibili sanzioni: si pensi all'applicazione del can. 1378, §2, *C.i.c.* in tema di abuso d'ufficio; oppure alla segnalazione – qualora si tratti di casi *contra sextum cum minoribus* – a carico di Vescovi ed equiparati secondo l'art. 1, §1, *b)* del *Motu proprio Vos Estis Lux Mundi*; o, ancora, alla predisposizione di misure punitive, quantunque non di carattere penale, come la rimozione dall'ufficio ai sensi dell'art. 1 del *Motu proprio Come una madre amorevole*. Sul punto è chiaro anche C.J. ERRÁZURIZ M., *Il "Munus Docendi Ecclesiae": diritti e doveri dei fedeli*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 56, nel

ferenza rispetto ai delitti ordinari, per i quali si ritiene che non sussista l'obbligatorietà giuridica dell'attività investigativa anche a fronte di una notizia di reato verosimile⁶⁷. Un tale *vulnus* implica che spetta unicamente all'autorità decidere se e quando procedere ad esercitare l'azione penale⁶⁸ – la quale ha nella sua piena disposizione anche la valutazione di una investigazione assolutamente superflua – con evidenti pericoli di disparità di trattamento dovuti all'assenza di un parametro-guida che obiettivamente guidi *ex lege* la scelta dell'autorità preposta.

Non si tratta, in realtà, di una questione fine a sé stessa o legata alla sussistenza in capo ad un soggetto del potere di decidere se e quando esercitare l'azione penale; è noto, invero, come anche l'obbligo di cui all'art. 112 Cost. non incarni, nella pratica, un dovere eteroimposto volto a sopprimere qualunque barlume di autonomia da parte della pubblica accusa⁶⁹, ma piuttosto una garanzia a che il pubblico ministero adem-

sottolineare che «dinanzi alla denuncia – che si presenti con i minimi requisiti (tra cui il non essere anonima) – sorge un vero obbligo dell'autorità ecclesiastica: indagare sulla fattispecie denunciata e prendere i provvedimenti appropriati».

⁶⁷ Così B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, cit., p. 588, nota 31.

⁶⁸ A favore di tale *modus procedendi* J.M. SANCHIS, *L'indagine previa al processo penale*, cit., p. 531, a giudizio del quale «l'esperienza dimostra che, nell'ambito ecclesiastico, la prassi abituale non sia quella di avviare un'inchiesta ogni volta che l'autorità competente venga a conoscenza dell'esistenza di un delitto. È questa, infatti, una questione delicata e grave, concernente l'esercizio della funzione pastorale in una materia che, per la sua diretta connessione con il bene delle anime ... esige una particolare prudenza, al fine di tutelare in modo opportuno (tempestivamente e senza trascuratezza) i valori e i beni fondamentali dell'essere Chiesa».

⁶⁹ Su questo punto, ammonisce M. CAIANIELLO, (voce) *Archiviazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 59, che «... la legalità non è in grado di prevenire l'adozione di scelte *lato sensu* valoriali e dunque di opportunità: ciò avviene per la mera interpretazione delle prescrizioni normative, sempre più soggette all'opera creativa dell'interprete ... e ancor più per la conduzione delle attività investigative, per antonomasia rimesse alle opzioni strategiche dell'inquirente (e per ciò stesso selettive, dunque discrezionali). Meglio dunque non pretendere troppo dalla completezza, dal momento che una sua invocazione radicale lungi dal prevenire scelte improntate alla logica dell'opportunità, si presta ad applicazioni neoinquisi-

pia alla presa in carico della notizia di reato in un equilibrio di contrappesi⁷⁰, giacché «non si allude tanto a quegli incomprimibili margini di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale ... che nessun meccanismo istituzionale potrà eliminare, ma a quelle deviazioni della pratica giudiziaria che, nate spesso per motivi congiunturali, locali, occasionali tendono a consolidarsi in tollerate e talvolta necessitate prassi *contra legem*»⁷¹. Trattasi, piuttosto, di una questione afferente all'assenza di scansioni temporali – se non definitive, quantomeno orientative⁷² – a differenza di quanto prevede l'art. 405, com-

torie, ove con tale predicato si intenda connotare quell'anelito olistico e quella bulimia onnivora ... tipici dei modelli *ancien régime*».

⁷⁰ Sottolinea I. FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 2, p. 541, che «con la costituzionalizzazione del principio di obbligatorietà, la discrezionalità non sarebbe stata eliminata, ma si sarebbe delineata una compresenza di principi regolatori, posti su un piano di complementarità. L'obbligatorietà come principio normativo, la discrezionalità come principio naturale», di modo che «... la presenza di un principio implicito e presupposto, quello della discrezionalità, abbia determinato la necessità di delimitarne l'estensione, attraverso la costituzionalizzazione del principio inverso». In sostanza, tale equilibrio apparentemente inconciliabile determina che «l'obbligatorietà non esclude, ciò che evidentemente non può fare, una valutazione soggettiva del materiale probatorio esistente, bensì inibisce che il pubblico ministero possa introdurre valutazioni di convenienza che rompano il necessario automatismo tra le conoscenze acquisite e la richiesta di punizione» (*ivi*, p. 542). In argomento cfr. R.E. KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 4, p. 878 ss.

⁷¹ Cfr. G. GIOSTRA, *Controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale (nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 445 del 1990)*, in *Giur. cost.*, 1990, 7-8, p. 2670. Puntualizza L. GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. BARGIS, G. CONSO, V. GREVI, Cedam, Padova, 2019¹⁴, p. 588, che «l'obbligo sancito dall'art. 112 Cost. non impone sequenze automatiche tra notizie di reato ed azione: quest'ultima deve essere esercitata solo quando l'ipotesi che ha dato luogo alle indagini finisce per concretarsi in una tesi plausibile per il processo. Spetta al pubblico ministero decidere se ricorrano i presupposti, avviandosi verso l'una o l'altra delle vie segnate dal codice. La sua non è una valutazione condotta sulla scorta di considerazioni di opportunità, ma una tipica espressione di discrezionalità tecnica». Cfr. anche le considerazioni di M. NOBILI, *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1, p. 173 ss.

⁷² Come nota F.J. CAMPOS MARTINEZ, *Presunción de inocencia e investigación previa canónica. Pautas para un procedimiento justo en denuncias por*

ma 2, c.p.p., che assegna al pubblico ministero un termine di sei mesi per chiedere l'eventuale rinvio a giudizio, a far data dalla iscrizione, nel registro delle notizie di reato, della persona alla quale è attribuito il reato⁷³.

La dottrina ha evidenziato, sul punto, le ripercussioni di tale 'spada di Damocle', sicché il mancato esercizio dell'azione penale in determinati casi non è un vantaggio né per l'accusato né per la comunità ecclesiale⁷⁴: «infatti, il mancato accertamento della responsabilità penale comporta che le accuse rimangono tali per un tempo indeterminato, senza mai diventare prove ma esplicando ugualmente un effetto sanzionatorio che un'accusa non dovrebbe e non potrebbe mai avere, se non verificata nel foro competente»⁷⁵. Ora, è ben nota la peculiarità nella Chiesa della *potestas iudicialis* – giacché «il giudice canonico non è ... solo un organo del sistema, ma è al contempo pastore e medico, strumento di salvezza e veicolo della misericordia di Dio, nonché espressione della maternità della Chiesa»⁷⁶ – così come è ben nota la pletora di conseguenze a

abuso sexual, cit., p. 500, «salvada la necesaria discreción que toda investigación conlleva, no se puede mantener al clérigo o religioso denunciado – presuntamente inocente – en un silencio administrativo durante meses o años ...».

⁷³ In argomento cfr. CEDU, 19 dicembre 2017, *Krsmanović v. Serbia*, ove si afferma che «il passare del tempo intacca inevitabilmente la quantità e la qualità delle prove disponibili, mentre l'apparenza di una mancanza di diligenza porta a dubitare della buona fede con cui vengono condotte le indagini e fa perdurare lo stato di prostrazione cui sono sottoposti i denunciati e i denunciati». Cfr. E. GIRONI, *I termini di durata massima delle indagini preliminari tra disciplina legale ed esigenze della pratica*, in *Foro it.*, 1994, 2, c. 701 ss.

⁷⁴ Cfr. C. VALENTINI, *Obbligatorietà dell'azione penale, patologie della prassi e mancanza di controlli*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 3, p. 1027, la quale osserva che «senza garantire qualità e tempestività delle indagini, è impensabile immaginare di poter garantire il canone costituzionale, preservandolo tanto dalle aggressioni quotidiane rese in fase di scelte archiviate, quanto dalle altre – non meno gravi – che corrono sotto il nome di “azione penale apparente”, ovvero sia esercitata in assenza del materiale idoneo a supportarla in giudizio». Cfr. anche A. FURGIUELE, *La “ragionevole durata” delle indagini*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 10, pp. 1193-1197.

⁷⁵ Così P. AMENTA, *Diritto processuale penale canonico e inveramento del principio fondamentale del diritto di difesa*, cit., p. 11.

⁷⁶ Cfr. P. AMENTA, *La discrezionalità del giudice canonico e la tutela dei diritti del fedele cristiano*, in *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, a cura di D. CITTO, Giuffrè, Milano, 2005, p. 394.

cui si andrebbe incontro qualora si operassero semplicistiche operazioni di trapianto di concetti secolari nel diritto canonico (a maggior ragione in quello penale)⁷⁷. Si ritiene, tuttavia, che tale peculiarità non sarebbe svilita – bensì corroborata – allorché si liberasse il soggetto indagato dalle catene di quello stigma del sospetto che lo avvinghia per un tempo non definito, negando anche alla stessa comunità il diritto ad accertare la sussistenza di quelle ferite ai legami comunionali che spetta al diritto risanare e ricondurre sui binari corretti verso la *salus animarum*.

La previsione di un istituto ispirato a criteri di ‘sorveglianza’, come quello normato dall’art. 412 c.p.p. e rubricato “Avocazione delle indagini preliminari per mancato esercizio dell’azione penale” ben potrebbe assolvere ad una simile finalità⁷⁸. Certo, il raccordo da operare nel diritto canonico non sarebbe irrisorio, sol che si consideri come la norma *de qua* affidi al Procuratore generale presso la Corte di Appello il potere di disporre, con decreto motivato, l’avocazione delle indagini preliminari allorché il pubblico ministero non eserciti l’azione penale o non richieda l’archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice. *Quis custodiet ipsos custodes*, attesa la pienezza della potestà in capo all’Ordinario? Si tratterebbe, invero, di questioni meramente procedurali che non attenterebbero al ruolo svolto dall’Ordinario e che, dunque, potrebbero risolversi senza troppe complicazioni affidando fun-

⁷⁷ Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Derecho canónico interdisciplinar. Ideas para una renovación epistemológica*, in *Ius Canonicum*, LX, 2020, 119, p. 494, il quale afferma che «no es correcto trasladar enunciados del ámbito de una ciencia al de otra, ignorando que los términos, categorías y métodos utilizados tienen un significado preciso en cada disciplina».

⁷⁸ Cfr. M.L. DI BITONTO, *La nuova avocazione ex art. 412 comma 1 c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2017, 10, p. 2256 ss.; G. DEAN, A.V. SEGHETTI, *Avocazione delle indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, UTET, Torino, 1992, p. 469 ss. Peraltro, anche questo sembra un istituto non scevro da alcune problematiche di fondo; prima fra tutte quella per cui «le Procure generali non siano in grado di dar corso all’attività successiva all’avocazione, risultando inadeguate dal punto di vista degli organici e quindi assai poco incisive, se non in maniera esteriore, formale e indiretta; inadeguate soprattutto sulla conoscenza dello sviluppo investigativo e, quindi, sul nodo di fondo della vicenda»: così V. MAFFEO, *Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari. L’incertezza del controllo*, cit., p. 90.

zioni chiave anche a fedeli laici debitamente formati⁷⁹, dovendosi – in una tale materia – tenere in considerazione unicamente il requisito della preparazione giuridica⁸⁰.

I soggetti *de quibus*, magari costituiti in appositi organismi a livello locale, a composizione mista, sulla falsariga di quanto avviene negli U.S.A. con i c.d. *Diocesan Review Boards*⁸¹ implementati poi dalle previsioni contenute nelle *Essential*

⁷⁹ Secondo parte della dottrina, la presenza di laici andrebbe ad evitare anche problematiche di natura quasi “omertosa”: non va, a tal proposito, troppo per il sottile F. DANEELS, *L'investigazione previa nei casi di abuso sessuale di minori*, in *Iustitia in Caritate. Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, a cura di J.J. CONN, L. SABBARESE, Urbaniana University Press, Roma, 2005, p. 501, ad avviso del quale «potrebbe essere opportuna la nomina di qualche laico esperto e di indubbia fama come assessore stabile per i casi di abuso di minori, per prevenire il sospetto di una ingiusta protezione del chierico indiziato da parte dei suoi colleghi chierici, che per spirito di corporazione potrebbero essere considerati propensi a nascondere i suoi misfatti».

⁸⁰ Cfr. J.P. BEAL, *The Exercise of the Power of Governance by Lay People: State of the Question*, in *The Jurist*, 1995, p. 52, ad avviso del quale «the qualification for exercising these staff or line and staff functions is not sacramental ordination but canonical mission and professional competence. ... In fact, when the offices in question do not entail the exercise of functions necessarily or at least normally reserved to the ordained and when there exist no compelling prudential reasons for reserving them to clerics, failure to open these offices to competent lay people would be unjust».

⁸¹ Riferisce N.J. RIGALI, *Church Responses to Pedophilia*, in *Theological Studies*, 1994, 1, p. 135: «The policies provide for the appointment of a bishop's delegate to receive complaints or accusations and the establishment of an assessment committee to review them as well as for the procedures to be followed in carrying out these offices. While the chief responsibility of the assessment board is to review accusations against a priest and to make recommendations regarding him to the bishop, the responsibilities of a bishop's delegate include, besides the receiving of complaints or accusations, seeing that a victim receives pastoral care, counseling and therapy as needed». L'A., alla nota 30 elenca – a mo' di esempio – le composizioni di tali organismi in alcune diocesi americane: «The review committee is composed of a religious woman, a priest, a therapist, a medical doctor, and an attorney (Salt Lake City); of three priests, a psychiatrist or psychologist, and an attorney (Davenport, Sioux City); of three priests and six lay Catholics not employed by the archdiocese: a psychiatrist, a psychologist or social worker, an attorney, a parish council member, a parent, and a victim or parent of a victim of child sexual abuse (Chicago); of two diocesan priests, a deacon, a canon lawyer, a civil lawyer, a psychiatrist or psychologist, a social worker and two other persons who bring a particular sensitivity to the role (Boston)».

*Norms*⁸², non si collocherebbero in una posizione sovraordinata rispetto agli Ordinari – a mo' di minaccia nei confronti della autorità da essi esercitata o di «pretese di distribuzione del potere nella Chiesa»⁸³ – né subirebbero una sorta di 'clericizzazione'⁸⁴ che dimentichi la distinzione tra *potestas ordinis* e *potestas iurisdictionis*⁸⁵; al contrario costituirebbero un cor-

⁸² Cfr. UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Essential Norms for Diocesan/Eparchial Policies Dealing with Allegations of Sexual Abuse of Minors by Priests or Deacons*, 16 dicembre 2002, in W. WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process: A Commentary on the Code of Canon Law*, Saint Paul University, Ottawa, 2003², pp. 349-357. Sul punto cfr. anche L. ÖRSY, *Bishops' Norms: Commentary and Evaluation*, in *Boston College Law Review*, 2003, 4-5, pp. 999-1030.

⁸³ Cfr. S. DIANICH, *Diritto e teologia. Ecclesiologia e canonistica per una riforma della Chiesa*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2015, p. 167, il quale precisa: «Ci sono ... anche dei settori della vita interna della Chiesa, per i quali i pastori non derivano dal carisma loro proprio alcuna specifica competenza che carichi necessariamente di autorità una loro decisione. Sono spazi che di per sé sono aperti non solo allo scambio dei giudizi e alla reciproca e comune consultazione, ma anche alla condivisione della responsabilità decisionale ...».

⁸⁴ Descrive così il fenomeno L. ROBITAILLE, *A Turning Point in Clergy/Laity Roles in the Church?*, in *Studia Canonica*, 2021, 2, p. 618: «Clericalism presumes a relationship of superiority/inferiority, in which the ordained would be treated as (and might feel) superior to the non-ordained. When laity are clericalized, they feel that those serving as leaders in the Church are somehow superior to the rest of the faithful. There is no place in the Church for any such attitude on anyone's part».

⁸⁵ Evidenzia A.P. TAVANI, *I laici e la funzione giudiziaria*, in *I soggetti nel nuovo processo matrimoniale canonico. Atti del XLVIII Congresso Nazionale di Diritto Canonico. Udine, 5-8 settembre 2016*, a cura di ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2018, p. 185, che «de potestà a contenuto più eminentemente tecnico-amministrativo, cui sono riconnessi i vari uffici, potrebbero considerarsi del tutto sganciate dall'ordine sacro con ciò potendo, di conseguenza, trovare quali titolari gli stessi laici, in ragione delle esigenze di volta in volta manifestantesi». La letteratura sull'argomento è a dir poco sterminata: si rimanda, in via del tutto esemplificativa, ad A. CELEGHIN, *Origine e natura della potestà sacra. Posizioni postconciliari*, Morcelliana, Brescia, 1987; G. GHIRLANDA, *De natura, origine et exercitio potestatis regiminis iuxta novum Codicem*, in *Periodica de Re Morali, Canonica, Liturgica*, 1985, 1, pp. 109-164; J.M. HUELS, *The Power of Governance And Its Exercise by Lay Persons: A Juridical Approach*, in *Studia Canonica*, 2001, 1, p. 60 ss.; É. KOUVEGLO, *I fedeli laici e l'esercizio della potestà nella Chiesa. Status quaestionis e ricerca di una chiave funzionale di lettura*, in *Apollinaris*, 2017, 2, pp. 207-230.

posò ausilio agli Ordinari sia dal punto di vista giuridico che pastorale, già oberati di incombenze e non sempre profondi conoscitori del diritto penale e dei suoi meccanismi intrinseci⁸⁶ (come dimostra la frequente tendenza ad usufruire dell'istituto della delega). Il tutto fatta salva, naturalmente, la facoltà della Sede Apostolica di avocare a sé qualunque tipo di procedimento, *ex can. 1417, §2, C.i.c.*, ma alquanto utopistica a meno di non voler avallare l'ipotesi che a livello centrale si possa essere a conoscenza di qualsiasi pendenza in ogni articolazione territoriale del popolo di Dio⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. P. LAGGES, *The Penal Process: The Preliminary Investigation in Light of the Essential Norms of the United States*, in *Studia Canonica*, 2004, 1, p. 396, ove si puntualizza: «... the review board is not making decisions; it is merely advising the bishop as to whether an accusation at least appears to be true. ... In discharging its function, the review board would hear the evidence that has been gathered, preferably reviewing the documents themselves so that they are not relying on a summary of the accusation and response, but have before them the actual statements of the accuser and accused. Their task at this point is simply to determine whether an accusation "at least seems to be true". In this first review, the standard of proof is rather low, since the review board is only looking for the semblance of truth. After the preliminary investigation is completed, they will be asked to review the matter again, this time with a higher standard of proof ...». E così, nella fase finale, «the report of the person doing the inquiry, along with the evidence that has been collected, ought to be examined first by the review board. The review board could be asked to recommend to the bishop whether the evidence presented is sufficient to continue with the penal process. The conclusions of the review board should be presented in a formal way to the bishop, along with the reasons for coming to those conclusions. Thus, the bishop will have in hand the report of the person designated to make the inquiry, the evidence gathered by this persons, and the recommendations of the review board» (*ivi*, p. 406).

⁸⁷ Peraltro, si tratta di un principio che riguarda, in linea generale, ipotesi di avocazione ad istanza di parte. Invero, il can. 1417, §1, *C.i.c.* fa riferimento all'ipotesi per cui «in forza del primato del Romano Pontefice, qualunque fedele è libero di deferire al giudizio della Santa Sede la propria causa, sia contenziosa che penale, in qualsiasi grado di giudizio e in qualunque stadio della lite, oppure d'introdurla avanti alla medesima». È al § 2 che, invece, potrebbe rinvenirsi una fattispecie maggiormente analoga – *mutatis mutandis* – all'art. 412 c.p.p., poiché si prevede che «... la richiesta interposta alla Sede Apostolica non sospende, salvo il caso di appello, l'esercizio della giurisdizione nel giudice che ha già cominciato a giudicare la causa ... a meno che la Sede Apostolica non gli abbia comunicato di avere avvocato a sé la causa», dovendosi intendere con termine *avocazione* «la decisione della Santa Sede di attrarre

Nell'ottica di una attiva partecipazione del laicato alla funzione giudiziaria nella Chiesa⁸⁸, inoltre, non si vede perché una *prævia investigatio* debba essere subordinata, da un lato, ad un giudizio positivo di verosimiglianza della *notitia criminis* e, dall'altro, ad uno afferente alla mancanza di assoluta superfluità della medesima⁸⁹, entrambi in capo all'Ordinario anche qualora egli abbia deciso di far svolgere le indagini a persone ritenute idonee, edulcorando sensibilmente i poteri in capo a questi ultimi.

Mutatis mutandis e fatte salve le dovute peculiarità teologiche, sembra interessante tracciare un parallelismo tra il rapporto Ordinario/investigatori e Procuratore della Repubblica/sostituti procuratori: un potere di indagine che, sicuramente, promanasse dai primi ma che non si diffondesse per irraggiamento ai secondi – non foss'altro per ragioni di opportunità pratica e di attuazione del principio di sussidiarietà – provocherebbe il venir meno del principio di legalità sotteso all'azione penale, giacché «in presenza di direttive in proposito, ogni determinazione relativa all'esercizio dell'azione penale si ritroverebbe inevitabilmente legata alle decisioni del dirigente, anziché alla semplice sussistenza dei presupposti legislativamente prestabiliti»⁹⁰.

a sé una causa che aveva corso dinanzi ad un qualsiasi altro tribunale ecclesiastico»: cfr. *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, a cura di J.I. ARRIETA, Coletti a San Pietro, Roma, 2004, p. 943, *sub can.* 1417.

⁸⁸ Sul punto, sia consentito rinviare a F.S. REA, *L'esercizio della potestà giudiziaria del fedele laico attraverso il prisma della Potestas gubernandi* in *Ecclesia. Sollecitazioni teologiche e canonistiche per una "Chiesa in uscita"*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2018, 37, pp. 1-61.

⁸⁹ Secondo C. VALENTINI, *Obbligatorietà dell'azione penale, patologie della prassi e mancanza di controlli*, cit., p. 1031, «... esercitare l'azione penale è atto tutt'altro che discrezionale, nella misura in cui il p.m. deve agire tutte le volte in cui la fattispecie concreta, emergente dagli elementi probatori raccolti durante indagini complete, gli risulti corrispondente con una fattispecie astratta di reato, sulla scorta di un'opera valutativa che è tipica opera di sussunzione e null'altro».

⁹⁰ M. PIERANGELI, *Pubblico ministero, giudice ed esercizio dell'azione penale: tra esigenze costituzionali, conflitti di attribuzione e principio di leale collaborazione*, in *Giur. cost.*, 2010, 4, p. 3663. Invero, prosegue l'A., «il carattere della obbligatorietà, in quanto attiene all'esercizio di una funzione e in quan-

Nel diritto processuale italiano, d'altronde, un simile potere di controllo è affidato soltanto al giudice⁹¹ (cfr. art. 409, comma 5, c.p.p.)⁹² – sebbene, negli attuali progetti di riforma, si stia animatamente discutendo circa l'elaborazione di eventuali linee-guida disposte con legge da parte del Parlamento, ex art. 1, comma 9, lett. b) L. n. 124/2021⁹³ – escludendosi l'in-

to, a sua volta, l'esercizio obbligatorio di essa attende alla garanzia del principio generale di eguaglianza e – nella specie – del principio di legalità nell'azione penale, è tale da imporsi in via diretta e immediata a quello specifico soggetto che nel caso concreto vi è deputato, senza possibilità di intermediazione altrui, nemmeno quelle in ipotesi derivanti dalla struttura dell'ufficio» (ivi, p. 3662).

⁹¹ Al quale spetta la «possibilità di contrastare le inerzie e le lacune investigative del pubblico ministero»: così Corte cost. n. 88/1991, in *Giur. cost.*, 1991, 3, p. 566. Nota, in argomento, V. MAFFEO, *Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, cit., p. 17, che il giudice svolge una «funzione di “controllo” sull'operato del pubblico ministero e di “garanzia” dei diritti della persona sottoposta alle indagini in modo da assicurare che siano osservati determinati canoni normativi nella conduzione delle indagini e che trovi attuazione il principio costituzionale per il quale la compressione delle libertà fondamentali può avvenire solo nei limiti della riserva di legge». Sul punto, cfr. V. GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1988, 1, c. 354 ss.

⁹² Tale norma dispone che «fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare». Sul punto, cfr. D. POTETTI, *Il principio di completezza delle indagini preliminari e i poteri istruttori del “giudice preliminare”*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 5, pp. 463-488.

⁹³ Cfr. A. SPATARO, *La riforma del processo penale (Legge 27 settembre 2021, n. 134)*, in *Pol. dir.*, 2021, 4, pp. 646-647: «Si prevede che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito di criteri generali indicati con legge dal Parlamento, individuino priorità trasparenti e predeterminate, da indicare nei progetti organizzativi delle procure ... “allineandoli”, quanto alla procedura di approvazione, a quella delle tabelle degli uffici giudicanti. La prima parte di questa previsione, a parere di chi scrive, non è in alcun modo condivisibile: la selezione delle priorità di intervento dei pubblici ministeri, anche solo nell'ambito di linee guida generali e non di un cogente catalogo di reati, non può essere materia di competenza del Parlamento (e, conseguentemente, delle maggioranze esistenti), perché ciò aprirebbe la strada a seri pericoli per l'autonomia della magistratura e dei pubblici ministeri in particolare, e finirebbe col determinare seri rischi per il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, che garantisce anche l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge». Sul

tervento di un soggetto terzo sull'inerzia del pubblico ministero, il quale altro non farebbe che «frustrarne la caratteristica di indipendenza nell'esercizio delle proprie funzioni oltre che disattendere il principio della eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge»⁹⁴.

Peraltro, siffatta elevata discrezionalità in capo all'Ordinario nel segmento temporale tra l'indagine e la fase processuale pare stridere con una sterzata in senso diametralmente opposto impressa dalla riforma recente in relazione al diritto penale sostanziale; nella fattispecie, il novellato can. 1341 *C.i.c.* – pur preservando l'equilibrio, proprio al diritto penale canonico, tra pastoralità e giuridicità⁹⁵ – ha visto la sostituzione del verbo *curet* con *debet* «iudicalem vel administrativam ad poenas irrogandas vel declarandas promovere»⁹⁶. L'Ordinario ora non deve aver cura di avviare la procedura, ma è obbligato a farlo, in senso giuridico, attuandosi quella che la dottrina ha definito una «“torsione normatologica”, in quanto, se nel vecchio testo si affermava che l'Ordinario poteva avviare l'azione penale solo quando aveva verificato l'inefficacia di altri mezzi, adesso si afferma invece che l'Ordinario deve avviare una procedura giudiziaria o amministrativa solo qualora abbia constatato che altri interventi si sono mostrati inefficaci», passando, dunque, «da un principio per cui l'Ordinario

tema cfr. G. D'ELIA, *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale ed eguaglianza a proposito dei “criteri di priorità” nell'esercizio dell'azione penale*, in *Giur. cost.*, 1998, 4, p. 1879 ss.

⁹⁴ Cfr. Corte cost., 26 luglio 1979, n. 84, in *Giur. cost.*, 1979, 3, p. 637.

⁹⁵ Cfr. J.L. HIEBEL, *Pastorale et droit canonique penal*, in *Revue de droit canonique*, 2006, 1, pp. 163-183.

⁹⁶ Cfr. M. MOSCONI, *L'avvio della procedura per l'applicazione della sanzione penale nella revisione del libro VI del CIC, tra opportunità e dovere per l'ordinario diocesano*, in *Quad. dir. ecclesiale*, 2022, 3, p. 279, ad avviso del quale «il cambiamento, tutt'altro che trascurabile, evidenzia che il senso della norma non è quello di impedire il ricorso alla procedura (giudiziaria o amministrativa) per l'applicazione di una pena, ma stabilire che davanti alla notizia fondata di un delitto ... vi sia, in caso di inefficacia di altri mezzi per perseguire i fini della pena (da esperire comunque in modo prioritario), un vero e proprio dovere di avviare la procedura penale».

non può, se non dopo aver... al principio per cui l'Ordinario deve a meno che...»⁹⁷.

Emerge, perciò, una mancata coesione tra un *input* volto ad apprestare un rimedio alla più volte denunciata inazione di molti Ordinari dal punto di vista dell'attuazione del diritto penale e quanto, invece, nella *investigatio prævía* rimane circoscritto a una libertà poco controllabile da parte dell'autorità⁹⁸ e che, pur meritevolmente, si premura di proteggere la buona fama dell'indagato a monte, anziché – forse in via giuridicamente più preferibile – a valle, dopo aver comunque esercitato l'azione penale ma *sub* controllo *a posteriori* di un soggetto investito della potestà giudiziale; ciò magari attraverso l'elaborazione di criteri-guida, anche di matrice giurisprudenziale, utili per orientare la scelta relativa all'eventuale esercizio dell'azione penale o, in alternativa, ad una archiviazione⁹⁹.

Un altro aspetto che sembra rendere precaria la posizione dell'indagato nella *investigatio prævía* dal punto di vista dell'autorità procedente può ravvisarsi nell'assenza di un

⁹⁷ Cfr. A. D'AURIA, *Diritto penale, conversione e bene ecclesiale*, in *Il diritto penale al servizio della comunione della Chiesa*, cit., pp. 59-60, il quale sottolinea come ci sia stato «un rafforzamento e un invito più esplicito da parte del Legislatore supremo ad usare lo strumento penale; e potremmo altresì dire che vi è stata la chiara scelta di “depennare” dall'ordinamento canonico tutti quegli elementi che potevano apparire come un inutile deterrente o scoraggiamento dissuasorio all'esercizio dell'azione penale».

⁹⁸ Ricorda in proposito M. MOSCONI, *L'indagine prævía e il ruolo dell'Ordinario*, in *Il diritto nel mistero della Chiesa. IV) Prassi amministrativa e procedure speciali*, a cura di GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2014, p. 291, che «la non ottemperanza dei doveri dell'Ordinario nel reagire ai delitti e quindi anche il non avviare l'indagine prævía quando le circostanze lo esigono può essere un comportamento che danneggia la comunione ecclesiale e che configura, da parte dell'Ordinario, il delitto di grave omissione di atto d'ufficio di cui al can. 1389, §2».

⁹⁹ Cfr. Corte Cost., 20 aprile 2009, n. 121, in www.cortecostituzionale.it, ove si puntualizza che «la decisione sull'esercizio dell'azione penale si fonda su una valutazione di utilità del passaggio alla fase processuale: valutazione a carattere “dinamico”, che tiene conto anche di quanto può ritenersi ragionevolmente acquisibile nella fase dibattimentale, quale sede istituzionalmente preordinata alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti e, dunque, ad un possibile sviluppo, in chiave probatoria e ai fini della decisione di merito sulla regudicanda, degli elementi raccolti nella fase investigativa».

principio che corrisponda a quello sancito *ex art. 25 Cost.*, vale a dire la soggezione al giudice naturale precostituito per legge¹⁰⁰. Invero, soprattutto nel processo amministrativo non è infrequente l'ipotesi di giudici *ad casum* che si troverebbero vincolati alle risultanze di una indagine svolta da altri, quasi equiparando l'assoluzione di un imputato ad una valutazione nel merito dell'impianto accusatorio edificato dai predecessori¹⁰¹. Tralasciando la questione relativa alla costituzione dei tribunali speciali nella Chiesa e alla possibilità *ex can. 1423, §1, C.i.c.* di deferire la causa a un tribunale di prima istanza *in solidum* con altri vescovi, in caso di assenza di tribunale diocesano, ciò che colpisce è la disparità di disciplina tra il processo giudiziario e quello amministrativo.

Invero, mentre nel primo il *can. 1721, §1, C.i.c.* parla di una trasmissione di atti dell'Ordinario al promotore di giustizia, il quale a sua volta dovrà presentare al giudice il libello di accusa – dandosi almeno una limitata parvenza di separazio-

¹⁰⁰ Cfr. J. LLOBELL, *Il giusto processo penale nella Chiesa e gli interventi (recenti) della Santa Sede. Prima parte*, in *Arch. giur.*, 2012, 2, p. 207: «... il principio secondo cui a giudicare una causa deve essere il "giudice naturale" presuppone, negli ordinamenti civili, la sottomissione delle parti processuali ad un'unica potestà giudiziaria, quella del rispettivo Stato. Il principio mira ad individuare soltanto il tribunale competente, fra quelli previsti *ratione materiae*, per garantire armonicamente sia la tutela dei diritti delle parti ... sia l'economia processuale. Nell'ordinamento canonico, invece, i fedeli hanno, almeno normalmente, due giudici naturali giacché sono sottoposti a due diverse "giurisdizioni", appartenenti ad altrettanti ordinari propri: il Vescovo diocesano e il Romano Pontefice, senza che detta situazione intacchi minimamente l'unità della Chiesa».

¹⁰¹ Cfr. J. LLOBELL, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo*, in *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, cit., p. 115, il quale descrive la non fantasiosa eventualità in cui «il titolare dell'azione penale è talmente convinto della colpevolezza dell'accusato e considera tanto importante per il bene pubblico la sua condanna che può delegare la potestà giudiziaria a persone della sua diocesi che egli, per diversi motivi, ritiene che condanneranno sicuramente l'imputato. I delegati possono accorgersi di questa situazione dopo l'accettazione della nomina e trovarsi così nella difficile, ma doverosa, situazione – qualora non abbiano certezza morale sulla colpevolezza dell'accusato – di non assecondare i desideri del Superiore, o di dimettersi dall'incarico ricevuto, con la consapevolezza che questa giusta condotta potrà comportare delle conseguenze negative nei rapporti futuri con il loro vescovo diocesano».

ne tra le figure che confluiranno nel processo¹⁰² (nonostante in capo all'Ordinario permangano comunque poteri che andrebbero riservati al giudice come l'emanazione di provvedimenti cautelari *ex can. 1722 C.i.c.*) – nel secondo si assiste ad una totale sovrapposizione tra investigatore e giudice¹⁰³, con una palese compressione del principio di terzietà¹⁰⁴, non essendo applicabile la clausola di incompatibilità prevista al can. 1717, §3, *C.i.c.*, che il legislatore ha esplicitamente riservato alla via giudiziaria¹⁰⁵. In altre parole, in tale seconda opzione vi è

¹⁰² Cfr. R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo codice di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1983, p. 132, ad avviso del quale «la figura del promotore di giustizia risulta oggi, in conseguenza del detto del can. 1721 §1 quasi snervata e semplice esecutrice passiva della volontà dell'ordinario. Qualificazione, questa, ulteriormente rafforzata dal dettato del can. 1724 §1, secondo cui il promotore di giustizia può rinunciare all'istanza, dietro mandato o previo consenso dell'ordinario, «*ex cuius deliberatione processus promotus est*»».

¹⁰³ Cfr. A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, cit., pp. 149-150: «L'investigatore non può, se in seguito è avviato un procedimento giudiziario, fungere da giudice. È l'esigenza dell'imparzialità. Non conviene pertanto che l'investigatore sia il Vicario giudiziale. Il divieto, però, non esiste se si segue la procedura stragiudiziale. Chi ha condotto l'indagine previa, non escluso il Vicario giudiziale, potrebbe quindi essere delegato dall'Ordinario a condurre il processo stragiudiziale, sebbene sembri non conveniente, per analogia al processo giudiziario, meglio per gli stessi principi che sono all'origine del divieto nel processo giudiziario, vale a dire l'esigenza dell'imparzialità».

¹⁰⁴ Cfr. B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, cit., p. 539, il quale evidenzia l'opportunità «che non sia il vicario giudiziale a svolgere l'indagine previa, se si vuole che non gli sia precluso lo svolgimento del suo compito nel giudizio sulla causa. A rigor di logica, non pare essergli vietata la conduzione del procedimento penale extragiudiziale, qualora egli abbia già svolto l'indagine previa sul caso, poiché ambedue gli incarichi restano nel medesimo alveo amministrativo. La sommatoria dei due incarichi nella stessa persona sembra, però, sconveniente per l'analogia esistente tra le due vie processuali, giudiziale e amministrativa, a garanzia del *favor rei*».

¹⁰⁵ La *ratio* di tale soluzione è ben spiegata – anche se relativamente alle disposizioni del *Codex* del 1917 – da M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici. De processibus*, Marietti, Taurini-Romæ, 1962, p. 1463: «Ratio autem huius prohibitionis huc præsertim spectat ut iudex animum præoccupatum non habeat. Debet utique etiam inquisitor inquisitorem facere sine ulla idea præconcepta de reitate vel innocentia requisiti seu denunciati; at facile accidere potest quod inquisitor in ipsa inquisitionem animum suum præoccupet et iam de reitate denunciati antequam ipse se defendere potuerit, in sua mente pronuntiet. Ad hoc evitandum optimo consilio præceptum est ne ea-

una totale coincidenza tra il soggetto che riceve la *notitia criminis*, quello che conduce l'indagine e quello che, al termine della medesima, deciderà se dar luogo a processo penale amministrativo¹⁰⁶, a differenza di quanto recentemente previsto dall'art. 20, §4, delle nuove *Normæ de delictis reservatis* ove – anche nella procedura extra-giudiziaria – viene fatto divieto all'investigatore di assumere il ruolo di delegato o di assessore, ricalcando la distinzione tra colui che si adopera per l'edificazione dell'impianto probatorio e colui che di tale apparato sarà chiamato a valutare l'idoneità in sede dibattimentale, «la quale viene più facilmente compromessa ove si verifica una identità tra colui che promuove l'accusa, raccoglie il materiale ed emana la decisione»¹⁰⁷.

Nella procedura giudiziaria ordinaria, al contrario, l'indagine previa e i suoi risultati beneficiano di una sorta di 'filtro' ad opera del promotore di giustizia, unico soggetto deputato

dem sit persona inquisitor quæ postea iudex esse debebit». Cfr. G.P. MONTINI, *Il soggetto che conduce l'indagine previa e il giudice del collegio nel processo penale: la valenza del can. 1717, §3, seconda parte*, in *Periodica de Re Canonica*, 2014, 2, pp. 629-662.

¹⁰⁶ Nota A. D'AURIA, *Il processo penale amministrativo. Rilievi critici*, in *La procedura nei delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, a cura di C. PAPALE, Urbaniana University Press, Roma, 2018, p. 81, come «l'obbligatorietà della distinzione tra colui che conduce l'indagine previa e il soggetto che dovrà poi decidere della causa è indicata dal can. 1717, §3 CIC solamente per il processo giudiziale. Non sarà quindi da considerarsi *contra ius* il fatto che in un processo penale amministrativo l'Ordinario conduca l'indagine previa e poi sia lui stesso a realizzare la procedura tesa all'infrazione della pena. Ciò dal punto di vista dell'unitarietà di natura, di origine e di esercizio della *Sacra Potestas*, potrebbe anche non costituire un problema, in quanto nell'ordinamento giuridico della Chiesa le tre flessioni dell'unica potestà sacra fanno capo alla stessa autorità ecclesiastica ... /Di fatto, però, occorre tener presente che, probabilmente, il giudice-vescovo, nel momento in cui si troverà a dover giudicare, difficilmente riuscirà a mantenere una certa imparzialità rispetto alla causa in questione, dato che è stato egli stesso a condurre l'indagine e ad istruirla». In merito cfr. K. MARTENS, *Administrative Procedure in the Roman Catholic Church: Difficulties and Challenges*, in *Ephemerides Theologicae Lovanienses*, 2000, 1, pp. 354-380.

¹⁰⁷ La considerazione è di M. TEIXIDOR VIAYNA, *L'assetto procedurale della recente modifica delle "Normæ de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis": esegesi e suggestioni*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, Rivista telematica (www.statoechurch.it), 2022, 5, p. 96.

a formulare l'accusa¹⁰⁸, il quale appurerà se quanto raccolto dall'Ordinario o da un delegato possa essere ritenuto fondato o meno¹⁰⁹, agendo – sulla falsariga del pubblico ministero nel processo italiano – in quanto «collocato in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere e che non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge perseguendo fini di giustizia»¹¹⁰; e ciò lo farà appropriandosi, in qualche modo, dell'indagine, ricevendo il fascicolo dall'Ordinario per poi formulare il libello di accusa trasmettendolo al giudice¹¹¹ e ricalcando sommariamente la separazione prevista nel processo penale italiano tra il fascicolo del pubblico ministero e quello del dibattimento¹¹².

¹⁰⁸ Cfr. APOSTOLICUM ROMANÆ ROTÆ TRIBUNAL, *Decisio coram McKAY*, 23 luglio 2010, in *Rotæ Romanae Decisiones*, 2011, n. 8, p. 315: «... in causa penali unus promotor iustitiae ... iure gaudet agendi (can. 1721, §1, cf. can. 1430)».

¹⁰⁹ Cfr. A.G. MIZINSKI, *L'indagine previa (cc. 1717-1719)*, in *Il processo penale canonico*, cit., p. 173, il quale rileva come «nella procedura giudiziaria l'Ordinario ... deve passare gli atti dell'indagine al Promotore di giustizia, il quale presenta il libello di accusa al tribunale (cfr. can. 1721). In tal senso, l'indagine previa o i risultati di tale indagine sono in certo modo filtrati dal Promotore di giustizia il quale, prima di procedere, deve valutare se quanto è stato raccolto e prodotto dall'Ordinario o dal suo delegato sia fondato o no».

¹¹⁰ In questi termini Corte cost., 23 aprile 1975, n. 91, in *Giur. cost.*, 1975, 4, p. 817.

¹¹¹ Cfr. C. PAPAIE, *Il processo penale canonico. Commento al Codice di diritto canonico, Libro VII, Parte IV*, Urbaniana University Press, Roma, 2012², p. 80, il quale osserva che «nel processo giudiziale, invece, la funzione della pubblica accusa è esercitata ... dal promotore di giustizia, e il giudice viene a conoscenza dei fatti di causa solamente con la presentazione del libello accusatorio: prima di questo momento egli nulla sa dei fatti contestati all'imputato, e ciò non può non favorire la sua serenità d'animo nel prendere la decisione finale».

¹¹² Invero, «ciò che l'Ordinario a questo scopo raccoglie, anche attraverso persone idonee, ha valore all'interno della fase pre-processuale, ma non nel giudizio stesso, cioè per il momento in cui il giudice sarà chiamato ad esprimersi sul merito della causa, condannando o assolvendo l'imputato»: così R. COPPOLA, *Diritto penale e processo. Caratteri distintivi nel quadro delle peculiarità del processo canonico*, in *Il processo penale canonico*, cit., p. 57. Per la disciplina statale, cfr., *ex multis*, P. BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Cedam, Padova, 2017.

Nel procedimento extragiudiziale, invece, è il medesimo Ordinario a proseguire nella fase successiva, sicché il processo «non avendo uno strumento di controllo, potrebbe già dirsi deciso in anticipo»¹¹³. Ed invero, la pressoché totale commistione delle figure in capo all'Ordinario (che svolge le indagini, esercita l'azione penale e, in ultimo, emetterà l'eventuale decreto di condanna) espone il naturale corso procedimentale, oltre che ad una violazione del principio di imparzialità¹¹⁴, ad un non irrisorio pericolo di contaminazione, poiché una volta terminata la *investigatio prævía* e maturata la convinzione circa la fondatezza e sufficienza di quanto raccolto, potrebbe rivelarsi arduo scardinare nell'autorità una intima persuasione circa la colpevolezza dell'(ormai) imputato¹¹⁵, a ben poco ostando a tale distorsione l'obbligo di consultazione – la cui omissione causerebbe il vizio del decreto per nullità *ex can.* 127, §1 *C.i.c* – giacché «sarà sufficiente che venga ascoltato il parere dei due *assessore*s che coadiuveranno il giudice nella

¹¹³ Cfr. A. CALABRESE, *La procedura stragiudiziale penale*, in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, a cura di ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1992, p. 275.

¹¹⁴ Come insegnato da E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 2, p. 561, «l'imparzialità rischia di restare compromessa quando un soggetto abbia a giudicare di una prova da lui stesso cercata e per sua iniziativa acquisita al processo».

¹¹⁵ Spiega, a tal proposito, I. ZUANAZZI, *La procedura di formazione dell'atto amministrativo singolare: esigenze pastorali ed esigenze giuridiche*, in *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, a cura di J.I. ARRIETA, Marcianum Press, Venezia, 2008, pp. 124-125, che «mentre il giudice mantiene una posizione imparziale riguardo all'oggetto della controversia e dirige lo svolgimento del processo rispettando i poteri dispositivi delle parti, l'autorità amministrativa è l'unica e diretta responsabile in ordine alla materia da trattare e svolge d'ufficio e in autonomia tutta l'attività di preparazione e di formazione del provvedimento. La decisione amministrativa, poi, non è presa, come la sentenza, alla fine del procedimento, traendola in via deduttiva *ex actis et probatis*, ma si forma ... nel corso del procedimento, perché è la stessa autorità amministrativa che sceglie quali attività svolgere, quali tappe seguire e quali informazioni assumere, per ... decidere contestualmente come procedere ulteriormente. La disposizione finale, quindi, emerge in modo induttivo dalla stratificazione, nella successione delle diverse fasi, di operazioni e di valutazioni giuridiche fatte dalla stessa autorità amministrativa».

valutazione degli elementi di prova, ma non occorrerà il loro consenso»¹¹⁶.

Se la sovrapposizione tra la figura dell'investigatore e quella del giudice (nel processo extra-giudiziale) desta non poche preoccupazioni in capo ad un giurista attento alle garanzie della persona indagata, non altrettanto può dirsi della mancata sussunzione – nell'alveo delle incompatibilità – della figura del promotore di giustizia «che ben può essere designato come *investigator* nella fase dell'indagine previa e svolgere successivamente il suo specifico ufficio diretto alla tutela del bene pubblico»¹¹⁷. Tale osmosi tra i due soggetti è, invero, del tutto plausibile, sia nel processo canonico¹¹⁸ sia in quello italiano, ove la figura del pubblico ministero che conduce le indagini coincide con la pubblica accusa che – nella fase processuale – sosterrà l'eventuale colpevolezza dell'imputato, *id est* «la persona alla quale è attribuito il reato nell'imputazione formulata con la richiesta di rinvio a giudizio»¹¹⁹, ostando ad eventuali pericoli di pregiudizio e indebito vantaggio della parte pubblica sul soggetto indagato¹²⁰ la stessa funzione di tutela del be-

¹¹⁶ Così E. MARTINELLI, *L'azione penale nell'ordinamento canonico. Uno studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 97, nota 56.

¹¹⁷ Cfr. L. GRAZIANO, *La prævía investigatio e la tutela dei diritti nell'ordinamento penale canonico*, in D. CITO (a cura di), *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, cit., p. 502.

¹¹⁸ Per J.M. SANCHIS, *L'indagine previa al processo penale*, cit., p. 526, «niente impedisce che l'investigatore possa fungere da promotore di giustizia nel posteriore processo penale, anzi potrebbe essere consigliabile in taluni casi».

¹¹⁹ Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2010¹¹, p. 123.

¹²⁰ Cfr. D.G. ASTIGUETA, *L'indagine previa: alcune problematiche*, cit., pp. 209-210, il quale ravvisa «il pericolo che si possa produrre una certa confusione tra la verifica della veridicità e una personale attività dell'investigatore in vista della produzione di prove future. Dato che nel possibile processo toccherà a lui portare avanti il caso, cercando di sostenere l'accusa, potrebbe cominciare quest'attività inconsapevolmente durante la fase previa. ... Si potrebbe argomentare anche (successivamente al processo) che la parte attrice ha avuto vantaggio sulla parte accusata, non rispettando il contraddittorio necessario in ogni processo, giacché ha avuto tempo considerevolmente maggiore di quello offerto all'altra parte per avere e studiare le prove, lesionando così il diritto alla difesa».

ne pubblico accordata *in nuce* al ruolo del promotore di giustizia che è apprestata a garantirne il *fair play* da controparte.

E se è vero che il processo penale canonico sembra accordare una preferenza alla via giudiziaria (non foss'altro per la maggiore densità di norme e per la clausola «quoties iustæ obstant causæ» prevista al can. 1342 *C.i.c.*)¹²¹, del pari non può negarsi che «la tentazione d'intraprendere scorciatoie per arginare fenomeni emergenti, come può essere quello della pedofilia anche all'interno delle strutture ecclesiastiche è sempre dietro l'angolo: ma è un sentiero non privo di rischi, soprattutto per il sacrosanto diritto all'autodifesa»¹²². La stessa previsione delle cause ostative reca in sé un potenziale di scelta talmente elevato che un controllo sulla correttezza del rito adoperato finisce per essere assorbito, ancora, da una eccessiva discrezionalità¹²³ e finanche da esigenze di tipo meramente pratico, come l'assenza di personale debitamente preparato a condurre, in modo confacente, un processo penale giudiziario¹²⁴, tanto più che occorrerebbe rammentare il dovere –

¹²¹ Cfr. F.C. EASTON, *The Development of Cic Canon 1342 §1 and its Impact upon the Use of the Extra-Judicial Penal Process*, in *Studia Canonica*, 2014, 1, pp. 129-149.

¹²² Così P. AMENTA, *Diritto processuale penale canonico e inveroamento del principio fondamentale del diritto di difesa*, cit., p. 17.

¹²³ Come evidenziato da M. MOSCONI, *L'indagine previa e l'applicazione della pena in via amministrativa*, in *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali. XXV Incontro di Studio, 29 giugno – 3 luglio 1998*, a cura di GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Giuffrè, Milano, 1999, p. 211, «la giusta causa deve essere tale da ribaltare la presunzione stabilita dalla norma canonica ma non è necessario che sia tale da determinare la non percorribilità della via giudiziaria».

¹²⁴ Cfr. G. BONI, *Il Libro VI De sanctionibus pœnalibus in Ecclesia: novità e qualche spigolatura critica*, cit., p. 102, ad avviso della quale gran parte delle ragioni sottese al «tracollo del sistema penale canonico» sono da ravvisare nella «ignoranza e imperizia dei pastori *in procedendo*, a causa della quale vescovi e superiori, al momento della *notitia criminis*, spesso non sanno come muoversi né dispongono di risorse umane, cioè di personale canonicamente ferrato, preparato allo scopo e in grado di ausiliarli e coadiuvarli». Peraltro, già anni or sono C. GULLO, *Le ragioni della tutela giudiziale in ambito penale*, in *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 149-150, lamentava il fatto che «i canonisti penalisti sono «una specie in via di estinzione», da proteggere gelosamente; e proprio perché i cultori della materia sono pochi ed i magistrati e avvocati specializzati (penalisti) non

quantomeno etico – di «non improvvisarsi giuristi, se non si è tali»¹²⁵.

Peregrina non sembrerebbe, a tal proposito, la predisposizione di criteri a monte, sulla scorta del processo penale italiano, relativi a requisiti funzionali alla scelta del rito per decreto *ex art. 459 c.p.p.*, magari attraverso la collaborazione dell'indagato in un'ottica di premialità per il soggetto che scelga di optare per tale procedura; aspetto, quest'ultimo che, oltre a consentire un notevole snellimento delle procedure, concretizzerebbe anche quello stile sinodale reclamato con forza dal recente pontificato e che, dal punto di vista giuridico, si declina nel principio di razionalità dialogica tra le parti¹²⁶ nell'ottica di un «rapporto giuridico tipicamente canonistico, volto al superamento dei conflitti e concepito, pertanto, come partecipazione globale»¹²⁷.

Nel prisma di una partecipazione effettiva dei soggetti destinatari di un atto non si comprende, perciò, perché non possa rientrare anche una consultazione con l'indagato ai fini della scelta di un rito deflattivo che – a differenza del procedimento per decreto penale italiano – non è ispirato a criteri di premialità ma si applica soltanto in casi residuali rispetto a quello giudiziario. Al contrario, deve notarsi come l'indagato non benefici di alcuna garanzia di interlocuzione nella scelta

esistono, anche gli approfondimenti di diritto processuale penale sono quantitativamente limitati, il che non facilita nessuno, né l'Autorità né l'accusato».

¹²⁵ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *L'attenzione alla parte convenuta nella fase previa*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 2018, 1, p. 85.

¹²⁶ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, Eupress FTL, Lugano, 2008, p. 172, ad avviso del quale «nell'applicazione delle norme sull'esercizio del diritto di difesa, l'agire interlocutorio da parte del giudice, nell'espletamento delle sue facoltà direzionali, risponde al principio della comunicazione razionale o razionalità dialogica, che non prescinde dalla razionalità soggettiva di ognuna delle parti, ma obbliga a valutare le motivazioni adottate negli atti da loro posti per ottenere un dato pronunciamento».

¹²⁷ Cfr. R. COPPOLA, *La tutela dei diritti nel processo penale canonico*, in *Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico. Atti del XX Congresso canonistico, Gallipoli – Settembre 1987*, a cura di ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1987, p. 82.

del rito cui il proprio caso sarà assoggettato¹²⁸; sarà l'Ordinario ad esprimersi secondo il suo prudente giudizio risultando di fatto preclusa all'indagato anche ogni tipologia di impugnazione avverso il provvedimento decisorio. Facoltà che, in ogni caso, risulterebbe altamente aleatoria considerata l'assenza di tipizzazione dei reati per i quali procedere per decreto e di criteri discretivi che facciano propendere per l'adozione di un determinato rito rispetto ad un altro¹²⁹.

4. *Vulnera ex parte 'rei'. Il coinvolgimento dell'indagato quale prospettiva deontica di una fase pre-processuale garantista*

Proprio la mancata consultazione dell'indagato in talune fasi cruciali sembra costituire uno dei maggiori *vulnera* di questo delicato segmento procedimentale; durante la fase della *investigatio prævia* occorre, invero, fare i conti con un com-

¹²⁸ Si chiede, in proposito, A. INTERGUGLIELMI, *Le questioni della definizione dei limiti e della sufficienza delle garanzie per l'indagato nello svolgimento dell'indagine previa "ex can. 1721, Cic"*, in *"Iustitia et Iudicium". Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, vol. IV, a cura di J. KOWAL, J. LLOBELL, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, p. 2157: «Per una maggiore tutela dell'accusato, nel caso che il decreto dell'Ordinario decida per la procedibilità, non sarebbe opportuno consentire, al destinatario delle indagini, di poter richiedere l'adozione alla via giudiziale? Soluzione forse utile anche per poter correggere la diffusa, spesso non corretta, tendenza di preferire la via amministrativa».

¹²⁹ Cfr. P. CIPROTTI, (voce) *Diritto penale canonico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, p. 13, il quale individua due cause che possono scongiurare il processo giudiziario e far virare su quello amministrativo: «1. Che il colpevole di un delitto non contesti di averlo commesso e di esserne responsabile; in tal caso l'esigenza della certezza è soddisfatta indipendentemente dal processo giudiziario, e quindi sarebbe superfluo, ai fini della giustizia della condanna, spendere previamente tutte le energie necessarie per il procedimento stesso; 2. Che la notizia del delitto non sia già divulgata o facilmente divulgabile, e quindi sia sconsigliabile l'uso del procedimento penale ordinario, che potrebbe dar luogo a un pericolo o danno alla società, che supererebbe o neutralizzerebbe o attenuerebbe la riparazione del danno sociale a cui tende la punizione del colpevole, e potrebbe inoltre causare al colpevole un inutile danno».

plesso contrappeso di interessi: da un lato, vi è l'esigenza di aggirare il pericolo di inquinamenti 'probatori' e/o occultamenti che potrebbero compromettere le istanze di giustizia; dall'altro, le necessità di informazione e di difesa impongono che l'indagato possa orientarsi in modo circostanziato sugli elementi di accusa e non brancolare nel buio in attesa della citazione a giudizio quando tutto sarà ormai predisposto¹³⁰. Egli, al contrario, «non sembra avere il diritto di sapere che si sta indagando su di lui e perché, e neppure a chi sia imputabile la messa in funzione di questo meccanismo»¹³¹, e ciò in via sostanzialmente difforme da quanto previsto nei lavori preparatori al *Codex* del 1983¹³². Se è vero, infatti, che in taluni casi non possono misconoscersi necessità di segretezza, legate anche al pericolo di compromissione della buona fama dell'indagato, vale parimenti l'urgenza opposta, *rectius* quella di fare in modo che egli abbia una conoscenza almeno parziale di quanto grava a suo carico¹³³.

¹³⁰ Cfr. J. LLOBELL, *Giusto processo e "amministrativizzazione" della procedura penale canonica*, cit., p. 25: «Non vi è alcun dubbio che i contenuti essenziali del diritto di difesa appartengano al diritto naturale, indipendentemente dalla natura amministrativa o giudiziale della procedura. Pertanto, il diritto a conoscere l'identità del denunciante, l'oggetto preciso della denuncia e le relative prove, e a contraddirle, non può mancare in ogni processo giusto ... E ciò non solo perché è richiesto il diritto di difesa, ma anche perché ... detti istituti sono strumenti tanto preziosi quanto necessari per assicurare l'accertamento della verità da parte di chi deve decidere».

¹³¹ Cfr. C. GULLO, *Le ragioni della tutela giudiziale in ambito penale*, cit., p. 152.

¹³² Cfr. *Communicationes*, 1980, p. 89 ss.

¹³³ Cfr. L.T. MUSSO, *La posizione dell'accusato in ambito canonico*, in *Il diritto penale al servizio della comunione della Chiesa*, cit., p. 291, ove si afferma che «la sistematica esclusione dell'indagato dall'ambito dell'indagine previa determina la mancanza di partecipazione di quel soggetto (forse falsamente) accusato che potrebbe immediatamente chiarire delle situazioni apparentemente dubbie e rivelarsi assai utile per definire l'indagine. Infatti si potrebbero acquisire informazioni direttamente dal sospettato senza alludere all'indagine in corso e senza creare sospetti sull'esistenza della stessa, per evitare reazioni a danno del buon esito dell'operazione d'indagine». In senso analogo L. GRAZIANO, *La prævía investigatio e la tutela dei diritti nell'ordinamento penale canonico*, cit., p. 504: «Realisticamente, non si vede ... come l'Ordinario possa perseguire e constatare l'avverarsi ... in particolare dell'*emendatio rei*, senza che sia riconosciuto allo stesso *investigatus* un qualche spazio

Si è puntualizzato, in proposito, che «due to the fact that the right of defense must always be protected, it seems that an obligation does exist even if it's not clearly expressed within canon law. It can also be generally stated that there are very few times when an entire preliminary investigation can be conducted without the need to consult the *investigatus* about the validity of the accusation»¹³⁴. Nonostante si tratti, in verità, di una fase da molti considerata come amministrativa, il primario riflesso che il suo esito avrà sulla condizione giuridica dell'indiziato¹³⁵ sembra – se non formalmente – quantomeno sostanzialmente orientarla verso una dimensione che postula la predisposizione di alcune cautele proprie del momento tecnicamente giurisdizionale¹³⁶, inducendo parte della dot-

attivo almeno nelle ultime battute della *prævia investigatio*. Tale dialettica, precisa l'A., sarebbe «preziosa ai fini di una prima (ma significativa) emersione della posizione dello stesso riguardo ai fatti ed alle circostanze oggetto dell'indagine, nonché ad elementi che possono gettare ulteriore luce sui profili connessi alla sua imputabilità, ma anche riguardo a fattori significativi ai fini della verifica delle auspiccate eventualità di cui al c. 1341». In argomento si vedano anche le acute considerazioni di S. BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 3, pp. 885-909.

¹³⁴ Cfr. J.P. BEAL, *To Be or Not to Be: That is the Question. The Right of the Accused in the Canonical Process*, in *Canon Law Society of America Proceedings*, 1991, 1, p. 86.

¹³⁵ Cfr. A. INTERGUGLIELMI, *Le questioni della definizione dei limiti e della sufficienza delle garanzie per l'indagato nello svolgimento dell'indagine previa "ex can. 1721, Cic"*, cit., p. 2155, il quale avverte che «il carattere amministrativo di questa fase pre-processuale e le superiori esigenze di tutela dell'indagato potrebbero far ritenere utile prevedere invece un intervento dell'indagato se non nella fase di svolgimento dell'indagine, almeno al momento dell'emanazione del decreto di avvio della fase successiva: sembra potersi ricondurre alla necessità di garantire l'intervento degli interessati nell'attività procedimentale che conduce all'emanazione di un provvedimento di carattere amministrativo».

¹³⁶ Cfr. E. McDONOUGH, *A "novus habitus mentis" for Sanctions in the Church*, in *The Jurist*, 1988, 2, p. 741: «The preliminary process contained in cc. 1717-1719 appears in itself to be judicial in nature because the material required for further action on the part of the ordinary (issuing a decree) or the judge (issuing a sentence) seems already to have been gathered with only the defense of the accused still to be presented and the final decision or sentence still to be issued».

trina a parlare di una «fattispecie a formazione progressiva»¹³⁷ nella quale il sistematico accantonamento dell'indagato nel prisma del confronto dialogico si riverbera, inevitabilmente, sulla concreta possibilità di esercitare concretamente il suo diritto di difesa¹³⁸.

L'assenza di tutela sembra manifestarsi sia in punto di consultazione con l'Ordinario – a differenza di quanto sancito al can. 1469, §3, *CCEO* ove sussiste l'obbligo del Gerarca di ascoltarlo già nella fase dell'indagine – sia in punto di informazione relativa allo svolgimento stesso della *investigatio prævia*, laddove egli ben potrebbe non venir mai a conoscenza del fatto che si stanno acquisendo elementi atti a corroborare una posizione a lui avversa¹³⁹. Tale ultimo punto afferi-

¹³⁷ In questi termini L. ORTAGLIO, *L'indagine previa nei casi di delicta graviora*, in *Questioni attuali di diritto penale canonico*, a cura di ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012, p. 110, il quale rileva come «l'indagine previa più propriamente potrebbe collocarsi come fase endoprocessuale (all'interno del processo penale), né si può liquidare la questione, come già per il passato anche la dottrina più avvertita ha fatto, dicendo che essa ha natura amministrativa, in quanto si incontrerebbero due procedimenti aventi natura diversa: la “*prævia investigatio*” ed il vero e proprio “*processus ad pœnam irrogandam vel declarandam*”. ... Né vale opporre a questa ipotesi ricostruttiva il richiamare quanto si legge nel can. 1718, dove la decisione dell'Ordinario, che preveda di avviare il processo, è qualificata decreto ... Ormai è di cognizione comune, e sul punto la teoria generale del diritto è conforme, che non può essere il provvedimento finale a qualificare la natura del provvedimento ...» (*ivi*, pp. 109-110).

¹³⁸ Cfr. T.J. GREEN, *CDF Circular Letter on Episcopal Conference Guidelines for Cases of Clerical Sexual Abuse of Minors: Some Initial Observations*, in *The Jurist*, 2013, 1, pp. 164-164, ove l'A. ravvisa, tra i doveri del Vescovo, quello di «inform the cleric of the allegation and give him the opportunity to respond. However, the bishop is to determine what pertinent information is to be communicated to the cleric. Hence the exercise of that discretion will notably influence the ability of the accused cleric and his counsel to exercise the right of defense. Accordingly one would hope for the kind of episcopal openness that would enable the cleric to formulate an appropriate response, even if this is technically not a formal penal procedure. ... it seems that the accused should generally have full access to the notitia *verisimilis criminis* and the information gathered in the preliminary investigation which either supports or does not support the aforementioned *notitia*».

¹³⁹ Cfr. L. GRAZIANO, *La prævia investigatio e la tutela dei diritti nell'ordinamento penale canonico*, cit., p. 503, la quale rileva che «a chi appaia *prima facie* responsabile dell'evento delittuoso, in fase di *prævia investigatio* non

sce all'eventualità in cui l'Ordinario propenda per una archiviazione, in ciò ravvisandosi un parallelismo col processo penale italiano, giacché nel caso in cui si opti per l'instaurazione di un processo (giudiziario o amministrativo), l'Ordinario non potrà fare a meno di interfacciarsi con l'indiziato. Nel primo caso, trasmetterà gli atti di indagine al Promotore di giustizia *ex can. 1721, §1, C.i.c.* affinché questi presenti al giudice il libello di accusa; nel secondo caso – in via più stringata – il *can. 1720 C.i.c.* si limita a prevedere che siano rese note all'indagato «l'accusa e le prove, dandogli la possibilità di difendersi ...».

Orbene, volendo tracciare una linea simmetrica tra le due modalità di informazione dell'indagato nel processo penale canonico (lasciate, per vero, ad innegabile vaghezza) e la disposizione *ex art. 415-bis c.p.p.* che disciplina, dettagliatamente, il provvedimento di avviso di chiusura delle indagini preliminari¹⁴⁰, affiorano alcuni tratti di analisi dalle prospettive interessanti. In particolar modo per quanto concerne il processo extragiudiziale, invero, l'ordinamento canonico sembra vantare un meccanismo maggiormente garantista rispetto a quello italiano in relazione al raffronto con il procedimento per decreto *ex artt. 459-460 c.p.p.*; la fase del passaggio dall'indagine

viene riconosciuto un ruolo attivo, e ben può succedere che questi, di fatto, rimanga all'oscuro di tale evenienza, almeno in quei casi in cui *l'investigatio* porti a ritenere la *notitia criminis* infondata, o non imputabile alla persona indagata».

¹⁴⁰ Ad avviso di V. MAFFEO, *Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, cit., p. 76, con tale norma «è stata accantonata l'idea che le indagini preliminari possono ritenersi concluse con l'esercizio dell'azione penale senza che all'indagato sia mai stata concessa l'opportunità di offrire un contributo argomentativo e conoscitivo alla ricostruzione dei fatti, considerato che nell'originario impianto l'intera fase procedimentale poteva legittimamente svolgersi all'insaputa dell'interessato». Così, «imponendo al pubblico ministero di rinviare l'assunzione delle sue determinazioni ad un momento successivo alla eventuale presentazione, da parte della persona sottoposta alle indagini, di deduzioni difensive e di elementi a discarico, si è fatto sì che i dati, sulla cui base decidere se esercitare l'azione penale, siano dotati di una maggiore completezza, e possano pertanto consentire di verificare il grado di resistenza delle proprie acquisizioni alla stregua delle contrarie prospettazioni difensive» (*ivi*, p. 79). In argomento si rinvia, *ex multis*, a L. IANDOLO PISANELLI, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 2005.

(*investigatio* e indagini preliminari) a quella processuale vede, nel procedimento per decreto, l'assenza di possibilità di interrogatorio per l'indagato, unitamente alla mancata attivazione dell'avviso di chiusura delle indagini preliminari *ex art. 415-bis c.p.p.* E tuttavia, come è stato notato, «non si può parlare di violazione del diritto di difesa in quanto l'imputato, attraverso l'opposizione, può riappropriarsi di tutte le garanzie non esercitate, prima fra tutte il diritto al contraddittorio. D'altro canto, la notifica del decreto penale di condanna, con l'indicazione del capo di accusa, la possibilità di provvedere alla nomina di un difensore di fiducia sin da quel momento, la facoltà di avere accesso agli atti di causa, hanno lo stesso valore dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari»¹⁴¹.

Nel procedimento amministrativo canonico, al contrario, sembrano – almeno in linea teorica – approntate garanzie maggiormente idonee a preservare i lineamenti del *fair process*; il can. 1720 *C.i.c.* prevede, sul punto, che vengano rese note all'indagato l'accusa mossa a suo carico unitamente alle relative fonti di prova (non già le fonti di informazione che sono sottoposte a segreto), prevedendo una piuttosto eterea facoltà di difendersi¹⁴². Una formulazione che però non esplicita in alcun modo il riferimento ad una difesa tecnica né alla facoltà di visionare gli atti da parte dell'indagato e dell'eventuale difensore; con la conseguenza che o l'indagato-tipo dovrà essere un perito in diritto canonico – e allora potrà attuare la *facultas sese defendendi* – oppure rimarrà impossibilitato a rispondere a quanto raccolto avverso la propria posizione, salvo

¹⁴¹ Cfr. G. PUNTILLO, *Decreto penale extragiudiziale canonico e diritto di difesa: contributi dalla comparazione con l'ordinamento italiano*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2010, p. 146.

¹⁴² Cfr. R.E. JENKINS, *Jurisprudence in Penal Cases: Select Themes from the Judicial Doctrine of the Tribunal of the Roman Rota*, in *Canon Law Society of America Proceedings*, 2005, 1, p. 114, il quale rimarca che «the most fundamental right of the accused is to be made aware – immediately and completely – of each and every charge brought against him and of all documents and arguments that are adduced to support the charges. Without such an exhaustive “sunshine” rule the right of defense never gets off the ground: it is simply not possible to defend oneself against the unknown or even the partly known».

l'interfacciarsi con l'Ordinario in sede di prima citazione¹⁴³. Ed invero, se il diritto di difesa deve essere considerato un diritto funzionale che «sarebbe vuoto se non avesse ... almeno la possibilità di un *facere*»¹⁴⁴, sembra che, in tale disposizione, esso sia confinato al rango di mero enunciato, dacché non si sancisce in via esplicita – come invece è previsto nella fase post-ricorso – una «provision for the advocate's consultation with the defendant during the initial investigation, nor for his assistance at the examination of witnesses»¹⁴⁵.

È incontrovertibile che il diritto di difesa costituisca il «pre-supposto logico e, in un certo senso, la sintesi di tutte le garanzie poste a tutela dell'individuo nei confronti della giurisdizione penale, garanzie che possono infatti essere viste come sue ulteriori specificazioni»¹⁴⁶; a maggior ragione esso si inserisce a pieno titolo nei diritti contemplati dall'ordinamento canonico¹⁴⁷ – potrebbe parlarsi di una sua derivazione diretta dal di-

¹⁴³ A tal riguardo, cfr. M. MADDALENA, *Commento alla legge 234/98. Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 5, p. 1056, ove si condannava un sistema processuale che contempli la citazione a giudizio «senza aver prima dato modo all'indagato di conoscere l'accusa e gli elementi di prova a suo carico e di far valere le sue ragioni di fronte all'organo titolare dell'indagine».

¹⁴⁴ Cfr. F. MORELLI, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, p. 478. Il diritto di difesa «è "inglobato" nel modello di accertamento che si adotta per il giudizio; serve a porre in essere determinate azioni mediante le quali si contribuisce a fare del provvedimento finale un provvedimento diverso da quello che sarebbe se quelle attività non fossero state svolte: quindi è un diritto *funzionale*. Tende ad un obiettivo preciso. Non è solo una condizione di legittimità della sentenza, o del singolo atto».

¹⁴⁵ Cfr. J.B. HESCH, *The Right of the Accused Person to an Advocate in a Penal Trial*, in *The Jurist*, 1992, 2, p. 725. L'A. sottolinea come «canon 1720, 1° states that in the administrative penal process the ordinary must give the accused the opportunity to defend himself. It is unfortunately unclear whether this includes the aids of an advocate; certainly, no such provision is made expressly» (*ivi*, p. 731).

¹⁴⁶ Cfr. R. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, 2, p. 304.

¹⁴⁷ Lo definiva «fattore distintivo dell'intero diritto ecclesiale anche extra-processuale» P.A. BONNET, (voce) *Processo. XIII) Processo canonico: profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 6.

ritto naturale¹⁴⁸ – collocandosi in una ‘sovradimensione’ ideale di «grammatica giuridica comune»¹⁴⁹ ove si intersecano sia il can. 221 *C.i.c.*¹⁵⁰ sia l’art. 34 Cost., in nome di un valore ben più alto: la dignità della persona umana¹⁵¹. Ed è proprio in virtù del rango assunto che non si comprendono le ragioni di una simile approssimazione in punto di enunciato¹⁵², richiedendosi invece quantomeno una formulazione che non lasci dubbi in merito alle modalità e ai soggetti di cui possa avvalersi l’indagato, considerata la sostanziale asimmetria in cui viene a trovarsi rispetto al soggetto che conduce l’indagine e la non infre-

¹⁴⁸ Cfr. APOSTOLICUM ROTÆ ROMANÆ TRIBUNAL, *Decisio coram FALTIN*, 10 novembre 1987, in *Rotæ Romanæ Decisiones seu Sententiæ*, 1988, p. 779, ove si afferma che «iure merito defensionis dicitur ius inalienabile, in ipso iure naturæ radicum et hoc intelligitur nedum ne innocens condemnetur quasi reus, sed etiam ne reus graviores pœnam subeat, seu præter debitum iustitiæ puniatur». E però, si chiede C. GULLO, *Il diritto di difesa fra vecchia e nuova legge canonica*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, 1, p. 119: «Come può quindi qualificarsi di “diritto naturale” la tutela del diritto di difesa della parte in giudizio, quando in tempi recentissimi questo “diritto” è stato disconosciuto? Quando cioè non può neppure invocarsi una interpretazione evolutiva del diritto naturale?».

¹⁴⁹ Cfr. M. DELMAS MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 2, p. 543.

¹⁵⁰ Cfr. P.A. BONNET, *Op. loc. ult. cit.*, nel senso che tale diritto «è radicato nella stessa normativa divina e positivizzato in via generale nei cann. 221 e 1620 *C.i.c.*». In argomento, cfr. anche A. BLASI, *Il diritto alla difesa come diritto fondamentale nell’ordinamento canonico*, in *Dir. eccl.*, 1987, 1, pp. 57-74; F. DANEELS, *The Right of Defense*, in *Studia Canonica*, 1993, 1, pp. 77-95; A. BETTETINI, *Il diritto a un’adeguata tutela giurisdizionale (can. 221) e il processo penale canonico per i “delicta graviora”*, in *Dir. eccl.*, 2008, 1-2, pp. 115-132.

¹⁵¹ Cfr. F. MORELLI, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, cit., p. 479: «Se la priorità è la dignità della persona, anche in un momento di inevitabile sopraffazione quale quello del giudizio, allora essa trova respiro quando la persona è protagonista ed è messa in grado di partecipare concretamente e responsabilmente al processo».

¹⁵² Cfr. G. BONI, *Il Libro VI De sanctionibus poenalibus in Ecclesia: novità e qualche spigolatura critica*, cit., p. 55, ove si rimarca come «la nuda proclamazione relativa allo *ius defensionis* possa essere percepita come insufficiente laddove esso non venga scandito meticolosamente – altresì nel can. 1720, il cui dettato, alquanto povero e inappagante, non è stato modificato, come si era inizialmente previsto, ad esempio con un riferimento alla difesa tecnica –, nonché circondato da un inappuntabile corredo di mezzi di preservazione e promozione».

quente possibilità che egli ignori la normativa di riferimento e le proprie facoltà di autodifesa¹⁵³ (non si dimentichi come taluni *delicta graviora* sono stati, dalla recente normativa, estesi anche ai laici come soggetti attivi rispetto ai quali – come per la maggioranza dei chierici – è tutta da verificare una presunzione di conoscenza dello *ius canonicum*).

Certo, atteso l'elevato grado di flessibilità del diritto canonico, non può escludersi che tali *deficit* in termini di previsioni normative possano essere sopperiti attraverso una scansione pur avveduta e giuridicamente sensibile da parte di chi conduce l'indagine, protesa a concedere un tempo congruo all'indagato per 'padroneggiare' in qualche modo le accuse a suo carico di cui eventualmente sia venuto a conoscenza soltanto al momento dell'interrogatorio e ad affiancargli un avvocato¹⁵⁴, magari di fiducia ed avvalendosi delle norme che ne prevedono l'ammissione¹⁵⁵ – come ad es. il can. 1738 *C.i.c* – (attuando, finalmente, quel balzo in avanti verso la valorizzazione del

¹⁵³ Cfr. J.B. HESCH, *The Right of the Accused Person to an Advocate in a Penal Trial*, cit., p. 732: «It seems particularly important that an accused person not make statements about his situation, especially to the person conducting the prior investigation, without first taking counsel. This is even more the case when the accused is suffering psychological and emotional distress brought on by the accusation or when the accused is unaware of his or her rights at canon law. Although the ecclesiastical personnel normally strive to work together in harmony and charity, it should never be forgotten that a penal trial is by its very nature contentious».

¹⁵⁴ Si tratta, ad avviso di L.T. MUSSO, *La posizione dell'accusato in ambito canonico*, cit., p. 292, di un diritto di difesa «contratto poiché il can. 1720 n. 1 prevede una generica "possibilità di difendersi", ma non prevede espressamente la figura dell'avvocato. Sarebbe tuttavia opportuno, anzi necessario agli effetti difensivi, che l'imputato potesse avvalersi dell'apporto professionale di un patrono esperto nel sistema penale».

¹⁵⁵ Cfr. C. PAPAIE, *Il processo penale canonico. Commento al Codice di diritto canonico, Libro VII, Parte IV*, cit., p. 83: «Benché il can. 1720 nulla dica in merito ... si ritiene comunque che non sussista un divieto al riguardo, ben potendosi giudicare applicabile in merito il can. 1738, che stabilisce che il ricorrente ha sempre il diritto di avvalersi di un avvocato o di un procuratore. Certamente, infatti, non può ritenersi proibito all'accusato, specie se non sia particolarmente esperto in materia giuridica, di difendersi avvalendosi dell'ausilio di un *advocatus* che gli possa fornire gli opportuni consigli e guidarlo per tutelare al meglio i propri diritti: è un'elementare esigenza di giustizia sostanziale a far concludere in tal senso».

laicato chiesto dal Concilio Vaticano II) e non costringendolo ad una scelta all'interno di un elenco già preconstituito. Detto difensore dovrebbe, ovviamente, disporre della facoltà di visionare il fascicolo processuale al fine di approntare una difesa idonea e una ricostruzione che ricopra l'arco temporale dalle indagini all'eventuale processo¹⁵⁶.

Tuttavia, la presenza di ingegnosi funambolismi ermeneutici lasciati ad Ordinari assennati¹⁵⁷ non scagiona l'assenza di regolamentazioni così necessarie che un ordinamento at-

¹⁵⁶ Rileva D. CITO, *L'esercizio del diritto di difesa nella normativa recente e nel Vademecum*, in *Il Vademecum sui casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici. Profili teorici e pratici*, a cura di C. PAPALE, Urbaniana University Press, Roma, 2022, p. 59, che «si potrebbe prevedere, all'interno del processo extragiudiziale, la possibilità di consegnare al difensore una copia del fascicolo processuale (con la proibizione espressa di farne copia o di consegnarlo ad altre persone) da restituire al termine del processo, contenente gli atti sia dell'indagine previa che dell'eventuale istruttoria successiva. Anche in questo caso si tratta di un'interpretazione di tipo giudiziale del disposto del can. 1720, 1° che pare invece presentarsi con i tratti dell'immediatezza e del rapido svolgimento».

¹⁵⁷ Così, ad esempio, A. CALABRESE, *La procedura stragiudiziale penale*, cit., pp. 275-276, prova a ricostruire un possibile scenario maggiormente garantista: «Stando alla lettera di questo canone (1720 n.d.r.), sembrerebbe che l'imputato possa difendersi soltanto se si presenta e nel momento o nell'interrogatorio in cui risponde. Se fosse così, crediamo che all'imputato non si darebbe la giusta possibilità di difendersi. Se egli viene a conoscere nell'interrogatorio, per la prima volta, le accuse che si fanno contro di lui e le prove, potrebbe non essere pronto a rispondere, e potrebbe quindi chiedere tempo per preparare la sua difesa. Nel qual caso, dovrebbe avere per iscritto quel che è addotto contro di lui, accuse e prove. Tutto questo potrebbe richiedere un esame approfondito e, se si vuole concedere all'imputato una vera facoltà di difendersi, dovrebbe essergli concesso il tempo ragionevolmente sufficiente. / Non dovrebbe quindi esaurirsi nello spazio di un interrogatorio la congrua difesa dell'imputato. Il tempo dell'interrogatorio potrebbe anche essere sufficiente, ma potrebbe non esserlo. E allora, facendo un'analisi del canone, sembra di poter concludere che la dinamica sia la seguente: l'Ordinario convoca l'imputato, gli fa conoscere accuse e prove, dandogli un tempo ragionevolmente sufficiente a preparare la difesa, se l'imputato la chiede; quindi, passato il tempo concesso, convoca nuovamente l'imputato per chiarire nell'interrogatorio quando è emerso nel primo sia di accusa sia di difesa. ... Ma non è ammessa la difesa tecnica, gli avvocati, nel processo. La scelta di un avvocato, però, come consulente o di altro esperto, dovrebbe essere la prima premura dell'accusato».

tento alle garanzie è chiamato a scandire¹⁵⁸; l'elevato grado di pericolo per la compromissione di beni giuridici fondamentali per la persona che orbita intorno al settore penale renderebbe preferibile non prodursi in eccessive acrobazie teoriche e creative – giustificate in base al differente approccio, di tipo induttivo, richiesto dalla elasticità propria delle procedure amministrative¹⁵⁹ – contando, al contrario, su enunciati certi e chiari¹⁶⁰, cui attingere per una disciplina il più possibile ispirata all'equilibrio tra garanzie ed esigenze punitive e che non

¹⁵⁸ Secondo D. CITO, *El derecho de defensa en los procesos sobre delitos de abuso de menores*, in *Ius Canonicum*, 2020, 119, p. 81, non può negarsi che «se están incorporando elementos típicos del proceso judicial al proceso administrativo para favorecer un ejercicio del derecho de defensa del acusado con una tutela cada vez mayor»; e tuttavia «estos elementos, al no estar “normativamente” previstos en un texto legal, corren el riesgo de ser confiados solo a la buena voluntad y al buen sentido de quien conduce el iter procedimental extrajudicial».

¹⁵⁹ Puntualizza J.P. BEAL, *Confining and Structuring Administrative Discretion*, in *The Jurist*, 1986, 1, p. 103: «An *ad hoc* approach to developing administrative procedures preserves flexibility to adapt procedures to the peculiar circumstances of individual cases. However, an *ad hoc* approach leaves procedural protection of important interests wholly to the discretion of the bishop. Even if the wise exercise of discretionary authority could be guaranteed in each case, an *ad hoc* approach to granting or denying specific procedural protections does not create the appearance of regularity in the exercise of authority. Without the appearance of regularity, exercise of authority can easily be perceived as arbitrary and unjust».

¹⁶⁰ Cfr. G. BONI, *Il Libro VI De sanctionibus poenalibus in Ecclesia: novità e qualche spigolatura critica*, cit., pp. 103-104, la quale rileva la necessità di «manuducere in qualche modo gli operatori, nella preoccupazione specialmente del diritto di difesa dell'accusato in un effettivo contraddittorio, non essendo neppure espressamente contemplata, nel *Codex iuris canonici*, la presenza di un avvocato o patrono. Occorre, quindi, sopravanzare le diciture dei cann. 1717 e 1720, che nella loro stringatezza aprono il varco a un'incontenibile discrezionalità, distillando, in norme ben confezionate e obbligatorie all'interno della codificazione, quella provvidenziale 'giudizializzazione' che si è lentamente e propiziamente insediata nella prassi delle cause sui *delicta graviora* ... Intendendosi per 'giudizializzazione' il trapianto o per lo meno la mimesi orientativa di principi e istituti propri del processo giudiziale all'interno della procedura amministrativa, che sarebbe proficuo estendere e così generalizzare, a garanzia del conseguimento della giustizia e del rispetto dei diritti della persona».

sembrano soddisfatti dal novellato can. 1342 *C.i.c.*¹⁶¹ ove ci si limita a richiamare il generico diritto di difesa previsto al can. 1720 *C.i.c.*

Su questo punto, sembra maggiormente garantista il diritto processuale penale italiano che, all'art. 369 c.p.p., contempla l'istituto della informazione di garanzia¹⁶², a tenore del quale «solo quando deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere, il pubblico ministero invia per posta, con piego chiuso e raccomandato con ricevuta di ritorno, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa una informazione di garanzia con indicazione delle norme che si assumono violate, della data e del luogo del fatto e con invito a esercitare la facoltà di nominare un difensore». Con tale disposizione – per quanto attinente solo agli atti che legittimano l'intervento del difensore¹⁶³ – il legislatore ha inteso provvedere alla concretizzazione di un diritto di difesa parziale dell'in-

¹⁶¹ «Ogniquale volta giuste cause si oppongono a che si celebri un processo giudiziale, la pena può essere inflitta o dichiarata con decreto extragiudiziale, osservato il can. 1720, specialmente per quanto riguarda il diritto di difesa e la certezza morale nell'animo di chi emette il decreto a norma del can. 1608 (corsivo nostro)».

¹⁶² Cfr. L. CARACENI, (voce) *Informazione di garanzia*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. III, Giuffrè, Milano, 1999, p. 704 ss.; S. CIAMPI, *Presupposti e limiti cronologici della nuova «informazione sul diritto di difesa»*, in *Cass. pen.*, 2003, 5, p. 1601 ss.; M. MANNUCCI, *Brevi osservazioni sulla informazione prevista dall'art. 369-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2001, 6, p. 1720 ss.; S. CIAMPI, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 279 ss.

¹⁶³ Si tratta di una disposizione non poco esente da critiche: sul punto cfr. quanto osservato da G. GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in *Pol. dir.*, 1997, 2, pp. 151-152, il quale – dopo aver ravvisato una *reformatio in peius* rispetto all'art. 304, comma 1, c.p.p. del 1930, secondo il cui dettato la comunicazione giudiziaria doveva essere inviata «sin dal primo atto di istruzione» – rinviene tale paradosso logico: «L'indagato all'oscuro delle indagini in corso (in quanto il pubblico ministero non avendo dovuto compiere alcun atto "garantito" oppure avendolo callidamente differito, non gli aveva inviato informazione di garanzia) non soltanto di norma non era in grado di cercare tempestivamente prove a suo favore, ma anche quando, temendo l'esistenza di un procedimento a carico e conoscendo l'esistenza di una prova liberatoria non rinviabile, si rivolgeva al giudice perché se ne impedisse la dispersione con le forme dell'incidente probatorio, si vedeva opporre un'ordinanza di inammissibilità della richiesta. Era, infatti, nell'impossibilità di dimostrare

dagato¹⁶⁴, dando comunque forma ad un usbergo di legalità e partecipazione della persona sottoposta ad indagini e che nel diritto processuale penale canonico risulta ancora eccessivamente marginalizzata.

Non sembrano scorgersi, a questo proposito, significativi ostacoli a che possa applicarsi anche a tale fattispecie la previsione *ex can. 50 C.i.c.*, ove si statuisce che «prima di dare un decreto singolare, l'autorità ricerchi le notizie e le prove necessarie, e, per quanto possibile, ascolti coloro i cui diritti possono essere lesi»¹⁶⁵. Tale disposizione trova un parallelismo, come noto, all'art. 7 della l. 241/1990 sul procedimento amministrativo, ove si sancisce in maniera stentorea la necessità di comunicare l'avvio del procedimento «ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ...»¹⁶⁶; e se l'accostamento delle indagini preliminari al procedimento amministrativo desterebbe, certamente, non poche titubanze in capo al giurista secolare, in diritto canonico la flebile linea di demarcazione tra il penale e l'ammini-

la sua legittimazione ad avanzarla in qualità di persona sottoposta ad indagini, restando per lui *off limits* il registro delle notizie di reato».

¹⁶⁴ Sul punto, cfr. M. NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari. I rapporti con l'attività del pubblico ministero*, in *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, a cura di G.D. PISAPIA, Giuffrè, Milano, 1997, p. 76 ss.

¹⁶⁵ Cfr. E.G. SARACENI, *Procedimento amministrativo e partecipazione dei fedeli. L'ipotesi del can. 50*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003, 1, p. 215: «... il canone 50 si rivela al giurista nella sorprendente modernità dei suoi contenuti. Sebbene si tratti, infatti, di una disposizione regolante una fattispecie del tutto particolare ..., è dato rinvenire in essa – con singolare anticipo rispetto alla disciplina italiana del fenomeno – un'ipotesi di norma procedimentale diretta a sancire la partecipazione dell'interessato alla formazione di un atto amministrativo».

¹⁶⁶ Evidenzia G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008⁴, p. 238, che «il procedimento è il luogo in cui il privato fa sentire la sua voce prima di tutto a tutela del suo interesse a impedire o ridimensionare una misura amministrativa a lui sfavorevole, o del suo interesse a conseguire un provvedimento favorevole; ma anche in funzione di una decisione amministrativa giusta, giusta perché tiene conto dell'interesse del privato, giusta perché si avvale della informazione fornita dal privato».

strativo¹⁶⁷ autorizza una non tanto indebita invasione di campo, quantomeno per esigenze perequative che non si limitino alle analogie *in malam partem* attingendo, invece, anche al *background* garantista messo a disposizione dal Codice.

Orbene, a meno di non voler prodursi in complesse operazioni di sottoinsieme, il decreto con il quale si apre la *investigatio previa* non pare possedere requisiti difformi da un ordinario decreto amministrativo singolare¹⁶⁸ – del pari di quello menzionato al can. 50 *C.i.c.* – tanto più che anche nella disposizione *de qua* si parla di una ricerca di notizie e di prove, unitamente a soggetti i cui diritti sono in concreto pericolo di lesione. Francamente si fa davvero fatica a rinvenire una situazione maggiormente a rischio di un procedimento penale¹⁶⁹, tanto più che qualunque sistema di accertamento preordinato ad applicare le pene «non può relegare ai margini del processo chi rischia di subirle, ma deve consentirgli di interloquire con pari, se non con maggiore, titolo di chi esprima l'interesse alla punizione del colpevole»¹⁷⁰. Certo, nella fase pre-processuale appare necessario preservare l'equilibrio con la tutela della buona fama del soggetto sottoposto ad indagini¹⁷¹; e però ta-

¹⁶⁷ Cfr. S. BERLINGÒ, *Il diritto al processo (can. 221, §2 C.I.C.) in alcune procedure particolari*, in *Fidelium Iura*, 1993, p. 341, il quale parla di «permeabilità dei comparti della giurisdizione e dell'amministrazione, in un ordinamento che, al di là del dato meramente formale della separazione e della concentrazione del potere, bada piuttosto alle garanzie dei valori umani impreteribili».

¹⁶⁸ Cfr. J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio di diritto amministrativo canonico*, Edusc, Roma, 2009, p. 158 ss.

¹⁶⁹ Cfr. P.M. MATENAER, “*But Instead Expose Them*”: *Public Access to Criminal Trials in U.S. Law and Canon Law*, in *The Jurist*, 2022, 1, p. 90, nota 99, il quale rileva che «the prescript of c. 50 may be applicable here. Canon 50 requires that “before issuing a singular decree, an authority is to seek out the necessary information and proofs and, insofar as possible, to hear those whose rights can be injured”. The decrees initiating the preliminary investigation and concluding preliminary investigation are singular decrees, and thus can be argued that before issuing them the bishop should hear the accused, whose rights can be injured».

¹⁷⁰ Così P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, UTET, Torino, 1989, p. 467.

¹⁷¹ Cfr. J.P. BEAL, *The 1962 Instruction Crimen Sollicitationis: Caught Red-Handed or Handed a Red Herring?*, in *Studia Canonica*, 2007, 1, p. 233,

le buona fama sarebbe, in verità, ancor più compromessa allorquando – come si verifica tutt’altro che infrequentemente – l’indagato venisse a conoscenza di una indagine a suo carico tramite modalità certamente meno discrete rispetto ad una comunicazione ufficiale e senza dubbio maggiormente esposte all’aggressione mediatica¹⁷², ragion per cui, «... unless a grave reason suggests otherwise, the *investigatus* should be notified if a preliminary investigation is opened so that they can exercise their right to defend»¹⁷³.

Non sembra costituisca scelta metodologicamente provvida, invero, quella di contrastare il *fast food* di una cronaca giudiziaria sempre più sensazionalistica e corriva¹⁷⁴ per il tra-

il quale ammette come «it is particularly difficult to understand how withholding the name of the accuser from the accused ... once the process is underway can be reconciled with the defendant’s right of defense which Magisterium has elsewhere claimed is guaranteed by the natural law itself».

¹⁷² Cfr. P. LAGGES, *The Penal Process: The Preliminary Investigation in Light of the Essential Norms of the United States*, cit., p. 403, il quale rileva che «in some dioceses, as soon as an accusation of sexual misconduct was made against a priest, the priest was immediately removed from his parish, and a statement was read at all the parishes where the priest had served indicating the fact that he had been accused and inviting other to come forward if they, too, had been abused by the priest. This was usually picked up by the news media and became front-page news and the leading story. Sometimes these announcements also detailed the accusation against the priest. It would seem that this is a violation of the prescriptions of cc. 220 and 1717».

¹⁷³ Cfr. R. LUCIEN MILLETTE, *An Analysis of the Preliminary Investigation in Light of the Rights of the Accused*, in *The Jurist*, 2015, 1, pp. 157-158. L’A. puntualizza che «while there will be times when the accused cannot be informed of an accusation, the general presumption should be that the person will be informed in due time about both the accusation and the nature of the accusation. Otherwise, the right to defense is being denied. The sad truth, however, is that the person being accused will eventually discover the accusation by means of a media outlet at a time when they are unprepared or unable to respond to the accusation. This is a violation of their rights, especially the right to a good reputation, and it would have been better if they first heard of the accusation in a less public manner» (*ivi*, p. 157).

¹⁷⁴ Avverte F.G. MORRISEY, *The Pastoral and Juridical Dimensions of Dismissal from the Clerical State and of Other Penalties for Acts of Sexual Misconduct*, in *Canon Law Society of America Proceedings*, 1991, 1, p. 236, che «at times, we even publish the name before charges are laid. It would seem reasonable to allow publication of the name once a person has been found guilty, but not before. Because, as we all know, once a person’s name has been made

mite di una dequotazione di garanzie e di una interpretazione riduttiva di istituti *ad hoc* preposti, ricavando «conseguenze d'ordine giuridico da queste distorsioni di carattere socio-culturale, che debbono trovare i loro antidoti sul piano del costume, della professionalità giornalistica, del progresso culturale, del senso di responsabilità civile»¹⁷⁵.

E se a livello tecnico, invero, «the decree which opens the preliminary investigation is centered on the investigation of a delict more so than a person, it cannot be ignored that this investigation begins to impinge the rights of individuals. To this extend, the rights which those who are being investigated enjoy become active and must respected. Thus, the *investigatus* has a right to be consulted by the Ordinary since their personal rights are being impacted by the preliminary investigation»¹⁷⁶. Quindi delle due l'una: o la *investigatio prævia* si colloca nella categoria delle 'fasi amministrative' – e dunque non si vede perché sottrarla alla copertura, seppur poco cogente e non certo *ad validitatem*, del can. 50 *C.i.c.*¹⁷⁷, ap-

public, no matter how innocent that person is found to be, the stigmata remain».

¹⁷⁵ Così G. GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, cit., pp. 153-154, il quale lamenta – nello specifico – la tendenza secondo cui «l'informazione di garanzia viene spesso consumata dall'opinione pubblica in un'anticipazione di condanna. ... Soltanto una cospicua dose di ingenuità politico-legislativa può indurre a ritenere che l'incontenibile fenomeno della giustizia massmediologica – con i suoi ritmi, i suoi mezzi, le sue esigenze, le sue distorsioni – possa essere arginato vietando l'invio di un'informazione giudiziaria prima del compimento di un atto garantito: come se la notizia fondata sul "si dice" o sul "da ambienti ben informati si apprende che" non fosse mille volte più dannosa del commento strumentale ad un atto ufficiale; come se il preannuncio di un esposto, o una misura cautelare, o le dichiarazioni di un testimone ... o gli *scoops* di inchieste giornalistiche non fossero alcune tra le mille non tamponabili breccie aperte nella diga della segretezza investigativa con un coefficiente di lesività ben maggiore rispetto ad un'informazione di garanzia».

¹⁷⁶ Cfr. R. LUCIEN MILLETTE, *An Analysis of the Preliminary Investigation in Light of the Rights of the Accused*, cit., p. 159.

¹⁷⁷ Cfr. E.G. SARACENI, *Procedimento amministrativo e partecipazione dei fedeli. L'ipotesi del can. 50*, cit., p. 234, ove si evidenzia che «... con riguardo al tenore lessicale della disposizione, ... il legislatore pur non facendo un obbligo assoluto (e certamente inopportuno) dell'Autorità di ascoltare comunque l'interessato, prescrive, tuttavia, che ciò avvenga – si noti – *per quanto possibile*,

prontando una sorta di retroposizione alla fase procedimentale, – oppure la si considera osmoticamente connessa al futuro instaurando processo penale¹⁷⁸ e, a questo punto, entrerebbero in gioco i meccanismi di garanzia previsti dal libro VII del *Codex*, la cui violazione eserciterebbe senza dubbio ripercussioni in punto di nullità sull'atto con il quale tale contenzioso viene portato a termine, per violazione del diritto di difesa *ex can.* 1620, n. 7, *C.i.c.*¹⁷⁹. In realtà, il faro delle garanzie dell'indagato deve guidare la scansione delle procedure (quantunque non espressamente codificate) proprio in ragione del-

non già *se ritenuto opportuno* (con formula facilmente rinvenibile in una pluralità di canoni). Ciò induce a credere che sia una possibilità oggettiva, quella cui il canone, per così dire, vincola la correttezza del processo decisionale dell'Autorità. Quando si volesse ritenere che l'ascolto dell'interessato non costituisca un requisito formale previsto dalla legge *ad validitatem*, e pertanto imprescindibile, stando a quanto previsto per la validità degli atti giuridici dal canone 124, andrebbe considerato che, in senso contrario, una decisione della *Sectio Altera* della Segnatura Apostolica, in tema di sanabilità dei vizi dell'atto amministrativo, ha precisato che costituisce vizio insanabile l'omissione di ascolto del soggetto pregiudicato dal provvedimento».

¹⁷⁸ Cfr. R. LUCIEN MILLETTE, *An Analysis of the Preliminary Investigation in Light of the Rights of the Accused*, cit., p. 157, ove si spiega: «... there is a seeming direct contradiction between these two views which, on the one hand, establishes rights which the accused enjoys at all times and the other view which says that the accused only enjoys these rights within the penal process itself», propendendo per la teoria secondo cui «due to the importance and fundamental nature of rights within the Church, it must be the case that the accused does in fact enjoy rights during the preliminary investigation even if these rights are not directly stated by the canons in question».

¹⁷⁹ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Ediurcla, Roma, 2020⁷, p. 622: «La negazione del diritto di difesa, come vizio di nullità autonomo, indica chiaramente che possa essere impugnata di nullità una sentenza senza che il motivo debba essere necessariamente ricondotto alla nullità di un determinato atto processuale. Il diritto alla difesa oltrepassa la legge positiva e non può essere concepito solo formalmente; perciò non basta l'osservanza formale della legge positiva per ritenere garantito il diritto di difesa». Ad avviso dell'A., «l'equilibrio sul rispetto del diritto di difesa si trova in un punto determinante: se l'osservanza della legge positiva (riguardo agli atti processuali) ha garantito anche il fine essenziale dell'atto, il fine al quale *ex natura rei* l'atto tende (rispetto alla difesa della parte)». Sul punto, cfr. anche G. ERLEBACH, *La nullità della sentenza giudiziale "ob ius defensionis denegatum" nella giurisprudenza rotale*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1991.

la circostanza per cui la fase della *investigatio prævia* può essere vista «as the point which connects the undergirding concepts of penal law as a whole to the actual penal process, and as such it serves as an important and necessary bridge which must be crossed to enter into a penal judgment»¹⁸⁰.

Ecco allora che caldeggiare una funzione partecipativa all'interno della fase pre-processuale delle indagini non implica addentrarsi in un'ottica di «appesantimento dell'*agere* amministrativo, poiché ... non va sottaciuta la fondamentale funzione collaborativa dalla stessa assolta che permette ... di meglio comparare gli interessi coinvolti»¹⁸¹, portando «ad evidenza giuridica l'intero procedimento conoscitivo che sta alla base dell'atto, anche per rispondere ad un'esigenza di *fairness*»¹⁸²; in questo modo si opererebbe una decisa inversione di rotta che consentirebbe di dar vita «con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto ed originale assetto di tali interessi»¹⁸³. Detta finalità potrebbe perseguirsi mediante una norma *ad hoc* – sulla falsariga dell'art. 61 c.p.p. – che preveda l'estensione automatica delle garanzie dell'imputato alla persona sottoposta alle indagini, poiché «quanto più protetta deve essere la parte accusata nel processo tanto più deve esserlo il sospettato nell'indagi-

¹⁸⁰ In questi termini R. LUCIEN MILLETTE, *An Analysis of the Preliminary Investigation in Light of the Rights of the Accused*, cit., p. 112, il quale rimarca che «the Church uses the preliminary investigation as an intermediary procedure that helps to better protect the rights of the faithful while the Church determines if a further step should be taken in order to elevate an accusation to the realm of a penal process».

¹⁸¹ Cfr. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017³, p. 211, il quale aggiunge che «così intesa ... la partecipazione diviene essa stessa strumento, non già e non solo di garanzia, bensì di raggiungimento dell'efficienza dell'Amministrazione».

¹⁸² Così G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 168, ove si ribadisce che un modello che includa la partecipazione del soggetto interessato permette di perseguire vari obiettivi: «dal rafforzamento dell'istruttoria grazie all'acquisizione di dati informativi per il processo decisionale, alla prevenzione del contenzioso, alla legittimazione di una decisione».

¹⁸³ Cfr. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 2, pp. 261-262.

ne previa¹⁸⁴, riferendola ovviamente alle previsioni *in bonam partem* e non anche a quelle peggiorative, come pure sembra invece presumere il secondo comma della norma *de qua*¹⁸⁵.

Facendo leva su questo substrato teorico all'indagato andrebbero apprestate quelle cautele che un ordinamento ispirato alla civiltà giuridica impone per realizzare i crismi del giusto processo; e tra queste non può non rientrare «la previsione di mezzi idonei a rendere edotto l'indagato sia dell'esistenza di un procedimento a suo carico sia del fatto che gli è attribuito»¹⁸⁶; tali mezzi dovrebbero assumere le sembianze dunque, di un atto informativo nei confronti del soggetto sottoposto ad indagini¹⁸⁷, comprensivo, però, di indicazioni funzionali ad assicurare il diritto di difesa effettivo e a non destituirne di senso la medesima sussistenza formale¹⁸⁸.

¹⁸⁴ In questo senso si esprime D.G. ASTIGUETA, *L'investigazione previa: alcune problematiche*, cit., p. 215.

¹⁸⁵ Cfr. G.P. VOENA, *Soggetti*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO, V. GREVI, Cedam, Padova, 2010⁵, p. 99: «La tutela assicurata alla persona sottoposta alle indagini preliminari ... presenta una latitudine sufficientemente ampia. Al fine di prevenire ogni manovra riduttiva della sua valenza *in bonam partem*, l'estensione risulta sancita tanto per i diritti dell'imputato quanto per le garanzie a lui riconosciute, senza alcun limite derivante dall'effettivo compimento di un qualche atto del procedimento. L'art. 61 comma 2° sancisce, poi, la regola per cui alla persona sottoposta alle indagini si estende ogni altra disposizione relativa all'imputato, salvo esplicita statuizioni in diverso senso. Se ne deve desumere, per un verso, che non vale la relazione contraria, per altro che – data l'ampiezza del 1° comma – l'equiparazione si riferisca agli effetti di carattere neutro o *in malam partem*; sicché finisce per uscirne intaccato il senso della linea distintiva tra le due figure».

¹⁸⁶ Così A. PRESUTTI, (voce) *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 239.

¹⁸⁷ Cfr. L. CARLI, *Indagini preliminari e segreto investigativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 3, p. 766, il quale rileva come «... *ex natura* l'indagato non può non essere a conoscenza delle investigazioni che lo coinvolgano fisicamente o richiedano la sua attiva collaborazione e ... di altri atti di indagine, i quali comportino pregiudizio o compressione dei suoi diritti essenziali, egli "deve" essere *ex lege* informato, quanto meno in attuazione e tutela del suo diritto di difesa ...».

¹⁸⁸ Cfr. Cass. pen., sez. III, 26 marzo 2003, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 1, p. 119, nel senso che «qualora l'avviso di conclusione delle indagini non sia stato preceduto da una valida informazione ... ai sensi dell'art. 369-bis c.p.p., ma solo dall'avvertimento della facoltà di nominare un difensore di fiducia inserito in due atti della polizia giudiziaria non compiuti alla presenza

5. *Drafts operativi a partire dalle garanzie dell'indagato: tra 'sinodalità giuridicamente applicata', normativa italiana e linee guida europee*

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte, emerge come un diritto processuale che punti alla valorizzazione di una serie di garanzie idonee a realizzare un giusto processo, *id est* «quello che meglio garantisce il raggiungimento della verità, senza eccessi né scrupoli patologici»¹⁸⁹, non possa prescindere da un continuo testarsi sul bilanciamento delle istanze di giustizia *ad extra* (nei confronti di chi reclama giustizia e, parimenti, rivendica la punizione dei colpevoli) e *ab intra* (nei confronti di chi è, sì, soggetto attivo di un reato, ma è anche una persona umana con tutto il complesso di diritti inalienabili)¹⁹⁰. Se, invero, soprattutto in materie delicate come quella degli abusi sessuali, pervicace è la volontà di dare un segnale di inversione di marcia rispetto alle inazioni del passato, ciò non pare poter realizzarsi tramite un cieco giustizialismo¹⁹¹ intriso di giudizi non scaturenti da un accertamento razionale dei

dell'imputato ... ed a lui non notificati, né contenga in sé elementi sufficienti a farlo ritenere equipollente alla mancata informazione, ricorre l'ipotesi di nullità prevista dal citato art. 369-bis c.p.p.».

¹⁸⁹ Cfr. J. LLOBELL, *Il giusto processo penale nella Chiesa e gli interventi (recenti) della Santa Sede. Seconda parte*, in *Arch. giur.*, 2012, 2, p. 294.

¹⁹⁰ Cfr. J.A. ALESANDRO, *Dismissal from the Clerical State in Case of Sexual Misconduct. Recent Derogations*, in *Canon Law Society of America Proceedings*, 1994, 1, p. 62, il quale precisa che «the process is designed to protect the rights of the accused as well as the rights of victims and the Church itself».

¹⁹¹ Rileva, in proposito, J.P. BEAL, *Doing What One Can. Canon Law and Clerical Sexual Misconduct*, in *The Jurist*, 1992, 2, p. 643: «In the past, Church officials have often erred on the side of the accused cleric. If Church people have learned anything during the tumult of these recent years, it is that such benign (or not so benign) neglect is a formula guaranteed to produce fiscal and spiritual disaster. However, in their zeal not to repeat the mistakes of the past, Church officials can easily be tempted to employ tactics reminiscent of the Gestapo when investigating complaints of clerical misconduct and to cut off denounced clerics as if they were gangrenous members. If the neglect of the past was unconscionable, the severity often urged in the present is unworthy of a Church that purports to follow the footsteps of the Good Shepherd».

fatti ma ispirati al mero arbitrio personale¹⁹². L'elasticità del diritto canonico non può, d'altra parte, aprire il varco ad uno iato tra il rispetto delle formalità processuali e l'ineliminabile coefficiente di libertà di cui gode l'autorità ecclesiastica, che in tanto troverà plausibile ragion d'essere in quanto costituirà un *unicum* con l'osservanza dei presidi ai diritti delle parti¹⁹³.

Sovente, nei recenti interventi a livello magisteriale si è richiamata l'attenzione sul legame tra la funzione giudiziaria nella Chiesa e il suo essere «servizio alla verità nella giustizia»¹⁹⁴; una giustizia che non può costituire un valore 'autoimposto' in nome soltanto di alti e meritevoli ideali. Essa è un obiettivo sempre arricchito da nuove sfumature da attuarsi concretamente attraverso la cooperazione di tutti i membri del popolo di Dio, anche in un'ottica sinodale che non evapora, ma si solidifica nel campo del diritto¹⁹⁵. Invero, la funzione servente del diritto canonico (sostanziale e processuale) rispetto alla missione salvifica della Chiesa – unitamente alla sua essenza di elemento puramente tecnico e uma-

¹⁹² Cfr. V. DE PAOLIS, *L'applicazione della pena canonica*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1989, 1-2, p. 72, ad avviso del quale «il rischio di confondere discrezionalità e arbitrarietà, se non si procede con prudenza e in senso profondamente pastorale, è grande e potrebbe portare a due pericoli estremamente gravi e da evitarsi: la rilassatezza nella disciplina ecclesiastica, là dove i superiori non procedano all'applicazione della pena anche quando sarebbe necessario o per lo meno opportuno; o un rigore ingiustificato». Ecco perché «una giustizia fatta eventualmente contro le norme di procedura non si può dire tale. Abbandonare le norme di procedura come via per l'accertamento della verità e per rendere una decisione giusta, affidandosi al contrario alle proprie intuizioni o convinzioni, sarebbe cadere nell'arbitrio e mettere in pericolo la stessa giustizia sostanziale» (*ivi*, p. 90).

¹⁹³ Afferma F. AULETTA, *La nullità degli atti processuali ovvero... Taking (procedural) rights seriously*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 2, p. 549, che «... soltanto il rispetto assoluto delle regole del processo e, pertanto, dei diritti individuali che vi prendono vita, "legittima" l'insopprimibile nucleo di discrezionalità nell'aggiudicazione del bene della vita in contesa».

¹⁹⁴ Così FRANCISCUS PP., *Allocutio ad Romanam Rotam*, 24 gennaio 2014, in *A.A.S.*, 2014, p. 89.

¹⁹⁵ Cfr. C. PEÑA GARCIA, *Sinodalidad y laicado. Corresponsabilidad y participación de los laicos en la vocación sinodal de la Iglesia*, in *Ius Canonicum*, 2019, 118, pp. 731-765.

no¹⁹⁶, che necessita di aggiornarsi e rigenerarsi secondo forme sempre adatte al mutare dei tempi – richiede una serrata resistenza avverso tendenze di sclerotizzazione e autoripiegamento, attraverso anche una osmosi feconda con i principi mutuabili anche dagli ordinamenti secolari¹⁹⁷.

Tale relazione di mutuo accrescimento sembra poter esprimere la sua utilità in modo particolare nel campo della *investigatio præviva*; nell'arco di detta fase – pur rimanendo un momento di raccordo e all'interno del quale occorre evitare il rischio di «riempirla talmente di aspettative e di problemi da risolvere, da gonfiarla nella sua dimensione fino al punto di anticipare o addirittura sostituire l'istruttoria processuale, con la conseguenza di trovarci ... dinnanzi a un processo prima del processo»¹⁹⁸ – ancora esigui e generici paiono i richiami delle

¹⁹⁶ Cfr. G. LO CASTRO, *Il diritto della Chiesa, il diritto nella Chiesa. Riflessioni intorno al titolo di una nuova Rivista*, in *Dir. eccl.*, 1990, 1, p. 295, ad avviso del quale « riguardato sotto il profilo funzionale, il diritto altro non è, allora, che una particolare ed essenziale forma di attuazione del disegno di Dio sull'uomo: facendo sì che questi abbia quanto gli spetta, lì dove gli spetta (nella società "globale", o in quelle particolari, interne a questa), esso è lo strumento per portare a compimento tale disegno nella dimensione inter-relazionale umana ...».

¹⁹⁷ Ad avviso di D. MILANI, *Chiesa cattolica e abusi nella riforma del diritto penale canonico: il fascino ancora incerto del diritto secolare*, in *Stato, Chiesa e Pluralismo Confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2022, 22, pp. 108-109, sussisterebbero svariati motivi alla base della difficile penetrazione tra diritto penale canonico e secolare: per un verso «la dimensione, a un tempo universale e particolare, dell'ordinamento canonico che rende complesso, da un lato, definire sul piano universale l'interlocutore ordinamentale cui riferirsi, a meno di non affidarsi ai principi del diritto penale internazionale; dall'altro, avviare a livello di diritto particolare un confronto che non esclude una varietà di esiti, se non di concetti, teorie e metodi»; per altro verso l'A. rileva la tendenza, da parte dell'autorità ecclesiastica, «a non valorizzare fino in fondo il contributo che i canonisti secolari possono apportare a una riflessione di questo genere, stante la loro naturale propensione metodologica a indagare le relazioni esistenti tra il diritto della Chiesa e quello degli Stati e, più di recente, i rapporti intercorrenti tra il diritto canonico e gli altri diritti religiosi in chiave comparata».

¹⁹⁸ Cfr. S. LOPPACHER, *Processo penale canonico e abuso sessuale su minori. Un'analisi dei recenti sviluppi normativi intorno al "delictum contra sextum cum minore" alla luce degli elementi essenziali di un giusto processo*, Edusc, Roma, 2017, p. 259.

disposizioni del *Codex* in ordine ad una piena attuazione del diritto di difesa del soggetto indiziato, probabilmente collegati ad una scarsa cogenza del principio della presunzione di innocenza sulla cui imprescindibilità pure i recenti interventi pontifici non hanno mancato di soffermarsi¹⁹⁹. Tale punto nevralgico si direziona in più *vulnera*, sussumibili in una costante precarietà del principio di terzietà del giudice, nel processo extra-giudiziario; in una pressoché inesistente collaborazione dell'indagato – dal punto di vista dell'esplicazione del diritto ad essere ascoltato, a ricevere atti afferenti all'inizio/svolgimento di una indagine a suo carico, nonché a svolgere un ruolo attivo nella scelta del rito tramite cui si perverrà a decisione²⁰⁰ –; in una evanescente previsione del diritto di difesa durante il segmento pre-processuale²⁰¹.

¹⁹⁹ Cfr. FRANCISCUS PP., *Linee guida per la protezione dei minori e delle persone vulnerabili*, 26 marzo 2019, in *www.vatican.va*: «La presunzione di innocenza deve essere sempre garantita, tutelando la reputazione dell'indagato. Salvo che sussistano gravi ragioni in senso contrario, l'indagato è informato tempestivamente delle accuse a suo carico, onde potersi difendere dalle medesime. Egli è invitato ad avvalersi dell'assistenza di consulenti civili e canonici».

²⁰⁰ Cfr. S. LOPPACHER, *op. cit.*, p. 374: «... rimane difficilmente accettabile che sia la stessa autorità (l'Ordinario o i competenti dicasteri della Curia Romana), chiamata poi a decidere circa la sussistenza del delitto e la colpevolezza dell'accusato, a scegliere caso per caso, senza criteri oggettivi, ma con un ampio margine di discrezionalità quale procedura penale seguire e quale grado di garanzie processuali consentire all'imputato; e ciò specialmente nei casi in cui l'azione criminale da parte della Chiesa non sia stata preceduta da una sentenza penale nel foro civile, fondata su prove che rendano evidente la colpevolezza dell'imputato, o l'accusato neghi in modo ragionevole di aver commesso il delitto».

²⁰¹ Secondo R.W. OLIVER, “*Sacramentorum Sanctitatis Tutela*”: *Overview and Implementation of the Norms Concerning the “More Grave Delicts” Reserved to the Congregation for the Doctrine of the Faith*, in *Canon Law Society of America Proceedings*, 2003, 1, p. 163, «strictly speaking, the principles for considering rights during the prior investigation are primarily those of justice and equity, not the procedural rights proper to a lawfully initiated penal process. During the prior investigation, Church law requires that the right of all persons and the common good of the Church be protected; the ordinary or hierarch is not bound, however, by the rights that strictly belong to the formal penal process».

Il primo punto da risolvere risente, imprescindibilmente, della particolare articolazione della potestà giudiziaria nella Chiesa e potrebbe trovare una ragionevole soluzione – più che a valle, esautorando l'Ordinario dall'esercizio della sua *potestas iudicandi* nel processo extragiudiziario, – a monte, *rectius* conferendo maggiore partecipazione a soggetti giuridicamente preparati (dunque anche avvalendosi di un laicato attivo) investiti anche del ruolo di promotore di giustizia, che integrino, così, un organo in grado di formulare autonomamente l'imputazione, garantendo quel 'filtro' funzionale a, quantomeno edulcorare, il rischio di sovrapposizioni soggettive ed indebiti convincimenti anticipatori dal punto di vista degli elementi costitutivi dell'illecito²⁰².

Anche la previsione di un momento processuale analogo alla udienza preliminare – finalizzato a verificare la fondatezza dell'accusa portata dal promotore di giustizia di fronte ad «imputazioni debolmente sorrette da elementi probatori insufficienti e contraddittori»²⁰³ – sembrerebbe adeguata a preservare l'indagato da, non del tutto surreali, ipotesi di 'truffa delle etichette', laddove un giudizio di colpevolezza già maturato in sede di indagine dallo stesso soggetto che trasmigrerà, poi, in sede processuale²⁰⁴, verrà soltanto apparentemente rivestito

²⁰² Come avverte V. DE PAOLIS, *Il processo penale nel nuovo codice*, in *Dilexit Iustitiam. Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani*, a cura di Z. GROCHOLEWSKI, V. CARCEL ORTI, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1984, p. 481, l'Ordinario «pur senza colpa, potrebbe essere facilmente indotto a confermare semplicemente, senza ulteriore approfondimento o senza sufficiente appropriata valutazione di eventuali nuovi elementi che emergessero, quanto egli aveva acquisito nella inquisizione previa».

²⁰³ Così F. CASSIBBA, *La "insostenibile leggerezza" dell'udienza preliminare*, in *Criminalia*, 2015, 1, p. 74. Cfr. anche G. LOZZI, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 4, p. 1077 ss.

²⁰⁴ Cfr. G. GIOSTRA, (voce) *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 2001, p. 3, il quale argomenta che «al nascere della prima ipotesi investigativa ... per la "legge psicologica dell'inerzia" ... l'inquirente tenderà a rimanere ancorato alla propria opinione, poiché, una volta scelto un certo schema esplicativo della realtà, si tende ad adottare inconsapevolmente una strategia che lo sottragga al controllo falsificante: il fatto incongruo viene scotomizzato o repu-

delle formalità previste con finalità garantiste, trasformando il processo da luogo di accertamento razionale dei fatti a serbatoio giuridico ove attingere supporti teorici ad una posizione precedentemente già assunta; invero, le leggi del falsificazionismo rivelano come «il titolare dell'accusa sin dal nascere della prima ipotesi investigativa tenda a rimanere ancorato alla propria opinione e finisca per sottovalutare ogni elemento che smentisca quella prima ricostruzione e per privilegiare in definitiva solo quanto possa convalidarla»²⁰⁵.

Il tutto in un contesto ove già *in nuce* si è scelto di far prevalere – per praticità della funzione amministrativa²⁰⁶ – la speditezza rispetto alla meticolosa osservanza di presidi giu-

tato irrilevante rispetto all'ipotesi ricostruttiva dell'accadimento storico, che funge da punto prospettico di fuga al quale vengono piegati i fatti».

²⁰⁵ Cfr. M.L. DI BINTO, *Il pubblico ministero nelle indagini preliminari dopo la legge 16 dicembre 1999 n. 479*, in *Cass. pen.*, 2000, 8, p. 2863, la quale nota come «... l'attività di indagine non può che muoversi secondo la progressione logica imposta dalla presunzione di innocenza, che orienta inevitabilmente la sua attività verso l'acquisizione degli elementi che dimostrino la colpevolezza, essendo solo quest'ultima a richiedere la prova; sia perché è un dato acquisito nella psicologia che l'essere umano, una volta scelto un certo schema esplicativo della realtà, adotta inconsapevolmente una strategia che lo sottrae al controllo falsificante ...». Cfr. C. PAPALE, *Il processo penale canonico. Commento al Codice di diritto canonico, Libro VII, Parte IV*, cit., p. 80: «Essendo infatti l'Ordinario ad aver deciso, sulla base delle risultanze dell'indagine previa, che ci sono elementi sufficienti per instaurare un processo penale, egli il più delle volte in cuor suo sarà già convinto della colpevolezza dell'imputato e non sarà certo facile sradicare tale suo intimo convincimento: il rischio è evidentemente quello che l'Ordinario abbia nel proprio intimo già emesso il provvedimento di condanna».

²⁰⁶ Sul punto si rammenta il classico insegnamento di K. MÖRSDORF, *De relationibus inter potestatem administrativam et iudicalem in Iure canonico*, in *Questioni attuali di diritto canonico*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1955, pp. 404-405: «Objectum aptum iudicationis, quæ in verum et iustum inveniendum et pronuntiandum ordinatur, non nisi aliqua causa esse potest, in qua verum et iustum in dubium vocatur. Quamvis negari non potest etiam organa administrativa huiusmodi causas videre posse, tamen retinendum est characterem distinctivum administrationis efficere, ut decisiones secundum ius tamquam media ad certos fines consequendos adhibeantur. Quod cum iust inveniendum periculum afferat, omnes causæ decisionem secundum ius tantum requirentes generatim res iudiciales censensæ sunt. Ex altera parte res, quæ decisionem non secundum ius, sed secundum prudens arbitrium requirunt, natura sua ad ambitum competentie iudicis pertinere non possunt».

risdizionali²⁰⁷. E ciò non in ragione di una aprioristica elevazione del processo giudiziale a panacea di tutti i mali e di una speculare identificazione del procedimento amministrativo come vertice di ogni disfunzione²⁰⁸, ma perché sembrano accostarsi, in quest'ultima via, *rationes* tra loro non compatibili: essa è invero progettata per cause di rilevanza minore (vista la non utilizzabilità in caso di applicazione di pene perpetue) e tuttavia viene utilizzata, non di rado, in relazione ai c.d. *delicta graviora*. Si cerca, insomma, di sopperire in termini di efficienza anche ad una netta carenza di personale preparato dal punto di vista penalistico²⁰⁹: ma ciò non può certamente costi-

²⁰⁷ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Apertura verso il processo amministrativo di nullità matrimoniale e diritto di difesa delle parti*, in *Apollinaris*, 2002, 3-4, pp. 748-749: «La potestà giudiziale è quel settore della *potestas regiminis* cui si affida l'applicazione stretta della legge nei casi di conflitti che hanno alla base, in forma diretta o indiretta, un diritto soggettivo controverso e che, su iniziativa legittima ed esclusiva degli interessati, richiede soluzione autoritativa. ... Il giudice, quindi, decide secondo la certezza morale raggiunta, non in qualsiasi modo, ma sulla base degli *acta et probata* valutando se le pretese sono fondate e se la legge invocata può essere applicata al caso. ... Viceversa, la potestà amministrativa ha come missione primordiale vegliare per interessi della comunità, con particolare riguardo alla giusta integrazione ed armonizzazione delle esigenze personali dei fedeli nell'ambito delle superiori e complesse esigenze del bene comune, provvedendo ad opportune deroghe di queste ultime in presenza di cause giuste. ... Più che un'applicazione della legge al caso concreto, l'autorità amministrativa deve piuttosto non contraddirla nel valutare l'esistenza delle giuste cause che permettono di accogliere le deroghe concessioni pretese dal fedele».

²⁰⁸ Come specifica S. LOPPACHER, *Processo penale canonico e abuso sessuale su minori. Un'analisi dei recenti sviluppi normativi intorno al "delictum contra sextum cum minore" alla luce degli elementi essenziali di un giusto processo*, cit., p. 292, «il "giusto processo" e le sue esigenze non vanno automaticamente ed esclusivamente identificati con il processo giudiziale in qualsiasi sua forma, come se fosse impossibile procedere anche in via amministrativa in modo giusto, tutelando adeguatamente i diritti delle parti coinvolte. Come la via giudiziale non comporta *ipso facto* una salvaguardia garantita dei diritti dell'accusato e di un procedere secondo giustizia, così queste garanzie non possono ritenersi precluse *a priori* nei casi in cui si proceda in via amministrativa».

²⁰⁹ Cfr. J.P. BEAL, *Protecting the Rights of Lay Catholics*, in *The Jurist*, 1987, 1, p. 145: «While no one wants to belittle the contribution of dedicated people who accept the thank-less task of trying to help resolve disputes in the Church, one does have to wonder whether a Church dedicated to justice

tuire una scriminante²¹⁰ che abiliti a picconare, sebbene *lento pede*, le garanzie poste a presidio dei soggetti implicati in giudizi di una simile delicatezza²¹¹.

Due sembrano poter essere gli apporti dei quali potrebbe beneficiare il settore penale del diritto processuale canonico: uno da attingere al suo interno e più precisamente nella sterzata in senso sinodale che ormai accompagna ogni progetto di riforma della Chiesa, sia nella sua declinazione pastorale che giuridica; l'altro da impiantare *ab externo* e, nello specifico, dagli indirizzi provenienti a livello europeo, sempre più sensibili ad uniformare negli Stati membri il trattamento garantista da riservare al soggetto passivo di una indagine e/o di un processo, come «diretta conseguenza del fatto che il sistema penale, in via di principio, è orientato ad incidere,

can be satisfied to leave the protection of rights to well-meaning volunteers and amateurs».

²¹⁰ Sembra questo il punto di vista di D. INGELS, *Dismissal from the Clerical State. An Examination of the Penal Process*, in *Studia Canonica*, 1999, 1, p. 170: «As professionals in the field of canon law, we have to acknowledge that to some degree we have failed to utilize effectively the penal procedures which the Church has entrusted to us. This failure is not necessarily due to a lack of good will or honest efforts on the part of those who have been involved in penal cases of this nature. It is due, rather, to a general lack of experience and specific training in using the penal process ... I would conclude that this lack of experience and expertise with the penal process has encouraged or at least influenced the desperation which has prompted these diocesan bishops to seek the administrative dismissal *praeter ius*».

²¹¹ Asserisce, in merito, J.P. BEAL, *To Be or Not to Be: That is the Question. The Right of the Accused in the Canonical Process*, in *Canon Law Society of America Proceedings*, 1991, 1 p. 97: «Today the greatest danger to the rights of the accused lies in the rather unstructured administrative process. Nevertheless, we who are ministries of justice in the Church have to resist the temptation to make unwarranted shortcuts that jeopardize the fundamental right of an accused person to mount a defence. Where results take priority over rights, prior investigations become slipshod, complaints unconscionably vague, citations mere formalities, the hearing of the accused perfunctory, the right to introduce evidence a begrudging way of humouring the accused, and decisions mere boilerplate. When the rights of the accused are reduced to formalities, the burden of proof subtly shifts from the burden of prosecution to prove culpability to the burden of the accused to prove innocence and we are back in the days of star chamber proceedings».

anche in misura notevole, sui diritti di libertà e personalità individuale»²¹².

Dal primo angolo di visuale l'orizzonte di senso innestato sul cammino comune sembra, nel prisma della conversione giuridica di acquisizioni teologiche, richiedere la partecipazione di ogni membro del popolo di Dio²¹³; e, tra tali membri, non possono essere esclusi quanti siano incorsi in una indagine finalizzata all'accertamento di un presunto delitto. L'attenzione a chi, di volta in volta, ricopre il ruolo di soggetto debole impone di convergere la tutela giuridica anche e soprattutto su questi ultimi, approntando meccanismi partecipativi che hanno ragion d'essere ancor di più in una fase durante la quale l'ignoto può costituire il più insidioso dei nemici da affrontare. Per tale ragione, sembra rispondente ai più elevati criteri di maturità giuridica apprestare modalità di consultazione dell'indagato, sia in un'ottica di scelta del rito da seguire – diversamente da quanto previsto al can. 1342, §1, *C.i.c.*²¹⁴ – sia dal punto di vista della sua interlocuzione con l'Ordinario durante le indagini, costituendo quest'ultima un'occasione per il diritto canonico latino di recuperare terreno nei confronti del ben più garantista Codice dei Canoni delle Chiese Orientali.

Qui, invero, non soltanto il can 1469, §3, *CCEO* obbliga il Gerarca ad ascoltare l'indagato e il promotore di giustizia, ma il can. 1468, §1, restringe l'indagine previa all'esame di fatti e circostanze, senza menzionare l'imputabilità e, perciò, senza

²¹² Così S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, p. 1722.

²¹³ Cfr. O. RUSH, *Inverting the Pyramid: The Sensus Fidelium in a Synodal Church*, in *Theological Studies*, 2017, 2, p. 321, il quale precisa che «the Church needs to be synodal so that it can listen to God communicating at this time in history, in Christ through the Spirit. The Spirit is the conduit; and the Spirit's instrument of communication is the *sensus fidei* in each believer, and in the Church as a whole. But the Church listens to the Spirit when all listen to one another».

²¹⁴ Cfr. G. DI MATTIA, *Diritto alla difesa e procedura penale amministrativa in diritto canonico*, in *Fidelium Iura*, 1993, 2, p. 331, il quale nota come il can. 1342, §1 sia «poco garantista dei diritti di difesa dell'imputato, giacché non prevede l'ipotesi che questi possa esigere, costi quello che costi per la sua fama, la procedura giudiziale quale mezzo più efficace alla sua tutela».

avviluppare l'indagato in precoci analisi relative ai fondamenti soggettivi del delitto che saranno, invece, oggetto di esame nel contraddittorio tra le parti qualora si instauri il processo in senso stretto²¹⁵. Peraltro, un *frame* partecipativo dell'indagato assurgerebbe a logico antagonista dell'assenza, già menzionata, del principio canonistico di obbligatorietà dell'azione penale, giacché la verifica degli elementi strutturali previsti al can. 1341 *C.i.c.* (ammonizione fraterna, riprensione, altre vie dettate dalla sollecitudine pastorale) – atteggiandosi a precondizione rispetto all'avviamento della procedura giudiziaria o amministrativa – difficilmente troverebbe altro *locus* attuativo se non un rapporto interlocutorio tra indagato e Ordinario previa convocazione del primo durante la fase della *investigatio prævia*²¹⁶.

Da questo punto di vista, ancora una volta la normativa speciale sembra più garantista di quella codiciale, laddove l'art. 12, §8, del *Motu proprio Vos Estis Lux Mundi* prevede addirittura, in caso di richiesta del Dicastero competente, che l'indagato – oltre ad essere informato sull'indagine a suo carico e sentito circa i fatti – possa presentare una memoria difensiva. La consultazione piena dell'indagato non può, ai fini attuativi, prescindere da mezzi appropriati: trattasi, *in primis*, di esplicitazioni inequivoche circa la possibilità di avvalersi di un difensore di fiducia²¹⁷ (o, nel caso non lo scelga, d'ufficio),

²¹⁵ Cfr. C. VENTRELLA MANCINI, *L'indagine previa nel processo penale del Codice di diritto canonico della Chiesa latina e delle Chiese orientali*, in *Incontro fra Canonici d'Oriente e d'Occidente*, vol. II, a cura di R. COPPOLA, Cacucci, Bari, 1994, pp. 543-556; J. GREEN, *Penal Law in the Code of Canon Law and in the Code of Canons of the Eastern Churches: Some Comparative Reflections*, in *Studia Canonica*, 1994, 2, pp. 407-451; G. DI MATTIA, *La procedura penale giudiziaria e amministrativa nel CEEC e nel CJC. Riflessioni comparative*, in *Apollinaris*, 1996, 1-2, pp. 79-117.

²¹⁶ Cfr. A. D'AURIA, *Il processo penale amministrativo. Rilievi critici*, cit., p. 93: «... se diciamo che l'azione criminale non è mai obbligatoria, allora giocoforza già durante l'indagine occorrerà verificare il sussistere degli elementi di cui al can. 1341 CIC; e questa sarà possibile solo se l'indagato viene convocato e udito».

²¹⁷ È chiaro, sul punto, P. DOYLE, *The Canonical Rights of Priests Accused of Sexual Abuse*, in *Studia Canonica*, 1990, 1, p. 346: «If an ordinary contemplates either administrative or judicial action against an accused cleric,

sin dalla fase della *investigatio prævia* e nel processo amministrativo²¹⁸ – in subordine rimodulando il can. 1720 *C.i.c.* attraverso un richiamo al can. 1723²¹⁹ – rimanendo la *facultas sese defendendi* un apprezzabile ma aleatorio atto di fiducia²²⁰ che nulla adduce in ottica di effettivi presidi legali²²¹; sembrerebbe non più procrastinabile, inoltre, la previsione di infor-

he must provide him with a canonical advocate (c. 1481, §1, and 1723). This right to a competent defence is basic to both the civil and the canonical law systems, yet in many cases, clerics facing disciplinary or penal action are not advised to obtain the assistance of a canon lawyer, much less provided one».

²¹⁸ Cfr. quanto auspicato da C. LÓPEZ SEGOVIA, *El derecho a la defensa en el proceso penal administrativo*, in *Anuario de derecho canónico*, 2014, 1, p. 147, il quale si augurava – purtroppo senza risultati – che la riforma del diritto canonico «deberá tener en cuenta ante todo la necesidad de una garantía completa del derecho a la defensa y del principio al contradictorio en el procedimiento penal administrativo».

²¹⁹ Di questo avviso J. LOBELLE, *Processi e procedure penali: sviluppi recenti*, in *Ius et Matrimonium. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, a cura di H. FRANCESCHI, M.A. ORTIZ, Edusc, Roma, 2015, pp. 102-103.

²²⁰ Secondo S. CIAMPI, *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della Direttiva 2012/13 UE da parte del d. lgs. 1° luglio 2014, n. 101*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 2, «insidiosi equivoci si annidano dietro il paravento offerto dall'idea che la difesa possa estrinsecarsi nei meandri di qualsiasi struttura processuale, ove si rinverga un corredo purchessia di garanzie e poteri formalmente riconosciuti all'imputato. Riserva, questa, che raggiunge il massimo grado di persuasività quando viene riferita all'autodifesa giudiziaria, rispetto alla quale le potenziali concause di un disallineamento tra la presenza dell'interessato sulla scena del processo e la concreta possibilità di partecipazione attiva alle dinamiche del rito sono numerose e ad altissimo tasso di nocività per la seconda; la quale richiede, allora, acciocché il diritto abbia valore effettivo, che il legislatore intervenga con le necessarie tutele e i dovuti correttivi».

²²¹ Afferma, sul punto, P. AMENTA, *Diritto processuale penale canonico e inveroamento del principio fondamentale del diritto di difesa*, cit., p. 19, come il can. 1720, §1, *C.i.c.* utilizzi una mera «affermazione di principio, dal momento che, in assenza di una norma espressa che prescriva un interrogatorio formale dell'imputato, l'unica difesa possibile per l'accusato sarebbe quella che avviene alla presenza del superiore, senza una preparazione dovuta alla mancata conoscenza degli atti, limitata alla facoltà di negare gli addebiti. Sembra dunque che la possibilità di difendersi da parte dell'accusato si riduca a una mera presenza dinanzi all'Ordinario o al suo delegato per ascoltare le accuse mosse ed eventualmente contestare *verbo*, cioè seduta stante, gli elementi di accusa raccolti contro di lui, senza che all'accusato sia concesso alcun tempo per preparare una difesa e, sulla base della conoscenza precisa delle accuse, addurre documenti o altri elementi di controprova».

mazioni da assicurare durante le indagini, ai fini di una piena attuazione del diritto di difesa²²², così come di atti giuridici certi e puntuali che rendano edotto il soggetto dell'inizio e dello stato di avanzamento del procedimento a suo carico già dalle fasi iniziali dell'indagine, il che «no solo puede ayudar a evitar éscandalos o que se vea afectado el buen nombre del investigado, sino que garantiza sus derechos, pues el investigado va a poder argumentar desde el primer momento lo que crea procedente»²²³.

Un ausilio alla specificazione di tali atti – oltre ai riferimenti già esaminati agli artt. 369 e 369-*bis* c.p.p. in tema di informazione di garanzia – potrebbe mutuarsi da quanto previsto a livello europeo con la Direttiva 2012/13, cui lo Stato italiano si è impegnato a dare attuazione con d. lgs. 101/2014, riguardante il diritto all'informazione, che si sostanzia in tre diverse sfumature: 1) diritto a conoscere gli estremi dell'addebito; 2) diritto all'informazione su prerogative processuali; 3) diritto di accesso al materiale probatorio raccolto dagli inquirenti²²⁴. Il carattere omnicomprensivo di tale disposizione – che si prefigge di coprire l'arco temporale che va dalle inda-

²²² Cfr. F. DANEELS, *De iure defensionis. Brevis commentarius ad allocutionem Summi Pontificis diei 26 ianuarii 1989 ad Romanam Rotam*, in *Periodica de Re Canonica*, 1990, 1, p. 252, ove si rileva: «Ius defensionis, consideratum sive tamquam tutela iurium quæ in iudicio in discrimine versantur sive tamquam intime nexum cum elemento essenziali iudicii canonici seu contradictorio, in iure positivo efficaciter agnoscendum et protegendum est; hac in re prætera oblivisci nequit principia supra exposita sat abstracta et aliquantulum vaga manere, quam ob rem ius positivum exercitium iuris defensionis concrete tueri et moderari debet».

²²³ Così R. ROMÁN SÁNCHEZ, *La investigación previa al proceso penal canónico y la defensa del acusado*, cit., p. 221, il quale argomenta che «la necesidad de que se profundice en que el investigado debe conocer desde el primer momento de la acusación y de que desde ese momento se le dé oportunidad de defenderse es un hecho, pues los materiales recogidos en la investigación previa llegan a ser la base de la acusación formal, y en su caso el proceso penal se va a instaurar en base a los mismos. Por ello se hace necesario que el investigado pueda tomar parte en la investigación previa ejerciendo así su derecho de defensa de un modo real y desde el primer momento, personalmente o per medio de un defensor».

²²⁴ Sul punto, cfr. V. COVOLO, *Directive 2012/13/EU on the Right to Information in Criminal Proceedings*, in *Effective Defence Rights in Criminal Pro-*

gini alle eventuali impugnazioni – si evince dalla qualifica attribuita al soggetto: «suspect or accused person». La Direttiva, in subiecta materia, contempla agli artt. 3-4-5 una «letter of rights» da consegnarsi, in forma scritta, alle persone che nel corso del procedimento si trovino in stato di arresto o di detenzione che dovrà indicare: la menzione del diritto di accedere alla documentazione rilevante («right of access to the materials of the case»); il diritto a un avvocato; le condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio; il diritto di essere informato dell'accusa, a norma dell'articolo 6; il diritto all'interpretazione e alla traduzione; il diritto al silenzio. In aggiunta, all'art. 6 si prevede che «alle persone indagate o imputate siano fornite informazioni sul reato che le stesse sono sospettate o accusate di aver commesso. Tali informazioni sono fornite tempestivamente e con tutti i dettagli necessari, al fine di garantire l'equità del procedimento e l'esercizio effettivo dei diritti della difesa». Non v'è chi non veda, in tale elenco di principi, null'altro che l'attuazione pratica dei corollari sottesi alla presunzione di innocenza, funzionali a non lasciare nel limbo delle buone intenzioni la conservazione dello *status* di persona libera dell'indagato e l'esercizio del proprio diritto di difesa, peraltro già auspicata dalla dottrina più avveduta²²⁵.

Come può evincersi, si tratta di un *trend* richiesto a livello europeo al quale – con mezzi propri e tempi ragionevoli, come previsto per ogni Direttiva – ogni Stato membro dovrà

ceedings. A European and Comparative Study on Judicial Remedies, a cura di S. ALLEGREZZA, V. COVOLO, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2018, p. 51 ss.

²²⁵ Cfr. D.G. ASTIGUETA, *La persona e i suoi diritti nelle norme sugli abusi sessuali*, in *Periodica de Re Canonica*, 2004, 3, pp. 649-650, il quale osserva: «Nel tempo dell'accusa, il primo diritto che appare evidente è il diritto *alla difesa*. Questo diritto si concretizza nel diritto a ricevere la *notifica* dell'accusa presentata contro di lui. Ovviamente questo suppone di conoscere anche la natura dell'atto di cui si viene accusati e, se non ci fosse nulla in contrario, l'identità del denunciante. Sebbene possa sembrare ovvio, l'accusato ha il diritto di essere informato dei suoi diritti, di rimanere in silenzio, e di respingere le accuse anche iniziando un processo canonico. Conseguentemente al diritto alla difesa, e collegato con la *presunzione di innocenza*, è il diritto ad *avere le stesse possibilità* dell'altra parte, come il conoscere tutto ciò che la parte denunciante ha detto dei fatti; o avere le stesse possibilità di ricorso contro le decisioni dell'autorità».

adeguarsi in base alle proprie rispettive legislazioni nazionali²²⁶. Le garanzie emergenti da tali *caveat* paiono alquanto sintomatiche di un orientamento, ormai diffuso, mirato a tenere in considerazione i diritti fondamentali collegati a un giusto processo secondo uno spettro spazio-temporale più ampio, che non si arresti semplicemente al processo vero e proprio o al suo atto iniziatico, ma che retroagisca al momento delle indagini sino a comprendere un più elastico giusto procedimento²²⁷; in tale fase, invero, il soggetto indagato è maggiormente avvinto da un turbinio di possibili attacchi alle proprie garanzie, in ragione del *gap* che separa l'impianto di costruzione degli elementi a supporto della *notitia criminis* dall'atto di formalizzazione dell'imputazione *stricto sensu* inteso.

A questo proposito, peregrina non sembrerebbe l'introduzione di una disposizione – *ictu oculi* pleonastica – ma che invece costituirebbe un presidio di notevole portata, analoga all'art. 358 c.p.p. che sancisce il *munus* del pubblico ministero di svolgere altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini²²⁸. È vero che nella *potestas* in capo all'Ordinario non può non rientrare il dovere di

²²⁶ Cfr. S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, a cura di S. RUGGERI, Springer, Berlino, 2015, p. 81 ss.

²²⁷ Cfr. B.F. GRIFFIN, *Canon 1722: Imposition of Administrative Leave against an Accused*, in *Roman Replies and CLSA Advisory Opinions*, 1988, 1, p. 106, il quale evidenziava come «the course of justice includes not only the judicial process itself but the entire concrete concern of the Church for justice towards the accused, the possible victim and the Church community».

²²⁸ Cfr. G. LOZZI, *Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 3, p. 1278, il quale osserva che «non soltanto come parte pubblica (e, quindi, come parte che non può non agire a fini di giustizia) ma, anzitutto, come parte che, per decidere se esercitare o no l'azione penale, deve valutare l'idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in sede di giudizio (e, pertanto, deve effettuare un giudizio prognostico di responsabilità), il pubblico ministero non può non compiere accertamenti relativi a fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini, indubbiamente indispensabili ai fini di una corretta decisione in ordine all'esercizio o no dell'azione penale».

essere equilibrato²²⁹ e ricercare anche ciò che possa costituire il *bonum* per l'indagato; e tuttavia, la garanzia di un enunciato codificato si presterebbe anche a fungere da correttore delle eventuali distorsioni «di metodo ricostruttivo conseguenti ad un malinteso ruolo di parte che farebbe correre il rischio di abbassare la qualità dell'approccio cognitivo, necessariamente ad ampio spettro, in nome di una cattiva fedeltà alla posizione di parte»²³⁰.

Peraltro, anche in questa occasione la normativa speciale sembra maggiormente attenta a presidiare i diritti dell'indagato rispetto a quella generale, laddove l'art. 12, §6, del *Motu proprio Vos Estis Lux Mundi* – ribadendo che «il Metropolita è tenuto ad agire con imparzialità e privo di conflitti di interessi» – si cautela di disporre che «qualora egli ritenga di trovarsi

²²⁹ Cfr. H. PREE, *Esercizio della potestà e diritti dei fedeli*, in *I principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico: la ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, a cura di J. CANOSA, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 345-346: «L'esercizio della potestà, dal punto di vista della sua essenza e del suo fine, deve essere qualificato come attuazione di una relazione giuridico-pastorale. È un rapporto di altissimo contenuto, di responsabilità reciproca (senza arbitrarietà ed abusi da entrambe le parti) caratterizzata dalla strumentalità (carattere ministeriale o di servizio) della gerarchia (senza pretese autoritarie) per la salvezza di tutti i fedeli (inclusi i soggetti della potestà) nella comunione ecclesiastica mediante l'attuazione di quei diritti che chiamiamo giustamente fondamentali, perché sono "coessenziali" all'essere persona nell'ordinamento canonico e costituiscono il nucleo inviolabile del patrimonio giuridico del cristiano ... base essenziale di tutto l'ordinamento canonico e che, come tale, s'impone all'osservanza, oltre che degli individui, di ogni autorità».

²³⁰ Cfr. V. MAFFEO, *Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, cit., p. 17, la quale rammenta anche che «la previsione dell'obbligo di ricerca di elementi a favore del sottoposto a indagine, lungi dall'assegnare alla parte pubblica un ruolo di tutela paternalistica, del tutto distorto rispetto al nuovo modello processuale» aiutava ad evitare che «l'assenza dell'indagato potesse far restare in ombra profili della vicenda meritevoli di attenzione seppure non direttamente legati alle ragioni dell'accusa, se intese queste ultime alla luce esclusivamente dell'interesse alla valorizzazione degli elementi a carico» (*ivi*, pp. 16-17). Ne deriva che «il primo dovere del pubblico ministero è quello di indagare in modo completo, a carico e a favore dell'indagato, nell'ambito di un perimetro esplorativo che è evidentemente tracciato dalla notizia di reato all'inizio della vicenda processuale ed è suscettibile di allargarsi in relazione alle acquisizioni investigative susseguenti» (*ivi*, pp. 28-29).

in conflitto di interessi o non essere in grado di mantenere la necessaria imparzialità per garantire l'integrità dell'indagine, è *obligato* ad astenersi e a segnalare la circostanza al Dicastero competente». La norma in oggetto dimostra un maggiore senso pratico rispetto alle previsioni codiciali, sicché concretizza una eventualità tutt'altro che rara, *id est* l'assenza di una equidistante imparzialità del Metropolita che conduce le indagini, non soltanto tradendo una visione più disincantata e pragmatica delle figure che operano in un settore ad alto voltaggio quale il diritto penale – ove la grazia sacramentale non sempre rende immuni dalle umane fragilità che spetta al diritto correggere con gli strumenti che gli sono propri – ma anche aggirando quel cortocircuito logico che vorrebbe il Metropolita ipoteticamente esposto a conflitti di interessi nel condurre l'indagine a carico di un Vescovo, di un Ordinario o di un Superiore per i crimini avverso i soggetti vulnerabili e l'Ordinario della normativa codiciale per i delitti 'comuni', invece, *a priori* ammantato di una salomonica terzietà refrattaria a qualche più esplicita cautela procedurale.

La recente riforma del Libro VI del *Codex* non sembra, in questo senso, essere stata foriera di novità aventi un impatto decisivo e garantista conforme alle aspettative²³¹; forse, qualche passo in avanti si è compiuto in termini di inserimento del principio di non colpevolezza (come si è visto, però, non debitamente esplicitato) al can. 1321, §1, *C.i.c.* e di timido accenno al diritto di difesa tramite il rimando al can. 1720 *C.i.c.* contenuto nel can. 1342. Molto, tuttavia, può essere ancora costruito da un ordinamento giuridico che ha, storicamente, costituito un faro per le evoluzioni di tutti gli altri impianti giuridici

²³¹ Si veda, in merito, la dura critica di P. CONSORTI, *A che scopo? Ripensare il diritto canonico per riformare la Chiesa*, in *Il Regno. Attualità*, 2022, 1, p. 5: «La fatica del diritto canonico emerge in modo speciale dall'ultima cosiddetta riforma del diritto penale: dopo decenni di riflessione è stato partorito un topolino, accolto da riflessioni esplicative di carattere parenetico, e pochi hanno avuto il coraggio di dire che il diritto penale canonico del terzo millennio è poco più che una "permanenza sociologica", dato che il potere di punire (che nessuno contesta) si scontra con l'effettiva perdita di potere giurisdizionale».

secolari e che fa dell'attenzione agli ultimi e ai più deboli il codice genetico del proprio operare.

E se pare possibile – nella prospettiva di un raffronto con il diritto processuale penale italiano – rinvenire reconditi luoghi in cui il *Codex* sembra circondato da maggiori garanzie rispetto al Codice di procedura penale, immediatamente si rivela il rovescio della medaglia: il riferimento va, ad esempio, al can. 1722 *C.i.c.* in materia di provvedimenti cautelari²³². La norma, invero, letteralmente fa riferimento a «qualunque stadio del processo», lasciando intendere che tali provvedimenti ablativi possano essere inflitti soltanto dopo l'esercizio dell'azione penale, sia che si tratti di processo penale giudiziale che amministrativo, a differenza di quanto avviene nel processo penale secolare, ove l'attenzione alle esigenze cautelari si fa più acuta proprio durante la fase delle indagini preliminari²³³.

Ad un'attenta analisi, tuttavia, emerge come tale disposizione venga smentita sia a livello empirico – laddove i casi di allontanamento di sacerdoti indagati dal ministero sacro o da uffici ecclesiastici, di imposizione/proibizione della dimora in un determinato luogo e di divieto di partecipazione pubblica alla Santissima Eucaristia già nella fase post-denuncia sono all'ordine del giorno²³⁴, certamente giustificati dalla necessi-

²³² Cfr. R. COPPOLA, *Commento al can. 1722*, in *Comentario exégetico al Código de derecho canónico*, vol. IV/2, a cura di Á. MARZOA, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ OCAÑA, Eunsa, Pamplona, 2010, p. 2088 ss.

²³³ Cfr. E. MARZADURI, (voce) *Misure cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 18 ss.

²³⁴ Spiega J.P. BEAL, *Administrative Leave: Canon 1722 Revisited*, in *Studia Canonica*, 1993, 2, p. 296: «To defer imposition of “administrative leave” until Church authorities have completed the preliminary investigation and are prepared to present a bill of complaint and formally cite the accused would hardly preclude scandal. Indeed, permitting a cleric to continue in unrestricted ministry while serious public accusations of misconduct are investigated might itself scandalize the faithful». Ne consegue che «... when c. 1722 stipulates that “administrative leave” can be imposed “*in quolibet processus stadio*”, it means that such leave can be imposed at any time from the Ordinary's first receipt of information about an offense to the formal conclusion of the process as long as the Ordinary has reason to believe that scandal is imminent, the freedom of witnesses is threatened or the course of justice is jeopardized» (*ivi*, p. 297).

tà di esercitare un'azione di impatto su situazioni ad alta precarietà anche a livello comunitario – sia a livello di coordinamento, sicché mentre il legislatore universale sembra averle confinate, sulla carta, al processo vero e proprio, la normativa speciale, *id est* art. 10, §2, delle novellate *Normæ de delictis reservatis*, prevede che l'Ordinario può disporre le misure cautelari anche durante la fase dell'indagine previa²³⁵, qualora «si trovi di fronte alla necessità di evitare possibili reincidenze dell'indagato, di tutelarlo da ulteriori eventuali accuse e di arginare lo scandalo»²³⁶.

Inoltre, a differenza del processo penale italiano – ove si assiste ad una 'giurisdizionalizzazione' delle misure cautelari, proprio in ragione delle elevate ripercussioni sulla libertà del soggetto²³⁷ – nell'ordinamento canonico detti provvedimenti

²³⁵ L'art. 10, §2, delle nuove *Normæ de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis* prevede che «è competenza dell'Ordinario o del gerarca, fin dall'inizio dell'indagine previa, di imporre quanto è stabilito nel can. 1722 CIC o nel can. 1473 CCEO», riprendendo il vecchio art. 19 delle *Normæ de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normæ de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis* del 2010, ove si statuiva che che «fermo restando il diritto dell'Ordinario o del Gerarca, fin dall'inizio dell'indagine previa, di imporre quanto è stabilito nel can. 1722 del Codice di Diritto Canonico o nel can. 1473 del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali, anche il Presidente di turno del Tribunale, su istanza del Promotore di Giustizia, ha la stessa potestà alle stesse condizioni determinate nei detti canoni». Cfr. P. LAGGES, *The Penal Process: The Preliminary Investigation in Light of the Essential Norms of the United States*, cit., p. 408, il quale – riferendosi alle *Essential norms* vigenti negli U.S.A., in particolare all'art. 6 – osserva che «at the time that the Bishop refers the matter to the CDF, he can impose a restriction in the priest's ministry according to c. 1722 ...». Sul punto, cfr. F.J. CAMPOS MARTINEZ, *Drechos fundamentales del investigado y aplicación de medidas cautelares. Un estudio a partir del art. 19 de las "Normas sobre los delictos más graves"*, in *Rev. esp. der. can.*, 2017, 1, pp. 369-423.

²³⁶ Cfr. A. D'AURIA, *Il processo penale amministrativo. Rilievi critici*, cit., p. 96, il quale aggiunge che «spesso ... la misura cautelare è imposta a tutela dell'indagato proprio perché se questi viene, ad esempio, sollevato dal suo ufficio, un certo tipo di accusa dovrà necessariamente cessare».

²³⁷ Cfr. M. GALLUCCIO, *Peculiarità della funzione cautelare nel diritto canonico alla luce dei provvedimenti ex can. 1722 CIC*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, Rivista telematica (www.statoeChiese.it), 2015, 27, p. 9: «... nell'ordinamento canonico, l'esercizio della funzione cautelare, incarnata dall'applicazione delle misure di cui al can. 1722 CIC, rivestite della forma di decreto dell'Ordinario (quali atti amministrativi, dunque), assume connotati

vengono emessi non dall'autorità giudiziaria terza e imparziale²³⁸, ma dall'Ordinario, autorità e parte nel processo amministrativo²³⁹, riproponendosi i medesimi conflitti evidenziati in precedenza, con in aggiunta la circostanza per cui non è prevista né una durata massima né la possibilità esplicita di una loro impugnazione (dovendosi ricorrere, *de relato*, allo strumento dei ricorsi gerarchici²⁴⁰, la cui compatibilità, in termini di tutela apprestata, con provvedimenti di tipo cautelare è

particolari, se si pensa che negli ordinamenti degli Stati secolari questa stessa funzione si caratterizza per essere *giurisdizionalizzata* cioè affidata alla competenza della magistratura, proprio in considerazione della natura affittiva delle misure cautelari; costituisce, infatti, un'importante garanzia delle libertà dell'imputato il fatto che i provvedimenti restrittivi delle sue libertà (quali quelli cautelari), siano disposti con atto motivato dell'autorità giudiziaria, ossia di un organo imparziale che, sempre avuto riguardo alla garanzia dei diritti del soggetto, si differenzia dall'organo preposto allo svolgimento delle indagini e alla formulazione delle accuse e al quale l'indagato non è legato da alcun tipo di rapporto». Nell'ordinamento canonico, pertanto, «la cifra precipua ... sembra essere costituita dalla commistione e da un continuo rimando tra la funzione amministrativa (cui i provvedimenti devono ricondursi in base alla loro natura) e l'attività giudiziaria (il tempo del loro svolgersi) che, nella previsione della norma, si concretizza in un'ingerenza dell'autorità amministrativa nel corso di una vicenda giudiziale» (*ivi*, p. 26).

²³⁸ Si pensi, nel caso del processo penale italiano, all'art. 279 c.p.p.: «Sull'applicazione e sulla revoca delle misure, nonché sulle modifiche delle loro modalità esecutive, provvede il giudice che procede. Prima dell'esercizio dell'azione penale, provvede il giudice per le indagini preliminari».

²³⁹ Cfr. C. GULLO, *Le ragioni della tutela giudiziale in ambito penale*, cit., pp. 158-159: «... ci troviamo di fronte ad una grossissima anomalia e cioè quella di un provvedimento emanato dall'Autorità amministrativa, addirittura dalla parte ... nel corso di un procedimento giudiziale. Ma la cosa più grave non è tanto questa, quanto quella che questi provvedimenti possono restare lì per l'eternità, diventando in questo modo della stessa gravità delle pene perpetue comminate a seguito di un regolare giudizio. È vero che questi provvedimenti devono esser revocati, quando viene meno la causa per la quale sono stati presi, ma è altrettanto vero che l'unico giudice (senza appello) del venir meno di questa causa è lo stesso Ordinario (e cioè la parte in causa)». La maggiore distorsione di tale istituto si ravvisa, secondo l'A., nella eventualità che «una volta posti in essere, inducono l'Autorità a non aver più neppure l'interesse a portare a conclusione il giudizio, in quanto con la loro comminazione il risultato si è già raggiunto» (*ivi*, p. 149).

²⁴⁰ Afferma J. LLOBELL, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo*, cit., p. 138, nota 155, che «le misure cautelari possono essere impuginate fino ad arrivare al contenzioso am-

tutto fuorché pacifica)²⁴¹. E proprio il fatto che la loro rimozione sia subordinata ad una valutazione operata dal medesimo soggetto che ha espresso un giudizio tale da indurlo ad applicarli, li rende candidati ad incarnare il rischio di anticipazione indebita della condanna²⁴², quasi un «camouflage for the imposition of a perpetual expiatory penalties ... with no process whatsoever and with no possibility to recourse in appeal»²⁴³.

Nondimeno, nella novellata normativa speciale affiorano alcune preoccupanti fragilità che quasi sembrano riabilitare la carica garantistica del can. 1722 *C.i.c.*, laddove – a differenza di quest'ultima disposizione, che sancisce l'ascolto del promotore di giustizia e la citazione dell'accusato – l'art. 15 delle nuove *Normæ sui delicta reservata* menziona unicamente il dovere di ascoltare il promotore di giustizia, senza alcun riferimento alla citazione dell'accusato e, nella fattispecie, anche dell'indagato. Ora, a ben vedere si assiste ad una sorta di rinvio a catena, sicché l'art. 15 *de quo* rimanda all'art. 10, §2, il quale, a sua volta, rinvia al can. 1722 *C.i.c.* senza alcuna eccezione di sorta; tale ragionamento impone di ritenere comunque doverosa la fase interlocutoria con il soggetto passivo delle indagini poiché ben poco senso avrebbe intendere l'inciso *ex*

ministrativo presso la Segnatura Apostolica, ma detta impugnazione non ha mai effetto sospensivo, tranne che ciò sia stabilito dall'autorità competente».

²⁴¹ Più confacente sarebbe un tipo di impugnazione a carattere giurisdizionale, basato sul riesame nel merito del provvedimento: in merito ai provvedimenti cautelari nel processo penale, osserva G. RICCIO, *Nuovi spazi legislativi e ruolo della dogmatica*, in *Pol. dir.*, 1997, 4, p. 690, che «alla impossibilità di anticipare il contraddittorio rispetto al provvedimento per la tutela di interessi di analogo valore, si sopperisce col procedimento di riesame che nasce in prospettiva di revisione del merito della vicenda, ma con la precipua funzione di attivare e di rendere effettivo – appunto – il contraddittorio».

²⁴² Cfr. G.P. MONTINI, *Provvedimenti cautelari urgenti nel caso di accuse odiose nei confronti dei ministri sacri. Nota sui canoni 1044 e 1722*, in *Quad. dir. ecclesiale*, 1999, 1, p. 202, il quale paventa il pericolo che tali misure si trasformino «in un armamentario a disposizione del vescovo ogni volta che lo ritenga opportuno, dopo aver avviato l'indagine previa». In tal modo si camufferebbe «sotto la forma di un provvedimento amministrativo una pena da infliggersi con tutte le normative proprie del diritto processuale penale, o addirittura una pena perpetua» (*ivi*, p. 203).

²⁴³ Cfr. J.P. BEAL, *Administrative Leave: Canon 1722 Revisited*, cit., p. 318.

art. 10, §2 – «imponendi quæ in can. 1722 CIC vel in can. 1473 CCEO statuuntur» – in un senso meramente letterale, quasi come se «non fosse integrale ma soltanto riferito alle concrete misure che possono imporsi e non riguardasse invece i criteri e i passaggi formali per imporre tali misure»²⁴⁴. Per tale ragione, appare in netto contrasto con i presidi di garanzia a tutela dell'indagato considerare l'art. 15 della succitata normativa come costituente una disposizione a carattere speciale e, perciò, derogatoria di quanto invece il can. 1722 *C.i.c.* appresta, pur con tutti i limiti evidenziati, attraverso la previsione della citazione dell'accusato.

Uno scenario che pare mostrare ancor più il fianco a *vulnera* procedurali nell'ipotesi prevista dal combinato disposto dei cann. 1044, §2, n. 2 e 1401, n. 1, *C.i.c.*²⁴⁵, in materia di irregolarità ad esercitare gli ordini ricevuti. Indubbiamente non ci si trova nel perimetro del processo penale; tuttavia la natura emergenziale di tali strumenti, adottati con decreto dal Vescovo al fine di arginare condotte scandalose da parte di chierici, svela il pericolo di un loro utilizzo surrettizio finalizzato ad aggirare le già flebili cautele poste dal can. 1722 per l'imposizione di provvedimenti cautelari, prescindendo del tutto da una *investigatio prævia*, anche sommaria²⁴⁶ – prevedendosi

²⁴⁴ In questo senso cfr. M. TEIXIDOR VIAYNA, *L'assetto procedurale della recente modifica delle "Normæ de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis": esegesi e suggestioni*, cit., p. 70.

²⁴⁵ Can. 1044, §2, n. 2: «Sono impediti di esercitare gli ordini ... colui che è affetto da pazzia o da altre infermità psichiche di cui al can. 1041, n. 1, fino a che l'Ordinario, consultato un perito, non avrà consentito l'esercizio del medesimo ordine»; can. 1041, n. 1: «Sono irregolari a ricevere gli ordini ... chi è affetto da qualche forma di pazzia o da altra infermità psichica, per la quale, consultati i periti, viene giudicato inabile a svolgere nel modo appropriato il ministero».

²⁴⁶ Cfr. SUPREMUM SIGNATURÆ APOSTOLICÆ TRIBUNAL, Prot. N. 37937/05, *Decisio coram GROCHOLEWSKI*, 28 aprile 2007, in *Ius Ecclesiæ*, 2007, 3, p. 620, n. 11, c., ove – nell'ambito di una questione che vedeva il Vescovo sostenere la natura amministrativa di un provvedimento con cui aveva ristretto l'esercizio del ministero di un sacerdote e la Congregazione per il Clero caldeggiarne, invece, la natura penale – si rileva come il Vescovo «contendit se decretum tulisse administrativum seu disciplinare ... et de facto in emananda sua decisione haudquaquam usus est procedura pœnali, prorsus prætermisso examine circa imputabilitatem Rev.di N., opportunitatem promovendi processum pœna-

unicamente la consultazione di un esperto – da un confronto con il destinatario del decreto emanando²⁴⁷, dalla conoscenza degli elementi di prova sui quali fondare la decisione²⁴⁸ e, *last but not least*, non operandosi alcun riferimento alla cautela *ex can. 50 C.i.c.* in punto di ascolto dei soggetti potenzialmente lesi dall'atto amministrativo²⁴⁹, escludendosi finanche ogni

lem et præscriptionem actionis, nulla instituta investigatione prævia atque haud servata ratione procedendi pœnali, de qua in can. 1720».

²⁴⁷ In proposito, osserva P. MILITE, *Utrum irregularitates ex delicto indolem pœnæ habent an non?*, in *Apollinaris*, 2001, 2, p. 584, che «l'autorità ... nella misura in cui dichiara l'impedimento, deve attenersi al prescritto di tutti i requisiti di legge esigiti per l'emanazione di un atto amministrativo (cann. 50-56). A questo punto l'equità vuole che l'autorità interpelli l'interessato, che potrebbe fin da subito esternare tutti gli elementi per discernere se sia affetto o no da infermità psichica ...». D'altronde, una tale prassi partecipativa sembra in linea anche con la procedura richiesta dalla giurisprudenza: cfr. SUPREMUM SIGNATURÆ APOSTOLICÆ TRIBUNAL, *Decisio coram DAVINO*, 4 maggio 1996, in *Ius Ecclesiæ*, 1997, 2, p. 597, ove si chiarisce che «nec sufficit diagnosis circa aliquam infirmitatem, uti s.d. "ephebophiliam" seu impulsu sexualem erga adulescentes; videndum est de gravitate infirmitatis, de eius effectu in sacerdotem eiusque ministerium, de exitu therapie peractæ, de mediis adhibitis ad effectus infirmitatis limitandos, etc.»: tutti rilievi, questi, impossibili da effettuare senza un confronto con l'indagato.

²⁴⁸ Cfr. G.P. MONTINI, *Provvedimenti cautelari urgenti nel caso di accuse odiose nei confronti dei ministri sacri. Nota sui canoni 1044 e 1722*, cit., p. 194: «La prospettazione dell'infermità psichica a carico del chierico esime l'autorità canonica dall'investigazione onerosa e complessa dell'imputabilità morale e giuridica dei comportamenti del chierico al fine dell'infrazione di una pena, ma non esime la medesima autorità dalla verifica della veridicità delle accuse mosse, quanto ai fatti».

²⁴⁹ Cfr. J.P. BEAL, *Too Good To Be True? A Response to Professor Woestman on the Interpretation of Canons 1041, 1° and 1044, §2, 2°*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1996, 2, p. 463, il quale rileva che «the procedure followed in reaching this decision should comport with norms of fundamental fairness (cc. 50-51) and should take care to insure that the cleric's right of defense is honored. Before declaring a cleric impeded from the exercise of orders, the diocesan bishop or religious ordinary must reach moral certitude about the cleric's *inhabilitas* on the basis of evidence assembled in the record and weighed "ex sua conscientia, firmis præscriptis legis de quarundam probationum efficaciacia" (c. 1608, §3). Dello stesso avviso G.P. MONTINI, *Provvedimenti cautelari urgenti nel caso di accuse odiose nei confronti dei ministri sacri. Nota sui canoni 1044 e 1722*, cit., p. 195, il quale evidenzia che «l'equità vuole che la clausola accennata, nel caso, sia interpretata in senso stretto: solo un'impossibilità fisica o morale potrebbe permettere al superiore di non interpellare l'inte-

possibilità di impugnazione, sicché «the potential for abuse of rights is far greater in the application of c. 1044 than in the application of the canons on the penal process»²⁵⁰.

La rilevanza dell'infusso che tale genere di interventi genera sui destinatari²⁵¹ richiederebbe quantomeno una regolamentazione improntata alla scansione delle procedure da osservare e alla trasparenza della normativa²⁵², rifuggendo, peraltro, perniciosi parallelismi tra istituti formalmente differenti ma del tutto analoghi dal punto di vista della sostanza e degli effetti, la cui collocazione in sezioni differenti del Codice

ressato, che potrebbe fornire fin da subito elementi per discernere se sia affetto o no da infermità psichica».

²⁵⁰ Cfr. P. LAGGES, *The Use of Canon 1044, §2, 2° in the Removal of Parish Priests*, in *Studia Canonica*, 1996, 1, p. 69, il quale così tratteggia lo *status quo*: «The Use of c. 1044, §2, 2° has been seen as a means by which a bishop can safeguard integrity of ministry in his diocese, while at the same time avoiding the problems which are inherent in the application of canonical penalties. The Code of Canon Law does not describe a process for the imposition of a decree declaring a person impeded from the exercise of orders, and thus all of the intricacies of a penal trial are avoided. There does not have to be the formal investigation described in c. 1717 and there is no need for the prior warning described in c. 1347, §1. Furthermore, there is no need for the establishment of a tribunal or the conducting of a trial ... Therefore, some diocesan bishops have used this canon as a way of dealing with the problem of professional misconduct of clerics. While c. 1044 certainly does allow for a “cleaner” process, which might appear to be more attuned to the problem at hand, there are nonetheless some dangers in applying this canon. For the penal process in the Church is also designed to provide for the protection of rights of the person accused. No such protection of rights is inherent in c. 1044. For example, the cleric does not have to be warned that his behaviour is calling into question his ability to minister (c. 1347, §1). He also does not have to be shown the proofs which have been gathered against him, as provided for in c. 1720, 1°; nor does he have the right to canonical counsel, as provided in c. 1723, §1. When all is said and done, the cleric does not have the right to speak last or to present final written comments in the case against him, a right which is accorded him in a penal trial, according to c. 1725».

²⁵¹ Cfr. L. CARACENI, *Misure cautelari “pro victima” e diritti di libertà dell'accusato: a proposito di una convivenza faticosa*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, 3, pp. 254-264.

²⁵² Cfr. C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 2021, 4, p. 1813, ad avviso del quale «la precisione linguistica s'impone, a un tempo, come vincolo di produzione di regole chiare e garanzia di una percezione sufficientemente determinata delle stesse da parte dei consociati ...».

acuisce la problematica ricostruzione di rimedi esperibili e garanzie da accordare. Per tale ragione, sembrerebbe più equilibrato che le disposizioni afferenti a tali misure di tipo cautelare – in particolar modo il can. 1722 *C.i.c.* – in luogo della generica previsione di una citazione dell'accusato e della consultazione del promotore di giustizia contemplassero passaggi tecnicamente più stringenti e idonei a profilare quel corretto equilibrio tra la situazione di pericolo concreto ed attuale da evitare e le garanzie dell'indagato da salvaguardare²⁵³, al fine di evitare «un'ingiusta lesione dei diritti del soggetto colpito dal decreto e compromettere finanche l'obiettività dell'autorità giudiziaria chiamata ad accertare la fondatezza, o meno, dell'accusa sollevata»²⁵⁴.

Considerata l'affinità di alcune misure, un ragionevole parametro di riferimento potrebbe essere l'art. 289, comma 2, c.p.p. – ove si stabilisce che, in caso di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, «nel corso delle indagini preliminari, prima di decidere sulla richiesta del pubblico ministero ..., il giudice procede all'interrogatorio dell'indagato ...» – in combinato disposto con l'art. 294, comma 1-*bis*, c.p.p., a tenore del quale «se la persona è sottoposta ad altra misura cautelare (rispetto alla custodia cautelare in carcere, n.d.r.), sia coercitiva che interdittiva, l'interrogatorio deve avvenire non oltre i dieci giorni dalla esecuzione del provvedimento o dalla sua notificazione». Si tratta del c.d. 'interrogatorio di garanzia'²⁵⁵, previsto nella quasi totalità dei casi in

²⁵³ Rileva G. DELGADO DEL RÍO, *La investigación previa. La respuesta de la Iglesia al delito de abuso sexual*, Eunsa, Pamplona, 2014, p. 167, che «este inciso del can. 1722 se ha da interpretar en el sentido de que el Ordinario debe oír (obligatoriedad), con carácter previo, el parecer al respecto del promotor de justicia, que habrá de pronunciarse por escrito y motivadamente», auspicando – da parte dell'Ordinario – «un encuentro, a la mayor brevedad, y si pareciera oportuno con la presencia de un testigo, con el sacerdote o religioso denunciado, para informarle de los hechos de que es acusado y de los trámites que van a seguirse».

²⁵⁴ Cfr. P. LOJACONO, *La tutela della personalità dei minori nell'ordinamento canonico. Parte seconda: prevenzione e repressione dei crimini sessuali commessi dai chierici*, in *Dir. eccl.*, 2009, 3-4, p. 426.

²⁵⁵ Cfr. L. GIULIANI, (voce) *Interrogatorio di garanzia*, in *Enc. dir. Annali*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 756, la quale descrive l'istituto come quel

seguito all'applicazione della misura²⁵⁶ e solo relativamente all'art. 289, comma 2, c.p.p. in fase anteriore²⁵⁷; un suo omologo anche nel processo penale canonico permetterebbe di ridefinire, da un primo angolo di visuale, i ruoli nell'imposizione delle misure cautelari²⁵⁸, posto che il can. 1722 *C.i.c.* afferisce proprio alle ipotesi di allontanamento di un ministero sacro

presidio avente la «funzione di consentire, attraverso il contatto diretto tra giudice e destinatario del provvedimento restrittivo, l'acquisizione degli elementi necessari per un'immediata verifica della sussistenza dei presupposti della misura cautelare disposta». In questo senso si spiega la scelta «di attribuire un carattere pienamente giurisdizionale allo stesso interrogatorio, nell'intento di evitare che un ruolo analogo, in chiave di tutela della libertà personale dell'imputato, potesse essere ricoperto da un magistrato chiamato a sostenere la funzione di accusa nel medesimo procedimento» (*ivi*, pp. 759-760).

²⁵⁶ *Ivi*, p. 761, ove si nota come «pur collocato tra gli adempimenti successivi all'esecuzione del provvedimento cautelare, l'interrogatorio di garanzia costituisca un momento indefettibile della fase applicativa della misura, quasi che la legittima restrizione della libertà personale (o meglio, il legittimo protrarsi della medesima restrizione) consegua ad una sorta di fattispecie complessa a formazione progressiva».

²⁵⁷ Come osserva P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 423, nota 50, «l'unico caso in cui l'interrogatorio ad opera del giudice precede l'applicazione della misura cautelare è quello in cui sia stata disposta la misura interdittiva della sospensione dai pubblici uffici o servizi (art. 289). In tal caso, il giudice procede a interrogatorio *ex artt.* 64-65 prima di decidere sull'applicazione del provvedimento». Secondo M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2008, p. 359, nota 29, tale sistema di interrogatorio anticipato alla fase precedente la misura «finora non è stato generalizzato perché implica che, presentata dal pubblico ministero la richiesta di una misura cautelare, l'imputato venga comunque sottoposto ad una misura precautelare in attesa della decisione del giudice, e costringerebbe la difesa ad un contraddittorio affrettato e poco efficace».

²⁵⁸ Cfr. V. GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, cit., p. 419, il quale evidenzia come «il pubblico ministero dovrà fornire al giudice non solo, naturalmente, gli elementi su cui la richiesta si fonda, ma anche tutti gli altri elementi a favore dell'imputato (tra i quali rientrano sia quelli acquisiti dallo stesso pubblico ministero *ex art.* 358, sia quelli pervenutigli a seguito dell'attività investigativa *ex art.* 327-*bis*) nonché le eventuali deduzioni e memorie difensive depositate. Previsione di per sé ovvia, non essendo seriamente pensabile un diverso comportamento da parte del pubblico ministero, che tuttavia è stato utile rendere esplicita, allo scopo di sottolineare l'esigenza che il giudice – a tutela della sua autonomia di decisione – non si veda sottratto alcun elemento utile per formarsi un completo convincimento sul tema della richiesta ...».

o da un ufficio o compito ecclesiastico, nulla ostando – in via speculare alla previsione *ex art. 289*, comma 2, c.p.p. – anche all’ipotesi di ‘contraddittorio anticipato’ alla fase applicativa della misura. Per le rimanenti ipotesi – allorquando si volesse perseguire tale ipotetica linea comparativa – si applicherebbe il contraddittorio *ex post*, cioè in una fase successiva al decreto (ordinanza nel Codice di procedura penale) con cui l’Ordinario applicherebbe la misura, salvaguardando l’effetto ‘sorpresa’ che impone alla maggior parte dei provvedimenti cautelari di essere comminati *inaudita altera parte*.

Potrebbe, invero, accordarsi la facoltà di richiederle al promotore di giustizia (in caso di *investigatio prævía* condotta da un investigatore delegato dall’Ordinario, il promotore di giustizia potrebbe a sua volta ricevere una richiesta dallo stesso investigatore) il quale formulerebbe una petizione scritta all’Ordinario o al giudice (in caso di fase *post*-imputazione) e, in ultima battuta, vi sarebbe un interrogatorio dell’indiziato con tanto di termini *a quo* e previsione di una congrua assistenza tecnica da parte di un avvocato di fiducia o nominato d’ufficio, debitamente informati attraverso la notifica o la comunicazione del provvedimento²⁵⁹.

Proprio grazie a tale momento di confronto l’autorità chiamata ad emanare la misura sarebbe posta in condizioni «di valutare se esistano effettivamente o se permangono le condizioni di applicabilità e le esigenze cautelari previste al fondamento della misura coercitiva adottata, permettendogli di

²⁵⁹ In merito, potrebbe volgersi lo sguardo alla previsione *ex art. 293*, comma 3, c.p.p., ove si prevede che tutte le ordinanze con le quali il giudice che procede applica le misure cautelari vengano notificate o eseguite e, in seguito, depositate in cancelleria e del deposito sia notificato avviso al difensore del soggetto passivo, sia in ottica di un più consapevole esercizio del diritto di difesa nell’interrogatorio *ex art. 294* c.p.p., sia ai fini di eventuali impugnazioni. Secondo V. GREVI, *Misure cautelari*, cit., pp. 423-424, «... ne risulta adeguatamente ampliata, grazie al maggior livello di consapevolezza così consentito al difensore, l’area di potenziale esplicazione dell’attività difensiva a tutela dell’imputato sottoposto alla misura cautelare. Tanto più a fronte del diritto riconosciuto allo stesso difensore non solo di prendere visione, ma anche di estrarre copia – su sua istanza – oltreché dell’ordinanza applicativa della misura cautelare anche della suddetta richiesta del pubblico ministero e degli atti presentati a corredo della medesima».

provvedere alla revoca o alla sostituzione della misura»²⁶⁰; in tal senso, il contraddittorio *ex ante* costituisce un momento imprescindibilmente connaturato all'essenza cautelare delle misure²⁶¹, potendosi ammettere una limitazione unicamente allo scopo di «evitare l'assoluta compromissione di esigenze prioritarie nella economia del processo, che per loro natura potrebbero risultare vanificate dal contraddittorio anticipato (e salvo sempre il postumo recupero della dialettica processuale attraverso gli strumenti di controllo di volta in volta previsti)»²⁶². Peraltro, al fine di non rischiare una surrettizia riespansione del potere cautelare in capo all'Ordinario, questi – esaminando la richiesta e il materiale allegato dal promotore di giustizia – potrebbe avere soltanto un potere *in bonam partem*, nel senso che, qualora emergessero elementi idonei all'adozione di una misura *ex can. 1722 C.i.c.* non desumibili dagli atti del promotore di giustizia, avrebbe soltanto la facoltà di respingere la richiesta motivandone le ragioni e rimettendo nuovamente alla parte pubblica la scelta tra il rischio *discovery* e il rischio libertà per l'indagato²⁶³.

²⁶⁰ Così P. CORSO, *Le misure cautelari*, in *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 360.

²⁶¹ Cfr. F.J. CAMPOS MARTINEZ, *Presunción de inocencia e investigación previa canónica. Pautas para un procedimiento justo en denuncias por abuso sexual*, cit., p. 492: «Considero que interesa al mismo Ordinario o Jerarca ponerse en contacto con el investigado para informarse directamente de él y conocer su versión de los hechos y su situación real. Es verdad que, en algún caso, dicha comunicación puede poner en alerta al presunto agresor, per también, en otros casos, arrojará una luz extraordinaria sobre la investigación que se pretende llevar a cabo. En todo caso, parece que el oír y dejar expresarse a la persona investigada, ya desde el comienzo de la investigación, responde mucho mejor a una práctica respetuosa y sensible al derecho de defensa que no hacerlo».

²⁶² Cfr. Corte cost., 8 giugno 1994, n. 219, in *Giur. cost.*, 1994, 5, p. 1820.

²⁶³ Tracciando un parallelismo con i poteri di cognizione del giudice per le indagini preliminari, potrebbe dirsi che «il giudice dispone la misura quando ritiene che gli atti indicati dal pubblico ministero siano da *solis* idonei a dimostrarne la sussistenza dei presupposti e che questa sia confermata o, quanto meno, non smentita dall'intero quadro probatorio»: così G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 3, p. 1261.

Ma ciò consentirebbe anche, secondo un'altra lente di analisi, di percorrere una sorta di via mediana tra l'applicabilità dei provvedimenti cautelari in diritto canonico unicamente alla fase del processo e la loro attitudine ad esplicare la propria funzione anche dopo la *notitia criminis*. Il perimetro di accorgimenti suggerito intorno all'applicazione dei provvedimenti in oggetto si presterebbe, così, ad allontanarli da un momento troppo 'senzazionalistico' come quello *post*-denuncia, avvicinandoli allo spettro garantistico della fase processuale vera e propria, senza, però, oltrepassare il confine della citazione in giudizio, quando le esigenze di evitare gli scandali potrebbero essere ormai compromesse²⁶⁴: si tratterebbe, in buona sostanza, di una applicazione 'in costanza di processo', *rectius* «in connection with ... the decision of the competent authority to move forward with a penal process»²⁶⁵, ma ancora pen-

²⁶⁴ Cfr. M. DE LAS MERCEDES CORTÉS DIÉGUEZ, *La investigación previa y el proceso de administración penal*, cit., pp. 530-531: «Dado que el CIC no contempla la adopción de estas medidas durante la investigación previa, ni tan siquiera durante el procedimiento administrativo, el uso de esta facultad debe limitarse a situaciones excepcionales, como por ejemplo cuando se ha dado una acusación de abuso de menores escandalosa, muy difundida o muy grave, que hace necesario tanto proteger al propio delincuente de sus propios actos cuanto apartarlo de los menores de modo radical. Las medidas cautelares previstas en el c. 1722, sin duda limitan derechos del investigado, pero son preventivas, no punitivas, es decir, no son penas, puesto que aún no se ha determinado la existencia de delito. Además son provisionales, viendo limitada su efectividad al tiempo en que se desarrolla el proceso».

²⁶⁵ Cfr. J.P. BEAL, *Administrative Leave: Canon 1722 Revisited*, cit., p. 319. Evidenzia l'A.: «“Administrative leave” may be imposed only after the completion of preliminary investigation. The accused must be cited and given an opportunity to respond, at least extrajudicially, to the allegation and to the proposal to impose “administrative leave”. This initial citation and hearing can occur before the penal process is formally inaugurated, either in conjunction with the Ordinary's decree initiating the penal process or subsequently. However, “administrative leave” can only be imposed in connection with a penal process, whether actual or imminent. It cannot be imposed on the basis of an accusation alone. This conclusion is settled law, inconvenient law perhaps, but still the law» (*ivi*, p. 316). E prosegue: «Justice would seem to demand that particular laws not authorize imposition of “administrative leaves” until after a discreet but expeditious investigation has surfaced sufficient evidence to initiate a penal process even if its actual initiation is deferred unless the accused cleric voluntarily confesses to the offense» (*ivi*, p. 317).

dente la *investigatio prævia*, già, però, avviata sostanzialmente e non solo formalmente in seguito alla semplice presenza di una notizia di cui verificare l'attendibilità, consentendo, così, un intervento significativo non già solo nella prospettiva di proteggere eventuali altre vittime (contrastando, così, la reiterazione del reato), ma anche al fine di preservare eventuali testimoni di un processo penale che veda imputato il ministro *de quo*.

I protagonisti in campo – a cominciare dal soggetto deputato a condurre le indagini, che sarebbe opportuno non fosse identificato abitualmente con l'Ordinario, facendo più spesso ricorso anche a laici esperti in diritto canonico eventualmente affiancati da periti in diritto penale secolare e scienze criminologiche, in stretta collaborazione anche con il promotore di giustizia²⁶⁶ – ai fini di una piena realizzazione delle finalità di obiettività perseguite, potrebbero essere inseriti all'interno dell'organico di un tribunale interdiosesano precostituito *ratione materiæ* avente competenze penali, ancora relegato al rango di mera ipotesi²⁶⁷, e dotato di stabilità, laddove il cumulo delle potestà in capo all'Ordinario non sconfessa l'opportunità che la funzione giudiziaria sia esercitata da tribunali

²⁶⁶ In questo senso, cfr. M.L. BARTCHAK, *Child Pornography and the Grave Delict of an Offense Against the Sixth Commandment of the Decalogue Committed by a Cleric with a Minor*, in *The Jurist*, 2012, 1, p. 222, il quale osserva: «In order to provide the proper balance ... a canonical advisor should assist an investigator who is not familiar with Church law and doctrine. Conversely, an investigator trained in canon law should be assisted by an advisor with expertise in civil criminal investigation and the technology that may be involved. ... it is possible for the investigator to collaborate with the promoter of justice who has the function of safeguarding the public good of the Church».

²⁶⁷ Rileva, sarcasticamente, G. DI MATTIA, *Il principio di legalità nel processo penale canonico*, in *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi. Atti del XXVII Congresso Nazionale di Diritto Canonico, Napoli-Pozzuoli, 11-14 settembre 1995*, a cura di ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1996, p. 185: «Il “sogno” è di vedere, finalmente, nell'ordinamento canonico anche il giudice della “sezione penale”, il giudice penalista in linea con i tanti giudici “matrimonialisti”. In dottrina il giudice penalista è una affascinante immagine; nella realtà il giudice penalista è un *fantasma*. Verrà il giorno che scomparirà questo fantasma?».

vicari possibilmente specializzati²⁶⁸. Affidarsi, invero, alla mera delega di potestà giudiziale da parte dell'Ordinario *ad casum* non parrebbe risolvere del tutto le insidie relative all'assenza di terzietà²⁶⁹ e, oltretutto, potrebbe prestare il fianco alle critiche di quanti opporrebbero il tenore del can. 1419 *C.i.c.* – allorché prevede che il Vescovo può giudicare «per se vel per alios secundum canones qui sequuntur», dovendosi intendere, con il secondo inciso, gli uffici di vicario giudiziale e giudice diocesano previsti per esercitare la potestà *ordinaria* – e del can. 135, §3, *C.i.c.* che concede la delega della potestà giudiziaria soltanto ai casi di «atti preparatori di un qualsiasi decreto o sentenza».

In realtà, a sostegno della tesi opposta giungono sia una interpretazione 'dinamica' del can. 1512, §3, *C.ic.* relativo al giudice delegato – in forza della quale non si tratterebbe di una

²⁶⁸ Cfr. J. LLOBELL, *Il giusto processo penale nella Chiesa e gli interventi (recenti) della Santa Sede. Seconda parte*, cit., pp. 355-356: «Un modo efficace di poter disporre dei tribunali necessari è la costituzione di tribunali interdiocesani (forse di ambito nazionale), di prima e di seconda istanza, competenti solo in materia penale (cfr. can. 1423). ... Infatti, benché la struttura della potestà ecclesiastica da parte dei titolari di uffici capitali – proveniente dal diritto divino – consenta l'“amministrativizzazione” della procedura penale, così come permette che il Vescovo diocesano sia di fatto la parte attrice del processo penale e, se lo vuole, il giudice della medesima causa ..., la tradizione della Chiesa e il rispetto della natura delle cose ... mostrano come l'obbligo imposto dal Papa ai Vescovi di costituire un tribunale vicario (diocesano o interdiocesano) manifesti la profonda persuasione della Chiesa sulla convenienza che la potestà giudiziaria sia abitualmente esercitata dai tribunali vicari (del Papa e dei Vescovi diocesani). In tale modo trovano armonica soluzione l'adempienza sia delle peculiarità dell'origine e dell'esercizio della potestà nella Chiesa, sia di quella terzietà del giudice e di quel diritto di difesa delle parti che non rispondono ad esigenze di un garantismo illuminista, bensì al rispetto dello *ius gentium* e del diritto naturale accolti dalla Chiesa sin dagli inizi della sua riflessione giuridica ...».

²⁶⁹ Cfr. J. LLOBELL, *Giusto processo e “amministrativizzazione” della procedura penale canonica*, cit., p. 39, il quale osserva: «Questa dipendenza temporale, relativamente breve, del mantenimento di un giudice nella sua funzione dalla volontà del titolare dell'ufficio capitale sicuramente affievolisce l'indipendenza giudiziale (di cui la stabilità è una delle principali garanzie) e mette il giudice vicario in una posizione di dipendenza dall'ordinario proprio, analoga a quella di chi riceve la potestà amministrativa *ad nutum Episcopi* (cf. c. 682, §2)».

delega della causa da trattare, quanto piuttosto di una delega di potestà, sia la teoria dei ‘luoghi paralleli’, ragion per cui si potrebbe estendere al caso di specie la facoltà applicata al Romano Pontefice – *ex can. 1442 C.i.c.* – di delegare la potestà giudiziale anche a tribunali diversi da quelli apostolici²⁷⁰. Argomentare in tal guisa aprirebbe anche a una giusta legittimazione all’esercizio della potestà giudiziaria ai fedeli laici, in quanto ciò che interessa è unicamente la produzione di un vincolo giuridico nei destinatari di atti che promanano dai soggetti investiti di una determinata funzione.

Non si tratta, a nostro avviso, di sovraccaricare il diritto canonico con fardelli che poco hanno a che vedere con la sua natura elastica e pastorale; si tratta, invece, proprio di rafforzare la flessibilità dello strumento giuridico attraverso presidi fulgidi ed inequivoci – che passano anche per i formalismi e i ritmi procedurali²⁷¹ – atti a rendere l’accertamento della ve-

²⁷⁰ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, cit., p. 113, il quale spiega: «Parte della dottrina nega che il vescovo possa delegare la sua potestà propria di giudicare, arguendo che il can. 1419, quando stabilisce che il vescovo può giudicare *per se* o *per alios*, aggiunge che il secondo caso (giudicare *per alios*) è permesso al vescovo solo *secundum canones qui sequuntur*, vale a dire, tramite il conferimento ad altri degli uffici (vicario giudiziale e giudici diocesani) previsti nella legge per esercitare la potestà “ordinaria” di giudicare, senza poter fare a meno dei medesimi uffici che a lui stesso spetta provvedere, come richiesto dal c. 391, §2. Se così fosse, la menzione del giudice delegato al c. 1512, 3, significa solo che il vescovo può delegare il giudizio su di una causa che egli abbia riservato a sé, ma non la potestà di giudicare: per cui, la riferita delega deve comunque ricadere in chi già gode di potestà ordinaria di giudicare. In quel caso, la possibilità di delegare una causa da parte del vescovo, nella pratica verrebbe a coincidere con la facoltà, concessa solo al vescovo (e non al vicario giudiziale), di modificare l’ordine o il turno dei giudici cui spetterebbe giudicare la causa oggetto della riserva del vescovo e della successiva delega (c. 1425 §4). Non è condivisibile simile interpretazione atteso il criterio dei luoghi paralleli (c. 17), costituito in questo caso dal c. 1442, dove espressamente si prevede la possibilità che il Papa possa delegare la potestà giudiziale senza che tale delega debba ricadere nei tribunali della Sede Apostolica». In argomento, cfr. anche J. LLOBELL, *La delega della potestà giudiziaria nell’ordinamento canonico*, in *Ius Canonicum*, 1999, 39, pp. 459-472.

²⁷¹ Cfr. P. MONETA, *Formalismo giuridico e spirito del diritto canonico. A proposito di uno studio del processo canonico*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1999, 2, p. 315: «Il diritto processuale occupa nell’ordinamento della Chiesa una difficile posizione che non di rado ha influito anche sugli studi ad esso dedica-

rità non una sfida tra le parti, ma una collaborazione improntata alla giustizia e al rispetto reciproco per un bene che trascende la mera, contingente, presenza individuale in quelle determinate congiunture²⁷². Ed è proprio la fulgidità la prerogativa che ha sempre fatto del diritto canonico il paradigma cui si sono ispirati gli ordinamenti secolari, da sempre rivolti con ammirazione ad un luogo quasi mistico dove prudentemente convivono gli interessi dei singoli e il *bonum commune Ecclesiae* e che non è certo immune dalle fragilità umane, conaturate proprio a quella *realitas complexa* «intrinsecamente teandrica della *societas Ecclesiae* iscritta nel cuore della rivelazione cristiana che il Vaticano II ha così nitidamente effigiato, e che al fondo giustifica e corrobora l'ecclesialità del diritto»²⁷³.

ti. Trattandosi di un ramo del diritto necessariamente improntato ad un rigoroso formalismo, che richiede un approccio tecnico e fortemente agganciato al dato testuale della legislazione positivo, esso sembra estraneo, se non in contrasto, all'ispirazione e alla natura proprie dell'ordinamento giuridico di una comunità religiosa, di un ordinamento che tende a conformarsi in senso più *pastorale*, a privilegiare lo spirito della legge rispetto alla sua lettera ... a mantenere nella sua attuazione un ampio grado di elasticità. Questa, almeno apparente, contraddizione od ambiguità di fondo può portare ad accostarsi al diritto processuale canonico con una visione limitata ed unilaterale: da un lato, con una mentalità improntata ad eccessivo tecnicismo, largamente ispirata alla dottrina processual-civilistica, che tende a dare una ricostruzione dei meccanismi processuali il più possibile coerente e sistematica, ma chiusa in se stessa, come settore dell'ordinamento che trova al suo interno ogni giustificazione; dall'altro, partendo da un'attenzione ai fondamenti teologici della dimensione giuridica della Chiesa, si può essere indotti soprattutto a cogliere il radicamento e la stretta connessione del diritto processuale con la peculiare natura e le finalità ultime dell'ordinamento ecclesiale, sottovalutando e lasciando in secondo piano il momento della ricostruzione tecnico-sistematica sulla base del dettato normativo: finendo così per perdere di vista la specificità e le caratteristiche necessariamente insite in qualunque diritto processuale, anche se inserito in una comunità religiosa».

²⁷² Cfr. G. BONI, *La tutela dei diritti e il giudizio penale nella Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, 2021, 2, p. 436, ad avviso della quale «il processo non va ipostatizzato o sublimato assiomaticamente in sé, ma quale canale e tramite maieutico per profferire un giudizio giusto perché vero, sul quale ultimo, invece, quale intangibile diritto-dovere dei fedeli e dei pastori, non si può in alcun modo abbassare la guardia».

²⁷³ Così G. BONI, *Una proposta di legge, frutto della collaborazione della scienza canonistica, sulla Sede romana totalmente impedita e la rinuncia del*

Se la Chiesa, con il suo ordinamento, punta a continuare ad essere *speculum iustitiae* e ad affrontare con rinnovata consapevolezza le insidie che il mondo attuale propone – talora in modo vorticoso e traumatico – non può esimersi dal dotarsi di un’armatura giuridica solida, forgiata di un materiale inossidabile quale quello del diritto di difesa, del giusto processo e di una tecnica chiara, comprensibile e attenta sia alle garanzie che alle istanze punitive degli illeciti che riduca al minimo le letture ‘ortopediche’ dell’impianto normativo attuale e che affianchi il diritto secolare evitando sia di assorbirsi in esso sia di respingerne eventuali costruttive conquiste in nome di presuntuose autoreferenzialità²⁷⁴; ne va della sua credibilità *ab intra* e *ad extra*, aspetti mai scindibili e sempre invisibilmente connessi.

E a ben poco serve invocare la tutela della buona fama dell’indagato quale scriminante dell’assenza di coinvolgimento e di necessaria trasparenza nei suoi confronti, quasi come fosse ro queste le ragioni dei giudizi sommari cui egli, sovente, va incontro; la prospettiva di analisi andrebbe, a nostro avviso, rovesciata: è proprio la possibilità di difendersi, di avere cognizione delle fonti sulle quali si innestano le accuse a suo carico, di non trovarsi a rincorrere spettri denigratori, non di rado invisibili, facendo invece affidamento su tempistiche proporzionate²⁷⁵, a rappresentare l’arma migliore contro gli attentati alla propria reputazione e dignità di persona, prima che di parte²⁷⁶: proprio

Papa, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2021, 14, p. 11.

²⁷⁴ Secondo F. UCCELLA, *Sulla incisività nel diritto penale canonico del principio “nullum crimen sine lege”: prime considerazioni*, in *Dir. eccl.*, 2004, 1, p. 683, il diritto penale canonico deve essere «un diritto “collimante” con quello dello Stato, un diritto “alleato” con quello statale (a volte fragile) nel difendere e rispettare il progresso della dignità dell’uomo ...».

²⁷⁵ Cfr. R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 3, p. 810 ss.

²⁷⁶ Cfr. D.G. ASTIGUETA, *La trasparenza e il diritto di difesa*, in *Periodica de Re Canonica*, 2020, 3-4, pp. 542-543: «È obbligatorio chiamare l’indagato durante l’indagine previa? Si può fare senza citarlo per conoscere la sua versione dei fatti? La risposta è doppia. Tecnicamente parlando il processo penale non è ancora cominciato, quindi, non essendoci la citazione per la contestazione della lite, non possiamo dire che l’accusa sia stata consolidata nel

in questa sfumatura risiede la sottile differenza tra pubblicità e trasparenza²⁷⁷.

In quanto persona, il soggetto sottoposto ad indagini vanta diritti uguali e del medesimo contenuto della vittima di un illecito, «more than hasty procedures or snap decisions, however well intentioned»²⁷⁸. Invero, come è stato rimarcato, le persone che si trovano a fare i conti con un processo, «una volta rimossa la mediazione del diritto e della procedura, vengono

dubium, quindi il contraddittorio non si è ancora instaurato e, come conseguenza, non sorge ancora il diritto alla difesa; allora si può fare l'investigazione senza chiamare il denunciato e questo non invalida la procedura portata avanti. La norma in questo caso è inesistente. /Ma conviene farlo? Alla mancanza della norma deve farsi avanti l'esperienza per cercare di dare una risposta. ... data l'importanza del diritto di difesa nell'ambito penale, dove si gioca la vita e la fama di una persona, lo spirito del diritto è quello di dare qualche vantaggio al reo, che sembra essere la parte più debole durante il processo. ... in questa fase esiste una sorta di "contraddittorio" segnato dall'intenzione dell'investigatore nella ricerca degli indizi di colpevolezza dell'indagato, il che motiverebbe il bisogno di difendere la persona indagata, ancora innocente, per evitare danni alla sua buona fama». L'A. fa riferimento al «bisogno di curare la buona fama della persona chiamandola a dare la sua versione dei fatti, per evitare di aggravare il danno psicologico che la carica del processo penale di per sé impone all'indagato. Penso che farebbe bene alla trasparenza di questa procedura, alla cura della persona denunciata, che costui sia sentito». E conclude affermando: «Informare anche i denunciati chiaramente dei fatti allegati contro di loro, dei loro diritti, o sentire gli indagati durante l'investigazione previa dando loro uno spazio di difesa, informare l'indagato o l'accusato del momento del processo in cui si trova, sono tutti esempi di un agire trasparente verso le parti. Questo agire semplice e adeguato alle persone garantisce il loro diritto all'informazione, pur rispettando sempre la riservatezza del processo, a mio avviso mette in mostra una grande professionalità giuridica ed evangelica» (*ivi*, p. 548).

²⁷⁷ Cfr. D.G. ASTIGUETA, *Trasparenza e tutela del segreto processuale e della buona fama*, in *Ephemerides Juris Canonici*, 2021, 2, p. 480, il quale – dopo aver puntualizzato la necessità di «proteggere le indagini e la raccolta delle prove per determinare la verità del processo e ... per evitare il "giudizio pubblico", o meglio ancora, il "linciaggio" mediatico» – chiarisce che «mentre la pubblicità ha come sua caratteristica la "staticità", in quanto si limita solo a ricevere un'informazione, la trasparenza fa riferimento al "modo" in cui tale informazione viene offerta, per questo ... si tratta di una realtà "dinamica", che implica un giudizio sulla legittimità di ricevere l'informazione e sulla legittimità di darla».

²⁷⁸ Cfr. J.H. PROVOST, *Some Canonical Considerations Relative to Clerical Sexual Misconduct*, in *The Jurist*, 1992, 2, p. 628.

di regola folgorate da un *ostrakon* reputazionale così immediato e potenzialmente esiziale da essere fatto oggetto – sempre più spesso – di macroscopiche strumentalizzazioni²⁷⁹. Tale disfunzione patologica va contrastata proteggendo l'indagato dal punto di vista strettamente giuridico – attraverso l'attenzione ad una curvatura garantista degli strumenti di intervento – e dal punto di vista mediatico, adoperandosi affinché si crei il giusto equilibrio tra segretezza e informazione, intesa quest'ultima anche in ottica di 'correzione' divulgativa²⁸⁰. In tal senso, la notifica del decreto che chiude la *investigatio prævia* – sulla falsariga dell'istituto *ex art. 415-bis c.p.p.* – libererebbe l'indagato dalla morsa del sospetto *sine die* e dalla curiosità scandalistica, quasi da *tabloid*, che orbita attorno alle vicende penali nella Chiesa, recuperando nel confronto *ex lege* l'antidoto contro qualsiasi fraudolenta violazione della sua buona fama²⁸¹.

²⁷⁹ Cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, cit., p. 23.

²⁸⁰ In argomento, chiara la posizione della CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDELI, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, 16 luglio 2020, in *www.vatican.va*, nn. 45-46: «... soprattutto quando si debbano diffondere pubblici comunicati in merito, bisogna adoperare con cautela nel dare informazioni sui fatti, per esempio usando una forma essenziale e stringata, evitando clamorosi annunci, astenendosi del tutto da ogni giudizio anticipato circa la colpevolezza o innocenza della persona segnalata (che sarà stabilita solo dal corrispondente, eventuale processo penale, mirante a verificare il fondamento dell'accusa), attenendosi all'eventuale volontà di rispetto alla riservatezza manifestata dalle presunte vittime. /Poiché ... in questa fase non si può ancora definire l'eventuale colpevolezza della persona segnalata, andrà evitata con ogni cura – nei pubblici comunicati o nelle comunicazioni private – qualsiasi affermazione a nome della Chiesa ... o a titolo personale, in quanto ciò potrebbe costituire un'anticipazione del giudizio sul merito dei fatti».

²⁸¹ Cfr. P.M. MATENAER, *"But Instead Expose Them": Public Access to Criminal Trials in U.S. and Canon Law*, cit., p. 102: «Granting public access to the decree that concludes the preliminary investigation would respect the alleged offender's rights under canon 220, would promote the fundamental values of public access, and would further the purposes of canonical criminal trials. While it may be more likely than an illegitimate violation of one's right to a good reputation could be harmed by publication prior to this point, especially when the allegation is serious but unfounded, the publication of the decree concluding the preliminary investigation would be very beneficial be-

Altre tipologie di tecniche messe in campo altro non rappresentano se non tentativi quasi ‘espiatori’²⁸² *coram mundo* di persuadere l’opinione pubblica della possibilità di porre in dubbio la sua solenne condanna già comminata²⁸³ – confluenti in interventi *last minute* e repentinamente approntati su questioni magari per troppo tempo trascurate²⁸⁴, protesi ad assi-

cause the decree includes the reasons in law and in fact for essential questions about the allegation and the trial to come. If the diocesan bishop concludes that there is a semblance of truth to the allegation, then although the publication may harm one’s good reputation, it does not do so “illegitimately” under canon 220. If the allegation is completely unfounded, then the decree does not harm the reputation of the accused at all».

²⁸² A giudizio di J.P. BEAL, *Administrative Leave: Canon 1722 Revisited*, cit., p. 294, «there are several motives for these policies. Obviously, by sequestering an accused cleric away from the place where misconduct is alleged to have occurred, diocesan bishops and religious superiors aim both to preclude the possibility of further misconduct with still additional victims and to prevent the cleric from suborning or intimidating victims and potential witnesses in any future civil or canonical process. Moreover, such prompt and decisive action by Church authorities is designed to assuage the outrage of victims and their families at the betrayal of their trust by one of the Church’s ministers – and thereby to diminish the likelihood that they will sue the Church for negligence. The prompt sequestration of an accused cleric also is intended to demonstrate that Church authorities have exercised a reasonable standard of care should civil litigation eventuate».

²⁸³ Cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, cit., p. 25, il quale con grande efficacia osserva che «all’ordinaria logica “falsificazionista” che assume l’imputazione come mera ipotesi di provare e corroborare ... si sostituisce subdolamente una logica “verificazionista” della condanna anticipata già celebrata nel *de-mi-monde* mediatico e consacrata dal tribunale della pubblica opinione; con un’inerzia che rovescia anche l’ordinaria ripartizione dell’onere della prova, imponendo alla difesa lo sforzo titanico di ribaltare la finzione anticipata dai *media* e propalata *pro veritate*. Sforzo improbo, che anche nella migliore delle ipotesi sarebbe comunque limitato negli effetti: perché la pseudo-verità anticipata dai *media* ... spesso si rivela tanto resistente e resiliente da sopravvivere – nel deposito della memoria collettiva – anche all’eventuale esito difforme che potrà avere il processo reale».

²⁸⁴ Osserva D. CITO, *La tutela dei diritti fondamentali del fedele nell’ordinamento canonico*, in *I diritti fondamentali del fedele. A venti anni dalla promulgazione del Codice*, a cura di ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2004, p. 190, che «... quando si tratta di voler rapidamente risolvere situazioni che, per i motivi che siano, siano state precedentemente tollerate o lasciate al loro destino fino a quando non esplo-

curare una pseudo giustizia sommaria che funga da contraltare ad uno *status* di narcotica passività – che poco hanno a che vedere con una sana autocritica che anche la Chiesa è tenuta a compiere in riguardo a crimini perpetrati in seno alla comunità dei fedeli²⁸⁵, soprattutto attraverso quell'esercizio interno di razionalità da parte dell'autorità in relazione al suo stesso operato, ma che non può e non deve avere come prezzo da pagare il venir meno ai suoi principi di giustizia e ai valori che da sempre l'hanno contraddistinta come vessillo di verità, anche nelle più sciagurate e oscure tempeste della storia umana.

E tale vessillo non potrà che tornare ad alzarsi anche grazie al contributo di fedeli laici²⁸⁶, uomini e donne giuridicamente preparati, – rinnovati protagonisti e non solo numerica

dono in modo incontrollabile, ... non è difficile che si alteri l'equilibrio legalità-discrezionalità con possibili pregiudizi per la vita ecclesiale».

²⁸⁵ Cfr. D.G. ASTIGUETA, *La trasparenza e il diritto di difesa*, cit., p. 543-544: «A volte si vedono atteggiamenti poco chiari da parte dell'autorità, in quanto, il nome del denunciato viene subito messo in pubblico, in modo tale che per l'opinione pubblica è colpevole; sembra piuttosto un atteggiamento scuro, non curante del diritto della buona fama e della presunzione di innocenza della persona fino alla sentenza definitiva. ... A volte la presunta trasparenza della Chiesa non è che un cercare di "vendere" una immagine di sé stessa, come pura, come purificandosi, con il desiderio di recuperare la fiducia della società, quando questa non sembra mai essere soddisfatta del tutto, chiedendo che questa vada avanti nel cedere nei suoi principi. Il fatto di inserire automaticamente il nome di un denunciato in un elenco di internet con accesso pubblico, il fatto di automaticamente togliere l'ufficio all'indagato senza la possibilità di recuperarlo, quando alla fine della investigazione previa si dimostra la verisimilitudine (non colpevolezza), mi sembrano misure che guardano in una sola direzione e con criteri che non appartengono alla Chiesa».

²⁸⁶ Cfr. G. BONI, *Il Libro VI De sanctionibus pœnalis in Ecclesia: novità e qualche spigolatura critica*, cit., p. 130, a giudizio della quale «... la possibilità di soccorrere la macchina processuale ecclesiale ingolfata, senza dover avvalersi degli *escamotages* di strumenti deflattivi deludenti, ma affrontando giudizialmente in maniera adeguata tutti i casi, passa necessariamente e non può non passare attraverso la cooperazione di tutto il popolo di Dio, quindi del laicato ... promuovendo l'accantonamento di *formæ mentis* inveterate che pure Papa Francesco vuole definitivamente scalzare». In argomento, cfr. anche J.I. ARRIETA, *Sulla partecipazione dei fedeli laici nell'organizzazione della Chiesa. Esercizio dei diritti e della potestà di governo*, in "Quis custodiet ipsos custodes?". *Studi in onore di Giacomo Incitti*, a cura di A.P. Bosso, E.B.O. OKONKWO, Urbaniana University Press, Roma, 2021, p. 160 ss.

forza lavoro²⁸⁷ da chiamare in causa in mero ausilio dei chierici quando necessario²⁸⁸ – e la cui competenza e padronanza del diritto dovrà costituire il principale, se non l'unico, criterio di scelta²⁸⁹, abbattendo ogni onirica velleità di attuare la giustizia per il tramite di una procedura «priva di garanzie razionali, autarchica e illuminata da pretese grazie di stato che il Signore non è tenuto a concedere»²⁹⁰.

²⁸⁷ Cfr. S. DIANICH, *Diritto e teologia. Ecclesiologia e canonistica per una riforma della Chiesa*, cit., p. 151, il quale avverte: «La prospettiva non dovrebbe essere quella di un'assunzione dell'attività laicale sotto la responsabilità e il potere della gerarchia ma, al contrario, quella di una disponibilità della *sacra potestas* a farsi determinare in alcuni ambiti specifici dalle istanze laicali, in quanto portatrici di specifici carismi e di responsabilità proprie della missione complessiva della Chiesa. Se questo non accade, la Chiesa intera si ritrova impoverita e incapace di esprimere nella sua struttura la piezza della sua vita».

²⁸⁸ Cfr. L. ÖRSY, *The Relationship Between Values and Laws*, in *The Jurist*, 1987, p. 478, nota 13, il quale osservava già più di trent'anni or sono: «There are several other rich and unused sources of energy in the Church; for instance, there are no adequate structures that would assure that the laity is heard by the hierarchy», evidenziando, peraltro, che «... whenever there are sources of energy in the Church yet the law does not provide adequate outlets for their use to the benefit of the community For example, there are few adequate laws to open the door for an effective participation of the laity in the life of Church; the control over their initiatives by the clergy is so far reaching that it can be stifling» (*ivi*, in testo principale).

²⁸⁹ Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, Aracne, Roma, 2016, p. 56, nota 38, il quale parla di «valori del giusto processo, dove la qualità dei giudici si rapporta esclusivamente alla conoscenza oggettiva del diritto che sono chiamati ad applicare».

²⁹⁰ Così M.J. ARROBA CONDE, *Funzione veritativa delle norme sulla prova*, in *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, a cura di G. DALLA TORRE, C. GULLO, G. BONI, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012, p. 84.

FRANCESCO SALVATORE REA, «... donec contrarium probetur». La figura dell'indagato nella *investigatio praevia* tra esigenze di accertamento e garanzie di difesa

Il recente *tsunami* che ha travolto la Chiesa cattolica in materia di abusi sessuali da parte del clero sui minori ha fornito un significativo *input* alla riflessione circa la tenuta del sistema penale canonico e del suo apparato processuale, in particolar modo dal punto di vista del rispetto degli elementi del c.d. 'giusto processo', così come cristallizzato all'art. 111 della Costituzione italiana. Invero, se da un lato sembra di primaria impellenza assicurare la punizione dei colpevoli di tanto aberranti delitti, non meno rilevante, agli occhi del giurista, si staglia la necessità di analizzare la posizione dei soggetti indagati, *rectius* di quanti non sono ancora destinatari di un giudizio di colpevolezza a seguito di una procedura contemplata dalla legge, ma a carico dei quali pendono gli accertamenti da parte delle competenti autorità preposte finalizzati a pervenire ad una sentenza che riduca, quasi annienti, lo scarto tra verità processuale e sostanziale.

La fase della *investigatio praevia*, come momento che precede il processo vero e proprio, si presenta particolarmente insidiosa e densa di pericoli a causa del complesso bilanciamento tra gli interessi in gioco; si pensi alla tutela della buona fama del soggetto sottoposto ad indagini e alla parallela garanzia del suo diritto di difesa, comprensivo della conoscenza – in tempi utili – degli elementi a proprio carico nonché della facoltà di avvalersi di un patrono in grado di fornire una competente e tecnicamente idonea assistenza. È proprio la delicata convivenza di principi strutturalmente differenti a costituire un rilevante banco di prova per il processo penale canonico, segnatamente ove calato nella imprescindibile logica della comparazione con altri sistemi giuridici di natura secolare come quello italiano e, nella fattispecie, con l'istituto delle indagini preliminari, all'interno del quale sembrano maggiormente garantiti alcuni cardini a presidio di valori intangibili per la sfera di libertà della persona, la cui dignità va preservata anche e non con minor vigore dinanzi alla morsa dell'apparato giudiziario.

Il diritto della Chiesa cattolica, a tal proposito, non può non essere considerato autentico diritto, strumento cioè, di natura umana e funzionale a risolvere situazioni di conflitto e a ristabilire i legami comunionali violati a causa di distorsioni che – durante gli accadimenti del tempo e della storia – la legge della carità da sola non è sufficiente a ricondurre entro binari di spontaneo riassetamento. Orbene, il diritto processuale (inteso, qui, nella sua accezione più lata, com-

prendente cioè sia la fase procedimentale che *stricto sensu* giurisdizionale e/o amministrativa) è chiamato a rispondere a precise istanze e a farlo secondo paradigmi impreteribili di civiltà giuridica da mutarsi anche dagli ordinamenti secolari, l'osservanza dei quali costituisce il più importante parametro di valutazione dei progressi di un ordinamento giuridico che si proclami veicolo delle istanze di libertà ed eguaglianza e, nella declinazione assunta nella Chiesa, dell'annuncio di libertà contenuto nel Vangelo, mai disponibile ad essere edulcorato in nome di una falsa e mistificatoria spiritualità.

Parole chiave: indagato, processo penale, diritto di difesa, terzietà, comparazione.

FRANCESCO SALVATORE REA, «... *donec contrarium probetur*». The figure of the suspect in the *investigatio praevia* between verification needs and defense's guarantees

The recent scandal that overwhelmed the Catholic Church in the matter of sexual abuse of minors by the clergy has provided a significant input to the reflection about the stability of the canonical penal system and its procedural apparatus, especially from the point of view of the compliance with the canons of the repeatedly invoked *'fair trial'*, as governed by art. 111 of the Italian Constitution. Indeed, if on the one hand it seems of primary urgency to ensure the punishment of those guilty of such aberrant crimes, no less relevant, from the jurist's point of view, there is the need to analyze the position of the subjects under investigation, *rectius* of those who are not yet recipients of a judgment of guilt following a procedure provided for by the law, but against which the investigations by the competent authorities are pending, aimed at reaching a sentence that corresponds as much as possible to the substantive truth.

The phase of *investigatio praevia*, as the moment that precedes the real process, is particularly insidious and full of dangers due to the complex balance among the interests at stake; just think of the protection of the good reputation of those who are subjected to investigations and the parallel guarantee of their right of defense, including knowledge of the elements against them as well as the right to avail themselves of a patron capable of providing competent and technically suitable assistance. It is precisely the delicate coexistence of structurally different principles that constitute an important test bed for the canonical penal process, particularly if it is based on the

essential logic of comparison with other legal systems of a secular nature, such as the Italian one and – in this case – with the institute of preliminary investigations, where some hinges to protect intangible values for the sphere of freedom of the person seem to be more guaranteed, whose dignity must be preserved especially in the face of the grip of the judiciary system.

In this regard, the law of the Catholic Church cannot fail to be considered a true right, an instrument, that is, of a human nature and functional to resolve situations of conflict and to re-establish the communal ties violated due to distortions which – during the events of the time and history – the law of charity alone is not sufficient to lead back into a path of spontaneous readjustment. Now, procedural law (understood in its broadest meaning, that is, including both the procedural phase and the properly judicial and/or administrative one) is called upon to respond to specific requests and to do so according to the essential canons of legal civilization, to be borrowed also from the secular systems, the observance of which it constitutes the most important parameter for evaluating the progress of a juridical system that proclaims itself the vehicle of freedom and equality and, in the declination it assumes in the Church, of the announcement of freedom contained in the Gospel, never available to be sweetened in the name of a false and mystifying deceptive spirituality.

Key words: suspect, penal trial, right to defense, impartiality, comparison.

Alberto Tomer

DALLA COSTITUZIONE APOSTOLICA *PRAEDICATE EVANGELIUM* ALLA PROSPETTIVA DI UNA LEGISLAZIONE SULLA SEDE ROMANA IMPEDITA: UNO SGUARDO AL RUOLO DEL CARDINALE CAMERLENGO TRA NOVITÀ RECENTI E IPOTESI FUTURE*

SOMMARIO: 1. Curia romana, Sede vacante, Sede impedita: il Cardinale Camerlengo al crocevia delle questioni più discusse. – 2. Il rinnovato assetto dell'Ufficio di Camerlengo di Santa Romana Chiesa'. Conferme e mutamenti. – 3. Le implicazioni della scomparsa della Camera apostolica: la 'ridistribuzione' delle funzioni dei suoi membri... – 4. (*segue*) ... e il nuovo (?) ruolo del Vice Camerlengo. – 5. Un Cardinale assistente 'stabile': una funzione inedita per il Coordinatore del Consiglio per l'economia. – 6. Osservazioni conclusive. Le prospettive di una riforma *in fieri*.

1. *Curia romana, Sede vacante, Sede impedita: il Cardinale Camerlengo al crocevia delle questioni più discusse*

Benché da lungo tempo attesa, l'ancora recente promulgazione della Costituzione Apostolica con cui Papa Francesco ha riformato la Curia romana¹ – risultato definito come «uno dei principali obiettivi che, sin dall'inizio, il presente pontificato si era prefissato»² – non ha mancato di provocare un impatto

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. FRANCESCO, Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*, 19 marzo 2022, in *L'osservatore romano*, 31 marzo 2022, pp. I-XII.

² P. PAROLIN, *La Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium*, in *La Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium. Struttura, contenuti e novità*, a cura di F. GIAMMARRESI, Lateran University Press, Roma, 2022, p. 15. Così anche V. BUONOMO, *Conclusioni*, *ivi*, p. 138: «La *Praedicate Evangelium* letta nella sua portata generale si presenta come compimento di un obiettivo che il pontificato di Papa Francesco ha espresso sin dal suo inizio: un obiettivo non di semplice adeguamento a nuove esigenze, ma di riforma. La nuova legisla-

dirompente a tutti i livelli, non solo su quello propriamente ecclesiale, ma pure su quello mediatico: nonché, com'è naturale, su quello giuridico, giacché i canonisti hanno già iniziato a interrogarsi (e prevedibilmente continueranno a interrogarsi ancora a lungo) sugli effetti e sulle implicazioni di questa incisiva riforma³, sia in merito al cambiamento di paradigma complessivamente operato⁴, sia quanto agli inevitabili riverberi che da esso verranno producendosi fin sugli ambiti disciplinari più minuti. Se appare quindi del tutto naturale che tale intervento abbia magnetizzato su di sé gli sguardi degli osservatori più diversi, va altresì rilevato come esso non abbia tuttavia avuto l'effetto di monopolizzare ogni attenzione: a proposito delle riforme che possono incidere sul governo della Chiesa universale – anch'esse sempre necessarie e co-

zione, infatti, è insieme di indirizzo (a cui facilmente può aggiungersi: strutturale) ma anche profetica: l'evangelizzazione nella sua unitarietà di annuncio missionario e di proposta di fronte alle sfide dell'oggi, la carità come azione strutturata, la dimensione di raccordo tra il centro e le periferie sono solo alcuni degli esempi possibili».

³ Cfr. ad esempio quanto osservato da F. IANNONE, *Prospettive per il futuro nell'attuazione della Praedicate Evangelium*, in *La Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium. Struttura, contenuti e novità*, cit., pp. 131-136.

⁴ A questo proposito, ripercorrendo e sintetizzando i 'principi ispiratori' della riforma, G. GHIRLANDA, *La costituzione apostolica «Praedicate Evangelium» sulla Curia romana*, in *La civiltà cattolica*, CLXXIII (2022), 2, p. 41, ricorda che «Papa Francesco, riprendendo un'espressione contenuta nel n. 30 della sua esortazione apostolica *Evangelii gaudium* (EG) del 24 novembre 2013, vede la Chiesa in una "conversione missionaria" che l'impegna a un rinnovamento "secondo l'immagine della missione d'amore propria di Cristo" e la sollecita a portare agli uomini "il dono soprannaturale della fede", come luce che orienta il loro cammino in un tempo in cui sono particolarmente bisognosi di essa (Preambolo, n. 2). Quindi papa Francesco concepisce la riforma della Curia romana all'interno del contesto più ampio della riforma della Chiesa, cioè della sua conversione alla missionarietà (Preambolo, n. 3). Nel suo discorso alla Curia romana del 21 dicembre 2019, egli vede il cuore della riforma nel "primo e più importante compito della Chiesa: l'evangelizzazione", come la sua anima più profonda. Pertanto, ribadisce quanto già affermato nell'*Evangelii gaudium*, che cioè tutta la vita e ogni struttura della Chiesa "diventino un canale adeguato all'evangelizzazione del mondo attuale" e non un mezzo di "autopreservazione" (EG 27). La riforma delle strutture, continua, consiste nel "fare in modo che esse diventino tutte più missionarie"; quindi si esige una "conversione pastorale"».

stantemente in atto, come ricordano le plurime declinazioni di un noto adagio, richiamato in questo senso dallo stesso Papa Francesco⁵ –, un interesse crescente è infatti parallelamente venuto circondando altri profili, concernenti in maniera ancora più immediata l'ufficio petrino⁶.

È infatti noto come presso la stampa e il 'grande pubblico' un'attrattiva ancora più intensa – non di rado manifestata-si con tratti un poco morbosi e con modalità talvolta scomposte – sia stata esercitata dalla prospettiva di una possibile rinuncia da parte del Papa regnante⁷, percepita come costante-

⁵ FRANCESCO, Allocuzione *Ad Sodales Curiae Romanae, occasione prosequendi omina Natalicia*, 22 dicembre 2016, in *Acta Apostolicae Sedis*, CIX (2017), pp. 37-38: «Essendo la Curia non un apparato immobile, la riforma è anzitutto segno della vivacità della Chiesa in cammino, in pellegrinaggio, e della Chiesa vivente e per questo – perché vivente – *semper reformanda, reformanda* perché è viva. È necessario ribadire con forza che la riforma non è fine a se stessa, ma è un processo di crescita e soprattutto di *conversione*. [...] È per questa ragione che nei due nostri precedenti incontri natalizi mi sono soffermato, nel 2014, avendo a modello i Padri del deserto, su alcune "malattie", e nel 2015, partendo dalla parola "misericordia", su una sorta di *catalogo delle virtù necessarie* a chi presta servizio in Curia e a tutti coloro che vogliono rendere feconda la loro consacrazione o il loro servizio alla Chiesa. La ragione di fondo è che, come per tutta la Chiesa, anche nella Curia il *semper reformanda* deve trasformarsi in una personale e strutturale conversione permanente». Al medesimo proposito, cfr. per tutti L. MÜLLER, *Curia romana semper reformanda. Motivi che nella storia hanno spinto alla riforma della Curia romana*, in *La Chiesa "in uscita" di papa Francesco. Spunti per un rinnovo della missione apostolica*, a cura di L. GEROSA, Cantagalli, Siena, 2018, pp. 87-106.

⁶ Chiaramente abbiamo qui inteso utilizzare un'espressione quale 'in maniera ancora più immediata' in considerazione del fatto che già la Curia romana – come ricorda la stessa Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium* al primo punto dei «Principi e criteri per il servizio della Curia Romana» – «è in primo luogo uno strumento di servizio per il successore di Pietro per aiutarlo nella sua missione di "perpetuo e visibile principio e fondamento dell'unità sia dei Vescovi sia della moltitudine dei fedeli" [CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, 18], ad utilità anche dei Vescovi, delle Chiese particolari, delle Conferenze episcopali e delle loro Unioni regionali e continentali, delle Strutture gerarchiche orientali e di altre istituzioni e comunità nella Chiesa». In merito a tali profili alla luce della *Praedicate Evangelium*, cfr. P. VALDRINI, *La Curia Romana nell'esercizio dell'autorità suprema della Chiesa*, in *La Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium. Struttura, contenuti e novità*, cit., pp. 43-48.

⁷ Il che, d'altronde, non rappresenta certo una novità dei tempi attuali: basti pensare alle reazioni che a lungo hanno riecheggiato – e tuttora rie-

mente imminente ma in tutte le occasioni smentita a parole e nei fatti. Al di là del fattore ‘scandalistico’ che troppo spesso ha accompagnato tale preconizzata ‘dimissione’, però, chiaramente non sfugge neppure – come la storia recente ci ha insegnato⁸ – l’oggettiva centralità di un simile evento, qualora es-

cheggiano – a seguito di quello che è stato il precedente più immediato rispetto all’eventualità richiamata: tanto che G. BONI, *Due papi a Roma?*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 33/2015, pp. 1-2, apriva le proprie considerazioni osservando che «Molto, troppo si è fantasticato sull’evento, certamente epocale, della rinuncia pontificia, cui abbiamo assistito durante il concistoro ordinario pubblico di lunedì 11 febbraio 2013 nella Sala Clementina. Per questo eviteremo accuratamente ogni commento e, ancor meno, ogni illazione – invero importuna – su complotti e intrighi che sarebbero stati alla base di tale gesto clamoroso di Benedetto XVI, in cui anche accademici con una certa reputazione sono rovinosamente scivolati. Eppure, nonostante i fiumi d’inchiostro e la saturazione del *web* da parte di una stupefacente pletora di neo-vaticanisti e pseudo-esperti di politica ecclesiastica (e forse proprio per questo), l’orizzonte è ancora offuscato, anzi, ci pare, addirittura seriamente deformato. Infatti, se è legittimo per chiunque esprimere la propria opinione, senza insultare e diffamare, lo è meno addentrarsi temerariamente in terreni per dissodare i quali non si possiedono gli strumenti: improvvisandosi storici, teologi e segnatamente, per quanto qui preme, canonisti. Sarebbe estesissimo l’elenco non solo delle imprecisioni ma anche dei grossolani errori in cui non pochi sono incorsi, e questo non unicamente in articoli di giornale ma pure in saggi editi su riviste specializzate. Ciò, crediamo, non senza dannose ripercussioni, come sovente avviene se soprattutto il diritto, o meglio la razionalità giuridico-canonica, viene negletta: se poi è maneggiata maldestramente, oppure addirittura scaltramente manipolata, essa si rivela un’arma fatale».

⁸ Com’è noto, infatti, la rinuncia di Benedetto XVI ha suscitato un ampio dibattito anche in ambito scientifico: a questo proposito ci limitiamo a rinviare a L. DANTO, *La renonciation de Benoît XVI, illustration de la souveraine liberté du pontife romain. Réflexions canoniques*, in *L’année canonique*, LIV (2012), pp. 401-418; A. CIUDAD ALBERTOS, *Renuncia de Benedicto XVI a la Sede Petrina. Aspectos canónicos*, in *Estudios Eclesiásticos*, LXXXVIII (2013), pp. 815-832; F. PUIG, *La rinuncia di Benedetto XVI all’ufficio primaziale come atto giuridico*, in *Ius Ecclesiae*, XXV (2013), pp. 797-808; G. BONI, *Sopra una rinuncia. La decisione di papa Benedetto XVI e il diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2015. In una prospettiva storica, si vedano inoltre A. BETTEINI, *Profili storico-dogmatici della rinuncia del Pontefice al ministero di Vescovo di Roma*, in *Jus*, LIX (2013), pp. 231-248; V. GIGLIOTTI, *La tiara deposta: la rinuncia al papato nella storia del diritto e della Chiesa*, Olschki, Firenze, 2013; F. LABARGA, *La renuncia de Benedicto XVI a la luz de la historia*, in *Scripta theologica*, XLV (2013), pp. 477-488; S. VIOLI, *La rinuncia di Benedetto XVI. Tra storia, diritto e coscienza*, in *Rivista teologica di Lugano*,

so dovesse effettivamente realizzarsi. Di conseguenza, non poteva passare inosservato il fatto che, in tutt'altra ottica e con ben altra dignità rispetto alle reazioni appena richiamate, gli scenari conseguenti all'eventualità che un Romano Pontefice – chiunque egli sia in un dato momento concreto – rinunci al proprio ufficio *ex can. 332 § 2 del Codex Iuris Canonici*⁹ oppure possa essere vittima di un'infermità incapacitante¹⁰ sono re-

XVIII (2013), pp. 203-214; C. FANTAPPIÉ, *Riflessioni storico-giuridiche sulla rinuncia papale e le sue conseguenze*, in *Chiesa e Storia*, IV (2014), pp. 91-118; W. BRANDMÜLLER, *Renuntiatio Papae: Some Historical-Canonical Reflexions*, in *The Jurist*, LXXVI (2016), pp. 311-325; R. VITALE, *Benedetto XVI. Il primo papa emerito della storia. Un profilo storico-canonistico*, Aracne, Roma, 2019; *Papa, non più papa. La rinuncia pontificia nella storia e nel diritto canonico*, a cura di A. FENIELLO, M. PRIGNANO, Viella, Roma, 2022.

⁹ E. MOLANO, *Sub can. 332*, in *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, II/1, a cura di Á. MARZOA, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ-OCANA, Eunsa, Barañáin (Navarra), 2002³, p. 579: «Para que el acto de renuncia sea válido, el CIC requiere que sea hecha con libertad y que se manifieste formalmente, pero no un acto posterior de aceptación por nadie. Por tanto, como todo acto jurídico, la renuncia debe ser libre y carecer de los defectos y vicios de voluntad que hacen que un acto jurídico sea inválido (cfr cc. 124-128; 187-189). Por otra parte, en orden a la necesaria certeza y seguridad jurídica, es lógico que el legislador requiera también positivamente que la voluntad de renuncia sea formalmente manifestada, de modo que haya constancia clara de la misma. No se exige una forma determinada, aunque lo lógico es que se haga por escrito y ante testigos, que son los procedimientos de prueba ordinarios para este tipo de actos (cfr c. 189 § 1). Finalmente, en cuanto a la no necesidad de aceptación por parte de nadie, es también una consecuencia del principio “Romanus Pontifex a nemine iudicatur”, que tantas manifestaciones tiene en el Derecho canónico». Al riguardo, cfr. anche D. SALVATORI, *La cessazione dell'ufficio del Romano Pontefice*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XXII (2009), pp. 275-282; H.H. CAPPELLO, *La renuncia del Romano Pontefice a su oficio*, in *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, XXII (2016), pp. 147-168; M. GANARIN, *Sulla natura recettizia dell'atto giuridico di rinuncia all'ufficio ecclesiastico con particolare riferimento alla renuntiatio papae*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, LVI (2016), pp. 109-151; P. MAJER, *Renuncia del Romano Pontífice*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, VI, a cura di J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020², pp. 930-933; G. GHIRLANDA, *La rinuncia al suo munus da parte del Romano pontefice: il canone 332*, in *Papa, non più papa. La rinuncia pontificia nella storia e nel diritto canonico*, cit., pp. 111-133.

¹⁰ Richiamando quanto già osservato da F.X. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum*, II, *De personis*, 1943, Typis Pontificiae Universitatis Gregorianae, Romae, 1943³, p. 516 (sotto il titolo «De cessatione potestatis R. Pontificis»: «Per

amentiam quoque, in quam R. Pontifex certo et in perpetuum incidat, ipso facto iurisdictione pontificia amittitur, ut teste Tanner etiam theologi communiter tenent. [...] Nam amentia R. Pontificis certa et perpetua [de dubia vel transeunte non agitur] aequivalet *morti*, et per mortem R. Pontifex certo suam amittit iurisdictionem. Deinde fundamentum exercendae iurisdictionis papalis est usus habitualis rationis, qui per certam et perpetuam amentiam penitus auferitur. Haec est enim ratio, ob quam electio *infantis* ad dignitatem pontificiam est ipso iure irrita, ergo a pari si Papa in perpetuum ad conditionem infantis redigatur, ipso facto eius iurisdictione cessat. Porro potestas papalis non acquiritur iure haereditario, sed electione canonica propter qualitates *personales*, neque ulla ratione per *Vicarium plene et perfecte* exerceri potest. Ergo cum omnes illae qualitates in casu certae et perpetuae amentiae non amplius futuro tempore sint ullius momenti, propter *pacem et necessitatem Ecclesiae*, destructo fundamento habitualis usus rationis in Romano Pontifice, omnis iurisdictione est sublata»), anche G. GHIRLANDA, *Cessazione dall'ufficio di Romano Pontefice*, in *La civiltà cattolica*, CLXIII (2013), 1, pp. 445-446, indicava la «certa e perpetua pazzia o totale infermità mentale» tra le cause di cessazione dall'ufficio da parte del Romano Pontefice, annotando che «La certezza e la perpetuità della pazzia, come la totalità dell'infermità mentale, devono essere appurate attraverso accurate perizie mediche. La cessazione dall'ufficio primaziale sarebbe solo dichiarata da parte dei Cardinali, almeno di quelli presenti a Roma; quindi anche in questo caso non si avrebbe un atto di deposizione». Sul punto si veda, estesamente, anche J.H. PROVOST, «*De sede apostolica impedita*» due to incapacity, in *Cristianesimo nella storia. Saggi in onore di Giuseppe Alberigo*, a cura di A. MELLONI, D. MENOZZI, G. RUGGIERI, M. TOSCHI, il Mulino, Bologna, 1996, pp. 101-130. Va da sé come l'opportunità di regolare le conseguenze di una eventuale *inhabilitas* totale, certa e perpetua possa essere avvertita oggi con impellenza ancora maggiore, dal momento che i «portentosi e sorprendenti mutamenti intervenuti dal punto di vista tecnico-scientifico-medico», come sottolineato da G. BONI, *Una proposta di legge, frutto della collaborazione della scienza canonistica, sulla sede romana totalmente impedita e la rinuncia del papa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 14/2021, p. 3, hanno comportato «proiezioni sulla vita umana inimmaginabili fino a pochi decenni or sono: le possibilità – grazie al ricorso ad attrezzature e farmaci sempre più progrediti – che l'esistenza del singolo possa continuare a lungo, pur in condizioni di salute psichica e fisica precarie e anche fortemente compromesse, ovvero che si protragga anche per molti anni patologie gravemente se non del tutto incapacitanti, coma, stati vegetativi e di minima coscienza, sono tutt'altro che remote». Il che – precisa ancora G. BONI, *Rinuncia del sommo pontefice al munus petrinum, sedes romana vacans aut prorsus impedita: tra ius conditum e ius condendum*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, LVI (2016), p. 99 – «certo non comporta l'allentamento dell'affidamento fervoroso in Dio e senza neppure alcuna angustia di carattere morale. Qui non si tratterebbe di deflettere da quella preservazione della sacertà della vita umana in qualunque stadio della medesima, nell'ora presente più che mai vocazione della Chiesa contro gli accaniti attentati esterni; né si tratterebbe di avvilitare e menomare la dignità di un infermo o di un disabile, da sempre in cima al messaggio evangelico. Ma

centemente stati oggetto tanto delle riflessioni della comunità scientifica, e in particolare del gruppo di canonisti di diversi Paesi che intorno a simili ipotesi ha proposto l'elaborazione corale rispettivamente di un *Progetto di costituzione apostolica sulla situazione canonica del Vescovo di Roma che ha rinunciato al suo ufficio* e di un *Progetto di costituzione apostolica sulla sede romana totalmente impedita*¹¹, quanto – pare – dello stesso legislatore¹².

realisticamente si dovrebbe prendere atto che la celebrazione della liturgia e l'esercizio del magistero e del governo richiedono sufficienti condizioni di salute nel titolare dell'ufficio ecclesiastico, specialmente quando si tratta delle gravose esigenze della funzione petrina, e che una paralisi protratta e non reversibile del pontefice osterebbe incommensurabilmente al bene della Chiesa, popolo di Dio sulla terra».

¹¹ Il testo dei due progetti, predisposti dal *Gruppo di ricerca - Sede romana totalmente impedita e status giuridico del Vescovo di Roma che ha rinunciato* e aperti al concorso della canonistica mondiale, è consultabile – insieme ai materiali correlati – sulla pagina *web* dedicata, al seguente indirizzo *internet*: www.progettocanonicosederomana.com (la versione dei progetti a cui si fa qui riferimento è quella aggiornata al 17 ottobre 2022). Al riguardo cfr. anche A. VIANA, *Una iniziativa científica internacional sobre la preparación de la legislación eclesiástica*, pubblicato nel novembre 2021 nella sezione 'documenti utili' del sito stesso; G. BONI, *Una proposta di legge, frutto della collaborazione della scienza canonistica, sulla sede romana totalmente impedita e la rinuncia del papa*, cit.; EAD., *Prospettive de iure condendo*, in *Papa, non più papa. La rinuncia pontificia nella storia e nel diritto canonico*, cit., pp. 135-166; nonché il commento di TH. SOL all'iniziativa, pubblicato in *Ius Ecclesiae*, XXXIII (2021), pp. 695-697. I contenuti delle medesime proposte sono inoltre stati discussi nell'ambito del recente Convegno nazionale dell'Associazione dei docenti universitari della disciplina giuridica del fenomeno religioso sul tema *La sinodalità nell'attività normativa della Chiesa. Il contributo della scienza canonistica alla formazione di proposte di legge*, svoltosi presso l'Università degli Studi di Torino tra il 3 e il 5 ottobre 2022, i cui atti sono in corso di pubblicazione mentre scriviamo.

¹² Si veda ad esempio quanto riporta A. GAGLIARDUCCI nella sua intervista a G. BONI, pubblicata *online* il 25 agosto 2022 su *Catholic News Agency* (www.catholicnewsagency.com) con il titolo *A question of 'delicate balance': How might Pope Francis reform the rules of the conclave?*: «Cardinal Oscar Andrés Rodríguez Maradiaga, president of the Council of Cardinals, also declared on May 5 that the question of renunciation was a topic only mentioned during the working sessions of the council, but that what the Code of Canon Law provides for the pope's resignation will have to be more comprehensively regulated. "It seems to me to be the first time that, at these levels, regulatory urgency is recognized on this specific point," Boni noted. Boni speculates that

A differenza di quanto si potrebbe di primo acchito pensare, le dimensioni menzionate non risultano tra loro estranee, né tantomeno l'interesse destato dalla possibile formulazione di una legislazione sul Papa emerito e/o sulla Sede romana totalmente impedita si pone 'in concorrenza' – in senso mutuamente alternativo – con quello scaturito dalle novità che hanno investito la Curia romana, sulla cui 'portata storica' non si può certo dubitare: un'espressione, quest'ultima, che una volta tanto può davvero essere proclamata senza enfasi, se solo si tiene conto del fatto che, collocandosi nel solco dei quattro provvedimenti fondamentali che lungo i secoli hanno plasmato l'evoluzione dell'organizzazione della Curia¹³, quello porta-

the Jesuit Father Gianfranco Ghirlanda, a canonist very close to Pope Francis, has been entrusted with studying some possible reforms. [...] Boni points out that "these are issues that the authoritative canonist knows: In December 2021, we were both speakers at a relevant Italian conference in which the renunciation was also discussed from the point of view of canon law, and which took place in L'Aquila." On that occasion, she said, "Father Ghirlanda also admitted the opportunity of canonical legislation for the case of total mental illness of the pope or a pope kept alive with drugs and technological equipment, exactly as proposed by the group I belong to".

¹³ Com'è noto, i provvedimenti in questione sono da individuarsi nella Costituzione Apostolica *Immensa aeterni Dei*, promulgata da Sisto V il 22 gennaio 1588 (il cui testo completo è riportato in appendice da N. DEL RE, *La Curia romana. Lineamenti storico-giuridici*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1998⁴, pp. 497-512); nella Costituzione Apostolica *Sapienti consilio*, promulgata da san Pio X il 29 giugno 1908 (in *Acta Apostolicae Sedis*, I [1909], pp. 7-19); nella Costituzione Apostolica *Regimini Ecclesiae universae*, promulgata da san Paolo VI il 15 agosto 1967 (in *Acta Apostolicae Sedis*, LIX [1967], pp. 885-928); nella Costituzione Apostolica *Pastor bonus*, promulgata da san Giovanni Paolo II il 28 giugno 1988 (in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXX [1988], pp. 841-912). Al riguardo, cfr. P. TORQUEBLAU, *Curie romaine*, in *Dictionnaire de Droit canonique*, IV, a cura di R. NAZ, Librairie Letouzey et Ané, Paris, 1949, pp. 971-1008; J. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *La curia romana hasta Pablo VI. Las grandes líneas de su evolución histórica*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, XXXII (1976), pp. 439-458; A.M. STICKLER, *Le riforme della Curia nella storia della Chiesa*, in *La Curia romana nella Cost. Ap. «Pastor Bonus»*, a cura di P.A. BONNET, C. GULLO, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1990, pp. 1-15; F. DE LASALA CLAVER, *Storia della Curia romana*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1992; N. DEL RE, *La Curia romana. Lineamenti storico-giuridici*, cit.; J.I. ARRIETA, *Curia romana*, in *Dizionario di ecclesiologia*, a cura di G. CALABRESE, Ph. GOYRET, O.F. PIAZZA, Città Nuova, Roma, 2010, pp. 394-403; S. ROSSANO, *La Costituzione Apostolica Pa-*

to avanti tramite la Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium* rappresenta della medesima «[i]l quinto grande intervento di ristrutturazione»¹⁴. Al contrario, tali ambiti appaiono più che complementari, arrivando ad intersecarsi sotto diversi profili. Uno dei punti di contatto più evidenti, in particolare, è addirittura ‘personificato’ in una figura dai contorni ben noti, cioè quella del Cardinale Camerlengo di Santa Romana Chiesa: il quale, da un lato, è stato infatti toccato dalla riforma in maniera diretta – ancorché inaspettata nei contenuti – e dall’altro, in considerazione del ruolo peculiare che propriamente lo definisce durante il periodo di Sede romana vacante, è altresì immaginato dai progetti citati come il destinatario ‘naturale’ di alcuni incarichi aggiuntivi, indispensabili al corretto svolgimento delle procedure prospettate.

Se di un simile dialogo tra differenti disposizioni non si può evidentemente fare a meno, va tuttavia pure rilevato che

stor Bonus. *Evoluzione storico-giuridica e possibili prospettive future*, Aracne, Roma, 2014, pp. 19-128; TH. SOL, *La réorganisation du gouvernement central de l'Église de la chute des États pontificaux à la constitution Sapientis Consilio de saint Pie X (1908)*, in *Les évolutions du gouvernement central de l'Église*, a cura di É. BESSON, Les Presses Universitaires - Institut Catholique de Toulouse, Toulouse, 2017, pp. 17-44; G. FELICIANI, *La curia romana da Pio X a Benedetto XV*, in *Sistematica e tecnica nelle codificazioni canoniche del XX secolo*, a cura di G. BRUGNOTTO, J. JAMIN, S.N. SOMDA, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2021, pp. 285-296; M. NACCI, *La Curia Romana. Note storiche*, in *La Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium. Struttura, contenuti e novità*, cit., pp. 11-13.

¹⁴ M. DEL POZZO, *Una lettura 'strutturale' di "Praedicate Evangelium"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoe.chiese.it), n. 13/2022, p. 48: «Tutti i Papi, in qualche modo, hanno conformato la concezione e lo stile del proprio mandato attraverso la costituzione di uffici e organismi o la scelta e la formazione dei propri collaboratori. Nella modernità la struttura e la dotazione istituzionale però prevalgono sull'inclinazione e l'apporto personale. La riforma di Papa Francesco è un sentito invito a recuperare lo spirito originario della compagine ecclesiale senza rinunciare alle capacità ed esperienza acquisite. Il quinto grande intervento di ristrutturazione dell'apparato centrale è perciò un tentativo di promuovere la centralità del Vangelo e il primato della persona e dello Spirito sulla logica del potere e dell'organizzazione. L'enfasi riformatrice non deve però occultare la stabilità e costanza dell'impianto fondamentale». Cfr. anche J.I. ARRIETA, *La nuova organizzazione della Curia Romana*, in *Ius Ecclesiae*, XXXIV (2022), pp. 419-434.

il suo esito è tutt'altro che facile da prevedere, così come il suo andamento non appare certo privo di imprevisti. Lo dimostra d'altronde la stessa disciplina riservata al Camerlengo dalla *Praedicate Evangelium*, che insieme a un'inedita configurazione del rispettivo ufficio ha portato con sé anche alcuni dubbi interpretativi da sciogliere: tanto *ad intra*, quanto nel coordinamento con altre norme. È perciò in questa duplice – ma non divergente – prospettiva che intendiamo qui concentrare l'attenzione sulle funzioni del Cardinale Camerlengo, dando al contempo conto sia di quanto lascia intravedere una riforma che, pur già realizzata, deve ancora dispiegare compiutamente tutti i propri effetti, sia di come lo stesso soggetto si ponga, rivestito di questo nuovo carattere, in un'ottica *de iure condendo*¹⁵.

Va da sé, d'altro canto, che un simile proposito implica la necessità di comprendere nel medesimo quadro elementi ulteriori, intrinsecamente connessi ai suoi protagonisti: a partire perciò dal complesso di norme dettate circa la vacanza della Sede Apostolica e l'elezione del Romano Pontefice dalla Costituzione Apostolica *Universi Dominici gregis*¹⁶, che ha appunto notoriamente costituito «la cuarta regulación global de la Sede Apostólica vacante y de la elección del Romano Pontífice»¹⁷ del secolo scorso e nella quale, soprattutto, il Car-

¹⁵ Trova piena conferma, in altri termini, quanto già segnalato da G. BONI, *Una proposta di legge, frutto della collaborazione della scienza canonistica, sulla sede romana totalmente impedita e la rinuncia del papa*, cit., p. 57, nell'osservare che «sarà ovviamente indispensabile allineare la novella legislativa sulla sede apostolica impedita e sul papa che ha rinunciato con la vigente normativa sulla sede apostolica vacante. Eventualmente poi andrebbe raccordata con la regolazione relativa al collegio cardinalizio, di recente alquanto 'movimentata' e bisognevole di interventi di razionalizzazione che la ricompongano entro una cornice, anche codiciale, sintonica: tenendo altresì conto delle modifiche nel frattempo apportate alla struttura della curia romana, in questi anni investita da grandi cambiamenti che dovrebbero essere affluite nella nuova Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*».

¹⁶ Cfr. IOANNES PAULUS II, Costituzione Apostolica *Universi Dominici gregis*, 22 febbraio 1996, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXXVIII (1996), pp. 305-343.

¹⁷ P. MAJER, «*Universi Dominici gregis*». *La nueva normativa sobre la elección del Romano Pontífice*, in *Ius canonicum*, XXXVI (1996), p. 669. Il riferimento alle norme precedenti riguarda ovviamente la Costituzione Apostoli-

dinale Camerlengo trova tuttora definita una parte essenziale delle proprie funzioni precipue¹⁸, che richiedono adesso di es-

ca *Vacante Sede Apostolica*, promulgata da san Pio X il 25 dicembre 1904 (in *Pii X Pontificis Maximi Acta*, III [1908], pp. 239-288); la Costituzione Apostolica *Vacantis Apostolicæ Sedis*, promulgata da Pio XII l'8 dicembre 1945 (in *Acta Apostolicæ Sedis*, XXXVIII [1946], pp. 65-99); la Costituzione Apostolica *Romano Pontifici eligendo*, promulgata da san Paolo VI il 1° ottobre 1975 (in *Acta Apostolicæ Sedis*, LXVII [1975], pp. 609-645). Naturalmente queste non sono state le uniche disposizioni che hanno interessato la materia: ma, come sottolinea J.I. ARRIETA, *Il sistema elettorale della Cost. Ap.* Universi Dominici gregis, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, I, Cedam, Padova, 2000, pp. 27-28, «altre norme pontificie hanno voluto introdurre soltanto modifiche puntuali al sistema elettivo in vigore, e successivamente sono state incorporate alla normativa generale del sistema».

¹⁸ Cfr. in particolare J. MIÑAMBRES, *Il governo della Chiesa durante la vacanza della Sede romana e l'elezione del Romano Pontefice*, in *Ius Ecclesiæ*, VIII (1996), pp. 719-720; ID., *Sede apostólica vacante e impedida*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, VII, pp. 215-216. Per quanto riguarda invece la seconda parte della Costituzione Apostolica – dedicata specificamente appunto all'elezione del Romano Pontefice –, J.I. ARRIETA, *Il sistema elettorale della Cost. Ap.* Universi Dominici gregis, cit., pp. 29-30, ne individua i principi generali più rilevanti nelle seguenti caratteristiche: «In primo luogo quello di designare un sistema elettorale fortemente rigido e regolato con pretese di esaustività, in modo da limitare al massimo ogni margine di discrezionalità o di interpretazione della stessa legge da parte del corpo elettorale. Secondariamente, si tratta di una normativa che cerca di appiattare ogni genere di incertezza conflittuale o di contrapposizione giuridica, dichiarando semplicemente irrilevanti ai fini della validità degli atti elettivi – indipendentemente dall'eventuale rilevanza penale degli stessi atti – qualunque genere di condotta irregolare – la simonia, i patteggiamenti, ecc. –, e, quindi, limitando al massimo i casi di nullità delle procedure o dei singoli suffragi. Infine, la norma cerca di arginare anche ogni possibilità di condizionare la libertà degli elettori da parte di agenti esterni – ed in primo luogo, da parte dei poteri civili –, sia dichiarando l'inefficacia di ogni atto del genere, sia facendo leva su un rigoroso sistema penale, attraverso censure *latae sententiæ* o comminando l'eventuale imposizione di pene espiatorie». Com'è noto, le disposizioni relative all'elezione del Romano Pontefice sono state a loro volta fatte oggetto di revisioni circoscritte negli anni successivi: basti pensare alle modifiche introdotte da BENEDICTUS XVI, Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *De aliquibus mutationibus in normis de electione Romani Pontificis*, 11 giugno 2007, in *Acta Apostolicæ Sedis*, XCIX (2007), pp. 776-777; ID., Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *Normas nonnullas*, 22 febbraio 2013, in *Acta Apostolicæ Sedis*, CV (2013), pp. 253-257. A questo proposito, si vedano P.V. AIMONE, *Ripristino assoluto della maggioranza qualificata nell'elezione del Romano Pontefice*, in *Apollinaris*, LXXX (2007), pp. 857-862; ID., *Il secondo intervento di Benedetto XVI sulle modalità procedurali di elezione del romano Pontefice*.

sere confrontate con la nuova impostazione impressa dalla riforma della Curia. Allo stesso modo, dovranno essere presi in esame anche i soggetti e gli organi che, nello svolgimento di queste stesse mansioni, con il Camerlengo sono a vario titolo chiamati a collaborare: non solo i suoi interlocutori più 'tradizionali', quali in primo luogo il Collegio e le Congregazioni dei Cardinali¹⁹, ma pure quelli con cui egli si relaziona oggi secondo modalità in parte nuove, qual è in particolare il caso del Coordinatore del Consiglio per l'economia, struttura istituita nel 2014 con la Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *Fidelis dispensator et prudens*²⁰ e oggi propriamente collocata tra gli 'Organismi economici' dalla *Praedicate Evangelium*,

Brevi note, in *Apollinaris*, LXXXVI (2013), pp. 389-396; J. MINAMBRES, *Nuove determinazioni sulle capacità decisionali del collegio dei Cardinali riunito in conclave*, in *Ius Ecclesiae*, XIX (2007), pp. 758-762; G. SCIACCA, *La Costituzione apostolica "Universi Dominici Gregis". Alcune considerazioni*, in *Apollinaris*, LXXXII (2009), pp. 411-422.

¹⁹ In merito al ruolo affidato dalla Costituzione Apostolica *Universi Dominici gregis* al Collegio dei Cardinali e alle Congregazioni dei Cardinali durante il periodo di Sede romana vacante, si vedano P.G. MARCUZZI, S. ARDITO, *La sede vacante. Legislazione vigente*, in UFFICIO DELLE CELEBRAZIONI LITURGICHE DEL SOMMO PONTEFICE, *Sede Apostolica vacante. Storia – Legislazione – Riti – Luoghi e cose*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, pp. 93-97; F. RICCIARDI CELSI, *Considerazioni sulla natura giuridica dei Cardinali*, in *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, a cura di G. DALLA TORRE, P. LILLO, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 448-450; K. MARTENS, *Tu es Petrus, et super hanc petram aedificabo Ecclesiam meam. An Analysis of the Legislation for the Vacancy of the Apostolic See and the Election of the Roman Pontiff*, in *The Jurist*, LXXIII (2013), pp. 50-53; J.A. ARAÑA, *Colegio cardenalicio*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, II, cit., pp. 227-228; C. CARDIA, *Cardenal*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, I, cit., pp. 854-855. Da un punto di vista storico, cfr. inoltre F. JANKOWIAK, *Les cardinaux sede vacante: Libertas Ecclesiae et législatio du conclave*, in *Les cardinaux entre cour et curie. Une élite romaine (1775-2015)*, a cura di F. JANKOWIAK, L. PETTINAROLI, École française de Rome, Rome, 2017, pp. 155-166.

²⁰ Cfr. FRANCISCUS, Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *Fidelis dispensator et prudens*, 24 febbraio 2014, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVI (2014), pp. 164-165. L'anno seguente il Consiglio per l'economia è stato dotato di un proprio statuto, approvato il 22 febbraio 2015, il cui testo è consultabile – insieme a quello degli statuti della Segreteria per l'economia e dell'Ufficio del Revisore generale – in *Ius missionale*, IX (2015), pp. 11-28. Al riguardo si veda anche D. ZALBIDEA, *La reorganización económica de la Santa Sede. Balance y perspectivas*, in *Ius canonicum*, LIV (2014), pp. 221-251; J. MINAMBRES,

che ne ribadisce la finalità di «vigilanza sulle strutture e le attività amministrative e finanziarie delle Istituzioni curiali e degli Uffici, delle Istituzioni collegate con la Santa Sede o che fanno riferimento ad essa indicati nell'elenco allegato al proprio Statuto» (art. 205 § 1)²¹.

2. *Il rinnovato assetto dell'Ufficio di Camerlengo di Santa Romana Chiesa'. Conferme e mutamenti*

Ponendo mente alla situazione di vacanza della Sede Apostolica, come anticipato, quella del Cardinale Camerlengo è una delle figure che per prime inevitabilmente fanno la propria comparsa non solo nelle norme e nelle ricostruzioni dei canonisti, ma pure nell'immaginario collettivo: e non potrebbe essere altrimenti, date le speciali responsabilità che a questi sono precipuamente affidate, sotto più profili, a servizio della Chiesa universale proprio in circostanze tanto delicate. Per le stesse ragioni, appare dunque del tutto coerente che anche i progetti summenzionati – e in particolare il *Progetto di costituzione apostolica sulla Sede romana totalmente impedita*, che da quest'ultima condizione a quella di Sede vacante dichiaratamente intende favorire il transito ordinato e prudente²² –, proprio nel Cardinale Camerlengo abbiano individuato il sog-

Riorganizzazione economica della Curia romana: considerazioni giuridiche "in corso d'opera", in *Ius Ecclesiae*, XXVII (2015), pp. 141-156.

²¹ Rispondendo alla domanda «Cosa dice di nuovo la Costituzione sugli organismi economici?», J.A. GUERRERO ALVES, *Gli organismi economici nella Praedicate Evangelium*, in *La Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium. Struttura, contenuti e novità*, cit., p. 78, osserva che «Nella nuova Costituzione, per quanto riguarda gli organismi economici, le effettive novità non sono in gran numero, poiché gli sviluppi maggiori si sono avuti con la riforma avviata nel 2013 e realizzata nel corso degli anni attraverso la promulgazione di diversi documenti. Il risultato ottenuto è sintetizzato nei numeri che vanno dal 205 al 227 della *Praedicate Evangelium*. Il raggiungimento delle formulazioni è stato un percorso tortuoso, che ha avuto progressi e battute d'arresto». Cfr. anche J. MIÑAMBRES, *Gli organismi economici nella Praedicate Evangelium*, in *Ius Ecclesiae*, XXXIV (2022), pp. 497-520.

²² Cfr. il n. 6 del rispettivo *Preambolo*.

getto più adatto per lo svolgimento di funzioni centrali: a lui, difatti, il capitolo I della delineata Costituzione Apostolica assegna il compito di comprovare, qualora sussistano i presupposti per riconoscere la Sede romana come totalmente impedita, se esistono documenti tramite cui il Santo Padre avesse legittimamente impartito disposizioni in previsione di una simile eventualità²³; così come, in caso contrario e laddove l'impedimento in questione fosse dovuto a *inhabilitas* personale, è ancora il Camerlengo – in seguito alla diagnosi del medico che ordinariamente si occupa di assistere il Papa e di concerto con il Decano del Collegio dei Cardinali – a dover richiedere la perizia medica che ne accrediti l'effettiva sussistenza²⁴. In questo senso, i nuovi incarichi destinati al Camerlengo andrebbero così a innestarsi organicamente su quel complesso di funzioni che già oggi egli svolge, come ricordano in maniera sostanzialmente identica sia la Costituzione Apostolica *Pastor bonus* sia l'ancora recente testo della *Praedicate Evangelium*, in quanto assegnategli 'dalla legge speciale relativa alla Sede Apostolica vacante e l'elezione del Romano Pontefice'²⁵.

Se sotto questo aspetto si è quindi registrata continuità tra le due Costituzioni Apostoliche, ciò non significa che la riforma della Curia romana realizzata da Papa Francesco sia passata lasciando del tutto inalterata la normativa che interessa il Camerlengo. Al contrario, com'è noto, una delle molte novità introdotte dalla *Praedicate Evangelium* è consistita proprio

²³ Cfr. *Progetto di costituzione apostolica sulla Sede romana totalmente impedita*, cit., art. 2. Si veda anche G. BONI, *Una proposta di legge, frutto della collaborazione della scienza canonistica, sulla sede romana totalmente impedita e la rinuncia del papa*, cit., p. 52.

²⁴ Cfr. *Progetto di costituzione apostolica sulla Sede romana totalmente impedita*, cit., art. 3 § 2. Circa l'ipotesi di riconoscere al Cardinale Camerlengo incarichi di questo genere, anche se in termini diversi rispetto a quelli immaginati dal *Progetto* in esame, si veda anche A. CODELUPPI, *Sede impedita. Studio in particolare riferimento alla Sede Romana*, Angelicum University Press, Roma, 2016, p. 276.

²⁵ Cfr. IOANNES PAULUS II, Costituzione Apostolica *Pastor bonus*, cit., art. 171 § 1; FRANCESCO, Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*, cit., art. 235 § 1.

nell'implicita soppressione della Camera apostolica²⁶, a cui lo stesso Cardinale Camerlengo era finora preposto, istituzionalizzando così una tendenza di fatto già affiorata negli ultimi anni e testimoniata dalla sola menzione di quest'ultimo, con esclusione degli altri membri della Camera, nelle più recenti edizioni dell'*Annuario pontificio*²⁷. A seguito di tale decisione, questi è perciò divenuto formalmente titolare di un ufficio personale – in cui permane la sola presenza ulteriore del Vice Camerlengo – che, pur mantenendo le funzioni che gli erano già proprie durante la Sede Apostolica vacante, non ha potuto fare a meno di andare incontro a un fisiologico 'assestamento' conseguente al riequilibrio sotteso alla nuova configurazione, tanto nella sua struttura interna quanto nei rapporti esterni: e se per alcuni profili questo momento di passaggio non manifesta particolari motivi di incertezza, per altri si rende forse necessaria qualche considerazione ulteriore.

Guardando alla struttura della Curia romana, innanzitutto, si può notare come sia cambiata la stessa qualificazione del ruolo del Camerlengo. Se infatti tanto nell'impostazione concepita dalla *Pastor bonus* quanto in quella ridisegnata dalla *Praedicate Evangelium* la Camera apostolica e la nuova posizione del Cardinale che ad essa era preposto trovano nominalmente la propria collocazione all'interno della categoria degli 'Uffici', è proprio la concezione di quest'ultima ad essere

²⁶ Cfr. in particolare G. SCIACCA, *Epikedion della Reverenda Camera apostolica. Brevi cenni storico-canonistici*, Mucchi editore, Modena, 2022. Per un profilo storico dell'evoluzione della Camera apostolica nel corso dei secoli, si veda inoltre G. SCIACCA, *Cámara Apostólica*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, I, cit., pp. 793-795.

²⁷ Se infatti fino all'*Annuario pontificio per l'anno 2019*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2019, p. 1222, veniva riportata l'indicazione del Camerlengo di Santa Romana Chiesa, del Vice Camerlengo, dell'uditore generale, dei prelati chierici e del notaio di Camera, sotto la stessa sezione «Camera Apostolica» delle edizioni del 2020, 2021 e 2022 dell'*Annuario* (rispettivamente a p. 1214, p. 1198 e p. 1222) è presente il solo riferimento al Cardinale Camerlengo e al suo Vice. Al riguardo, cfr. anche M. GANARIN, *La riforma della Curia Romana nella Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium di Papa Francesco. Osservazioni a una prima lettura*, in *Il diritto ecclesiastico*, CXXXIII (2022), p. 299; G. SCIACCA, *Epikedion della Reverenda Camera apostolica. Brevi cenni storico-canonistici*, cit., pp. 10-11.

stata modificata. Difatti, mentre la Costituzione Apostolica del 1988 poneva la Camera a fianco dell'Amministrazione del patrimonio della Sede Apostolica e della Prefettura degli affari economici della Santa Sede tra quegli Uffici²⁸ che, al pari della Segreteria di Stato, delle Congregazioni, dei Tribunali e dei Consigli, andavano sotto il nome comune di 'dicasteri'²⁹, tra loro giuridicamente pari³⁰, la riforma – anche terminolo-

²⁸ Cfr. F. SALERNO, *Gli Uffici*, in *La Curia romana nella Cost. Ap. «Pastor Bonus»*, cit., pp. 483-488.

²⁹ J.I. ARRIETA, *Curia romana*, cit., pp. 398-400: «L'art. 1 PB definisce la curia romana come l'insieme di dicasteri e organismi che aiutano il sommo pontefice nell'esercizio del suo supremo ufficio di pastore. È, in sostanza, la stessa nozione che appare nel Codice di diritto canonico, rispetto alla quale però ha la novità di avere ricondotto alla nozione di "dicastero" ciascuna delle unità amministrative "relativamente autonome" che compongono la curia. [...] L'art. 2 PB raggruppa i dicasteri in quattro principali categorie: congregazioni, tribunali, pontifici consigli e uffici. Accanto a queste categorie figurano anche commissioni e organismi che non possiedono la "relativa autonomia" dei dicasteri. Le quattro categorie sono state configurate, fondamentalmente, tenendo conto della natura giuridica prevalente dell'attività del singolo dicastero, del loro diverso metodo di lavoro e anche, ovviamente, della diversa origine storica e pastorale di ciascuno. Si tratta, tuttavia, di un inquadramento tipologico di massima e frequentemente i dicasteri qualificati in un modo o nell'altro non rispondono in tutto alla definizione originaria. [...] Il quarto "tipo" di dicasteri è rappresentato dagli uffici, che raggruppano tre entità della curia romana deputate ad attività di tipo materiale ed economico relative al funzionamento stesso della curia. Il primo degli uffici è la Camera apostolica, che ha il compito principale di tutelare gli interessi della Santa Sede durante i periodi di sede vacante; è dunque un ente di scarsa attività durante la sede piena». Cfr. anche I. ZUANAZZI, *Organi centrali di governo della Chiesa cattolica*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, X, Utet, Torino, 1995, pp. 488-492; J.I. ARRIETA, *Cost. Ap. Pastor Bonus (28 giugno 1988): sub art. 2*, in J.I. ARRIETA, J. CANOSA, J. MIÑAMBRES, *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 203-204.

³⁰ V. DE PAOLIS, *La curia romana secondo la costituzione apostolica Pastor bonus*, in *Il Codice del Vaticano II. Collegialità e primato*, EDB, Bologna, 1993, pp. 147-148: «L'art. 2 § 2 ha un'affermazione di un certo rilievo: "I dicasteri sono giuridicamente pari tra di loro". L'affermazione non va intesa nel senso che essi hanno tutti la stessa importanza e rilevanza nella vita della Chiesa. Neppure che essi hanno uguali poteri. Ma significa semplicemente che "giuridicamente", cioè da un punto di vista legale, i diversi dicasteri non sono subordinati l'uno all'altro, sia perché nessun dicastero ha potere sugli altri in quanto dicasteri, sia perché ciascuno risponde del proprio operato direttamente al papa, per il cui servizio è stato costituito. Questo non esclude

gica³¹ – attuata quest’anno ha previsto che la medesima dicitura ‘Ufficio’ sia impiegata invece per definire il gruppo finora genericamente indicato come ‘altri organismi’ o ‘istituti’ della Curia romana³², composto cioè dalla Prefettura della

che, in caso di violazione di legge, ogni dicastero debba sottostare al giudizio del tribunale supremo della Segnatura apostolica. In questo caso tuttavia non si può propriamente parlare di una subordinazione del Dicastero in quanto tale, ma del suo operato in caso di violazione di legge, cioè in quanto non sta nell’ambito della legge stessa, entro la quale è tenuto ad operare. E questo per volere dello stesso supremo legislatore. Non si può tuttavia ignorare che non raramente il santo padre agisce attraverso la Segreteria di stato e che di fatto non poche volte i diversi dicasteri si trovano a dover rendere conto a tale Dicastero, che, se proprio non a livello teorico, in pratica viene di fatto ad assumere ed esercitare un potere sugli altri Dicasteri».

³¹ Limitandoci al termine ‘Dicastero’, si può richiamare ad esempio quanto sottolineato nel corso della conferenza stampa di presentazione della Costituzione Apostolica del 21 marzo 2022 dal Card. M SEMERARO (il testo completo dell’intervento è consultabile *online* sia nel relativo bollettino quotidiano della sala stampa della Santa Sede, all’indirizzo *press.vatican.va*, sia sulla pagina *internet* del Dicastero delle cause dei santi, nella sezione dedicata agli interventi del Prefetto, all’indirizzo *www.causesanti.va*; si veda anche la sintesi pubblicata con il titolo *Il principio ispiratore della missionarietà*, in *L’osservatore romano*, 21 marzo 2022, pp. 2-3), il quale ha ricordato che tale dicitura «nelle precedenti legislazioni ricorreva con grande frequenza, ma sempre con valore sintetico, generale. La *Regimini Ecclesiae Universae* spiegava, ad esempio, che con esso si annoveravano “le Sacre Congregazioni, i Tribunali e gli Uffici, con l’aggiunta dei Segretariati, istituiti con valida e solida motivazione”; in *Pastor Bonus* si legge che “col nome di dicasteri si intendono: la Segreteria di Stato, le Congregazioni i Tribunali, i Consigli e gli Uffici, cioè la Camera apostolica, l’Amministrazione del Patrimonio della Sede apostolica, la Prefettura degli affari economici della Santa Sede”. In *Praedicate Evangelium* “Dicastero” non è più un termine generico, ma designa unicamente i sedici organismi chiamati con tale nome, le cui competenze si ricavano da quanto è spiegato nella medesima costituzione apostolica». Circa il passaggio dall’una all’altra terminologia, si vedano anche – rispettivamente – J.H. PROVOST, *Pastor Bonus: Reflections on the Reorganization of the Roman Curia*, in *The Jurist*, XLVIII (1988), pp. 511-512, e M. GANARIN, *La riforma della Curia Romana nella Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium di Papa Francesco. Osservazioni a una prima lettura*, cit., p. 280, nota 41. Più in generale, cfr. inoltre S.F. AUMENTA, *Il concetto di «istituzione curiale» nella Cost. apost. di riforma della Curia Romana Praedicate Evangelium*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, CLIV (2022), pp. 879-895.

³² Al riguardo, J.I. ARRIETA, *Diritto dell’organizzazione ecclesiastica*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 324-325, ricordava che «Ai pontifici consigli ed agli uffici vanno anche associati due organismi autonomi appartenenti alla curia roma-

Casa pontificia e dall'Ufficio delle celebrazioni liturgiche del Sommo Pontefice³³: ai quali si è ora aggiunto appunto il Camerlengo di Santa Romana Chiesa³⁴ (mentre l'Amministrazione del patrimonio della Sede Apostolica e le funzioni esercitate dalla Prefettura degli affari economici della Santa Sede sono confluite, per converso, negli Organismi economici)³⁵. Com'è stato osservato in merito sia alle ragioni sia alle conseguenze di un simile sviluppo, secondo questo rinnovato as-

na (art. 2 § 3 PB): la Prefettura della Casa pontificia, che si occupa dell'ordine delle udienze e dello svolgimento delle cerimonie e viaggi apostolici (artt. 180-181 PB), e l'Ufficio delle celebrazioni liturgiche del Sommo Pontefice, che, oltre a seguire l'aspetto liturgico delle celebrazioni pontificie, si occupa della celebrazione dei concistori e delle varie riunioni durante la sede vacante, compiendo in questo genere di materie funzioni notarili di rilevanza giuridica».

³³ Quanto alla (mancata) evoluzione della disciplina di tali organismi, si consideri quanto commentato da O.A. RODRÍGUEZ MARADIAGA, «*Praedicate Evangelium*». *Una nueva curia para un tiempo nuevo*, Publicaciones Claretianas, Madrid, 2022, p. 113: «ni la Prefectura de la Casa Pontificia, ni la Oficina de las Celebraciones litúrgicas del Papa ofrecen tampoco gran novedad en la nueva Constitución. La Prefectura de la Casa Pontificia es un servicio directo y estrecho en las cuestiones más cercanas al Papa. Tiene sus atribuciones concretas con respecto a las ceremonias pontificias, a ordenar el servicio en las visitas y las audiencias del Papa y en las recepciones solemnes a los jefes de estado, presidentes o ministros, así como otras autoridades (embajadores, autoridades públicas...) y personalidades eminentes. Así ha sido siempre y queda más o menos parecido en *Praedicate Evangelium*. Las celebraciones del Papa, por su parte, son muy solemnes. Requieren de especial cuidado y de un arte especial. No solo las que se hacen en el Vaticano, sino también las que se tienen en las visitas apostólicas en los diversos países. En torno a la liturgia papal hay un grupo grande de maestros, ceremonieros y oficiales que hacen que las celebraciones sean, realmente, modelo también para la celebración litúrgica de toda la Iglesia».

³⁴ Cfr. FRANCESCO, Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*, cit., artt. 12, 228-237.

³⁵ Circa la Prefettura del patrimonio della Sede Apostolica, cfr. FRANCESCO, Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*, cit., artt. 219-221. In merito alla Prefettura degli affari economici della Santa Sede, ricordiamo invece che essa è stata formalmente soppressa con *Rescriptum* «ex audientia Ss.mi» *De rebus oeconomicis apud Sanctam Sedem* del 19 dicembre 2016 (in *Acta Apostolicae Sedis*, CIX [2017], p. 73), essendo state le sue funzioni «considerevolmente riviste, ampliate e distribuite» tra il Consiglio per l'economia, la Segreteria per l'economia e l'Ufficio del Revisore generale (oggi tutti facenti parte degli Organismi economici) a seguito dei citati interventi avviati a partire dal 2014.

setto «restano esclusi dalla rilevanza costitutiva e dalla parificazione funzionale gli uffici (prima organismi) e le istituzioni collegate. In tal modo il supporto e il corredo dell'attività primaziale (o la supplenza nel periodo di vacanza) risultano distinti dalle funzioni amministrative o gestionali dirette. Il profilo organizzatorio non corrisponde in definitiva a un intento concettuale o rappresentativo astratto ma a un piano pratico e operativo di servizio dell'ordine della carità e della missione. L'impostazione della riforma ha rispettato d'altronde la progressività e settorializzazione degli interventi correttivi. PE, almeno nella declinazione delle competenze, appare come una sorta di testo unico complessivo del processo di revisione»³⁶.

Passando appunto al 'piano pratico e operativo', si deve invece constatare che – come anticipato – i compiti essenziali del Camerlengo sono rimasti intatti: al netto dei mutamenti di denominazione e di 'classificazione' che hanno interessato l'intera struttura della Curia romana, nonché dell'ovvia rimozione dei riferimenti agli altri membri della Camera apostolica, gli artt. 235-237 della *Praedicate Evangelium* ribadiscono infatti il ruolo del Cardinale Camerlengo nel «curare e amministrare i beni ed i diritti temporali della Sede Apostolica nel tempo in cui questa è vacante», riprendendo testualmente quanto indicato al n. 17 della Costituzione Apostolica *Universi Dominici gregis*³⁷. Si specifica poi ulteriormente – stavol-

³⁶ M. DEL POZZO, *Una lettura 'strutturale' di "Praedicate Evangelium"*, cit., p. 67.

³⁷ IOANNES PAULUS II, Costituzione Apostolica *Universi Dominici gregis*, cit., n. 17: «Ad Sanctae Romanae Ecclesiae Camerarium spectat, statim ac nuntium obitus Summi Pontificis acceperit, iure recognoscere Pontificis mortem, astantibus Magistro Pontificiarum Celebrationum Liturgicarum, Praelatis Clericis, Secretario et Cancellario Camerae Apostolicae, qui authenticum mortis actum conficiat. Cardinalis Camerarii pariter erit privatis eisdem Pontificis aedibus sigilla apponere atque statuere ut ministrantibus ex more commorantibusque in privata habitatione liceat permanere usque ad peractam Papae sepulturam, cum scilicet integrae pontificiae habitationi sigilla imponentur; ipsius obitum Cardinali in Urbe Vicario nuntiare, qui de populum Romanum singulari edicto edocebit; pariter de eadem certiore facere Cardinalem Basilicae Vaticanae Archipresbyterum; ad Apostolicum Palatium Vaticanum accedere ut huius possessionem capiat, nec non posses-

ta in corrispondenza dell'art. 171 § 2 della *Pastor bonus*³⁸, tenendo conto delle citate novità intervenute negli ultimi anni in materia economica – come sia suo «diritto e dovere» quello di relazionarsi con le Amministrazioni dipendenti dalla Santa Sede, con il Consiglio per l'economia e con la Segreteria per l'economia per ottenere tutte le informazioni necessarie³⁹ (concetto ripetuto, dal punto di vista degli stessi Organismi economici, rispettivamente anche agli artt. 209 § 2 e 218 § 2)⁴⁰.

sionem, sive per se sive per delegatum, utriusque Palatii ad Lateranum et ad Arcem Gandulfi, eorumque custodiam et regimen exercere; statuere, auditis Cardinalibus qui tribus ordinibus praesunt, ea omnia quae pertinent ad sepulturam Pontificis, nisi forte is, dum vivebat, suam hac de re voluntatem manifestavit; ea omnia, nomine et consensu Collegii, curare quae ad iura Apostolicae Sedis tuenda et ad huius administrationem recte gerendam rerum temporumque adiuncta suadebunt. Etenim Cardinali Sanctae Romanae Ecclesiae Camerario, Sede Apostolica vacante, contingit cura et administratio bonorum et iurium temporalium ipsius Sanctae Sedis, auxiliantibus tribus Cardinalibus qui Assistentes appellantur, praehabita, semel circa leviora ac singulis in casibus circa graviora negotia suffragatione Cardinalium Collegii». Cfr. I. GRIGIS, *La Costituzione Apostolica* Universi Dominici Gregis, Pontificia Università Lateranense, Roma, 2004, pp. 163-167.

³⁸ IOANNES PAULUS II, Costituzione Apostolica *Pastor bonus*, cit., art. 171 § 2: «Sede Apostolica vacante, Cardinali Sanctae Romanae Ecclesiae Camerario ius est et officium, etiam per suum delegatum, ab omnibus Administrationibus, quae e Sancta Sede pendent, relationes exposcere de earum statu patrimoniali et oeconomico itemque notitias de extraordinariis negotiis, quae tunc forte aguntur, et a Praefectura Rerum Oeconomicarum Sanctae Sedis generales computationes accepti et expensi anni superioris nec non praevias aestimationes pro anno subsequente; has autem relationes et computationes Cardinalium Collegio subiciendi officio tenetur».

³⁹ FRANCESCO, Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*, cit., art. 237: «Quando la Sede Apostolica è vacante, è diritto e dovere del Cardinale Camerlengo di Santa Romana Chiesa: 1. richiedere a tutte le Amministrazioni dipendenti dalla Santa Sede le relazioni circa il loro stato patrimoniale ed economico, come pure le informazioni intorno agli affari straordinari, che siano in corso; 2. richiedere al Consiglio per l'economia i bilanci preventivi e consolidati dalla Santa Sede dell'anno precedente, nonché il bilancio preventivo per l'anno seguente; 3. domandare, nella misura in cui sia necessario, alla Segreteria per l'economia qualsiasi informazione sullo stato economico della Santa Sede».

⁴⁰ FRANCESCO, Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*, cit., art. 209 § 2: «Durante la Sede vacante il Consiglio per l'economia fornisce al Cardinale Camerlengo di Santa Romana Chiesa i più recenti bilanci consuntivi consolidati della Santa Sede e quelli preventivi per l'anno in corso»; e art. 218

Viene pienamente confermata, dunque, quella condizione di «amministratore fiduciario dei diritti e dei beni ecclesiastici»⁴¹ che già caratterizzava la posizione del Camerlengo.

Allo stesso modo, oltre alle funzioni prettamente finanziarie, non si pongono problemi neppure con riguardo agli atti relativi al passaggio dalla condizione di Sede piena a quella di Sede vacante, quali ad esempio – per proseguire nel riferimento alle apposite disposizioni di cui al n. 17 della *Universi Dominici gregis* – la comunicazione ufficiale del pio transito del Sommo Pontefice, l'apposizione dei sigilli allo studio e alla camera dello stesso, la presa di possesso del Palazzo apostolico vaticano, dei Palazzi del Laterano e di Castel Gandolfo per esercitarne la custodia e il governo; così come non sorge alcun ostacolo circa il trasferimento al solo ufficio di Cardinale Camerlengo di quelle competenze che, nelle medesime circostanze, il *Regolamento della Camera apostolica* del 2007 affidava a quest'ultimo ente nel suo complesso⁴², come la responsabilità

§ 2: «Durante la Sede vacante, la Segreteria per l'economia fornisce al Cardinale Camerlengo di Santa Romana Chiesa tutta l'informazione che sarà richiesta circa lo stato economico della Santa Sede». Disposizioni del tutto analoghe sono inoltre previste nei già citati statuti degli Organismi economici, in particolare all'art. 5 § 2 dello *Statuto della Segreteria per l'economia* («Durante la Sede Vacante, la Segreteria fornisce al Camerlengo di Santa Romana Chiesa o ad un suo delegato i più recenti bilanci consuntivi consolidati della Santa Sede e dello Stato della Città del Vaticano e quelli preventivi per l'anno in corso»).

⁴¹ J. MIÑAMBRES, *Il governo della Chiesa durante la vacanza della Sede romana e l'elezione del Romano Pontefice*, cit., p. 719.

⁴² Cfr. SECRETARIA STATUS, *Regulae Camerae Apostolicae*, 3 marzo 2007, in *Communicationes*, XL (2008), pp. 62-80. Com'è noto, infatti, le Costituzioni Apostoliche già citate rappresentavano le fonti preminenti, ma non esclusive, all'interno delle quali era possibile individuare le competenze affidate alla Camera apostolica: in particolare, ricordava la stessa premessa del *Regolamento*, «le funzioni della Camera apostolica e dei suoi membri sono quelle indicate nella Cost. Ap. *Pastor Bonus*, nella Cost. Ap. *Universi Dominici Gregis*, nel Decreto 22 giugno 1993, n. CCV della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, nelle *Disposizioni* della Segreteria di Stato per la morte del Sommo Pontefice, nell'*Ordo exequiarum Romani Pontificis*, nell'*Ordo Rituum Conclavis* e in questo testo, con il quale si provvede a dare adempimento a quanto dispone il *Regolamento Generale della Curia Romana*». In merito ai profili più propriamente rituali di cui all'*Ordo exequiarum romani pontificis* e all'*Ordo rituum conclavis*, si vedano J. CASTELLANO CERVE-

di ricevere i sigilli del passato pontificato per procedere al loro annullo e di notificare le opportune disposizioni sia al comandante della Guardia svizzera pontificia per l'accesso al Palazzo apostolico, sia all'ispettore generale del Corpo della gendarmeria, che ha la responsabilità della sicurezza e della viabilità nello Stato della Città del Vaticano⁴³ (art. 8). Si tratta chiaramente di prescrizioni che a oggi si rivolgono all'evento della morte o della rinuncia del Romano Pontefice (come peraltro faceva, in maniera ancora più circoscritta, anche l'art. 6 della *Pastor bonus*, che quale presupposto per la decadenza dei capi dei dicasteri e dei membri menzionava appunto il solo caso della 'morte del Sommo Pontefice', formulazione poi sostituita all'art. 18 § 1 della *Praedicate Evangelium* dal riferimento onnicomprensivo allo stato di 'Sede vacante')⁴⁴: ma nell'ottica dei progetti menzionati, va da sé che le medesime prerogative potrebbero trovare senz'altro conferma, con i dovuti adattamenti, anche per i casi di Sede romana totalmente e permanentemente impedita.

3. *Le implicazioni della scomparsa della Camera apostolica: la 'ridistribuzione' delle funzioni dei suoi membri...*

Necessariamente da ricalibrare si rivelano invece le attribuzioni già proprie degli altri membri della Camera apostolica, soprattutto per quel che riguarda l'uditore generale e il notaro-cancelliere. Oltre all'amministrazione dei beni della Ca-

RA, *Il Conclave e l'elezione del Romano Pontefice. Aspetto rituale celebrativo*, in UFFICIO DELLE CELEBRAZIONI LITURGICHE DEL SOMMO PONTEFICE, *Sede Apostolica vacante. Storia – Legislazione – Riti – Luoghi e cose*, cit., pp. 144-153; G. PASQUALETTI, *La morte e le esequie del Romano Pontefice. Aspetto rituale celebrativo*, *ivi*, pp. 59-69.

⁴³ A proposito del Corpo della gendarmeria e della Guardia svizzera pontificia, si veda G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto vaticano*, Giappichelli, Torino, 2020², pp. 93-94 (in particolare note 6 e 7).

⁴⁴ Cfr. anche M. GANARIN, *La riforma della Curia Romana nella Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium di Papa Francesco. Osservazioni a una prima lettura*, cit., p. 278, nota 34.

mera stessa e alla compilazione del relativo bilancio annuale, a quest'ultimo era demandato in particolare l'incarico di rogare i principali atti relativi sia alla morte del Pontefice sia al regolare svolgimento del conclave, attestando l'avvenuta chiusura degli ambienti corrispondenti tramite gli appositi sigilli e il mantenimento dell'integrità degli stessi⁴⁵. In aggiunta alle funzioni propriamente certificative, il medesimo notaro-cancelliere esercitava inoltre il ruolo di segretario della Camera apostolica, curando ad esempio la vigilanza sui suoi archivi⁴⁶: e, se si può discutere sulla continuità o discontinuità istituzionale realizzata dal passaggio dalla Camera apostolica all'ufficio di Cardinale Camerlengo⁴⁷, è evidente che a questi spettava in ogni caso gestire il proprio archivio corrente⁴⁸.

In vista di una prossima revisione della normativa rilevante – d'altronde già avviata, per il *Regolamento generale della Curia romana*, con l'istituzione di un'apposita Commissione interdicasteriale⁴⁹ –, la soluzione più immediata che viene

⁴⁵ Cfr. SECRETARIA STATUS, *Regulae Camerae Apostolicae*, cit., artt. 39-41.

⁴⁶ SECRETARIA STATUS, *Regulae Camerae Apostolicae*, cit., artt. 38, 42.

⁴⁷ G. SCIACCA, *Epikedion della Reverenda Camera apostolica. Brevi cenni storico-canonistici*, cit., pp. 10-11.

⁴⁸ A questo proposito vale peraltro la pena di ricordare che, se da un lato l'art. 145 § 4 del *Regolamento generale della Curia romana*, 30 aprile 1999, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCI (1999), p. 686, disponeva la trasmissione periodica degli archivi storici di tutti i dicasteri all'Archivio segreto vaticano (oggi Archivio apostolico vaticano: cfr. FRANCESCO, Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» *Quibus denominatio Archivi Secreti Vaticanici in Archivum Apostolicum Vaticanum mutatur*, in *Acta Apostolicae Sedis*, CXI [2019], pp. 1681-1683), dall'altra – per quanto riguarda la questione di nostro interesse – anche l'art. 19 della *Praedicate Evangelium* prevede che «Ciascuna delle Istituzioni curiali e degli Uffici ha il proprio archivio corrente, nel quale i documenti ricevuti e le copie di quelli spediti vengono protocollati e custoditi con ordine, sicurezza e secondo criteri adeguati»: con una formulazione quindi del tutto analoga a quella di cui all'art. 10 della *Pastor bonus*, ma con l'aggiunta dell'esplicito riferimento agli 'Uffici', laddove la norma previgente faceva menzione dei soli 'dicasteri', con la differenza di concezioni già illustrata *supra*. Al riguardo, si veda anche P.V. PINTO, *Regolamento Generale della Curia Romana: sub artt. 145-146*, in *Corpus Iuris Canonici*, III, *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, a cura di ID., Libreria Editrice Vaticana, 2003, pp. 454-455.

⁴⁹ Cfr. FRANCESCO, *Chirografo del Santo Padre relativo all'istituzione della Commissione Interdicasteriale per la revisione del Regolamento Genera-*

ad offrirsi a questo proposito sembrerebbe essere quella consistente nell'affidare i compiti residui al Vice Camerlengo, il quale peraltro appare a un primo sguardo alleggerito dall'incombenza, finora assegnatagli dall'art. 33 del *Regolamento della Camera apostolica*, di assumere la responsabilità della Camera stessa durante il conclave e di essere l'intermediario tra questa e il Camerlengo (ma sul punto, non pacifico, torneremo tra poco). Ciò consentirebbe, oltre che di 'riassorbire' le mansioni rese vacanti, anche di ri-valorizzare nell'ottica della nuova configurazione dell'ufficio la figura del Vice Camerlengo, che è d'altronde già tenuto – per lo stesso *Regolamento* – a partecipare con il Camerlengo «all'accertamento ufficiale del decesso del Romano Pontefice» e «alla deposizione della salma nella bara», nonché a verificare egli stesso, insieme al sostituto della Segreteria di Stato, «la corretta chiusura degli accessi agli ambienti del Conclave» e «l'integrità dei sigilli apposti» (artt. 31-32).

Parrebbe invece oggettivamente eccessivo pretendere di fare confluire nella stessa figura anche il ruolo precedentemente ricoperto dall'uditore generale, il cui scopo precipuo era notoriamente quello di esprimere il proprio parere giuridico sulle questioni di competenza della Camera apostolica⁵⁰. Ora, se ci fossimo trovati in circostanze ordinarie – vale a dire, nel caso di specie, *sede plena* –, l'insorgere di un'esigenza di questo tipo avrebbe potuto trovare una soluzione relativamente agevole, da parte del titolare dell'ufficio, nella ricerca del necessario supporto al di fuori dello stesso: trovando così un interlocutore naturale, per la materia trattata, nel Dicastero per i testi legislativi. Un simile esito sarebbe d'altronde risultato pure in li-

le della Curia Romana, 12 aprile 2022, in *L'osservatore romano*, 5 maggio 2022, p. 6.

⁵⁰ SECRETARIA STATUS, *Regulae Camerae Apostolicae*, cit., art. 34: «L'Uditore Generale della Camera Apostolica: 1) esprime il proprio parere giuridico sulle questioni di competenza della medesima Camera; 2) se richiesto dal Cardinale Camerlengo, legge nelle Congregazioni generali la parte della Costituzione *Universi Dominici Gregis* che riguarda la vacanza della Sede Apostolica; 3) in occasione della morte del Sommo Pontefice, partecipa ai diversi momenti significativi nei quali è prevista la presenza dei Prelati Chierici di Camera».

nea con i «criteri ispiratori»⁵¹ che hanno guidato l'opera di riforma, sia a livello generale in virtù di un principio di maggior collaborazione all'interno della Curia romana, sia con specifico riguardo al Dicastero in parola: del quale l'art. 175 della *Praedicate Evangelium* sottolinea infatti in modo esplicito, e con ancora più forza rispetto a quanto pure già faceva la *Pastor bonus*, la finalità di fornire assistenza per la corretta applicazione del diritto canonico (§ 1), assolvendo tale compito al servizio del Romano Pontefice, dei Vescovi, delle Conferenze episcopali, delle Strutture gerarchiche orientali, dei Moderatori supremi degli Istituti di vita consacrata e delle Società di vita apostolica di diritto pontificio, delle Istituzioni curiali e – per quel che qui più ci interessa – degli Uffici (§ 2).

Senonché, le funzioni peculiari del Cardinale Camerlengo sono tali proprio perché da esercitarsi in una situazione

⁵¹ P. PAROLIN, *La Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium*, cit., p. 19: «un secondo gruppo dei criteri ispiratori della legge riguarda i rapporti interorganici tra le istituzioni che compongono la Curia e tra i componenti delle singole istituzioni curiali. In questo ambito, il confronto che la comunione esige si traduce in termini di collaborazione e di coordinamento, ai vari livelli dell'organizzazione e nei rapporti tra i suoi componenti. Particolare sforzo di coordinamento è richiesto, anzitutto, a quelle istituzioni curiali che, in conseguenza della riduzione del numero dei dicasteri, risultano dalla fusione di precedenti entità autonome. Infatti questi, pur avendo finalità simili o complementari con le precedenti entità, non è detto che abbiano ora modalità giuridiche di azione identiche e questo inevitabilmente aprirà per questi enti un periodo iniziale di sperimentazione e assestamento». Come si vede, il ragionamento si rivolge primariamente alle 'Istituzioni curiali' e ai 'Dicasteri' (e in questo senso viene anche richiamata la «tradizionale parità giuridica delle istituzioni curiali che l'art. 12 della *Praedicate Evangelium* dichiara, ribadendo il criterio dell'art. 2 § 2 della precedente costituzione *Pastor Bonus*»), ma chiaramente non c'è motivo per cui il medesimo principio non debba valere, *mutatis mutandis*, pure per gli attuali Uffici. In merito alle modalità previste dalla *Praedicate Evangelium* per l'esercizio della «sinodalità intradicasteriale», «interdicasteriale» e «con i vari livelli dell'esistenza della Chiesa», cfr. anche M. MELLINO, *Le novità e la struttura della Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium*, in *La Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium*. *Struttura, contenuti e novità*, cit., pp. 32-35; nonché F. PUIG, *Coordinamento ed unità di azione della Curia romana nella Costituzione apostolica Praedicate Evangelium*, in *Ius Ecclesiae*, XXXIV (2022), pp. 436-459; A. VIANA, *La potestà della curia romana secondo la costituzione apostolica «Praedicate Evangelium»*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, LXII (2022), pp. 550-553.

che per definizione è tutt'altro che 'ordinaria', quando cioè le conseguenze della Sede Apostolica vacante incidono in modo diretto e precipuo sulle Istituzioni curiali⁵². La logica sottesa sembra quindi essere quella per cui, scomparsa la Camera apostolica, sono riconosciute come già sufficienti per ogni evenienza le modalità e gli organismi contemplati dalla legge speciale: in altri termini, nell'ottica del Camerlengo, 'i punti dubbi o controversi' di maggiore momento che potrebbero presentarglisi circa l'interpretazione della normativa si sostanziano

⁵² G. SCIACCA, *Camarlengo [Cardenal]*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, I, cit., p. 795: «El camarlengo no cesa en su oficio con la muerte del Pontífice, sino que, al contrario, es en esa situación cuando se despliegan sus facultades y tareas. Tal y como requiere la solemne gravedad del momento en el que institucionalmente está llamando a intervenir, las normas vigentes, antes mencionadas, atribuyen al camarlengo muchas y detalladas funciones tras el fallecimiento del Papa y en orden a una adecuada preparación del cónclave y a su correcto desarrollo». Come sottolinea anche A.M. PUNZI NICOLÒ, *La Curia durante la sede vacante*, in *La Curia Romana nella Cost. Ap. «Pastor Bonus»*, cit., p. 155, «Questo importa, oltre tutto, un fenomeno che è quasi un *unicum* nella disciplina della Curia Romana *sede vacante*, cioè un Cardinale preposto ad un Ufficio che non solo non cessa dalle sue funzioni, ma anzi vede le sue facoltà delinearci *ad acta expeditae* proprio alla morte del Papa. Si può anzi dire che, in sostanza, il potere del Camerlengo è latente fino a che la vacanza della Sede non l'abbia attualizzato e concretizzato». L'esclusione del Cardinale Camerlengo dalla regola generale della decadenza di tutti i capi dei dicasteri e dei membri, come si sa, sotto la vigenza della *Pastor bonus* era espressamente contemplata all'art. 6 («Occurrente morte Summi Pontificis, omnes Dicasteriorum Moderatores et Membra a munere cessant. Excipiuntur Romanae Ecclesiae Camerarius et Paenitentiaris Maior, qui ordinaria negotia expediunt, ea Cardinalium Collegio proponentes, quae ad Summum Pontificem essent referenda. Secretarii ordinario moderamini Dicasteriorum prospiciunt, negotia tantum ordinaria curantes; ipsi vero indigent confirmatione Summi Pontificis, intra tres ab Eius electione menses»): nella *Praedicatione Evangelium*, una deroga altrettanto esplicita non si è resa necessaria per il Camerlengo in quanto – come già detto – la sua funzione rientra oggi tra gli Uffici, naturalmente già esclusi dallo stesso meccanismo di decadenza dal vigente art. 18 § 1 («In caso di Sede Apostolica vacante tutti i Capi delle Istituzioni curiali e i Membri decadono dall'incarico. Fanno eccezione il Penitenziere Maggiore, il quale continua a sbrigare gli affari ordinari di sua competenza, proponendo al Collegio dei Cardinali quelli di cui riferirebbe al Romano Pontefice, e l'Elemosiniere di Sua Santità, che continua nell'esercizio delle opere di carità, secondo gli stessi criteri usati durante il pontificato, restando alle dipendenze del Collegio dei Cardinali, fino all'elezione del nuovo Romano Pontefice»).

in quelli che, riguardando la vacanza, possono e debbono essere risolti dal solo Collegio cardinalizio, come già previsto dalla *Universi Dominici gregis* al n. 5⁵³; mentre per le questioni propriamente amministrative insorgenti nella gestione dei beni e dei diritti temporali della Sede Apostolica si presuppone che egli si avvalga soprattutto del 'filo diretto' instaurato – come vedremo, anche in questo caso, a breve – con il Cardinale Coordinatore del Consiglio per l'economia (ferme restando, ovviamente, le competenze proprie delle Congregazioni generali e particolari). Per ciò che eventualmente residua, con finalità di mero supporto rispetto alle funzioni del Camerlengo, a questi non resterebbe – è stato osservato – che «far ricorso a supporti totalmente esterni, vuoi personali, per ragioni cioè di amicizie, conoscenze, etc., vuoi provenienti da altri dicasteri, soprattutto in ordine alla soluzione di problemi di natura giuridica e interpretativa, per la quale l'ordinamento precedente saggiamente prevedeva, accanto al vice camerlengo, la figura dell'uditore generale, con il compito, appunto, di offrire un sussidio giuridico alla inevitabile bisogna»⁵⁴.

⁵³ «Si quae autem dubia exoriantur de sensu praescriptionum, quae hac Nostra Constitutione continentur, aut circa rationem qua ad usum deduci eae debeant, edicimus ac decernimus penes Cardinalium Collegium esse potestatem de his ferendi sententiam; propterea, eidem Cardinalium Collegio facultatem tribuimus interpretandi locos dubios vel in controversiam vocatos, statuentes, ut, si de eiusmodi vel similibus quaestionibus deliberati oporteat, excepto ipso electionis actu, satis sit maiorem congregatorum Cardinalium partem in eandem sententiam convenire». A questo proposito, cfr. anche J. MIÑAMBRES, *Cost. Ap. Universi Dominici Gregis: sub n. 5*, in J.I. ARRIETA, J. CANOSA, J. MIÑAMBRES, *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, cit., p. 18; M.F. POMPEDDA, *Universi Dominici gregis: sub n. 5*, in *Corpus Iuris Canonici*, III, *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, cit., p. 311; I. GRIGIS, *La Costituzione Apostolica Universi Dominici Gregis*, cit., pp. 122-123.

⁵⁴ G. SCIACCA, *Epikiedion della Reverenda Camera apostolica. Brevi cenni storico-canonistici*, cit., p. 11, che prosegue: «Il dover far riferimento a istituti e/o persone esterne comporterà il rischio di una perdita di terzietà da parte di un organo chiamato ad esser terzo, ad esercitare, cioè, quella peculiare diaconia di vigilanza e controllo allorquando la Sede romana è priva del suo Pastore e si accinge alla elezione del nuovo».

4. (segue) ... e il nuovo (?) ruolo del Vice Camerlengo

Paradossalmente, tuttavia, gli interrogativi maggiori non sono ingenerati dalle 'assenze' determinate dalla *Praedicate Evangelium*, bensì dalle sue aggiunte. Ad essere interessata, in particolare, è la figura del Vice Camerlengo, le cui funzioni non trovavano fino ad oggi alcuna definizione nelle Costituzioni Apostoliche richiamate, venendo egli menzionato dalla *Pastor bonus* solamente come uno dei membri della Camera apostolica⁵⁵ e non comparando affatto nel testo della *Universi Dominici gregis*. Questo silenzio è invece stato rotto dalla *Praedicate Evangelium*, che a tale figura dedica un'apposita specificazione: è in particolare il secondo periodo dell'art. 236 a indicare che, nel caso in cui il Cardinale Camerlengo «fosse impedito», la funzione di curare e amministrare i beni e i diritti temporali della Sede Apostolica verrebbe assunta appunto dal Vice Camerlengo. Tuttavia, se in altri ambiti un simile ruolo sarebbe forse apparso pienamente conforme a quanto ci si sarebbe potuto attendere da un 'vice', nel contesto di cui stiamo trattando una previsione di questo genere richiede invece alcune precisazioni per evitare di essere fraintesa: precisazioni che coinvolgono, oltre alla disposizione in parola, anche la normativa delineata dalla *Universi Dominici gregis*.

Se è infatti vero che quest'ultima non prende in esame il ruolo del Vice Camerlengo, abbiamo visto come essa si difonda invece estesamente sulla condizione del Cardinale Camerlengo: e all'interno di tale disciplina, il n. 15 contempla in particolare l'ipotesi che quest'ultimo ufficio si trovi ad essere a sua volta vacante in concomitanza con la vacanza della Sede romana, stabilendo che sia il Collegio dei Cardinali a dover eleggere quanto prima – tramite votazione segreta di tutti i Cardinali elettori presenti – il Cardinale che ne terrà la carica

⁵⁵ Cfr. IOANNES PAULUS II, Costituzione Apostolica *Pastor bonus*, cit., art. 171 § 1: «Camera Apostolica, cui praeficitur Cardinalis Sanctae Romanæ Ecclesiae Camerarius, iuvante Vice-Camerario una cum ceteris Praelatis Cameralibus, munera praesertim gerit, quae ipsi peculiari lege de vacante Sede Apostolica tribuuntur».

fino all'elezione del nuovo Papa⁵⁶. Finché ciò non sia avvenuto, conclude la norma, le funzioni del Camerlengo sono esercitate dal Decano del Collegio cardinalizio (o, in caso di sua assenza o di suo legittimo impedimento, dal Sottodecano o dal Cardinale più anziano secondo l'ordine consueto di precedenza)⁵⁷: previsioni che dovrebbero ritenersi applicabili anche nell'eventualità di un impedimento che precluda totalmente l'esercizio delle attività del Camerlengo.

Si comprende quindi come un nodo necessariamente da sciogliere in via preliminare risieda proprio nel rapporto, in apparenza confliggente, tra il n. 15 della *Universi Dominici gregis* e l'art. 236 della *Praedicate Evangelium*. A ben guar-

⁵⁶ Durante tale procedura, prevede ancora il n. 15 della Costituzione Apostolica *Universi Dominici gregis*, il Camerlengo di Santa Romana Chiesa è sostituito dal Segretario del Collegio dei Cardinali. Nel caso di parità di voti, inoltre, è stabilito che sia designato il Cardinale che appartiene all'ordine più elevato e, nello stesso ordine, quello che è stato creato Cardinale per primo. A questo proposito, si consideri anche quanto sottolineato da J. MIÑAMBRES, *Cost. Ap. Universi Dominici Gregis: sub n. 15*, in J.I. ARRIETA, J. CANOSA, J. MIÑAMBRES, *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, cit., pp. 30-31: «Durante il periodo di sede vacante non agiscono soltanto gli organi ordinari del Collegio dei cardinali – decano e vice-decano, principalmente –, ma vengono attribuite competenze speciali agli uffici di Camerlengo [...] e penitenziere maggiore [...]; perciò la legge cerca di garantire l'esistenza di tali uffici. L'elezione del Camerlengo durante la sede vacante è un'elezione collativa (cf. can. 178 CIC) che conferisce l'ufficio con l'accettazione dell'eletto, anche se temporalmente limitato al periodo della sede vacante. L'accettazione, non prevista in questo numero, è requisito imprescindibile di ogni elezione che non richiede conferma (cf. can. 178 CIC e con più chiarezza ancora can. 958 CCEO). Tuttavia, sembra che l'ufficio di Camerlengo diverrà ancora vacante *ex lege* al momento dell'elezione del nuovo Pontefice che, dunque, non potrà confermare l'elezione fatta dal Collegio dei cardinali ma dovrà provvedere l'ufficio in modo ordinario. La procedura elettiva è alquanto alleggerita nei confronti di quella normalmente prevista dai can. 119, 1° e 164 ss. CIC, almeno per quanto riguarda il numero degli scrutini, che qui sembra ridotto a uno. È prevista anche la supplenza *ex lege* delle funzioni del Camerlengo, fino alla sua elezione, da parte del decano, del sottodecano, ecc. del Collegio dei cardinali; non è prevista invece l'eventualità che il Camerlengo possa oltrepassare gli ottanta anni».

⁵⁷ Né il compito di sostituire il Cardinale Camerlengo nell'esercizio delle sue funzioni durante la vacanza della Sede romana è in alcun modo attribuito al Vice Camerlengo da altre fonti o dal *Regolamento della Camera apostolica*: di quest'ultimo, si vedano in particolare gli artt. 30-33.

dare, però, la formulazione impiegata da quest'ultimo non appare del tutto inedita: al contrario, essa riproduce in parte quanto già veniva disposto all'art. 122 della Costituzione Apostolica postconciliare sulla Curia romana *Regimini Ecclesiae universae* di Paolo VI, che, confermando la Camera apostolica nell'ufficio di conservare e amministrare i beni e i diritti temporali della Santa Sede per tutto il tempo in cui questa sarebbe stata vacante, vi poneva appunto a capo il Cardinale Camerario o, se ne fosse stato impedito, il Vice Camerario⁵⁸. A questo si aggiunga che, nel trattare la disciplina dell'ufficio di Cardinale Camerlengo, la stessa *Praedicate Evangelium* – a differenza di quanto facevano le Costituzioni Apostoliche precedenti nel rivolgersi alla Camera apostolica – ha avvertito l'esigenza di distribuirne le competenze tra articoli differenti: all'art. 236, di cui stiamo trattando, si rinvia infatti alle funzioni proprie che gli sono assegnate dalla legge speciale relativa alla Sede Apostolica vacante e all'elezione del Romano Pontefice, come avveniva nella *Pastor bonus*, richiamando esplicitamente al § 3, per la prima volta nel testo della legge sulla Curia romana, il ruolo svolto dai Cardinali assistenti a suo supporto secondo quanto previsto dalla *Universi Dominici gregis*; mentre al successivo art. 237 si fa menzione dell'incarico di curare e amministrare i beni ed i diritti temporali della Sede Apostolica nel periodo di vacanza, indicando solo a questo riguardo – come accadeva nella *Regimini Ecclesiae universae*, ma evidentemente senza più il riferimento alla Camera apostolica – la possibile supplenza del Vice Camerlengo.

⁵⁸ PAULUS VI, Costituzione Apostolica *Regimini Ecclesiae universae*, cit., art. 122: «Camera Apostolica, cui praeficitur Cardinalis S.R.E. Camerarius, vel, eo impedito, Vice Camerarius, munus servat curandi atque administrandi bona et iura temporalia Sanctae Sedis, quo tempore haec vacat». Per uno sguardo più ampio su tale Costituzione Apostolica, cfr. J. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *Pablo VI y la reforma de la Curia Romana*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, XXI (1966), pp. 461-478; ID., *Pablo VI y la reforma de la Curia Romana (II)*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, XXIII (1967), pp. 85-107; ID., *Pablo VI y la reforma de la Curia Romana (III)*, *ivi*, pp. 333-371; ID., *La Constitución Apostólica «Regimini Ecclesiae Universae» seis años más tarde*, in *Estudios Eclesiásticos*, L (1975), pp. 455-507.

In considerazione di questi elementi, la ‘nuova’ norma appare dunque sotto una luce diversa rispetto a come si presentava inizialmente. Lungi dal voler disporre circa l’eventualità di una sostituzione *tout court* del Cardinale Camerlengo – già regolata secondo tutt’altri criteri dalla *Universi Dominici gregis* –, la disciplina in esame si concentra invece sulla natura delle funzioni da questi svolte in tempo di Sede vacante. In particolare, essa pare riposare su quella suddivisione preliminare, sottolineata in dottrina ancora all’indomani della promulgazione della *Pastor bonus*, che all’interno delle mansioni specifiche del Camerlengo permetteva di individuare due tipologie distinte di attività: da un lato, i suoi «compiti di tipo personale (certificare la morte del Pontefice, apporre i sigilli alle sue stanze private, dare la notizia del decesso al Cardinal Vicario, prendere possesso dei Palazzi Apostolici Vaticano e Laterano, nonché della villa di Castel Gandolfo, e inoltre – assistito da altri tre Cardinali – dare disposizioni circa le esequie del Pontefice)», ai quali oggi si rivolge l’art. 235 rinviando alla suddetta ‘legge speciale’; dall’altro – e a questo secondo aspetto si interessa invece l’art. 236 – i «compiti il cui disbrigo fa piuttosto capo alla Camera Apostolica come centro organizzativo di funzioni (vale a dire la cura delle incombenze, che, secondo le circostanze, si presentino per amministrare il patri-monio e tutelare i diritti della Sede Apostolica)»⁵⁹.

Solo per questi ultimi è prevista l’eventualità di un intervento sostitutivo del Vice Camerlengo⁶⁰: a lui, in altri termi-

⁵⁹ A.M. PUNZI NICOLÒ, *La Curia durante la sede vacante*, cit., pp. 154-155.

⁶⁰ L’esclusione di un ruolo suppletivo del Vice Camerlengo nello svolgimento dei citati ‘compiti di tipo personale’ è d’altronde confermata in tutte le ipotesi: ad esempio, anche riferendosi al fatto che «Nel caso in cui il Camerlengo al momento della vacanza della Sede abbia già compiuto gli ottant’anni deve presumersi che unicamente allo scopo dell’esercizio di tale ufficio, sia stato implicitamente prorogato dal Sommo Pontefice», M.F. POMPEDDA, *Universi Dominici gregis: sub n. 7*, in *Corpus Iuris Canonici*, III, *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, cit., p. 313, sottolinea appunto che «La proroga implicita del Pontefice è resa necessaria dal fatto che l’ufficio di Camerlengo non prevede un *cardinale vice*» (corsivi aggiunti). La dignità cardinalizia non è infatti prevista – né nella normativa previgente né in quella attuale – come requisito per accedere all’incarico di Vice Camerlengo.

ni, il nuovo art. 236 non intende affidare una competenza inedita, ma solo confermare una responsabilità analoga a quella che gli era già attribuita sulla Camera apostolica, in via provvisoria, dalla citata *Regimini Ecclesiae universae*. Non sfugge però come il ripristino di tale previsione sembri andare nella direzione opposta rispetto a quella intrapresa con la soppressione istituzionale di quel ‘centro organizzativo di funzioni’ su cui la distinzione stessa si basava, con la conseguenza che la norma finisce così per prefigurare una sorta di ‘sopravvivenza virtuale’ della Camera apostolica: nell’ottica della quale una più dettagliata operazione di coordinamento normativo avrebbe a questo punto senz’altro giovato. In questo stesso senso, pare peraltro potersi scorgere un elemento di continuità anche rispetto al già richiamato art. 33 § 1 del *Regolamento della Camera apostolica*, che al Vice-Camerlengo affida la stessa gestione interinale della Camera per il tempo della celebrazione del conclave⁶¹: il che lascia supporre che la prescrizione di cui all’art. 236 della *Praedicate Evangelium* intenda adottare un concetto atecnico di ‘impedimento’, non corrispondente alla totale impossibilità di esercitare l’ufficio in questione, ma genericamente riconducibile a qualsiasi contingente indisponibilità del Camerlengo a curare in concreto l’amministrazione dei beni e dei diritti temporali della Sede Apostolica (come potrebbe appunto accadere, durante lo svolgimento del conclave, quando egli si trovi ad essere assorbito dall’adempimento dei suoi ‘compiti di tipo personale’)⁶².

⁶¹ SECRETARIA STATUS, *Regulae Camerae Apostolicae*, cit., art. 33 § 1: «Durante la celebrazione del Conclave, il Vice-Camerlengo assume la responsabilità della Camera Apostolica».

⁶² I contorni dell’attività in questione appaiono peraltro ancora più incerti se solo si considera che la recente ‘restaurazione’ della formula di cui all’art. 122 della *Regimini Ecclesiae universae* non si è limitata al riferimento al Vice Camerlengo, ma si è estesa alla stessa attribuzione diretta al Camerlengo del compito di «curare e amministrare i beni ed i diritti temporali della Sede Apostolica nel tempo in cui questa è vacante», laddove invece la *Pastor bonus* – pur non recependo l’ancora più esplicito testo ivi proposto – aveva di fatto seguito l’indicazione di cui al n. 27 dello *Schema legis peculiaris de Curia romana*, Typis Polyglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1985, p. 21, che circa la Camera apostolica osservava: «Conserva i compiti previsti dalla peculiare legge “*de vacante Sede Apostolica*” con l’unica differenza che il “*munus admini-*

5. *Un Cardinale assistente 'stabile': una funzione inedita per il Coordinatore del Consiglio per l'economia*

Non ha invece trovato seguito una delle modifiche più vistose tra quelle proparate per mezzo delle indiscrezioni che avevano preceduto la pubblicazione del testo definitivo della *Praedicate Evangelium*, consistente cioè nella previsione secondo cui l'ufficio di Camerlengo sarebbe stato assunto dal Cardinale che sino alla morte del Romano Pontefice aveva ricoperto il ruolo di Coordinatore del Consiglio per l'economia⁶³:

strandi bona temporalia" rimane alle corrispondenti Amministrazioni, salvo l'obbligo di riferire al Cardinale Camerlengo, il quale, a sua volta, informa il Collegio dei Cardinali. Si elimina così la formale presa di possesso delle Amministrazioni da parte del Cardinale Camerlengo che non aveva poi alcun effetto operativo»: anche se non sembra che la normativa attuale abbia inteso intervenire su tali 'effetti operativi', ci si può comunque domandare se, al di là della scelta stilistica, a questo cambiamento di formulazione possano corrispondere conseguenze ulteriori.

⁶³ L. WIEGELMANN, *Curia eleison. Un'analisi della bozza inedita della Praedicate Evangelium di papa Francesco*, in *Il Regno - attualità*, LXIV (2019), p. 581 (traduzione dal tedesco dell'articolo originale pubblicato in *Herder Korrespondenz*, [LXXIII] 2019, n. 11, pp. 33-36): «Fra gli uffici più antichi e prestigiosi della curia romana c'è quello del camerlengo. Durante la sede vacante gli spettano compiti di grande onore: per esempio annunciare ufficialmente la morte del papa, porre il sigillo al suo ufficio e alla sua abitazione, prendere possesso dei palazzi papali: il palazzo apostolico, il palazzo del Laterano, Castel Gandolfo. Ma soprattutto il camerlengo amministra provvisoriamente tutte le proprietà della Santa Sede fino all'elezione di un nuovo papa. [...] Non sorprende quindi che l'esclusivo Consiglio di sei cardinali (C6), istituito negli anni scorsi da papa Francesco per elaborare la bozza della riforma della curia, abbia riflettuto anche sulla futura assegnazione dell'ufficio di camerlengo. Finora il papa nominava camerlengo un cardinale di sua scelta (attualmente è lo statunitense Kevin Joseph Farrell). Al contrario nella bozza di riforma della curia, che è ora sotto l'esame di esperti della Chiesa in tutto il mondo, all'art. 216 § 1 si dice: l'ufficio di camerlengo "viene assunto dal cardinale che sino alla morte del romano pontefice è stato il coordinatore del Consiglio per l'economia". Un compito che in pratica andrebbe direttamente a uno dei cardinali del C6, perché è appunto il coordinatore del Consiglio per l'economia». Per collocare la questione del Cardinale Camerlengo nella sua cornice complessiva, si veda inoltre quanto ricordato circa l'evoluzione della redazione della Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium* e le informazioni circolate sulla bozza in parola da G. BONI, *La recente attività normativa ecclesiale: finis terrae per lo ius canonicum? Per una valorizzazione del ruolo del*

al contrario, declinando il principio generale di cui all'art. 17 § 1 con specifico riferimento al Cardinale Camerlengo e al Vice Camerlengo, l'art. 235 § 2 della Costituzione Apostolica entrata in vigore il 5 giugno 2022 ribadisce esplicitamente che questi ultimi sono ambedue nominati direttamente dal Santo Padre. La mancata 'identificazione funzionale' tra Coordinatore e Camerlengo non significa, tuttavia, che siano mancate innovazioni assai rilevanti anche nei loro rapporti, come attesta il paragrafo successivo dell'articolo appena menzionato. Come già accennato, la disposizione in questione rievoca in particolare il contenuto del n. 7 della *Universi Dominici gregis*, ricordando come il Camerlengo sia coadiuvato, nello svolgimento delle mansioni attribuitegli dalla legge speciale relativa alla Sede Apostolica vacante, dalla Congregazione particolare disciplinata dalla medesima normativa⁶⁴, circa la cui composizione viene tuttavia adesso introdotta una significativa novità: se infatti la Costituzione Apostolica del 1996 stabiliva che quest'ultima fosse 'costituita dal cardinale camerlengo della santa Chiesa di Roma e da tre cardinali, uno per ciascun ordine, estratti a sorte tra i cardinali elettori già pervenuti a Roma'⁶⁵, i quali sarebbero poi stati sostituiti in tale ufficio ogni

Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa, Mucchi Editore, Modena, 2021, pp. 37-49.

⁶⁴ IOANNES PAULUS II, Costituzione Apostolica *Universi Dominici gregis*, cit., n. 7: «Congregatio particulares constat Cardinale Sanctae Romanae Ecclesiae Camerario et tribus Cardinalium, uno ex quoque ordine, sorte ductis inter Cardinales electores qui Romae tunc adsunt. Horum trium Cardinalium, qui Assistentes appellantur, officium tertio iam die transacto omnino cessat, in eorumque locum, etiam sortitione, alii succedunt post initam quoque electionem, eodem temporis praestituto fine». Ovviamente il ruolo della Congregazione particolare si riproporrebbe inalterato a prescindere dalla circostanza che abbia concretamente determinato la situazione di vacanza, compresa quindi – nelle intenzioni dei progetti summenzionati – l'eventualità di un impedimento totale e permanente della Sede Apostolica: come confermato d'altronde ulteriormente all'art. 21 del *Progetto di costituzione apostolica sulla sede romana totalmente impedita* nell'integrare le disposizioni di cui a *Universi Dominici gregis* con tale ipotesi.

⁶⁵ Per la traduzione italiana della Costituzione Apostolica *Universi Dominici gregis* qui utilizzata – riportata comunque tra apici per distinguerla dal testo originale latino – si fa riferimento alla versione pubblicata in *Enchiridion Vaticanum*, XV, *Documenti ufficiali della Santa Sede (1996)*, a cura di

tre giorni secondo le medesime modalità, la *Praedicate Evangelium* prevede invece che una delle posizioni in questione sia occupata di diritto – e in modo evidentemente stabile – dal Coordinatore del Consiglio per l'economia, mantenendo l'individuazione per sorteggio e l'incarico *pro tempore* solo per i due Cardinali restanti.

Lo scopo di un simile mutamento – è bene precisarlo – non pare comunque essere quello di alterare la 'struttura istituzionale' della Congregazione particolare. Per quanto nei fatti la posizione di un membro permanente non possa chiaramente essere la stessa di chi nel medesimo organismo ricopre un ufficio pur formalmente equivalente per un tempo tanto breve, lo stesso art. 235 § 3 si preoccupa infatti di prevenire ogni lettura che scorga nella riforma l'intento di instaurare una 'diarchia' dei componenti stabili, meramente supportati da quelli provvisori, sottolineando testualmente che il Cardinale Camerlengo «è aiutato, sotto la sua autorità e responsabilità» dagli altri tre membri: relazione d'altronde già connaturata alla qualifica di 'Cardinale assistente', che il Coordinatore del Consiglio per l'economia va ad assumere al pari dei due porporati sorteggiati⁶⁶.

Ciononostante, la lettura della nuova formulazione non può fare a meno di sollevare ancora una volta alcuni interrogativi, sia se confrontata con le corrispondenti disposizioni della *Universi Dominici gregis*, sia in relazione alle altre norme della *Praedicate Evangelium*. Ci si può domandare, innanzitutto, se la già citata prescrizione circa la necessaria appartenenza di ciascun Cardinale assistente a un diverso ordine cardinalizio sia da considerarsi abrogata o, viceversa, integrata dal nuovo ruolo del Coordinatore del Consiglio per l'econo-

E. LORA, EDB, Bologna, 1999, p. 113. La medesima modalità verrà riproposta anche in seguito.

⁶⁶ FRANCESCO, Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*, cit., art. 235 § 3: «Nell'adempimento degli uffici assegnati, il Cardinale Camerlengo di Santa Romana Chiesa è aiutato, sotto la sua autorità e responsabilità, da tre Cardinali Assistenti, di cui uno è il Cardinale Coordinatore del Consiglio per l'economia e gli altri due sono individuati secondo la modalità prevista dalla normativa circa la vacanza della Sede Apostolica e l'elezione del Romano Pontefice».

mia, cosicché l'esito del sorteggio può adesso ricadere solo sugli ordini residui. La risposta al quesito sembra doversi rinvenire proprio in quest'ultima ipotesi interpretativa, che appare infatti da preferire alla luce della *ratio* che informa la previsione della *Universi Dominici gregis*, corrispondente appunto alla volontà di garantire che all'interno della Congregazione particolare sia rappresentato ciascun ordine⁶⁷: principio che quindi, al netto del carattere 'vincolato' che viene adesso ad assumere la rappresentatività accordata all'ordine a cui appartiene il Cardinale Coordinatore, può chiaramente essere conservato solo attraverso la seconda soluzione prospettata⁶⁸.

I dubbi principali, tuttavia, sembrano riguardare la figura stessa del Cardinale Coordinatore del Consiglio per l'economia. Come già evidenziato, infatti, se il Camerlengo mantiene il proprio ruolo in caso di Sede vacante – e non potrebbe essere diversamente – in quanto titolare di un Ufficio della Curia romana, l'art. 18 § 1 della recente Costituzione Apostolica conferma che al verificarsi delle medesime circostanze decadono invece dal proprio incarico tutti i capi e i membri delle Istituzioni curiali, cioè – a norma dell'art. 12 – della Segreteria di Stato, dei Dicasteri, degli Organismi di giustizia e di quelli economici, tra i quali è annoverato appunto anche il Consiglio per l'economia; né è prevista un'apposita eccezione a questa regola per il suo Coordinatore, come invece avviene oggi espressamente per il Penitenziere maggiore e per l'Elemosiniere di Sua Santità.

⁶⁷ Si consideri ad esempio quanto osservato da I. GRIGIS, *La Costituzione Apostolica Universi Dominici Gregis*, cit., p. 130, circa la composizione della Congregazione particolare così come delineata dal citato n. 7: «Ai fini della scelta si tengono presenti solo i nominativi dei Padri che già sono *in Urbe* e sono presenti, ponendoli in tre diverse urne, rispondenti ai tre ordini cardinalizi. Se il sorteggio non avesse preveduto tale divisione, l'ordine dei Cardinali Presbiteri, poiché più numeroso, avrebbe avuto una forte presenza nella *Congregatio particularis*, a discapito degli altri due ordini. Il sorteggio, così disposto, garantisce sia ai Cardinali Vescovi che ai Cardinali Diaconi la certezza di essere sempre rappresentati da un membro all'interno del collegio degli assistenti».

⁶⁸ Cfr. anche M. GANARIN, *La riforma della Curia Romana nella Costituzione Apostolica Praedicate Evangelium di Papa Francesco. Osservazioni a una prima lettura*, cit., p. 299, nota 132.

Ne consegue una – quantomeno apparente – contraddizione: nel momento in cui il Coordinatore del Consiglio per l'economia dovrebbe essere chiamato ad assumere in via ausiliaria la veste di Cardinale assistente, la stessa condizione di Sede vacante in funzione della quale è predisposta tale investitura avrebbe lasciato il Consiglio medesimo del tutto privo di un Coordinatore. Ora, se è vero che anche all'interno della *Universi Dominici gregis* si rinvencono disposizioni che in periodo di Sede vacante attribuiscono incarichi specifici sulla base del ruolo ricoperto precedentemente alla decadenza dal proprio ufficio, come fa il n. 13 lett. c) quando si rivolge ai 'cardinali che svolgevano rispettivamente l'ufficio di segretario di stato e di presidente della Pontificia commissione per lo stato della Città del Vaticano' – peraltro designandoli a loro volta membri di una commissione capeggiata dal Camerlengo⁶⁹ –, una soluzione simile non pare tuttavia poter trovare accogliamento nel caso in esame: vuoi per l'eccezionalità dell'ipotesi, che richiederebbe un'indicazione altrettanto esplicita, in assenza della quale le norme in questione non possono che essere interpretate in senso stretto⁷⁰; vuoi per il fatto che la desi-

⁶⁹ IOANNES PAULUS II, Costituzione Apostolica *Universi Dominici gregis*, cit., n. 13: «In una e proxime subsequentibus Congregationibus Cardinales, secundum ordinem rerum agendarum praestitutum, de iis decernere debent, quae ad Conclave inchoandum urgentiora sunt, id est: [...] c) admoneant Commissionem quae constat ex Cardinale Camerario necnon iis Cardinalibus qui Officium Secretarii Status atque Praesidis Pontificiae Commissionis pro Statu Urbis Vaticanae explebant, ut tempestive tum loca disponant in aedibus *Domus Sanctae Marthae* quo convenienter Cardinales electores recipiantur tum etiam cubilia iis omnibus idonea qui huius Constitutionis n. 46 commemorantur, utque ea omnia simul parentur necessaria in Sacello Sixtino, unde singulae partes electionem attingentes expleri possint modo quidem facili, composito et maxima cum secreti custodia prout haec ipsa Constitutio decernit et edicit». A questo proposito, si vedano inoltre J. MIÑAMBRES, *Cost. Ap. Universi Dominici Gregis: sub n. 13*, in J.I. ARRIETA, J. CANOSA, J. MIÑAMBRES, *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, cit., p. 26; I. GRIGIS, *La Costituzione Apostolica Universi Dominici Gregis*, cit., pp. 147-148.

⁷⁰ In questo senso rileva quindi evidentemente la terza ipotesi a cui fa riferimento il can. 18 del *Codex Iuris Canonici* («Leges quae [...] exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi»): circostanza che si ricollega d'altronde pure alla motivazione 'sostanziale' richiamata a sostegno del mantenimento dell'ufficio del Coordinatore del Consiglio dell'economia anche in

gnazione del Coordinatore è con tutta evidenza da ricollegarsi alle mansioni da questi attivamente svolte, con il Consiglio per l'economia che è già tenuto a fornire supporto al Cardinale Camerlengo nella sua attività 'monocamerale'. Non resta che concludere, dunque, che il Coordinatore del Consiglio per l'economia rientra nel novero di quelle figure che non decadono dal proprio ufficio in caso di Sede Apostolica vacante: e, in mancanza di un'apposita deroga in questo senso, la spia principale – se non esclusiva – di tale condizione del Coordinatore rimane rappresentata appunto dalla norma dedicata al Camerlengo.

Vale infine la pena di segnalare come il rapporto instaurato tra i due soggetti offra spunti di potenziale interesse anche nell'ottica dei progetti summenzionati. Si pensi ad esempio al gruppo di cinque Cardinali ipotizzato dall'art. 6 dalla bozza di Costituzione Apostolica sulla Sede romana totalmente impedita, eletto dal Collegio cardinalizio e chiamato a gestire gli affari ordinari finché perdura la situazione di Sede romana totalmente impedita in modo temporaneo⁷¹, il quale potrebbe essere integrato appunto dal Camerlengo e dal Coordinatore

tempo di Sede Apostolica vacante, giacché l'intento della disposizione di cui al Libro I del Codice è quello di far «pervenire ad una interpretazione che riveli le linee fondamentali delle scelte operate dal legislatore, e che miri a favorirle in caso di eventuali conflitti con specifiche prescrizioni in tal senso» (P. LOMBARDÍA, *Sub can. 18*, riveduto da J. OTADUY, in *Codice di Diritto Canonico e leggi complementari commentato*, a cura di J.I. ARRIETA, Coletti a San Pietro, Roma, 2022⁷, p. 86). A questo proposito, si vedano anche V. DE PAOLIS, A. D'AURIA, *Le Norme Generali. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro Primo*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2014², pp. 165-168; J. GARCÍA MARTÍN, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Marcianum Press, Venezia, 2015⁶, pp. 150-152.

⁷¹ *Progetto di costituzione apostolica sulla Sede romana totalmente impedita*, cit., art. 6: «Nella stessa sessione nella quale è stata emessa la dichiarazione della sede romana totalmente impedita temporaneamente, il Collegio dei cardinali elegga un gruppo di cinque cardinali a cui spetterà la gestione degli affari ordinari mentre perdura questa situazione. Il gruppo deve informare dei suoi lavori la plenaria del Collegio cardinalizio, che sarà convocata almeno ogni sei mesi per risolvere le questioni che si presentino e per esaminare la perizia di cui tratta l'art. 4 § 3. In ogni caso, se nel frattempo sorgessero questioni gravi, urgenti e straordinarie, il Decano del Collegio cardinalizio può convocarla quanto prima, anche a richiesta del gruppo di cinque cardina-

del Consiglio per l'economia: una scelta giustificata innanzitutto *ratione materiae*, sia per le rispettive competenze di questi ultimi sia per la finalità del gruppo in parola, ma che consentirebbe anche di rafforzare ulteriormente la continuità ideale con il pontificato in corso tramite l'aggiunta di due membri nominati dallo stesso Papa regnante, in un momento in cui la Sede è temporaneamente impedita ma non certo vacante.

Naturalmente, non va neppure nascosto come la bontà di una simile soluzione sia tutt'altro che scontata in ogni suo aspetto, dovendo quindi una sua eventuale adozione essere necessariamente fatta oggetto di un'accurata ponderazione. Di contro, ad esempio, risalta innanzitutto il fatto che, proprio per il connaturato legame tra la vacanza della Sede Apostolica e il Camerlengo, il coinvolgimento di quest'ultimo nella fase in esame potrebbe dare adito a percezioni erranee sullo stato contingente della Sede romana – ma lo stesso potrebbe ormai dirsi anche per il Coordinatore del Consiglio per l'economia, con la conseguenza che il gruppo di Cardinali in questione verrebbe ad assumere l'aspetto di una 'Congregazione particolare allargata' –, rischiando perciò di provocare effetti controproducenti per la serenità del popolo dei fedeli, per le prerogative del Pontefice e per la stessa gestione di tale delicatissimo momento. D'altro canto, è tuttavia pure vero che anche le esperienze già sperimentate *sede plena* possono offrire dei paralleli alla prefigurazione di un simile incarico, mitigandone così l'apparenza potenzialmente 'traumatica': qual è ad esempio il caso della «possibile ed eventuale delega di poteri conferita al Cardinale Camerlengo dal Pontefice, in occasione di prolungate assenze a motivo dei suoi viaggi apostolici»⁷².

li. Le decisioni del Collegio devono essere approvate dalla maggioranza assoluta dei cardinali presenti alla votazione».

⁷² P.V. PINTO, *Pastor Bonus: sub art. 171*, in *Corpus Iuris Canonici*, III, *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, cit., pp. 237-238. Così anche F. SALERNO, *Gli Uffici*, cit., p. 489: «Si nota che, escluso il testo della costituzione apostolica *Regimini Ecclesiae universae*, gli altri passi citati usano l'avverbio *praesertim* per indicare quando la Camera Apostolica è chiamata ad operare. La motivazione dell'uso di tale avverbio può essere ricercata nel fatto che l'Ufficio vive anche *sede plena*, e non è costituito solo per la vacanza della Santa Sede. Ma si può ipotizzare che con l'av-

6. Osservazioni conclusive. Le prospettive di una riforma in fieri

Come si è potuto vedere, se in questi primi mesi successivi alla promulgazione della Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium* l'attenzione è stata comprensibilmente catturata da altri e più strutturali aspetti di una riforma di magnitudo tanto elevata, una rilevanza tutt'altro che marginale è altresì da riconoscersi alle novità che hanno investito la disciplina relativa al Cardinale Camerlengo, la quale appare peraltro destinata ad essere interessata – forse più di altre, anche se in maniera meno appariscente – dalle inevitabili 'scosse di assestamento' che seguiranno. Pur essendo stata pienamente confermata la funzione precipua del *Cardinalis Sanctae Romanae Ecclesiae Camerarius* quale anello di congiunzione – quanto più possibile invisibile, ma necessario – nella catena delle successioni pontificie, i cambiamenti di cui sono state fatte oggetto le pur scarse disposizioni a lui dedicate nella legislazione sulla Curia romana prospettano implicazioni dalla portata inaspettatamente ampia. Le conseguenze della soppressione della Camera apostolica e dei nuovi rapporti instaurati con gli altri soggetti che si muovono intorno al Camerlengo – nonché, per converso, di quelli da ricostruire in quanto venuti meno a motivo della scomparsa dei suoi interlocutori tradizionali – si estendono infatti ben al di là dei confini della norma in questione. Le innovazioni introdotte nel 2022 arrivano infatti a toccare anche tutte le altre fonti che hanno fino ad oggi interessato la Camera apostolica e il Cardinale ad esso preposto, da individuarsi – come ricorda preliminarmente

verbio fosse prevista originariamente la sola sospensione delle attività *sede plena*, attesa la situazione politica del tempo, ed ora sia ammessa la possibilità dell'affidamento al Cardinale Camerlengo di incarichi attinenti all'Ufficio anche *sede plena*, come avviene durante le assenze del Sommo Pontefice da Roma per i suoi viaggi apostolici». Pur non essendo poi stata recepita nel testo definitivo della *Pastor bonus*, anche lo *Schema legis peculiaris de Curia romana*, cit., p. 68, faceva riferimento a tale prassi proponendo di istituzionalizzarla in un secondo articolo dedicato alla Camera apostolica, che avrebbe dovuto recitare: «Sede plena, cum Summus Pontifex apostolica itinera suscipit, Camerarius ea peragit, quae ipse Summus Pontifex eidem delegaverit».

pure il *Regolamento della Camera apostolica* – «nel *Decreto* 22 giugno 1993, n. CCV della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, nelle *Disposizioni* della Segreteria di Stato per la morte del Sommo Pontefice, nell’*Ordo exequiarum Romani Pontificis*, nell’*Ordo Rituum Conclavis*»⁷³: ma, soprattutto, ad essere coinvolta in maniera diretta è inevitabilmente quella stessa ‘legge speciale relativa alla Sede Apostolica vacante e all’elezione del Romano Pontefice’ in cui lo stesso Camerlengo trova dettagliata tanta parte delle sue funzioni specifiche. E chissà che in questa necessaria revisione della *Universi Dominici gregis* – o nella Costituzione Apostolica del tutto nuova che potrebbe eventualmente venire a sostituirla – non possano trovare spazio anche le funzioni da affidare al Camerlengo in caso di Sede romana totalmente impedita...

⁷³ Cfr. anche G. PARISE, *La reverenda Camera apostolica: a completamento dei cenni storico-canonistici su quello che fu, e che forse in qualche modo ancora è e sarà, un organismo finanziario, amministrativo e giudiziario a servizio del Romano Pontefice e della Chiesa universale*, appendice a G. SCIACCA, *Epikedion della Reverenda Camera apostolica. Brevi cenni storico-canonistici*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini* online, Rivista telematica (www.archiviogiuridiconline.it), I (2022), p. 486.

ALBERTO TOMER, Dalla Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium* alla prospettiva di una legislazione sulla Sede romana impedita: uno sguardo al ruolo del Cardinale Camerlengo tra novità recenti e ipotesi future

Sebbene forse meno vistose dei cambiamenti che hanno investito le Istituzioni della Curia romana, le modifiche introdotte dalla Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium* in merito alla disciplina relativa al Cardinale Camerlengo sono tuttavia state profonde. Il mantenimento delle funzioni essenziali affidate a tale figura si scontra infatti, innanzitutto, con l'inaspettata soppressione della Camera apostolica: e se già tale fattore impone evidentemente la ricerca di un nuovo equilibrio interno a quello che è adesso l'«Ufficio di Cardinale Camerlengo di Santa Romana Chiesa», alla medesima esigenza conducono altresì le innovazioni rinvenibili nella riformulazione della corrispondente normativa, che solo in apparenza si dimostra immutata. L'intento principale del presente contributo è quindi quello di dare conto di tali profili, evidenziando gli elementi di continuità e di discontinuità che emergono sia dall'analisi dell'ancora recente testo della Costituzione Apostolica tramite cui la riforma è stata attuata, sia dal rapporto tra quest'ultima e le altre norme che ad essa inevitabilmente si legano, a partire da quella «legge speciale relativa alla Sede Apostolica vacante e l'elezione del Romano Pontefice» in cui lo stesso Camerlengo trova delineata una parte centrale delle sue mansioni specifiche. In questo senso si rende peraltro manifesto un ulteriore dato degno di approfondimento: quello relativo al ruolo che il Camerlengo potrebbe essere chiamato a svolgere nell'ipotesi di un impedimento totale e permanente della Sede romana, su cui la scienza canonistica si è di recente interrogata elaborando e discutendo appositi progetti legislativi.

Parole chiave: Curia romana, Camera apostolica, Cardinale Camerlengo di Santa Romana Chiesa, Costituzione Apostolica *Praedicate Evangelium*, Sede Apostolica vacante.

ALBERTO TOMER, From the Apostolic Constitution *Praedicate Evangelium* to the proposal of a legislation on the impeded Roman See: a look at the role of the Cardinal Camerlengo between recent innovations and future scenarios

Although less striking than the changes which affected the Institutions of the Roman Curia, the modifications that were introduced by the Apostolic Constitution *Praedicate Evangelium* have still had a deep impact on the regulation concerning the Cardinal Camerlengo as well. In fact, the preservation of his essential functions collides primarily with the unexpected suppression of the Apostolic Camera, which clearly imposes the need to find a new inner balance for what is now the 'Office of the Cardinal Camerlengo of the Holy Roman Church'. Such an outcome is also determined by the innovations that are hidden within the reformulation of the same legislation, which is only apparently unchanged. The main aim of this essay is therefore to give account of such profiles, highlighting the elements of continuity and discontinuity emerging both from the analysis of the still recent text of the Apostolic Constitution through which the reform was realized and the relations that inevitably bind it to other regulations, starting with the 'special law governing the vacancy of the Apostolic See and the election of the Roman Pontiff' that outlines a fundamental part of the Camerlengo's specific tasks. In this sense, another element worthy of a deeper consideration also emerges: it consists in the role that could be entrusted to the Camerlengo in case of a total and permanent impediment of the Roman See, which has recently been at the centre of the attention of Canon Law scholars, who even drafted and discussed specific law proposals about it.

Key words: Roman Curia, Apostolic Camera, Cardinal Camerlengo of the Holy Roman Church, Apostolic Constitution *Praedicate Evangelium*, vacancy of the Apostolic See.

Isabella Zambotto

SULLA CONCESSIONE DELLA *PETITIO FIDEICOMMISSI*. RIFLESSIONI A MARGINE DI SCAEV. 21 *DIG. D.* 36.1.80(78).1*

SOMMARIO: 1. La ricostruzione del frammento scevoliano e le prospettive dell'indagine. – 2. Una questione di duplicità del rapporto fiduciario? – 3. Un problema di legittimazione attiva nella cornice della παρακαταθήκη o dell'esecutore testamentario? – 4. Per una diversa ipotesi ricostruttiva: il tema della quarta *Pegasiana*. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *La ricostruzione del frammento scevoliano e le prospettive dell'indagine*

Tra le fonti in materia di fedecommissi universali¹, soggetti al regime giuridico introdotto dai senatoconsulti Trebellia-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ È da precisare che l'espressione prevalentemente impiegata nelle fonti per indicare l'istituto in esame è *fideicommissum hereditatis*, mentre più rare sono *fideicommissum universitatis* (Frg. D'Autun 61.77) ed *hereditas fideicommissaria* (rinvenibile in Ulp. 3 *fideic.* D. 36.1.1.2, nel titolo dedicato al senatoconsulto Trebelliano): sul punto, cfr. P. VOCI, voce *Fedecommissio* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 106 e nt. 26. Per approfondimenti sul fedecommissio universale, v. F. LONGCHAMPS DE BERIER, *Il fedecommissio universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997; per un inquadramento generale del fedecommissio, cfr. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, p. 33 ss.; F. MILONE, *Il fedecommissio romano nel suo storico svolgimento*, Napoli, 1896, p. 1 ss.; P. LEMERCIER, *Quelque remarques sur les origines du fidéicommiss et sur le fidéicommiss d'hérédité à l'époque classique*, in *RHD*, 14, 1935, p. 433 ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955², p. 608 ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, vol. I, Torino, 1961², p. 5 ss.; E. GENZMER, *La genèse du fidéicommiss comme institution juridique*, in *RHD*, 40, 1962, p. 337; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, *Parte speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria*, Milano, 1963², p. 231 ss.; R. TRIFONE, voce *Fedecommissio* (*dir. rom.*), in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1968, p. 188 ss.; P. VOCI, voce *Fedecommissio*, cit., p. 103 ss.; G. IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fe-*

no e Pegasiano, si annovera un responso di Quinto Cervidio Scevola², che ha suscitato, in tempi recenti, un certo interesse in dottrina, a causa della pluralità di questioni in esso racchiuse, attinenti alla concessione della *petitio fideicommissi*³. Mi riferisco a

decommesso, in *Conferenze romanistiche*, vol. II, Milano, 1967, p. 275 ss.; A. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford, 1971; D. JOHNSON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988, p. 9 ss., 76 ss.; A. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso 'de residuo' en derecho romano*, Valladolid-Salamanca, 1989, p. 22 ss.; A. WATSON, *Legal Origins and Legal Change*, London, 1991, p. 181 ss.; E. NARDI, *Legato e fedecommesso: avvicinamento e fusione*, in *AAB*, 80, 1991-1992, p. 11 ss.; M. DE BRUIN, *Papiria bona sua fidei commisit'. Das Fideikommiß im zweiten Jahrhundert von Christus*, in *RIDA*, 42, 1995, p. 167 ss.; F. LONGCHAMPS DE BERIER, *Il fedecommesso*, cit.; L. DESANTI, *Fedecommesso e protezione degli incapaci*, in *AUFE*, 7, 1993, p. 105 ss.; EAD., *La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino, 1999, p. 14 ss.; EAD., *Restitutionis post mortem onus'. I fedecommissi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, p. 191 ss.; EAD., *Il fantasma del fedecommesso. Fedecommesso, fiducia testamentaria, sostituzione fedecommissaria*, in *AUFE*, 20, 2006, p. 99 ss.; V. GIODICE SABBATELLI, *Fideicommissorum persecutio'. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001; EAD., *Turisdiction de fideicommissis' e poteri dati*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, vol. I, a cura di C. CASCIONE, C. MASI DORIA, Napoli, 2002, p. 609 ss.; EAD., *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 2003; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis'. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, vol. I, *Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, 2002, p. 23 ss.; T. RÜFNER, *Testamentary Formalities in Roman Law*, in *Comparative Succession Law*, vol. I, *Testamentary Formalities*, edited by K.G.C. REID, M.J. DE VAAL, R. ZIMMERMANN, Oxford, 2011, p. 12 ss.; P. ARCÉS, *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librato e del fedecommesso*, in *Riv. dir. rom.*, 12, 2012, p. 7, nt. 30; F. BERTOLDI, *L'heres fiduciarius' in una prospettiva storico-comparatistica*, in *Studi urb.*, 83, 2015, p. 157 ss.; U. BABUSIAUX, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2015², p. 271 ss.; V.M. MINALE, *La materia fedecommissaria tra giurisprudenza e legislazione. Un percorso attraverso l'opera di Volusio Meciano*, Napoli, 2020, p. 205 ss.

² Sulla figura di Quinto Cervidio Scevola, nonché sulle vicende dei *Digesta*, cfr. A. SPINA, *Quintus Cervidius Scaevola. Quaestionum Libri XX*, Roma, 2021, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e per l'apparato bibliografico; in precedenza, per approfondimenti sulle raccolte dei pareri del giurista, fondamentale M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, 103-104, 2000-2001 (pubbl. 2009), p. 483 ss.

³ F. BERTOLDI, *L'esecutore testamentario nel diritto romano*, in *RIDA*, 65, 2018, p. 53 ss.; A.M. GIOMARO, *Minime su D. 36,1,80,1 di Scevola in tema di*

Scaev. 21 dig. D. 36.1.80(78).1: *Maevia duos filios heredes reliquerat et eodem testamento ita cavit: 'fidei autem heredum <heredem> meorum committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis, ut hi restituant nepotibus meis, prout quis eorum ad annos viginti quinque pervenerit, pro portione, vel si unus, ei omnem'. quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Gaio Seio debeat. respondit secundum ea quae proponerentur Lucium Titium, item Gaium Seium fideicommissum petere non posse.*

In via preliminare, è necessario precisare che il frammento non pone particolari problemi in ordine alla sua genuinità, cosicché è concesso procedere alla sua lettura in chiave conservativa.

Secondo alcuni autori, Mevia avrebbe chiesto un parere a un primo giurista per l'individuazione dell'architettura giuridica maggiormente idonea alla realizzazione delle sue ultime volontà e, in seguito, questa soluzione sarebbe stata sottoposta alla valutazione di Scevola. Tale convincimento si fonda sulla lettura del prosiegua del brano, *quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis*, testi-

fedecommissa e di fiducia: ipotesi di un 'trust'?, in *Studi urb.*, 66, 2015, p. 7 ss.; in parte già esaminato in EAD., C. BRANCATI, *Percorsi guidati e metodologia di analisi giuridica*, Fano, 2005, p. 178 ss.; A. SPINA, *Il negozio della παρακαταθήκη in un passo di Cervidio Scevola*, in *LR*, 4, 2015, p. 243 ss. La letteratura precedente sul passo è circoscritta: si limitano a una menzione dello stesso L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, pp. 315 s., 316, nt. 10; G. IMPALLOMENE, *L'efficacia del fedecommissa pecuniario nei confronti dei terzi. La 'in rem missio'*, in *BIDR*, 70, 1967, p. 12, nt. 21. Si dedicano a un commento più esteso, ancorché non molto approfondito, M. AMELLOTTI, *Le forme classiche di testamento*, vol. I, *Lezioni di diritto romano raccolte da R. Martini*, Torino, 1966, p. 189 s.; A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, p. 149 s.; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 608 s.; M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, in *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari*, 5, 1913, p. 34; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. Parte prima. Lezioni dettate nella Università di Napoli. 1899-1900*, Napoli, 1900, p. 69. Prende le mosse dal frammento in questione per interrogarsi sulla capacità patrimoniale dei *fili in potestate* S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, vol. II, Napoli, 1957, p. 466.

monianza dell'intervento di un esperto del diritto, il quale avrebbe edotto l'ereditanda del divieto di nominare *curatores* dell'intera eredità Gaio Seio e Lucio Tizio accanto all'istituzione di erede nella persona dei figli⁴.

Tuttavia, D. 36.1.80(78).1 non mi pare suffragare una simile ipotesi. Già il solo tenore letterale del segmento indicato non depone a favore della preventiva consultazione di un altro *iuris peritus* per confezionare il proprio testamento. La conoscenza delle regole in materia di successione testamentaria, infatti, ben potrebbe afferire al bagaglio culturale tipico di un romano dell'epoca, ove si considerino tanto l'appartenenza ai ceti dominanti dei *clientes* scevoliani nel settore *mortis causa* (o, alternativamente, il loro stretto rapporto con soggetti altolocati), quanto la nutrita schiera di fonti scevoliane comprovante la redazione dell'atto di ultima volontà da parte dello stesso *de cuius*⁵. La mancanza di una riflessione sulle opinioni presumibilmente differenti prospettate dai due *prudentes*, inoltre, suggerisce che l'unico responso fosse quello di Scevola.

Per entrare nel vivo del discorso, la donna, nel suo testamento, aveva lasciato eredi i due figli e aveva così stabilito: 'rimetto alla *fides* dei miei eredi (a voler leggere *heredum* e non *heredem*) che tutto il mio patrimonio sia a guisa di deposito senza interessi presso Gaio Seio e Lucio Tizio, i quali, se fosse stato lecito, avrei nominato curatori del patrimonio stesso, estromessi gli altri, affinché questi ultimi lo restituiscano ai miei nipoti, quando ciascuno avrà raggiunto i venticinque an-

⁴ Così B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 608 s.; A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 11 s. In dottrina non è stato approfondito quale sia la previsione che sancisce un simile divieto. Si potrebbe pensare a un'estensione del requisito di forma previsto da Gai 2.289: *Sed quamvis in multis iuris partibus longe latior causa sit fideicommissorum quam eorum, quae directo relinquantur, in quibusdam tantundem valeant, tamen tutor non aliter testamento dari potest quam directo, veluti hoc modo: LIBERIS MEIS TITIUS TUTOR ESTO, vel ita: LIBERIS MEIS TITIVM TUTOREM DO; per fideicommissum vero dari non potest*; oppure considerare che, in linea di principio, i giuristi classici non potevano concepire la figura dell'esecutore testamentario, proprio per le funzioni dell'erede istituito, il quale subentrava in qualsiasi rapporto del defunto stesso: così, tra i sostenitori della dottrina tradizionale, M. ROBERTI, *Le origini*, cit., p. 35.

⁵ Quanto ai testamenti auto-redatti dai *clientes*, cfr. M. TALAMANCA, *I clienti*, cit., p. 544 ss.; per l'estrazione sociale, invece, *ivi*, p. 622.

ni, in parti uguali se saranno più di uno, o l'intero patrimonio se sarà uno solo'. Ci si chiede se il fedecompresso debba essere onorato dagli eredi a favore di Lucio Tizio e Gaio Seio. Risponde, sulla base di quanto gli è stato esposto, che Lucio Tizio come anche Gaio Seio non possono chiedere il fedecompresso.

Meritano di essere approfondite sin dal principio alcune scelte di ricostruzione testuale aventi significativi risvolti giuridici.

Innanzitutto, sulle orme della maggior parte della dottrina, la traduzione proposta segue la *restitutio textus* leneliana⁶. Tale soluzione mi sembra preferibile anche per l'aderenza del segmento *fidei autem heredum meorum committo* all'*incipit* del testo corrispondente riportato in Bas. 35.11.75 (Heimb. III, 598), καὶ ὅτι γυνὴ τοῦς υἱοῦς αὐτῆς γράψασα κληρονόμους ἐπέτρεπεν, in cui è esplicita l'istituzione di erede di entrambi i figli.

Viene quindi in rilievo il tratto *fidei ... committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris*. In assenza di validi motivi per allontanarsi dal dato testuale, credo sia più opportuno proporre una traduzione letterale per un duplice ordine di ragioni.

In primis, con riguardo all'espressione *pro deposito sine usuris*, una simile opzione consente di enfatizzare la presenza della preposizione *pro*, la quale – nella sua accezione 'a guisa di, a titolo di, come, a modo di' – sotto il profilo della qualifica non identifica *tout court* l'operazione giuridica descritta con il deposito (irregolare) senza interessi⁷, pur assimilando le due

⁶ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. II, Lipsiae, 1889 (rist. Roma, 2000), p. 250, è seguita recentemente da A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 10; A. SPINA, *Il negozio*, cit., p. 268. Diversa, invece, la *lectio* dei *Digesta* del 'Corpus iuris civilis', I, recognovit Th. Mommsen, retractavit P. Krüger, Berlin, 1963¹⁷, p. 576, che riporta *heredem*, per la quale opta F. BERTOLDI, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 69, senza tuttavia discostarsi, nella traduzione e nella ricostruzione del frammento, dalla versione leneliana.

⁷ Sul deposito irregolare, cfr. T. NIEMYER, *Fiducia cum amico* und 'depositum', in *ZSS*, 12, 1892, p. 297 ss.; C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR*, 18, 1906, p. 121 ss.; G. SEGRÉ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR*, 19, 1907, p. 197 ss.; P. COLLINET, *Études historique sur le droit de Justinien*, vol. I, *Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en occident*, Paris, 1912, p. 120; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1946, p. 59 ss.; F. BONIFA-

CIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR*, 49, 1947, p. 80 ss.; F. SCHULZ, *The Postclassical Edition of Papinians 'libri quaestionum'*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, vol. IV, Milano, 1949, p. 254 ss.; E. SEIDL, *Der Eigentumsübergang beim Darlehen und 'depositum irregolare'*, in *Festschrift für F. Schulz*, herausgegeben von W. FLUME, Weimar, 1951, p. 373 ss.; F. BONIFACIO, voce *Deposito (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 495; E. SIMONETTO, voce *Deposito irregolare*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 528 ss.; J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, in *SDHI*, 28, 1962, p. 233 ss.; G. ASTUTI, voce *Deposito (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 212 ss.; H.T. KLAMI, *'Mutua magis videtur quam deposita'. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki, 1969, pp. 45 s. e 118 s., con recensione di H.P. BENÖHR, in *ZSS*, 89, 1972, pp. 438, 442, nt. 16, e di W. LITIEWSKI, *Tra mutuo e deposito*, in *Index*, 3, 1972, p. 559; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1971, p. 148 ss.; R. HERRERA BRAVO, *'Fides' y 'depositum'*, in *'Sodalitas'. Sección granadina de la Sociedad española de Estudios clásicos*, vol. I, Granada, 1980, p. 69 ss.; W.M. GORDON, *Observations on 'depositum irregolare'*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, vol. III, Milano, 1982, p. 363 ss.; R.B. SIOLA, *Variazioni pregiustiniane al principio classico 'Depositum ei qui dedit reddendum est' (D. 16,3,31 pr.-1)*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, vol. II, Milano, 1987, p. 183 ss.; G. NEGRI, voce *Deposito nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 219 ss.; H.T. KLAMI, *'Depositum' of Documents in Roman Law*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, vol. IV, Napoli, 2001, p. 413 ss.; W. LITIEWSKI, *Hauskinder im römischen Verwahrungsverhältnis*, in *'Status familiae'. Festschrift für A. Wacke zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von H.-G. KNOTHE, J. KOHLER, München, 2001, p. 251 ss.; A. CASTRO SÁENZ, *Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y el comodato en época clásica*, in *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno. IV Congreso internacional y VII Congreso iberoamericano de derecho romano*, coordinado por A. MURILLO VILLAR, Burgos, 2001, p. 187 ss.; S. BELLO RODRIGUEZ, *La responsabilidad del naviero en el transporte de mercancías según D. 19.2.31*, in *RIDA*, 49, 2002, p. 45 ss.; C. BOTELLA VICENT, *'Lex Iulia peculatus' y depósito irregular*, in *El derecho penal: de Roma al derecho actual. VII Congreso internacional y X iberoamericano de derecho romano*, coordinado por M.A. CALZADA GONZÁLEZ, F. CAMACHO DE LOS RÍOS, Madrid, 2005, p. 149 ss.; J. KRANJC, *'In ius' und 'in factum' konzipierte Klageformeln bei der Leihe und bei der Verwahrung*, in *'Usus Antiquus Iuris Romani'. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*, herausgegeben von W. ERNST, E. JAKAB, Berlin-Heidelberg, 2005, p. 133 ss.; L. MAGANZANI, *La 'diligentia quam suis' del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 2006, p. 7 ss., con recensione di A. BURDESE, in *SDHI*, 74, 2008, p. 815 ss.; G. PFEIFER, *Das 'depositum' als funktionale Mitgift in D. 16,3,27 (Paul. 7 'resp.)*, in *ZSS*, 123, 2006, p. 309; A. VÖLKL, *Zur 'diligentia quam in suis' des Verwahrers*, in *Festschrift für H. Hausmaninger zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von R. GAMAU, Wien, 2006, p. 293 ss.; E. DOVERE, *CI. 4.34.9: giacenza ereditaria, deposito 'per servum', legittimazione processuale*, in *Φιλία. Studi per G. Franciosi*, vol. II, Napoli, 2007, p. 739 ss.;

figure sul piano funzionale: quella proposta, quindi, sarà una rilettura del frammento in un'ottica di similarità dello scopo e non di sovrapposizione concettuale.

L'impiego dello schema del deposito nella sua funzione consueta, infatti, incontrerebbe una difficoltà non trascurabile, derivante dalla natura delle *res* afferenti alla *omnis substantia*, ove si presti attenzione all'obiettivo della disposizione fideicommissaria, tesa al trasferimento dell'asse ai nipoti. In diversi frammenti dello stesso Scaevola, in effetti, si registra l'utilizzo del termine *substantia* nell'accezione di *bona*: perciò, mancando una precisa indicazione della composizione del patrimonio, è verosimile pensare che lo stesso comprendesse anche *res Mancipi*, mobili e immobili⁸.

F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino, 2008, p. 1 ss.; P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010³, pp. 121 ss., 153 ss.; T. WALTER, *Die Funktionen der 'actio depositi'*, Berlin, 2012; P. SCHEIBELREITER, *Integration durch Abgrenzung? Vom Problem, das 'depositum irregulare' zu 'definieren'*, in *Index*, 44, 2017, p. 443 ss.; C. BUSACCA, *Sul cd. deposito irregolare nel diritto romano*, in *QLSD*, 8, 2018, p. 309 ss.

⁸ Si tratta di Scaev. 33 dig. D. 22.3.27: *Qui testamentum faciebat ei qui usque ad certum modum capere potuerat legavit quantitate, deinde ita locutus est: 'Titio centum do lego, quae mihi pertulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat in sinu meo habui sine ulla cautione. item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex rebus praediorum eius (quorum ipse fructum percepi et distraxi), item de calendario (si qua a matre receperat Titius) in rem meam converti'. quaero, an Titius ea exigere potest. respondit, si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi: videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecit, in cui si registrerebbe una sorta di contrapposizione tra l'attribuzione a titolo particolare di una somma di denaro e la gestione di un intero patrimonio; Scaev. 29 dig. D. 36.3.18 pr.: *quae filium legitimum relinquebat, patrem eundemque collibertum ex asse scripsit heredem fideique eius commisit, ut, quidquid ad eum ex hereditate eius pervenisset, cum moretur, restitueret filio testatrix nepoti suo, et haec verba adiecit: 'satis a Seio patre meo exigi veto'. quaesitum est, cum iste Seius substantiam suam dissipat et veretur pater fideicommissarii, ne inane fideicommissum constituatur, an ad satisfactionem fideicommissi nomine patrem defunctae compellere possit. respondit secundum ea quae proponerentur non compellendum cavere; Scaev. 27 dig. D. 44.4.17.1: *Avus nepotibus ex filia legavit singulis centena et adiecit haec verba: 'ignoscite, nam potueram vobis amplius relinquere, nisi me fronto pater vester male accepisset, cui dederam mutua quindecim, quae ab eo re-***

Ebbene, a voler adottare questa interpretazione, la fattispecie concreta porrebbe una pluralità di questioni:

a) verrebbe meno il requisito del carattere mobile della *res*, tipico dello schema contrattuale;

b) in ipotesi di deposito regolare di *res Mancipi*, i deponenti Lucio Tizio e Gaio Seio diverrebbero dei meri detentori dei beni consegnati, e tali sarebbero anche i nipoti di Mevia, una volta venticinquenni, poiché il *dominium ex iure Quiritium* rimarrebbe in capo ai loro genitori, figli ed eredi dell'ereditanda. In questo modo, tuttavia, sarebbe frustrato l'esito finale della dinamica negoziale progettata da Mevia, vale a dire il trasferimento dell'asse ai nipoti;

c) ulteriori profili di incertezza sono rilevabili in ordine all'ammissibilità di un deposito irregolare avente oggetti altri rispetto al denaro. *Nulla quaestio*, invece, se la *substantia* fosse costituita dalla sola *pecunia*, dal momento che la *traditio* sarebbe elemento necessario e sufficiente per trasferire la proprietà ai fedecommissari prima e ai nipoti poi⁹.

In secundis, dal punto di vista sintattico, occorre osservare come la locuzione *uti omnis substantia mea sit* integri una proposizione consecutiva, che esprime la conseguenza di quanto indicato nella reggente, fotografando il risultato di un'azione.

Se si trasfonde quanto osservato nel piano giuridico, si può ritenere che *omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium* si concentri sull'esito ultimo di un'azione sottesa e implicita, il cui compimento è rimesso dalla testatrice alla *fides* degli eredi, dopo la sua morte. Già in questa fase introduttiva, in cui si soprassiede, per il momento, al problema dell'esatto inquadramento giuridico dell'espressione *pro deposito sine usuris*, è possibile met-

cipere non potui: postremo hostes, qui mihi fere omnem substantiam abstulerunt. quaesitum est, an, si avi heres ab his nepotibus patris sui heredibus petat quindecim, contra voluntatem defuncti facere videatur et doli mali exceptione summoveatur. respondit exceptionem obstaturam.

⁹ Per questi motivi ritengo quindi di allontanarmi dalla traduzione in termini di 'messa in deposito del patrimonio', adottata, tra gli altri, da A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 10.

tere a fuoco l'efficacia *mortis causa* del negozio indicato dalla locuzione.

Non mi pare quindi conforme all'immediato senso del frammento intravedere un riferimento a un negozio *inter vivos*, modulato nei seguenti termini: Mevia, da viva, avrebbe depositato *sine usuris* presso Gaio Seio e Lucio Tizio le sue sostanze, affidandone loro la custodia, per poi rimettere alla *fides* degli eredi che il patrimonio restasse presso i depositari¹⁰. Tale ricostruzione, infatti, esprime una staticità estranea al dinamismo insito alla proposizione consecutiva, in quanto l'oggetto del fedecommissario sarebbe quello di mantenere tutte le cose là dove già sono. Incerta, poi, è l'attribuzione al verbo *sit* del significato di 'mantenere', piuttosto raro e comunque difficilmente giustificabile in un contesto in cui non paiono esservi forti motivazioni per discostarsi dalla comune accezione di 'essere'.

Un altro elemento da considerare è la classificazione della complessa fattispecie sottesa a *fidei ... committo*. Se, infatti, il tenore del passo induce a ritenere che Lucio Tizio e Gaio Seio fossero fedecommissari, seppur con tutte le intuibili peculiarità del caso¹¹, non è però mancato chi, soffermandosi sui poteri gestori affidati ai due uomini e sui nipoti di Mevia quali beneficiari finali del *fideicommissum*, ha scorto una possibile attestazione dell'assai dibattuta figura dell'esecutore testamentario¹².

¹⁰ A. SPINA, *Il negozio*, cit., p. 269.

¹¹ A. WATSON, *Contract*, cit., p. 149 s.; M. AMELOTI, *Le forme*, cit., p. 189 s.; L. DESANTI, *De confirmando tutore*, cit., pp. 315 s., 316, nt. 10; A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 7 ss.

¹² C. FADDA, *Concetti*, cit., p. 69; M. ROBERTI, *Le origini*, cit., p. 334; F. BERTOLDI, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 69. Più in generale, sul dibattito intorno all'esistenza dell'esecutore testamentario, fondamentali H. LE FORT, *Des exécuteurs testamentaires*, Genève, 1878, p. 3; A. SCHULTZE, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentvollstreckung*, Breslau, 1895, p. 168; H. DERNBURG, *Pandekten*, vol. III, Berlin, 1897⁵, p. 255; R. CAILLEMER, *Origines et développement de l'exécution testamentaire (Époque Française et Moyen Âge)*, Lyon, 1901, p. 13 ss.; B. KÜBLER, voce *Testamentvollstreckung*, in *RE*, vol. V, Stuttgart, 1934, p. 1010 ss.; E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935, p. 238; J. DAUVILLIER, *Note sur un testament romain récemment découvert en Égypte*, in *Recueil de l'Académie de*

Ciò premesso, il perno del ragionamento che si svilupperà nel presente contributo è rappresentato dal segmento finale, *Lucium Titium item Gaium Seium fideicommissum petere non posse*, che esorta a interrogarsi sulle motivazioni – strettamente connesse alla ricostruzione della vicenda sottesa alla disposizione *mortis causa* – del responso scevoliano, il quale nega l'esperibilità della *petitio fideicommissi* da parte di Lucio Tizio e Gaio Seio¹³.

législatione de Toulouse, 18, 1947, p. 1 ss.; M. ROUXEL, *Le testament d'Antonius Silvanus et le Problème de l'exécution testamentaire en droit romain classique*, in *Annales Fac. Droit Univ. Bordeaux*, 3, 1952, p. 81 ss.; 4, 1953, p. 3 ss.; tra gli studi degli ultimi decenni, si segnalano L. DESANTI, *De confirmando tutore*, cit., p. 315, nt. 9; R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 743; F. TREGGIARI, *Minister*, cit., p. 17; F. BERTOLDI, *L'heres*, cit., p. 157 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Per altri, l'incarico in discorso sarebbe qualificabile come *procurator*: J. MACQUERON, *Le testament d'Antonius Silvanus*, in *RHDFE*, 23, 1945, p. 150 ss.; E. WEISS, *Procurator ex testamento*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1953, p. 61 ss.; M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, vol. I, *Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, p. 148 ss. Si ritiene condivisibile l'esclusione dell'afferenza della fattispecie al *mandatum post mortem* tanto per la dubbia validità del *mandatum post mortem mandatoris* quanto per l'assenza di un rapporto contrattuale fra il testatore e l'amministratore designato nel testamento: così L. DESANTI, *De confirmando tutore*, cit., p. 315, nt. 9, sulla scia di E. WEISS, *Procurator*, cit.; M. AMELOTI, *Il testamento*, cit., p. 151.

¹³ Come ricorda Gai 2.278: *Praeterea legata per formulam petimus; fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae*. Per approfondimenti sulla *iurisdictio de fideicommissis*, cfr. V. GIODICE SABBATELLI, *Fideicommissorum persecutio*, cit.; EAD., *Iurisdictio*, cit., p. 609 ss.; EAD., *La tutela*, cit.; L. DESANTI, *Il fantasma*, cit., p. 99 ss., la quale ricorda come già in epoca classica il superamento dell'efficacia meramente obbligatoria è attestato dalla concessione, in presenza di determinati presupposti, della *missio in rem*, che avrebbe permesso di recuperare singoli beni, gravati di fedecommissio, anche presso i terzi acquirenti. Ad ogni modo, tale strumento processuale non viene in rilievo nel caso di specie.

2. Una questione di duplicità del rapporto fiduciario?

Si è sostenuto che il diniego dell'azione deriverebbe dalla natura fiduciaria dell'architettura giuridica ideata da Mevia.

Secondo tale impostazione, *nulla quaestio* circa il rapporto fiduciario ravvisabile nel fedecommesso, con cui l'ereditanda rimette alla *fides* dei suoi eredi, i due figli, l'esecuzione delle sue volontà¹⁴.

Più spinosa appare l'operazione negoziale oggetto del *fideicommissum*, espressa in termini di *uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium*, inquadrata dalla dottrina in esame come una forma di *fiducia cum amico* attuata a scopo di deposito¹⁵, sulla base di

¹⁴ In argomento, v. A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 15 s.

¹⁵ Non essendo questa la sede per dilungarmi sull'istituto della *fiducia cum amico*, mi limiterò a segnalare alcuni riferimenti bibliografici essenziali: F. GENY, *Étude sur la fiducie*, Nancy, 1885; R. JACQUELIN, *De la fiducie*, Paris, 1891; P. OERTMANN, *Die 'fiducia' im römischen Privatrecht*, Berlin, 1890 vol. XII.; I. GLARD, *De la fiducie*, Paris, 1894; F. BAUDRY, voce '*Fiducia*', in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, édité par C. DAREMBERG, E. SAGLIO, Graz, 1896, p. 1117 s.; A. MANIGK, voce '*Fiducia*', in *RE*, vol. VI.2, Stuttgart, 1909, c. 2302 ss.; A. SEGRÉ, *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, vol. I, *Le garanzie reali*, Torino, 1933; G. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, Milano, 1933; Id., '*Fiducia cum creditore*', in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, a cura di P. CIAPESONI, Pavia, 1934, p. 793 ss.; W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940; A. BURDESE, '*Lex commissoria' e 'ius vendendi' nella 'fiducia' e nel 'pignus'*', Torino, 1949; Id., voce '*Fiducia' (dir. rom.)*', in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, p. 291 ss.; A. WATSON, '*The Origins of 'fiducia'*', in *ZSS*, 79, 1962, p. 329 ss.; L.J. ENGELS, voce '*Fiducia*', in *Reallexikon für Antike und Christentum*, vol. VII, Stuttgart, 1967, c. 839 ss.; G. GROSSO, voce '*Fiducia' (dir. rom.)*', in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 384 ss.; N. BELLOCCI, '*La tutela della 'fiducia' nell'età repubblicana*', in *Studi sen.*, 85, 1973, p. 321 ss.; EAD., '*La tutela della 'fiducia' nell'età repubblicana*', Milano, 1974; EAD., '*La struttura del negozio della 'fiducia'*', vol. I, *Le 'nuncupationes'*, Napoli, 1979; EAD., '*La struttura della 'fiducia'*', vol. II, *Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983, su cui v. A. BURDESE, *Recensione* a N. BELLOCCI, *La struttura*, vol. II, cit., in *Iura*, XXXIV, 1983, p. 178 ss.; B. KEMENES, '*Das 'fides' - Prinzip und sein Zusammenhang mit der 'fiducia'*', in *Studia in honorem Velimirii Pólay septuagenarii*, Szeged, 1985, p. 245 ss.; G. NOORDRAVEN, '*De Fiducia in het Romeinse recht*', Arnhem, 1988; Id., '*Die 'fiducia' im römischen Recht*', in *Index*, 18, 1990, p. 229 ss.; P. FUENTESECA, '*Líneas generales de la 'fiducia cum creditore'*', in *Derecho romano de*

una certa corrispondenza delle parole di Scevola alla descrizione dell'istituto fornita da Gai 2.60, in cui si legge *sed cum fiducia contrahitur ... aut cum amico, quo totius nostrae res apud eum esset*¹⁶.

Poiché la natura personale integra un elemento essenziale dell'istituto in parola, in assenza di un rapporto che coinvolga direttamente il fiduciante e il fiduciario la *fiducia cum amico* non sarebbe mai potuta sorgere, essendo preclusa qualsiasi possibilità di conclusione per interposta persona. L'invalidità, *sub specie* dell'inesistenza, del negozio giuridico oggetto del fedecommesso si sarebbe quindi estesa a quest'ultimo, date la consequenzialità e la connessione dei due rapporti fiduciari: da ciò deriverebbe il diniego della *petitio fideicommissi*.

Nel caso di specie, infatti, è evidente la mancanza del requisito indicato nella *fiducia cum amico* che si sarebbe conclusa tra gli eredi e Lucio Tizio e Gaio Seio: il rapporto di amicizia e di fiducia, infatti, coinvolgeva direttamente questi ultimi e Mevia; un siffatto «impegno psicologico di adesione»¹⁷ non avrebbe potuto essere imposto dalla medesima ai figli. A ben guardare, un simile contenuto non avrebbe mai potuto con-

obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener, coordinado por F.J. PARRICIO SERRANO, Madrid, 1994, p. 387 ss.; J.-P. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: 'donner pour reprendre'. Mancipio dare ut remancipetur'. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle-Genève-Munich, 2000; F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, in *'Fides', 'fiducia', 'fidelitas'*. Studi di storia del diritto e semantica giuridica, a cura di L. PEPPE, Napoli, 2008, p. 47 ss.; EAD., *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012; R. FERCIA, *'Fiduciam contrahere' e 'contractus fiduciae'*. Prospettive di diritto romano ed europeo, Napoli, 2012; P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi urb.*, 64, 2015, p. 35 ss.; M. FUENTESECA, *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid, 2016; P. MARRA, *'Fiducia causa'*, Padova-Milano, 2018; A. GRILLONE, *Per un'ontologia della 'fiducia' nel diritto romano classico*, in *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, a cura di A. PETRUCCI, Torino, 2020, p. 21 ss.

¹⁶ Gai 2.60: *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usus capio competit*. Il raffronto è proposto da A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 15 s.

¹⁷ A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 16 s.

figurare l'oggetto di un fedecommesso, che la teoria esposta circoscrive a un «mero impegno comportamentale (consegnare un bene, trasferire l'intero patrimonio, liberare uno schiavo, ecc.)»¹⁸, optando per un'accezione ristretta del verbo *restituere* in Gai 2.260¹⁹.

Sebbene non esplicitato, il problema che sembra maggiormente avvertito in questa ricostruzione è quello della violazione del principio fondamentale in materia di fedecommissi, vale a dire il rispetto della *voluntas defuncti*, imposto dalla *fides*, la quale permea di sé l'istituto²⁰. Nell'ipotesi descritta, infatti, tale principio sarebbe messo a repentaglio dalla conclusione di un negozio interposto.

Senonché, questa ipotesi ricostruttiva presenta alcune criticità.

Per cominciare, non è affatto pacifico che la qualità di *amicus* – a prescindere dalla nozione in chiave sociale o giuridica conferita al termine – in capo al fiduciario costituisca un requisito essenziale della *fiducia cum amico*.

Già solo in ordine all'idea di amicizia, occorre rilevare come la concezione più risalente – che individua negli *amici* una cerchia di soggetti determinata e oggettivamente riconoscibile dai terzi e dall'ordinamento giuridico, quanto meno negli istituti che prevedono «l'utilizzazione tecnica degli *amici privati*»²¹

¹⁸ A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 16 s.

¹⁹ Gai 2.260: *Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere, velut fundum, hominem, vestem, argentum, pecuniam, et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.*

²⁰ Significativo, a tal proposito, Tit. Ulp. 25.1: *Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis profisciscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*, richiamato da P. VOCI, *Diritto*, vol. II, cit., p. 233 e nt. 43.

²¹ Così B. ALBANESE, *L'amicitia' nel diritto privato romano*, in *Jus*, 14, 1963, p. 135 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, a cura di M. MARRONE, Palermo, 1991, p. 316 ss.; in precedenza, v. ID., *La struttura della 'manumissio in ter amicos'. Contributo allo studio dell'amicitia' romana*, in *AUPA*, 29, 1962, p. 5 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 217 ss.; che inaugura gli studi sull'*amicitia* nella prospettiva del diritto privato romano: solo qualche cenno, infatti, era in M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechts wie -Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, I,

– sia oggi superata dagli esiti di diverse ricerche²², restituenti un concetto di *amicitia* svincolato da una causa oggettiva e dal formalismo²³.

Per tornare al negozio giuridico in esame, è stato recentemente osservato come il coinvolgimento dell'*amicus* sia un elemento incidente non sulla struttura della *fiducia*, comune nelle sue due specie *cum amico* e *cum creditore*, ma sulla sua funzione, nell'un caso di deposito *lato sensu*, nell'altro caso di garanzia del debito tra fiduciante e fiduciario²⁴. L'amicizia, insomma, non sarebbe un elemento costitutivo della fattispecie, ma uno strumento descrittivo per indicare l'esistenza o meno di tale debito²⁵. Pertanto, ogni limitazione del fiduciante nella scelta del fiduciario risulta ingiustificata: non vi è dubbio che nella prassi quest'ultimo fosse più frequentemente una persona amica, ma in linea teorica avrebbe potuto essere anche estraneo a qualsivoglia rapporto di amicizia²⁶.

Geschichte und allgemeine juristische Lehrbegriffe der XII Tafeln nebst deren Fragmenten, Leipzig, 1883, p. 326, nt. 10; F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1946 (rist. 2005), p. 202 ss.; Y. DEBBASCH, *Excusatio tutoris*, in *Varia. Études de droit romain*, vol. II, Paris, 1956, p. 68 ss.; per una completa rassegna delle testimonianze giuridiche, v. J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 502 ss. Tra gli autori successivi, si pone nell'alveo tracciato da Albanese S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, p. 22 ss.

²² V. soprattutto J. MICHEL, *Gratuité*, cit.; A. KIRSCHENBAUM, *Sons, Slaves and Freedman in Roman Commerce*, Jerusalem-Washington DC, 1987.

²³ Così G. FINAZZI, *'Amicitia' e doveri giuridici*, in *'Homo', 'caput', 'persona'*. *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI, Pavia, 2010, p. 653. In precedenza, l'improbabilità di una distinzione tra amicizia in senso generale e amicizia in senso tecnico era già stata messa a fuoco da S. LAZZARINI, *'Sepulcra familiaria'*. *Un'indagine epigrafico-giuridica*, Padova, 1991, p. 22, nt. 45. Da ultimo, aderisce all'impostazione di Finazzi P. MARRA, *'Fiduciae causa'*, cit., p. 245.

²⁴ G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., p. 746; P. MARRA, *'Fiduciae causa'*, cit., p. 246.

²⁵ P. MARRA, *'Fiduciae causa'*, cit., p. 246.

²⁶ In questo senso G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., p. 747, secondo cui l'amicizia poteva preesistere o meno alla *datio fiduciae causa*; cui aderisce P. MARRA, *'Fiduciae causa'*, cit., p. 246, il quale, dal punto di vista applicativo, rileva come sia «difficile immaginare chi – e in ragione di quale interesse – avrebbe potuto dolersi di una *fiducia cum amico* contratta con chi amico non era, con-

Di conseguenza, se si cala quanto detto nel caso di specie, la *fiducia cum amico* tra i figli di Mevia e Lucio Tizio e Gaio Seio sarebbe valida, non essendo strutturalmente indispensabile che i fiducianti e i fiduciari siano amici.

Ferma restando, alla luce delle considerazioni sinora svolte, l'irrilevanza del profilo attinente al cd. impegno psicologico di adesione, l'impiego del medesimo e dell'impegno comportamentale per descrivere la figura giuridica in parola mi sembra discutibile, sia per i tratti sfuggenti di tali concetti, la cui definizione è incerta, sia per la loro asserita scindibilità. Al riguardo, non sarà superfluo ricordare la solennità tipica dei negozi adibiti al trasferimento della proprietà *fiduciae causa* all'epoca di Quinto Cervidio Scevola²⁷, individuati da Gaio nella *mancipatio* e nell'*in iure cessio*²⁸: è noto come la forma prevalga sulla *voluntas*, così determinando la produzione degli effetti tipici, senza alcuna necessità di interpretazione dei *verba*. Pertanto, nella *fiducia cum amico* l'impegno psicologico di adesione e quello comportamentale sono indivisibili.

Inoltre, non convince l'interpretazione oltremodo restrittiva di Gai 2.260, che vorrebbe ridurre l'oggetto del fedecommesso a un mero impegno comportamentale, vale a dire la consegna di un bene, il trasferimento di un intero patrimonio o la liberazione di uno schiavo. Non mi pare che il brano gaiano presenti elementi a sostegno di una simile circoscrizione: si legge, più semplicemente, che chiunque può lasciare tramite fedecommesso cose singole e pregare lo stesso erede di restituirle a un terzo. L'attenzione del giurista è focalizzata sull'obiettivo finale della disposizione, ossia il *restituere* inteso come attribuzione patrimoniale, mentre nessun requisito speci-

siderata la non lieve responsabilità che gravava sul fiduciario (sanzionata peraltro da un'azione infamante. In fin dei conti, soltanto il fiduciante potrebbe eventualmente dolersi di essersi rivolto a chi amico non era: ma a tal fine soccorrerebbe l'*actio fiduciae*».

²⁷ In argomento, fondamentale A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 2006²; di recente, cfr. F. BERTOLDI, *Formalismo e negozi formali. Radici romanistiche e profili storico-comparatistici*, Modena, 2016, p. 11 ss., ove ulteriore bibliografia.

²⁸ Gai 2.60; 2.220; 3.201. In termini simili, v. anche Isid. *ethym.* 5.25.23; Boeth. *ad Cic. Top.* 10.41.

fico è imposto per le modalità di attuazione della medesima, cosicché tra le stesse ben può essere annoverata l'attività negoziale richiesta ai due eredi di Mevia.

Più in generale, nelle fonti in nostro possesso non si delimita il contenuto dell'oggetto del fedecommesso, né tantomeno si prevedono specifici divieti a pena di nullità. Al contrario, anche in alcuni testamenti a noi pervenuti, in particolar modo in quello di C. Longino Cassio²⁹, si registra una certa libertà di azione derivante dal richiamo alla πίστις quale criterio di determinazione dei compiti del *procurator*, ancorché presumibilmente modesti e ancorati alle circostanze³⁰.

In dottrina, poi, è pacifica l'idea secondo cui «l'oggetto del fedecommesso è il più lato, che si possa immaginare. Cose singole o intero patrimonio o quote parti di esso ponno dedurre in fedecommesso: cosa del testatore, cosa dell'erede o di qualsiasi altro fiduciario, cose altrui: anco "fatti" del fiduciario ponno costituire il contenuto»³¹; fatti ai quali mi sembra verosimile ricondurre anche la conclusione di una *fiducia cum amico*. Del resto, è cosa nota che la nascita dell'istituto sia collegata all'esigenza di superamento della rigida disciplina dei legati e dell'istituzione di erede.

Infine, a riprova di ciò, va ricordato che l'onere di un fedecommesso può essere anche un fedecommissario: la duplicità del rapporto fiduciario, a ben guardare, non inficia la validità della disposizione³².

²⁹ BGU I 326 ll. 15-17 (*FIRA*, III, n. 50): ... Μάρκων Σεμπρώνιον Ἡρακλιανὸν φίλω καὶ ἀξιόλο[γ]ον ἐποίησα ἐπίτροπον τῇ ἰδίᾳ πίστι ... (... *M. Sempronium Heraclianum, amicum fide dignum, procuratorem ex ipsius fide feci* ...).

³⁰ In questo senso, M. AMELOTI, *Le forme*, cit., p. 188 e nt. 56. Si soffermano sul passo, di recente, F. BERTOLDI, *L'heres*, cit., p. 178; R. ZIMMERMANN, *'Heres fiduciarius'? Rise and Fall of Testamentary Executor*, in *Itinera fiduciariae. Trust and Treuhand' in Historical Perspective*, edited by R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN, Berlin, 1998, p. 271.

³¹ Così C. FERRINI, *Teoria*, cit., p. 38. Da ultimo, ribadisce la varietà dell'oggetto della disposizione fedecommissaria, con specifico riguardo al fedecommesso con cui si prega l'erede di dare a mutuo una determinata somma di denaro, A. SACCOCCIO, *Fedecommesso e autonomia*, in *Ius hominum causa constitutum*. *Studi in onore di A. Palma*, vol. III, a cura di F. FASOLINO, Torino, 2023, § 6 e nt. 29.

³² Per tutti, v. P. VOCI, *Diritto*, vol. II, cit., p. 353.

3. *Un problema di legittimazione attiva nella cornice della παρακαταθήκη o dell'esecutore testamentario?*

Secondo un'altra opinione, per comprendere la risposta negativa di Scevola è d'uopo impostare in modo differente i termini del problema, da affrontarsi nell'ottica della legittimazione attiva alla *petitio fideicommissi*³³, ora nella cornice della παρακαταθήκη, per tale intendendosi, in estrema sintesi, un deposito irregolare con effetti *inter vivos* con annesso patto di fiducia³⁴, ora in quella dell'esecutore testamentario, cui si è accennato in precedenza³⁵.

La prima congettura ricostruisce la fattispecie di Scaev. 21 *dig. D. 36.1.80(78).1* come segue: nella scheda testamentaria,

³³ A. SPINA, *Il negozio*, cit., p. 268 ss.

³⁴ Non essendo questa la sede per entrare nel merito della questione, mi limiterò ad alcuni riferimenti bibliografici essenziali: voce παρακαταθήκη, in *Thesaurus linguae Graecae*, vol. VI, Parisiis, 1842-1847, c. 277 ss.; F. PREISIGKE, voce παρακαταθήκη, in *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden mit Einschluss der griechischen Inschriften, Aufschriften, Ostraka, Mumien-schilder usw. aus Ägypten*, vol. II, Berlin, 1927, c. 245; apparsa in seguito anche in altri *loci* della stessa opera, ossia vol. III, *Besondere Wörterliste*, Berlin, 1931, p. 141; Suppl. vol. I.2, Amsterdam, 1969, p. 213; Suppl. vol. III (1977-1988), Wiesbaden, 2000, p. 256; W. HELLEBRAND, voce παρακαταθήκη, in *RE*, vol. XVII.3, Stuttgart, 1949, c. 1186 ss., P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ, in *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, vol. I, Vratislaviae - Varsaviae, 1956, ora in *Scritti di P. Frezza*, vol. II, Romae, 2000, p. 140 ss.; A. EHRHARDT, 'Parakatatheke', in *ZSS*, 75, 1958, p. 32 ss.; Id., 'Prinzipielles und Nach-trägliches zu 'Parakatatheke'', in *ZSS*, 76, 1959, p. 480 ss.; D. SIMON, 'Quasi-ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ. Zugleich ein Beitrag zur Morphologie griechisch-hellenistischer Schuldrechtstatbestände', in *ZSS*, 82, 1965, p. 39 ss.; H.G. LIDDELL, R. SCOTT, voce παρακαταθήκη, in *A Greek-English Lexicon*, Oxford, 1968, p. 1312; E. BERNEKER, voce παρακαταθήκη, in *Der kleine Pauly*, vol. IV, München, 1972, c. 502 s.; G. THÜR, voce 'Parakatatheke' (παρακαταθήκη), in *Der neue Pauly*, vol. IX, Stuttgart-Weimar, 2000, c. 316; W. PASSOW, voce παρακαταθήκη, in *Hand-wörterbuch der griechischen Sprache*, vol. II, Leipzig, 2004, p. 685; H.T. KLAMI, 'Depositum' und παρακαταθήκη, in *'Iuris professio'. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, herausgegeben von H.-P. BENÖHR, Wien, 1986, p. 89 ss.; A. SPINA, *Il negozio*, cit., p. 243 ss.; da ultimo, v. P. SCHEIBELREITER, *Der 'unge-treue Verwahrer'. Eine Studie zur Haftungs-begründung im griechischen und frühen römischen Depositenrecht*, München, 2020, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e bibliografia.

³⁵ V. *supra*, § 1.

Mevia avrebbe inserito nei confronti dei suoi eredi un fedecommesso – riferito a un deposito irregolare dell'intero patrimonio da lei concluso in vita con Lucio Tizio e Gaio Seio, con annesso patto di fiducia per la restituzione di *omnis substantia* ai nipoti, una volta divenuti venticinquenni, assimilabile alla παρακαταθήκη – avente per oggetto l'obbligo di far permanere presso i due fiduciari della madre quanto da lei depositato.

Pertanto, l'incertezza verterebbe sull'individuazione degli effettivi beneficiari del *fideicommissum*, o per meglio dire, dal lato dell'*agere*, sull'individuazione dei legittimati attivi alla *petitio*: Scevola, a questo punto, nel negare la concessione del rimedio processuale ai due depositari, avrebbe affermato implicitamente la spettanza dello stesso ai due nipoti.

Ebbene, la qualifica della fattispecie in termini di παρακαταθήκη non convince.

Desta particolare interesse una pluralità di frammenti scevoliani relativi al negozio giuridico di matrice greca, da un lato, nominato in alcuni codicilli scritti in greco sottoposti all'attenzione del giurista, dall'altro, ritenuto integrato dagli studiosi in altri passi³⁶. Ciascuno di essi configura la παρακαταθήκη come un contratto di deposito concluso in un momento prece-

³⁶ Si leggano Scaev. 3 resp. D. 31.1.88.10: *'Quisquis mihi heres erit, sciat debere me Demetrio patruo meo denaria tria et deposita apud me a Seleuco patruo meo denaria tria, quae etiam protinus reddi et solvi eis iubeo: quaesitum est, an, si non deberentur, actio esset. respondi, si non deberentur, nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommissio'*; Scaev. 18 dig. D. 32.1.37.5: *Codicillis ita scripsit: 'βούλομαι πάντα τὰ ὑποτεταγμένα κύρια εἶναι. Μαξιμῷ τῷ κυρίῳ μον δηνάρια μύρια πεντακισχία, ἅτινα ἔλαβον παρακαταθήκην παρὰ τοῦ θείου αὐτοῦ Ἰουλίῳ Μαξιμίου, ἵνα αὐτῷ ἀνδρωθέντι ἀποδώσω, ἃ γίνονται σὺν τόκῳ τρις μύρια, ἀποδοθῆναι αὐτῷ βούλομαι οὕτω γὰρ τῷ θείῳ αὐτοῦδῶμοσά'. quaesitum est, an ad depositam pecuniam petendam sufficient verba codicillorum, cum hanc solam nec aliam ullam probationem habeat. respondi: ex his quae proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit, credenda est scriptura*; Scaev. 16 dig. D. 34.3.28.8: *'Centum, quae apud Apronianum deposita habeo, apud ipsum esse volo, donec filius meus ad annos viginti pervenerit, eiusque pecuniae usuram exigi veto'. quaesitum est, an ex causa fideicommissi Apronianus consequi possit, ne ante tempus a testatore praescriptum ea summa ab eo exigatur. Respondit secundum ea quae proponerentur consequi posse*, in cui la teoria illustrata rinviene ipotesi di παρακαταθήκη. In tutti questi casi, a differenza di D. 36.1.80(78).1, il deposito è già concluso

dente alla confezione del codicillo: nessun indice, quindi, di una possibile applicazione *mortis causa* (di cui, peraltro, manca una specifica attestazione nel panorama delle fonti in argomento a noi note), né della presenza di un *pactum fiduciae* annesso.

La figura giuridica restituita dal caso, invece, non è un atto negoziale tra vivi.

Già si è visto in sede di ricostruzione testuale del frammento come la proposizione consecutiva *fidei committo ut ... sit* fotografi il risultato di un'azione non ancora compiuta dai figli nei confronti di Lucio Tizio e Gaio Seio.

A favore di quanto detto, si può osservare come l'esercizio della *petitio fideicommissi* presupponga che la disposizione fedecommissaria non sia stata onorata. Ora, poiché il passo nulla dice circa il prelievo del patrimonio di Mevia da parte degli eredi, ovvero circa la commissione di azioni tese a ostacolare la corretta esecuzione del rapporto contrattuale, pare più verosimile credere che i figli non abbiano ancora consegnato quanto dovuto ai soggetti indicati dalla madre, ragion per cui questi ultimi intenderebbero nei confronti dei primi l'azione di loro spettanza, in veste di fedecommissari.

Inoltre, ulteriori dubbi in ordine all'inquadramento giuridico prospettato sorgono ove si ponga mente alla tipologia delle cose depositate.

I *loci scevoliani* sulla *παρακαταθήκη*, infatti, si riferiscono a somme di denaro³⁷. Nel frammento in parola, invece, è verosimile ipotizzare che *omnis substantia mea* rappresenti il patrimonio nella sua interezza, composto anche da altre cose oltre al denaro, come per esempio gli immobili e le *res mancipi*: si tratta di un'accezione presente, non a caso, in altri passi già richiamati di cui è autore lo stesso Scevola³⁸. In mancanza di un'esplicita menzione in argomento, resta incerta la configu-

e in ordine ad esso il testatore si preoccupa di regolamentarne la restituzione: in questo senso, A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 14 s., nt. 15.

³⁷ Cfr. Scaev. 3 *resp.* D. 31.1.88.10; Scaev. 18 *dig.* D. 32.37.5; Scaev. 16 *dig.* D. 34.3.28.8, riportati nella nota precedente.

³⁸ Come si è visto *supra*, nt. 8, *omnis substantia mea* è impiegata anche nell'accezione di *bona* in Scaev. 33 *dig.* D. 22.3.27; Scaev. 29 *dig.* D. 36.3.18

rabilità della παρακαταθήκη, atteso il discostamento dallo schema tipico imposto dalle peculiarità del caso.

La medesima questione relativa alla legittimazione attiva sembra porsi ove si segua la tesi, come si diceva, che definisce esecutori testamentari Lucio Tizio e Gaio Seio³⁹: non essendo fedecommissari, non sarebbero legittimati all'esercizio della *petitio fideicommissi*.

Al netto delle molteplici perplessità manifestate in dottrina circa l'esistenza di tale figura nell'esperienza giuridica romana – prevalenti, infatti, paiono le ragioni ad essa contrarie⁴⁰ – penso che una simile ipotesi sia esclusa già dal senso immediato del frammento, che rimette alla *fides* dei due eredi il compimento di un'attività negoziale i cui beneficiari immediati sono i due soggetti indicati da Mevia. Inoltre, il segmento *Gaium Seium et Lucium Titium, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae*, esplicita unicamente la loro nomina a curatori, scartata in quanto illecita: a ben guardare, non vi sono elementi testuali sicuri a sostegno del riconoscimento di una diversa qualifica, di talché parrebbe essere confermata l'idea secondo cui, in linea di principio, l'istituzione di erede avrebbe escluso la possibilità di designare curatori o esecutori testamentari.

4. *Per una diversa ipotesi ricostruttiva: il tema della quarta Pegasiana*

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, una volta scartate tanto la tesi dell'invalidità del *fideicommissum* per il carattere fiduciario del negozio oggetto del medesimo, quanto quella del difetto di legittimazione attiva di Lucio Tizio e Gaio Seio, vuoi perché esecutori testamentari, vuoi per l'inquadramento della fattispecie in termini di παρακαταθήκη, corre

pr.; Scaev. 27 dig. D. 44.4.17.1: sembrano quindi da ricomprendersi anche le *res mancipi*, tra cui notoriamente figurano anche gli immobili.

³⁹ V. *supra*, § 1, nt. 8.

⁴⁰ V. *supra*, § 1, nt. 11.

l'obbligo di individuare una diversa spiegazione alla risposta negativa del giurista sulla possibilità di dar corso al fedecommesso universale.

Innanzitutto, per impostare il problema in termini differenti, mi sembra opportuno valorizzare la collocazione del frammento nel titolo denominato *Ad senatus consultum Trebellianum* e guardare al fenomeno giuridico dalla specola della disciplina delle successioni *mortis causa*.

A tal proposito, va osservato che l'esecuzione di una simile disposizione fedecommissaria, a prescindere dalla qualifica dei negozi tramite i quali è attuata l'operazione giuridica, avrebbe avuto come esito la sottrazione di *omnis substantia* ai figli, pur nominati eredi⁴¹, motivo per cui gli stessi sarebbero stati probabilmente indotti a non accettare l'eredità, provocando, così, la caduta del fedecommesso stesso.

È risaputo che, per ovviare a simili inconvenienti, durante il principato di Vespasiano fu introdotto il *senatus consultum Pegasianum de fideicommissis*, il quale riconobbe agli eredi, sulla scia del regime della *lex Falcidia*, vigente in materia di legati⁴², il diritto di trattenere un quarto dell'eredità, cd. *quar-*

⁴¹ Così A. AMELOTI, *Le forme*, cit., p. 190.

⁴² Tra i riferimenti essenziali, è bene richiamare C. FERRINI, *Teoria*, cit., p. 420 ss.; F. SCHWARZ, *Die Rechtswirkungen der 'lex Falcidia'*, in *ZSS*, 63, 1943, p. 314 ss.; F. BONIFACIO, *Ricerche sulla 'lex Falcidia de legatis'*, Napoli, 1948; su cui v. E.H. KADEN, *Recensione a F. BONIFACIO, Ricerche*, cit., in *Iura*, 1, 1950, p. 437 ss.; F. SCHWARZ, *War die 'lex Falcidia' eine 'lex perfecta'?*, in *SDHI*, 17, 1951, p. 225 ss.; F. BONIFACIO, *In tema di 'lex Falcidia'*, in *Iura*, 3, 1952, p. 229 ss.; G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 191 ss.; A. WACKE, *Die Rechtswirkungen der 'lex Falcidia'*, in *Studien im römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, herausgegeben von D. MEDICUS, H.H. SEILER, Berlin, 1973, p. 209 ss.; P. STEIN, *'Lex Falcidia'*, in *Athenaeum*, 65, 1987, p. 453 ss.; V. MANNINO, *Il calcolo della 'quarta hereditatis' e la volontà del testatore*, Napoli, 1989; D. SCHANBACHER, *'Ratio legis Falcidiaie'*. *Die falzische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand*, Berlin, 1995; U. BABUSIAUX, *Wege*, cit., p. 257 ss.; J.F. STAGL, voce *'Lex Falcidia'*, in *Oxford Classical Dictionary*, Oxford, 2018, p. 1 ss., disponibile online al seguente url: <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780199381135.013.8272>; R. CARDILLI, *Traduzione e legato 'mortis causa'*, in *Roma e America*, 42, 2021, p. 208 ss.

ta Pegasiana (Gai 2.254 ss.)⁴³, al contempo stabilendo che il *praetor fideicommissarius* potesse imporre l'accettazione coatta dell'*hereditas* all'erede onerato su richiesta dell'onorato (Gai. 17 *ad ed. prov. D. 29.4.17*)⁴⁴.

⁴³ Gai 2.254. *Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant atque ob id exstinguiebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur: ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquantur, eadem retentio permessa est. per quod senatus consulto ipse heres onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommissum reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarum loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarum legatarium interponi, eadem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit. 255. Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatus consulto Trebelliano; quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet. 256. At si quis plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatus consulto. 257. Sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retineat quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet; sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarum legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt. 258. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatus consulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac iuris esset ex senatus consulto Trebelliano. quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem. 259. Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogetur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partis partem restituere rogetur. nam et hoc casu de quarta parte eius partis ratio ex Pegasiano senatus consulto haberi solet.*

⁴⁴ Gai. 17 *ad ed. prov. D. 29.4.17*: *Si quis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii: nam liberum cuique*

Pertanto, bisogna prendere le mosse dall'articolata disciplina del senatoconsulto in parola restituitaci da Gaio per svolgere ulteriori riflessioni. A ben guardare, la richiesta di Mevia agli eredi di restituire *omnis substantia* a Lucio Tizio e Gaio Seio corrisponde al caso previsto in Gai 2.256, *at si quis plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatus consulto*, che permette di applicare le disposizioni del Trebelliano. Al fine di individuare con più precisione la fattispecie gaiana integrata da D. 36.1.80(78).1, è necessario analizzare la condotta ascrivibile agli eredi.

Se, da un lato, è vero che la stringata descrizione dei fatti non consente di mettere a fuoco con precisione il comportamento degli onerati, dall'altro, è altrettanto vero che il passo non solleva problemi circa la mancata accettazione dell'eredità: Lucio Tizio e Gaio Seio, infatti, si limitano a chiedere un parere sulla *petitio fideicommissi*, cosicché è da scartare che l'ipotesi in esame coincida con quella riportata in Gai 2.258⁴⁵.

Il caso sottoposto al giurista mi pare quindi riconducibile alla fattispecie descritta in Gai 2.257, *sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera he-*

esse debet etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt. sed in fideicommissariis hereditatibus id provisum est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu praetoris adeat et restituat: quod beneficium his, quibus singulae res per fideicommissum relictas sint, non magis tributum est quam legatariis, su cui v. P. VOCI, *Diritto*, vol. II, cit., p. 346 ss.; U. MANTHE, *Das 'senatus consultum Pegasianum'*, Berlin, 1989, pp. 79 ss., 137 ss.; V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela*, cit., p. 184 ss. Tra gli studi più recenti in tema di *senatus consultum Pegasianum*, cfr. U. BABUSIAUX, *Wege*, cit., p. 288 ss.; B. ERCHARDT, voce '*Senatus consultum Pegasianum*', in *Oxford Classical Dictionary*, Oxford, 2018, p. 1 ss., disponibile online al seguente url: <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780199381135.013.8273>; V.M. MINALE, *La materia*, cit., p. 205 s.

⁴⁵ Gai 2.258: *Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cauetur Pegasiano senatus consulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac iuris esset ex senatus consulto Trebelliano. quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem.*

reditaria sustinet; sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt, riguardante il diritto degli eredi di trattenere la quarta, ovvero di rinunciarvi. In questa cornice, si deve escludere che gli onerati abbiano già effettuato una *restitutio* per intero, in considerazione sia del rimedio oggetto del responso, sia dell'assenza di qualsivoglia riferimento all'atto unico di cessione, consistente in una manifestazione di volontà priva di forma, espressa o tacita, probabilmente una dichiarazione, una messa a disposizione delle *res hereditariae* o una ratifica della presa di possesso da parte dell'onorato⁴⁶.

Si potrebbe immaginare che Lucio Tizio e Gaio Seio avessero chiesto il parere di Scevola in ordine alla possibilità di ottenere dai figli di Mevia l'esecuzione del fedecommesso avente per oggetto l'intero patrimonio, e che il giurista, a mente della disciplina del *senatus consultum Pegasianum* tratteggiata in Gai 2.257, avesse loro negato una simile *petitio fideicommissi*, prefigurando ai richiedenti il diritto alla *quarta Pegasiana* degli eredi. Per dar corso alla disposizione fedecommissaria, in altre parole, sarebbe stato opportuno decurtare il *petitum*, da circoscrivere ai tre quarti dell'*hereditas*. Una prima ragione del responso, quindi, andrebbe ravvisata nell'inevitabile riduzione del *quantum* della domanda avanzata dagli onorati.

Alla base della risposta scevoliana vi è anche un'altra *ratio*, concernente la correttezza dello strumento processuale prescelto. Nell'ipotesi in cui la disposizione fedecommissaria avesse violato le previsioni del *senatus consultum Pegasianum*, infatti, non si sarebbe applicato il regime giuridico del

⁴⁶ Cfr. Ulp. 16 *ad ed.* D. 36.1.38 pr.: *Restituta hereditas videtur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias vel totas vel aliquas earum hac mente, ut vellet restitueret ille suscipere, non si ex alia causa putavit te possidere. sed et si postea ratum habuit, idem erit dicendum. sed et si verbo dixit se restituere, vel per epistulam vel per nuntium restituat, audietur. sed et si voluntate tua alii restituerit, in te transibunt actiones. item si alius iussu meo restituit vel ratam habui restitutionem, transisse actiones videntur*. In argomento, v. P. Voci, *Diritto*, vol. II, cit., p. 359 e nt. 76.

senatus consultum Trebellianum, secondo cui il fedecommissario, *loco heredis*, avrebbe potuto esperire l'*hereditatis petitio fideicommissaria* (Gai 2.255)⁴⁷. Al contrario, il beneficiario di un tale *fideicommissum* sarebbe stato nella posizione dell'onorato di un *legatum partitionis*, di talché la *restitutio* della spettante quota ereditaria sarebbe avvenuta mediante le *stipulationes partis et pro parte*, tutelate dalla relativa *actio ex stipulatu*⁴⁸. Per questo motivo, quindi, il giurista avrebbe sentenziato che Lucio Tizio e Gaio Seio – beneficiari di una disposizione fedecommissaria avente per oggetto l'interezza del patrimonio e quindi contraria alle previsioni del Pegasiano – *fideicommissum petere non posse*, dovendo gli stessi ricorrere all'*actio ex stipulatu*.

Che questo fosse il probabile tema della disputa, inoltre, è comprovato anche dall'ubicazione di Scaev. 21 *dig. D.* 36.1.80(78).1 nel titolo *Ad senatus consultum Trebellianum*, poco sopra richiamato.

A ciò mi pare potersi aggiungere lo stile essenziale e sintetico del responso scevoliano, *respondit secundum ea quae proponerentur Lucium Titium, item Gaium Seium fideicommissum petere non posse*. La risposta, concentrata sul rimedio processuale, è perentoria e priva di solidi appigli a favore di una spiegazione incentrata sull'inquadramento o sulla patologia dei negozi attuativi del fedecommissario: ciò dimostra nuovamente la necessità di attenersi alle regole in materia successoria per la risoluzione del caso di specie.

⁴⁷ Gai 2.255: *Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatus consulto Trebelliano; quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet.*

⁴⁸ Sul punto, v. per tutti P. Voci, *Diritto*, vol. II, cit., p. 345 ss.

5. Osservazioni conclusive

Lo studio sin qui condotto ha tentato di proporre una nuova e diversa interpretazione della risposta *fideicommissum petere non posse* in Scaev. 21 *dig.* D. 36.1.80(78).1; più nello specifico, il frammento è stato ricondotto entro il sistema della successione ereditaria, fondamentale per decifrare l'argomentazione sottesa al responso scevoliano, che prende le mosse dalla disciplina del *senatus consultum Pegasianum*, in particolare da Gai 2.257.

Ancorché esuli dal problema posto dalla fonte, in queste battute finali credo sia utile tentare di qualificare – seppur in via congetturale, attesa la mancanza di sicuri appigli testuali – la fattispecie sottesa alla locuzione *pro deposito sine usuris*; operazione che mi permette, al tempo stesso, di ripercorrere gli snodi essenziali del ragionamento.

La configurabilità di una *παρακαταθήκη* mi pare da respingere sia per gli effetti *inter vivos* del contratto sia per l'oggetto del medesimo, individuato dalle fonti nel denaro, se si pensa allo schema tipico del deposito irregolare in parola. Nel caso di specie, non sono ravvisabili tali elementi essenziali. In primo luogo, il negozio giuridico attuativo della disposizione fedecommissaria ha efficacia *mortis causa*, ma una simile applicazione della *παρακαταθήκη* è inverosimile, dal momento che il brano scevoliano sarebbe un *unicum* in questa direzione. In secondo luogo, quanto all'oggetto, occorre considerare la plurima composizione dell'intero patrimonio di Mevia, probabilmente costituito anche da *res Mancipi*, comprensive di beni immobili: un simile asse ereditario non avrebbe potuto essere trasferito ai nipoti, conformemente alla volontà dell'ereditanda, mediante l'impiego di questo deposito irregolare. Tale soluzione, inoltre, non spiegherebbe la presenza della preposizione *pro* nella locuzione *pro deposito sine usuris*.

L'attestazione dell'esistenza di un esecutore testamentario, nelle persone di Lucio Tizio e di Gaio Seio, nonché la sua compatibilità con l'istituzione di erede, è oltremodo dubbiosa.

L'ipotesi che ritengo più persuasiva è rappresentata dalla *fiducia cum amico* attuata a scopo di deposito, non solo per

la sua aderenza al tenore letterale del brano – non mi sembra casuale, infatti, che si sia anteposto *pro* a *deposito* – ma anche per la sua idoneità a realizzare la disposizione fedecommissaria, tesa a rendere proprietari i nipoti una volta compiuti i venticinque anni. *L'amicitia* tra gli onorati e gli onerati, infatti, non pare configurare un elemento essenziale della fattispecie e, ad ogni modo, non si rinvengono divieti dell'impiego di un duplice rapporto fiduciario, *fideicommissum-fiducia*: al contrario, è conclamata l'ampiezza dell'oggetto del fedecommissario.

ISABELLA ZAMBOTTO, Sulla concessione della *petitio fideicommissi*. Riflessioni a margine di Scaev. 21 dig. D. 36.1.80(78).1.

Il contributo si sofferma su un responso di Quinto Cervidio Scevola, escerpito da D. 36.1.80(78).1, in materia di *petitio fideicommissi*, allo scopo di individuare le ragioni della mancata concessione dell'azione nel caso di specie. Dopo aver ripercorso criticamente gli esiti degli studi precedenti, che rinvenivano nella fattispecie ora un'ipotesi di nullità del fedecommesso universale per la duplicità del rapporto fiduciario, ora un problema di legittimazione attiva nella cornice della παρακαταθήκη o dell'esecutore testamentario, l'indagine propone una rinnovata interpretazione del frammento, prendendo le mosse dalla disciplina del *senatus consultum Pegasianum*, tratteggiata in Gai 2.257.

Parole chiave: fedecommesso universale, *petitio fideicommissi*, quarta Pegasiana, *fiducia cum amico*, παρακαταθήκη, esecutore testamentario.

ISABELLA ZAMBOTTO, On the Admission of *petitio fideicommissi*. Some Reflections on Scaev. 21 dig. D. 36.1.80(78).1

The essay investigates a response of Quintus Cervidius Scaevola, extracted from D. 36.1.80(78).1, about *petitio fideicommissi*, to identify the reasons for the failure to grant the action in this case. After critically reviewing the results of previous studies – which qualified this case as a hypothesis of nullity of the universal *fideicommissum* due to the duplicity of the fiduciary relationship, or as a problem of active legitimation in the framework of παρακαταθήκη or of the executor – the study proposes a renewed interpretation of the fragment, starting from the discipline of the *senatus consultum Pegasianum* in Gai 2.257.

Key words: universal *fideicommissum*, *petitio fideicommissi*, quarta Pegasiana, *fiducia cum amico*, παρακαταθήκη, executor.

Alessandro Agri

DUE 'OASI' DI CRIMINALITÀ A FINE OTTOCENTO. I CASI DI ARTENA E LIVORNO*

SOMMARIO: 1. Artena: un paese di delinquenti nati? – 1.1. Le associazioni di malfattori: la paranza di Artena di fronte alla giustizia (1890). – 1.2. Origini e cause della criminalità artenese. – 1.3. «L'ergastolo è il risanatore di Artena»: esito del processo contro la paranza artenese. – 2. Livorno: un'enclave criminale nella mite Toscana. – 2.1. Origini e cause della criminalità livornese. – 3. 'Mentre il secolo muore': riflessioni sull'aumento della criminalità in Italia alla fine del XIX secolo.

1. *Artena: un paese di delinquenti nati?*

Adagiato su una collina a circa quattrocento metri d'altezza, il piccolo borgo di Montefortino¹ custodisce un passato avvolto nel mistero. Nell'Ottocento, le strade di accesso al centro abitato erano solamente due. Il paese, nel quale vivevano circa quattromila persone, in prevalenza dedite all'agricoltura e allevamento, era isolato e pertanto godeva di una «posizione militarmente fortissima»². L'economia locale, basata soprattutto sulla coltivazione e vendita di cereali, consentiva alla popolazione di vivere dignitosamente. Quasi sconosciuta era la miseria. Una «campagna verde e ridente» ed un «clima dolcissimo» avrebbero dovuto fare di Montefortino un borgo «dei più onesti e dei più felici»³.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. A.C. CADDERI, *Artena (già Montefortino) dalle origini alla fine del secolo XIX*, Roma, 1973.

² S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, Torino, 1890, p. 7 (ripubblicato con alcune integrazioni introduttive in A.G. BIANCHI, G. FERRERO, S. SIGHELE, *Il mondo criminale italiano*, Milano, 1893, pp. 208-239).

³ Il «paese intero di delinquenti-nati», scoperto da Sighele, attirò l'attenzione di Cesare Lombroso, il quale, dopo aver descritto le ridenti colline dell'antico Montefortino, avvertiva: «invece esso ha una celebrità infame e i

Situato nel mandamento di Valmontone, all'interno del circondario di Velletri, nel 1873 Montefortino mutò il nome in Artena⁴. Il ripristino dell'antico nome della città fondata dai Volsci avrebbe dovuto esorcizzare il triste destino con cui il borgo conviveva ormai da secoli⁵, «come chi oppresso da un passato di impossibile riabilitazione, aspira ad un'esistenza nuova sotto una denominazione ancora vergine»⁶. Il paese infatti godeva di una «odiosa celebrità»⁷: era considerato, sin dal Cinquecento, un «nido et ricepto de tristi ladroni e ribelli»⁸.

La fama, insomma, lo precedeva, non solo per l'incantevole panorama che si poteva ammirare dall'estrema propaggine dei monti Lepini, ma soprattutto per un 'primato criminale'. «Sotto questo sorriso di cielo e in condizioni così favorevoli», il crimine qui era di casa. I racconti, le leggende e le cronache giudiziarie tratteggiavano un quadro assai inquietante. La storia di Artena, affermava Lombroso, «si può riassumere in una lunga serie di delitti»⁹: in quest'«oasi selvaggia»¹⁰, grassazioni e omicidi erano all'ordine del giorno.

Come poteva spiegarsi tutto ciò? Negli anni Novanta del XIX secolo, il curioso caso di Artena attirò l'attenzione di Sci-

suoi abitanti sono considerati nei dintorni come dei ladri, dei briganti, degli assassini». Già ne *L'uomo delinquente*, Lombroso aveva puntato i riflettori su altre due località italiane (Pergola e Sant'Angelo) descrivendole quali focolai di delinquenti nati. Cfr. C. LOMBROSO, *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale*, Torino, 1893, p. 200.

⁴ Ai sensi del R.D. del 19 febbraio 1873, n. 1272.

⁵ «Come luogo particolare di gravissima criminalità di tipo tradizionale merita di essere ricordata – scriveva Romano Canosa – la cittadina di Artena». La statistica infatti sembrava offrire dati incontrovertibili: dal 1853 al 1872 si verificarono 42 omicidi ed assassini, 164 ferimenti e 66 grassazioni. Pertanto, Artena contendeva ai villaggi sardi del Nuorese, dell'Ogliastra e di Villacidro «il primato in materia di fatti di sangue». R. CANOSA, *Storia della criminalità in Italia 1845-1945*, Torino, 1991, p. 110.

⁶ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 10.

⁷ *Ivi*, p. 7.

⁸ Editto di Paolo IV del 7 maggio 1557 (Commissario Desiderio Guido-
na da Ascoli).

⁹ C. LOMBROSO, *Le più recenti scoperte*, cit., p. 200.

¹⁰ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 6.

pio Sighele¹¹. Il giurista di origini trentine si interrogò sul temperamento degli abitanti, sulla frequenza, sul progressivo aumento e sulla particolare atrocità dei crimini ivi commessi, i quali resero così celebre questo antico borgo.

La storia di Artena si poteva riassumere, ironizzava Sighele, «in una sequela ininterrotta di misfatti»¹². Purtroppo, il «grande pregiudizio del patriottismo»¹³ impedì di percepire il reale divario e le diverse esigenze tra le Province del Regno anche sotto il versante del diritto criminale. Insomma, la prevenzione e la repressione avrebbero dovuto essere diverse a seconda dei tratti caratteristici delle singole regioni¹⁴ ed adattate ai bisogni di queste¹⁵, previe approfondite inchieste,

¹¹ Scipio Sighele (Brescia 1868-Firenze 1913), penalista, avvocato, sociologo, criminologo, giornalista e critico letterario nacque in una famiglia di origini trentine. Si laureò in Giurisprudenza a Roma sotto la guida di Enrico Ferri. Autore di saggi di psicologia collettiva e criminale, insegnò a Roma ed a Pisa, come libero docente, ed a Bruxelles (Université Nouvelle). Militò nel partito nazionalista, difese l'autonomia del Trentino e, a causa della sua propaganda irredentista, venne espulso dai confini austriaci nel 1912. Per un profilo biografico si consulti M. STRONATI, *Sighele, Scipio*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, II, Bologna, 2013, pp. 1862-1863; mentre per un approfondimento sul pensiero giuridico di Sighele, si vedano M. SANTOLONI, *Teorie sociologiche e concetti operativi nell'opera del criminologo Scipio Sighele*, in *Sociologia e ricerca sociale*, 1983, 10, pp. 129-154; N. GRIDELLI VELICOGNA, *Scipio Sighele e la scuola penale positiva*, in *Sociologia del diritto*, 1983, 3, pp. 38-64; Id., *Scipio Sighele. Dalla criminologia alla sociologia del diritto e della politica*, Milano, 1986; S. SICURELLA, *Scipio Sighele. Riflessioni per un percorso criminologico ancora attuale*, Milano, 2018. Con riferimento alla tematica della folla: J. VAN GINNEKEN, *The Criminal Crowd. Sighele, Criminology, and semiresponsibility*, in *Crowds, psychology & politics, 1871-1899*, Cambridge-New York, 1992, pp. 52-99; e da ultimi A. LOMBARDINOLO, *Lo sguardo della folla: Sighele, d'Annunzio e il linguaggio della modernità*, Milano-Udine, 2020; P. MARCHETTI, *Scipio Sighele and the responsibility of the criminal crowd*, in *Historia et ius*, 2020, 18, pp. 1-10.

¹² S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 7.

¹³ *Ivi*, p. 4.

¹⁴ Cfr. A. GABELLI, *La libertà in Italia*, Roma, 1889; S. SIGHELE, *Note critiche di diritto penale*, Civitavecchia, 1891, p. 118.

¹⁵ «L'unità nazionale non ha nulla a che fare colla uniformità legislativa ed amministrativa, che ne è anzi la esagerazione patologica». Enrico Ferri invocò infatti, tramite la metafora dei «cappotti per i coscritti», un vero e proprio federalismo amministrativo, al fine di adattare leggi e istituzioni alla peculiare fisionomia delle diverse regioni italiane (E. FERRI, *Interpretazione*

volte a determinare i fattori locali della criminalità. In effetti, uno «studio minuto e coscienzioso»¹⁶ investì, fino a quel momento, la Romagna¹⁷, e soprattutto la Sicilia¹⁸ (specialmente la provincia di Girgenti)¹⁹ ed il Napoletano²⁰, regioni ove «pericolosissime forme endemiche di delinquenza»²¹ (la mafia e la camorra)²² avevano già da tempo attirato l'attenzione dell'opi-

della legge e scuola positiva, in ID., *Difese penali*, III, Torino, 1925, p. 53; ID., *Sociologia criminale*, Torino, 1929, p. 334; si veda anche R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, 1885, p. 192).

¹⁶ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 5.

¹⁷ Cfr. A. COMANDINI, *Le Romagne. Dieci articoli da giornale per Alfredo Comandini, gennajo-febbrajo 1881*, Verona, 1881; R. GAROFALO, *L'assassinio nelle Romagne*, in *Archivio di Psichiatria, Scienze Penali ed Antropologia per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente* (d'ora in avanti *Archivio di Psichiatria*), 1882, III, pp. 99-106. Tra banditi e accoltellatori per lungo tempo la Romagna fu insanguinata da associazioni di delinquenti. Finalmente, asseriva con soddisfazione Garofalo, grazie ad una energica repressione, il fenomeno del brigantaggio romagnolo sembrava essersi arrestato e, come registrava Sighele, «oggi non si può dire che la Romagna offra una delinquenza anormale in confronto alle altre Province: soltanto è a notarsi che i romagnoli non provano una grande avversione per i delitti di sangue». S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 5.

¹⁸ Cfr. R. BONFADINI, *Relazione della Giunta per l'inchiesta sulle condizioni della Sicilia*, Roma, 1876; P. VILLARI, *Le lettere meridionali ed altri scritti sulla questione sociale in Italia*, Torino, 1885; N. COLAJANNI, *La delinquenza della Sicilia e le sue cause*, Palermo, 1885; A. MARRO, *Criminalità in Sicilia*, in *Archivio di Psichiatria*, 1885, VI, pp. 345-347; G. ALONGI, *Maffia. Appunti di uno studio sulle classi pericolose della Sicilia*, in *Archivio di Psichiatria*, 1885, VI, pp. 430-440; ID., *La mafia nei suoi fattori e nelle sue manifestazioni. Studio sulle classi pericolose della Sicilia*, Roma, 1886; ID., *La mafia. Fattori, manifestazioni, rimedi*, Milano, 1904; si veda inoltre G. RAFFAELE, *Criminalità mafiosa e criminalità rurale nella Sicilia dell'Ottocento*, in *La mafia a Messina*, a cura di S. DI BELLA, Soveria Mannelli, 1987, pp. 147-151.

¹⁹ Cfr. T.V. COLACINO, *La fratellanza. Associazione di malfattori*, in *Rivista di discipline carcerarie*, 1885, a. XV, fasc. 5-6; E. FERRI, *L'omicidio nell'antropologia criminale (omicida nato e omicida pazzo) con atlante antropologico-statistico*, Torino, 1895, p. 268.

²⁰ Cfr. M. MONNIER, *La camorra. Notizie storiche*, Firenze, 1862; J.W. MARIO, *La miseria in Napoli*, Firenze, 1877; R. GAROFALO, *La criminalità in Napoli*, in *Archivio di Psichiatria*, 1889, X, pp. 164-175; G. ALONGI, *La Camorra*, Torino, 1890; F. BARBAGALLO, *Storia della camorra*, Roma-Bari, 2010.

²¹ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 5.

²² «Fino a non molti anni fa in tutte le letterature, generate dalla nostra, l'Italia, e specialmente l'Italia meridionale, che è la più tipica, non era co-

nione pubblica e degli studiosi²³. Una spessa coltre di silenzio avvolgeva invece questo «*pays ou fleurit le brigand*»²⁴. Forse l'assenza di una criminalità organizzata che si fregiava di un proprio nome, come accadeva in Sicilia e nel Napoletano, aveva posto la Provincia romana lontano dai riflettori. Tuttavia, i terribili misfatti avvenuti a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta del XIX secolo, contribuirono a far luce su una criminalità «egualmente terribile»²⁵, germogliata in seno ad un «punto particolarmente ammalato della provincia romana»²⁶.

nosciuta che come il paese di Fra Diavolo ... Brigantaggio, mafia e camorra: ecco i tre nomi che riassumevano le specialità criminose dell'Italia». A.G. BIANCHI, G. FERRERO, S. SIGHELE, *Il mondo criminale italiano*, cit., pp. 205-206.

²³ Il crinale tra Sette e Ottocento rappresenta un prezioso angolo visuale dal quale osservare la transizione relativa al trattamento del 'fenomeno criminale'. In quel periodo nacquero i moderni 'sistemi di criminalizzazione', si sviluppò lo 'stereotipo criminale', si affinò la statistica criminale, e scoppiò l'allarme sociale. Questi i fattori alla base delle moderne nozioni di 'criminale' e di 'criminalità', dovuti altresì all'avvento della 'stampa quotidiana'. Per un quadro esaustivo sul fenomeno del banditismo nel secolo precedente a quello oggetto di studio si consultino *Bande armate, banditi, banditismo e repressione di giustizia negli stati europei di antico regime, Atti del Convegno, Venezia, 3-5 novembre 1985*, a cura di G. ORTALLI, Roma, 1986; L. LACCHÈ, *Latrocinium. Giustizia penale e repressione del banditismo in antico regime*, Milano, 1988; Id., *Alle origini della associazione per delinquere. Crimen plurium, concorso e reato plurisoggettivo tra antico regime e XIX secolo*, Milano, 1991; M. SBRICCOLI, *Brigantaggio e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009, pp. 297-320; nonché, nello stesso volume, *ivi*, pp. 407-417; E. PAGANO, *«Questa turba infame a comun danno unita». Delinquenti, marginali, magistrati nel Mantovano asburgico (1750-1800)*, Milano, 2014, in part. pp. 139-182.

²⁴ Così si esprimeva Alexandre Dumas riferendosi all'Italia. Cfr. S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 4. E parimenti l'avvocato Angelo Pavia tuonava: «lo gridano ai quattro venti giuristi, filosofi, letterati da una parte, lettori ingordi di cronaca giudiziaria dall'altra: l'Italia è la terra del maleficio». A. PAVIA, *Studi sulla criminalità in Italia nel 1881*, Torino, 1883, p. 1.

²⁵ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 5.

²⁶ *Ivi*, p. 7. Sulla criminalità nella capitale si veda l'opera che levò «molto rumore» di Scipio SIGHELE e di Alfredo NICEFORO, *La mala vita a Roma*, Torino, 1898. Cfr. *Archivio di Psichiatria*, 1899, XX, p. 483. Inoltre si consulti D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, in *Archivio di Psichiatria*, 1899, XX, pp. 225-239 e 341-372. Più che di criminalità organizzata, sarebbe stato meglio parlare di delinquenza spontanea, «espressione di una criminalità latente». Non esistevano regolamenti o statuti ma sopravviveva una delin-

Tra gli anni Cinquanta e gli anni Novanta, mentre in altre zone d'Italia la delinquenza sembrava assumeva forme meno feroci²⁷, la criminalità ad Ardena, «classica terra di misfatti»²⁸, aumentava addirittura d'intensità. Stando ai resoconti delle cronache giudiziarie locali, anche nel periodo tra il 1853 ed il 1870, il *leit motiv* era sempre lo stesso: i processi coinvolgevano le medesime famiglie (*in primis* i Pomponi, i Valeri, i Mastrangeli e i Pompa), per i medesimi capi di imputazione (grassazioni, omicidi, estorsioni e incendi). Lo scenario era destinato a peggiorare dopo il 1870. Una terribile *escalation* di violenza, posta in essere con particolare abilità ed efferatezza, raggiunse l'apice, «forse anche in causa di una legislazione più mite»²⁹, tra il 1879 e il 1889³⁰. La giustizia dovette però arrestarsi innanzi all'insufficienza degli indizi e all'omertà che regnava in paese. Le menzogne dei testimoni e il silenzio degli

quenza insita in tutte le classi pericolose della società, «che spazia dall'accogliamento all'insulto, al motteggio rivolto ai passanti». R. CANOSA, *Storia della criminalità in Italia*, cit., p. 108.

²⁷ «Perciò la diminuzione che ha un valore non è quella numerica, che s'adagia, come sirena ammaliatrice, su qualche centinaio in meno di reati denunziati, ma sibbene quella che dimostra scemata l'intensità dei reati stessi. E per questa – asseriva con spirito dimesso Pavia – non è venuto ancora il giorno dell'osanna». A. PAVIA, *Studi sulla criminalità in Italia*, cit., p. 3.

²⁸ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 9.

²⁹ *Ivi*, p. 10.

³⁰ Con riferimento ai dati statistici della criminalità laziale, in questo periodo si registrava un sensibile incremento della delinquenza. E all'indomani dell'emanazione del nuovo codice penale, «emanazione più viva del più puro classicismo giuridico», il delitto iniziava addirittura ad «assumere proporzioni maggiori». D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 225. Per uno sguardo più ampio relativo all'intero territorio nazionale si vedano R. GAROFALO, *La criminalità in Italia negli anni 1878, 1879, 1880 (Dalle relazioni statistiche del PM)*, in *Archivio di Psichiatria*, 1881, II, pp. 123-130, pp. 369-374; G.A. PUGLIESE, *Nota sulla criminalità italiana nel 1880*, in *Rivista di Giurisprudenza*, 1884, fasc. I, p. 91 ss.; G. GUIDI, *Lo Stato della criminalità in Italia*, in *Studi senesi*, 1884, I, fasc. I; L. BODIO, *Relazioni sul movimento della delinquenza in Italia negli atti della Commissione di Statistica giudiziaria*, Roma, 1885; S. BARZILAI, *La criminalità in Italia. I discorsi inaugurali dei rappresentanti il P. Ministero*, Roma, 1886; A. PAVIA, *Studi sulla criminalità in Italia nel 1881*, cit.; M. BELTRANI SCALIA, *La delinquenza e la statistica giudiziaria penale in Italia*, Roma, 1888; A. BOSCO, *La delinquenza in Italia*, in *Rassegna delle Scienze sociali e politiche*, Firenze, 15 dicembre 1891.

offesi rompevano gli argini della giustizia e «l'impunità si faceva strada nel sangue e nelle rapine»³¹.

1.1. Le associazioni di malfattori: la paranza di Artena di fronte alla giustizia (1890)

Tre celebri processi per associazione di malfattori³² terminarono con numerose sentenze di assoluzione e decreti di non luogo a procedimento. In sei anni, quattro furono gli attentati ai danni dei sindaci di Artena, orditi per mano di gruppi di malfattori rimasti ignoti. I motivi che mossero tali azioni erano principalmente vendetta, odio o insofferenza alla pubblica autorità. Il primo cittadino, Cesare Tommasi, fu assassinato il 19 luglio 1879, mentre fallirono gli attentati ai danni dei sindaci Luigi Luciola, Enrico Mannucci (colpito da una schioppettata in pieno giorno nei pressi della piazza principale) e Luigi Rangoni.

³¹ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 9.

³² Si vedano le relazioni riguardanti altri processi per associazione di malfattori: *Relazione dei dibattimenti seguiti davanti alla Corte d'assise in Bologna nella causa di associazione di malfattori e reati diversi contro cento dieci imputati*, Bologna, 1864; *Parole dell'Avvocato Lazaro Uberto Cornazzani Presidente alla Corte d'Assise in Ravenna per l'apertura del dibattimento nella causa d'associazione di malfattori in Alfonsine*, Ravenna, 1866; G. JOZZELLI, *Fango di tribunali. Associazione di malfattori ed estesa congiura di preffetti, ministri, procuratori...contro sua maestà il Re, requisitoria e condanna di due avvocati*, Monza, 1887. Il delitto in parola era punito ai sensi dell'art. 248 del Codice Zanardelli (in precedenza, quello sardo prevedeva la fattispecie di cui all'art. 426). Sulle riflessioni e sulle critiche circa la configurazione della fattispecie in parola (per la quale in Codice Zanardelli prevedeva la presenza di almeno cinque complici) si consultino S. SIGHELE, *La teorica positiva della complicità*, Torino, 1894² (ove l'Autore propendeva per l'estensione della circostanza aggravante dell'associazione per delinquere anche per i reati compiuti da una 'coppia criminale'); F. MAGRI, *La teorica scientifica della complicità*, Prato, 1896; più in generale sulle associazioni a delinquere F. PUGLIA, *Unioni criminali semplici e responsabilità penale*, in *Archivio di Psichiatria*, 1902, XXIII, pp. 405-420, pp. 561-579; Q. BIANCHI, *Le associazioni di malfattori. Studio di sociologia criminale*, in *Rivista di Diritto Penale e Sociologia criminale*, 1908, IX.

L'Italia intera, stando alle statistiche e considerando la frequenza di omicidi, grassazioni, furti e omicidi, impallidiva innanzi ai dati di Artena³³: si tratta di «cifre che nessun paese civile ha mai raggiunto», e che comprovano un'incallita, «enorme, inaudita criminalità»³⁴. Tale «anormalità»³⁵ non passava inosservata agli occhi di Sighele. Egli analizzò la storia della criminalità locale nel tentativo di fornirne una spiegazione razionale e scientifica, avvalendosi delle statistiche giudiziarie penali³⁶ e facendo ricorso a strumenti propri della scienza antropologica.

Tra i casi più interessanti agli occhi degli studiosi dell'antropologia e della sociologia criminale³⁷, Sighele riportava un recente processo celebrato in odio di un gruppo di artenesi che da tempo aveva dato vita ad una 'paranza', ossia ad un'associazione a delinquere di briganti³⁸.

Il mandato di cattura emanato dal Tribunale di Velletri colpì addirittura cinquantadue individui. Tutti finirono in manette in quanto indiziati di aver preso parte ad assalti sulla pubblica via o di essere comunque ascritti all'associazione. La sezione d'accusa della Corte d'Appello di Roma, ricordando come molti processi finirono per naufragare a causa di un elevato numero di accusati e per prove non particolarmente limpide, liberò die-

³³ «Per rendersene conto, bisognerebbe descrivere tutti i delitti, bisognerebbe vedere come si assassina di pieno giorno sulla piazza pubblica, come si strangolano i testimoni che osano dire la verità ai giudici!». C. LOMBROSO, *Le più recenti scoperte*, cit., p. 201.

³⁴ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 14.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ «Noi crediamo che di quest'impulso dato al riordinamento della statistica giudiziaria dall'on Zanardelli, si gioveranno non soltanto gli ordini amministrativi e legislativi che ci reggono, ma anche quelle scienze criminali che ... hanno assoluta necessità di fondarsi più sulla osservazione paziente e oggettiva dei fatti che sui personali ed aprioristici sillogismi». Sull'importanza della statistica giudiziaria in Italia e sull'impulso dato dal ministro Zanardelli si consultino le riflessioni di E. FERRI, *Il riordinamento della statistica giudiziaria in Italia*, in *Archivio di psichiatria*, 1882, III, pp. 262-268.

³⁷ I fatti narrati e la cronaca giudiziaria del processo di Frosinone rappresentavano, secondo Sighele, «la prova più luminosa della verità delle nostre dottrine». S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 6.

³⁸ Tra i numerosi briganti affiliati, ben novantadue furono colpiti, almeno una volta, dal provvedimento di ammonizione, un numero in proporzione assai più elevato rispetto alle statistiche del resto d'Italia.

ci indagati *in vinculis*, riducendo così a trentadue il numero totale di imputati.

Il dibattimento ebbe inizio nel giugno del 1890 innanzi alla Corte d'assise di Frosinone. Nel capoluogo della Ciocaria per un mese non si parlò d'altro³⁹. Sighele proprio in quel periodo si trovava a Roma. Era l'anno della laurea sotto la guida del Maestro Enrico Ferri⁴⁰. Affascinato dall'onda mediatica di questo maxi processo alla paranza locale, Sighele decise di interessarsi alla vicenda. Si recò ad Artena, osservò molti luoghi, interrogò diversi cittadini, entrò in archivi e biblioteche, iniziando così a costruire una personale inchiesta⁴¹. Il processo coinvolse esponenti delle più celebri famiglie artenesi, note oramai da generazioni alle forze dell'ordine: due membri della famiglia Prosperi, tre dei Talone, tre dei Pompa, tre dei Riccitelli, quattro dei Bucci, cinque dei Mastrangeli, sei dei Pomponi e sette dei Valeri. Nell'aula del Palazzo di Giustizia venne costruita per l'occasione una gabbia di ferro per rinchiudere i trentadue imputati e garantire l'ordinato svolgimento del procedimento⁴².

³⁹ Cfr. A.G. BIANCHI, G. FERRERO, S. SIGHELE, *Il mondo criminale italiano*, cit., p. 208.

⁴⁰ Sighele si laureò discutendo una tesi sul tema della complicità. Proprio nel giugno del 1890 egli pubblicava *La complicità*, in *Archivio di Psichiatria*, 1890, XI, pp. 262-279.

⁴¹ «Più curioso della folla, io non mi accontentai dei fatti che il processo metteva in luce: volli tentare un'inchiesta per conto mio, e frugai nelle cronache medievali e negli archivi criminali dello Stato romano, vistai il paese di Artena, e raccolsi dalle impressioni dei luoghi e dai racconti degli abitanti molte notizie che – difficili o impossibili a fermarsi in un'istruttoria – servirono a me per completare il mio studio». A.G. BIANCHI, G. FERRERO, S. SIGHELE, *Il mondo criminale italiano*, cit., p. 209.

⁴² «La ridente città, capoluogo della Ciocaria, fu per un mese occupata quasi esclusivamente da questo processo che destava un immenso interesse, sia per la gravità eccezionale dei delitti sia perché il paese di Artena aveva, fin da tempi antichissimi, una pessima fama». I trentadue imputati rinchiusi nella gabbia furono «a stento tenuti silenziosi e rispettosi da una compagnia di carabinieri», in fondo all'aula il pubblico «seguiva con avida curiosità lo svolgimento dell'istruttoria, segnando – di tratto in tratto – con un fremito collettivo e con qualche più ardita esclamazione isolata, i particolari raccapriccianti narrati dai testimoni». Il maxi processo attirò intorno al tribunale una folla numerosa di curiosi spettatori: «fuori stava una folla di popolo che si accontentava di sentire quel poco che potevan raccontare coloro che uscivano dal palazzo, e che sperava di arrivare una volta o l'altra ad entrare anch'essa nell'aula». *Ivi*, pp. 208, 209.

Il vizio scorreva nel sangue di queste famiglie⁴³, era iscritto nel DNA di tutti i suoi discendenti⁴⁴. La violenza era, per così dire, ‘dinastica’ e apparteneva al loro corredo genetico⁴⁵. Emblematico era il caso dei Pomponi. Antonio, il capostipite, poteva vantare un *curriculum* criminale di tutto rispetto. Fu condannato a cinque anni di reclusione per associazione di malfattori e in precedenza anche per grassazione, ingiurie e porto d’armi. La moglie non volle essere da meno. Teresa Martini infatti si rese protagonista di un feroce omicidio. Per lei, si aprirono le porte del carcere, ove fu rinchiusa per trenta lunghissimi anni. La discendenza fece altrettanto e non deluse lo «stato di servizio»⁴⁶ della famiglia. I quattro figli della coppia criminale finirono tutti nel mirino della giustizia: Benedetto fu condannato a trent’anni di reclusione per assassinio, Aurelio a trent’anni per rapine e lesioni, Leopoldo a cinque anni per associazione di malfattori, mentre solo l’età soccorse il giovanissimo Evangelista prosciolto e inviato in una casa di correzione⁴⁷. L’unica incensurata era la figlia Olimpia. Tuttavia, la giovane, attratta oserei dire quasi da una ‘forza irresistibile’, si innamorò del giovane ribaldo Federico Mattozzi, anch’egli condannato a dieci anni di reclusione per rapina a mano armata.

⁴³ «Il padre, il figlio, il nipote si seguivano a distanza come spinti da una legge fatale». C. LOMBROSO, *Le più recenti scoperte*, cit., p. 202.

⁴⁴ Cfr. M. TORRACA, *Ingrato tema (24 agosto 1877)*, in *Politica e morale (articoli estratti dal Pungolo di Napoli)*, Napoli, 1878, pp. 235-245.

⁴⁵ «Certamente che se dal mantenersi la delinquenza in certe determinate famiglie si volesse dedurre che quanti portano questi cognomi sono delinquenti, si andrebbe oltre il vero, ma bisogna riconoscere nella costanza di questo fatto, che un germe di delinquenza si mantiene vivo e si propaga». L. ANFOSSO, recensione a F. Magri, *Studio intorno all'imputabilità penale, 1888*, in *Archivio di Psichiatria*, X, 1889, pp. 536, 537. Cfr. S. BAUZON, *De la disposition génétique au crime*, in *L'antropologia criminale di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo. Atti del Convegno internazionale svoltosi in occasione del primo centenario della morte presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona (16-17 ottobre 2009)*, a cura di L. PICOTTI, F. ZANUSO, Napoli, 2011, pp. 61-67; P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, a. 13, n. 2, Giugno-Dicembre 2012, pp. 1-12.

⁴⁶ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 17.

⁴⁷ Cfr. R. RAIMONDO, *Discoli incorreggibili. Indagine storico-educativa sulle origini delle case di correzione in Italia e in Inghilterra*, Milano, 2015.

Contegno e vanto, ostentazione delle proprie azioni delittuose, insensibilità morale⁴⁸. Questi erano i tratti salienti, tipici dei delinquenti nati⁴⁹, del comportamento degli imputati durante il processo di Frosinone. Il *leader* dell'associazione di malfattori era il pregiudicato Pasquale Villani, nome non certo nuovo alle forze dell'ordine. Già condannato a dodici anni di reclusione per omicidio durante il Governo Pontificio, Villani, dopo aver scontato sei anni, fu graziato e fece così ritorno ad Artena. Qui riprese le redini dell'associazione e, durante il processo, si autoproclamò lo «specchio del paese»⁵⁰. Francesco Bucci invece sfidò apertamente la Corte, vantandosi delle sue 'imprese' e minacciando nuove iniziative criminali. Irriverente era l'atteggiamento di altri imputati, i quali, come fossero all'o-

⁴⁸ Il *modus operandi* dei delinquenti atavici, ad Artena come in altre zone del Lazio, dimostrava «l'assenza completa di senso morale», l'incapacità di provare sentimenti e di distinguere tra bene e male. D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 236. Altro segno distintivo di questo genere di delinquenza era il coltello, «il terribile coltello della sanguinosa tradizione trasteverina». Ogni disegno criminoso era accompagnato da un fendente. Una specie di «ritorno atavico nelle forme di uccidere», una «triste prerogativa della città non solo, ma della provincia intera» che faceva da contraltare all'uso della rivoltella, «prodotto dello sviluppo sociale». *Ivi*, p. 490.

⁴⁹ La teoria messa a punto da Lombroso (*L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, Milano, 1876) fu criticata soprattutto da Gabriel TARDE (*Il tipo criminale. Una critica al delinquente-nato di Cesare Lombroso*, a cura di S. CURTI, Verona, 2010). Sul magistrato e sociologo francese (Sarlat 1843-Paris 1904) si rimanda a R. BISI, *Gabriel Tarde e la questione criminale*, Milano, 2001; mentre per un approfondimento sul medico veronese (Verona 1835-Torino 1909) si vedano, tra i tanti, M. GIBSON, *Born to crime. Cesare Lombroso and the Origins of Biological Criminology*, Westport, 2002; D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso*, Torino, 2003; S. MONTALDO, P. TAPPERO, *Cesare Lombroso cento anni dopo*, Torino, 2009; *L'antropologia criminale di Cesare Lombroso*, a cura di L. PICOTTI, F. ZANUSO; E. MUSUMECI, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano, 2012; D. VELO DALBRENTA, *Lombroso, Cesare*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, II, cit., pp. 1189-1192; L. SANSONE, *La galassia Lombroso*, Roma-Bari, 2022. Sulla Rivista da lui fondata a Torino nel 1880 insieme all'allievo Garofalo si consulti P. MARCHETTI, *Cesare Lombroso e l'Archivio di psichiatria*, in *La 'cultura' delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, a cura di L. LACCHÉ, M. STRONATI, Macerata, 2012, pp. 69-96.

⁵⁰ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 19.

steria, iniziarono una partita di morra mentre il pubblico ministero faceva la sua requisitoria.

Al tribunale di Frosinone, gli imputati sfilavano in gran stile. Il banco degli imputati era il loro palcoscenico. Alcuni addirittura chiesero al fotografo, inviato da un giornale romano, di fare loro un ritratto nella speranza di ritagliarsi, anche in quell'occasione, almeno un quarto d'ora di celebrità⁵¹. E alcuni di essi meritavano davvero un ritratto poiché «rilevavano anche all'osservazione superficiale, il tipo del delinquente»⁵².

Un altro tratto caratteristico della psicologia dei criminali di Artena, tipico di molti delinquenti e soprattutto di briganti e assassini⁵³, era la religiosità. In seguito alle ispezioni e durante gli arresti, la polizia trovò nelle tasche dei criminali diversi rosari e corone devozionali. È proprio il caso di dirlo: «*le chapelet d'une main et le couteau de l'autre*»⁵⁴.

Tutti gli imputati si mantennero ostinatamente 'negativi'. Era la «ferrea legge del silenzio»⁵⁵, una sorta di *Grundnorm* cristallizzata nei codici delle associazioni più organizzate e diffuse⁵⁶, al fine di garantirne l'esistenza e la vitalità, pena l'applicazione immediata di sanzioni gravissime. Il «punto d'onore» rappresentava infatti uno dei «canoni fondamentali di tutti i sodalizi criminali»⁵⁷ ed era, precisava Sighele, una caratteristica peculiare dei delinquenti nati.

⁵¹ Veroni metteva in evidenza l'aura di gloria che sembrava ricoprire i briganti locali: «come nell'antichità si cantavano le glorie degli eroi nei villaggi, nelle campagne, nei paesucoli di montagna si celebrano qui oggi le glorie di Mastrilli, di Gasparone, di Chiavone e di altri eroi del genere». D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 372.

⁵² S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 20.

⁵³ E. FERRI, *Il sentimento religioso negli omicidi*, in *Archivio di Psichiatria*, V, p. 276.

⁵⁴ H. JOLY, *La France criminelle*, Paris, 1889, cap. IX, p. 274. Si vedano le considerazioni di Sighele sul pensiero e sull'opera del Joly (descritto come «il più strano e contraddittorio tipo di scienziato o per usare un'espressione più giusta – di studioso moderno», spiritualista, cattolico e «sostenitore arrabbiato» del libero arbitrio): S. SIGHELE, *Note critiche di diritto penale*, Civitavecchia, 1891, pp. 84-92.

⁵⁵ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 21.

⁵⁶ Si veda ad esempio il caso del codice della banda francese di Abadie. Cfr. H. JOLY, *Le crime. Étude sociale*, Paris, 1888, p. 143.

⁵⁷ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 21.

1.2. Origini e cause della criminalità artenese

Dovendo controllare un territorio di dimensioni ridotte rispetto a quello di una grande città, l'associazione al malaffare di Artena non era divisa in sezioni. Tuttavia, nel suo piccolo, la prosperità dell'industria criminosa artenese portò alla creazione di una specie di succursale, «come un'onesta casa di commercio»⁵⁸, nella vicina Cori. Il nome utilizzato era lo stesso diffuso nel napoletano per designare i gruppi secondari della camorra, ossia le paranze. Quantunque non legata ad un'associazione superiore, la paranza di Artena era dotata delle stesse regole, della sostanza e dello spirito di una vera organizzazione camorristica. Infatti, allorquando qualche affiliato alla paranza fosse stato arrestato, la sua famiglia avrebbe fatto ricorso all'autorità del Villani, una sorta di 'capo dei capi', il 'si masto' della locale organizzazione criminale. Quest'ultimo si sarebbe adoperato per proteggere l'affiliato *in vinculis* e per aiutare i membri della sua famiglia, prestando soccorso materiale ai parenti, influenzando sulla scelta dei testimoni e provvedendo alle difese: «ora tutto questo non è altro che camorra»⁵⁹.

Ad Artena il delitto sembrava essere divenuto «per una minoranza assai numerosa, il mezzo normale e quotidiano della sua esistenza»⁶⁰. Diversamente da quanto accadeva in altri territori, qui il fenomeno era endemico e contagioso. Esso estendeva la cerchia della sua influenza, invadendo ormai tutto il paese. La patologia infatti segue lo stesso processo della fisiologia. Ciò vale sia per gli organismi animali sia per l'organismo sociale: «l'industria – onesta o disonesta – si svolge colle identiche leggi di graduale progresso»⁶¹. Pertanto, ad Artena il reato non si traduceva nell'opera di un solo individuo o di pochi bensì si sostanzitava nella cooperazione (attiva o passiva) di molti individui, perché «il timore li fa vigliacchi o perché la

⁵⁸ *Ivi*, p. 23.

⁵⁹ *Ivi*, p. 22.

⁶⁰ *Ivi*, p. 24.

⁶¹ *Ivi*, p. 23.

speranza di guadagno li fa perversi, o perché il continuo spettacolo dell'impunità guasta lentamente il loro senso morale»⁶².

La preoccupante estensione del 'morbo del crimine' ad Artena confermava la riflessione di Pasquale Villari, secondo cui «quando un fenomeno sociale, buono o cattivo riesce a manifestarsi e a ripetersi per qualche tempo senza trovare pronta e vigorosa reazione, esso mette radice e s'allarga»⁶³. Il mestiere di delinquente infatti si era radicato profondamente in questo *foyer de criminalité spontanée*, fornendo un esempio concreto di ciò che Sighele aveva in precedenza rubricato delitto per tendenza congenita della collettività⁶⁴, «forma che dimostra la straordinaria potenza cui è salita l'attività criminosa e il bassissimo livello cui è scesa la moralità di un intero paese»⁶⁵.

Qual è dunque l'origine di questa «oasi selvaggia in mezzo ad una popolazione civile»⁶⁶? E come si spiega la concentrazione della criminalità proprio in Artena? Si trattava di un «punto particolarmente ammalato della provincia romana, la quale per ragioni specialmente sociali (giacché tutte le capitali danno il massimo della criminalità), non fa che portare ad un grado acuto le tendenze e le disposizioni al delitto di tutta quanta l'Italia»⁶⁷.

Sighele, applicando la metafora del veleno al «microbo del delitto»⁶⁸, individuava nella legge d'eredità la causa principale. Anzi, «mai forse come in questo processo – tuonava Sighele

⁶² *Ivi*, p. 24.

⁶³ *Ibidem*. Cfr. P. VILLARI, *Lettere meridionali ed altri scritti sulla questione sociale in Italia*, Firenze, 1878.

⁶⁴ Cfr. S. SIGHELE, *La complicità*, in *Archivio di psichiatria*, XI, 1890, p. 277

⁶⁵ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 24.

⁶⁶ *Ivi*, p. 6.

⁶⁷ *Ivi*, p. 7.

⁶⁸ «Come ogni veleno ... anche il microbo del delitto – veleno dell'organismo sociale – pur invadendo ogni parte di questo organismo, spiega in alcuni luoghi più intensamente la sua deleteria influenza». A.G. BIANCHI, G. FERRERO, S. SIGHELE, *Il mondo criminale italiano*, cit., p. 209. Si vedano sul punto le riflessioni di Henri Joly sulla criminalità di Montpellier (*La France criminelle*, cit., p. 104); nonché A. QUÉTELET, *Du système social et des lois qui le régissent*, Bruxelles, 1848, lib. II, cap. III, pp. 211-218.

le – la legge d'eredità ebbe la sua più esplicita conferma»⁶⁹, ratificando l'adagio di Plutarco, secondo cui «i figli degli uomini viziosi e cattivi sono una derivazione della natura stessa dei loro padri»⁷⁰. Assumeva forma concreta, il proverbio «*bon chien chasse de race*»: «*il existe des famille – chiosava Eugène-François Vidocq*⁷¹ – *dans lesquelles le crime se transmet de génération en génération et qui ne paraissent exister que pour prouver la vérité du proverbe*»⁷². L'eredità dunque è la causa più forte ed evidente: gli abitanti si trasmettono di generazione in generazione una sorta di 'gene del male'. La tendenza a delinquere pertanto si eredita proprio come in certi luoghi una determinata malattia si trasmette a causa di un «clima infelice o per altre disgraziate condizioni d'ambiente»⁷³.

Se attraverso la lente del fattore antropologico⁷⁴ ed ereditario si riusciva a comprendere l'attuale condizione di Artena

⁶⁹ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 19; cfr. C. LOMBROSO, *Le più recenti scoperte*, cit., p. 202.

⁷⁰ PLUTARCO, *Opere*, cap. XIX.

⁷¹ La figura di Eugène-François Vidocq (Arras 1775-Parigi 1857), celebre criminale e successivamente investigatore posto a capo della *Sûreté Nationale*, costituisce ancora oggi una preziosa fonte di ispirazione per romanzi, film e serie televisive. Per un approfondimento si rimanda a *Memoirs of Vidocq, principal agent of the French Police until 1827; and now proprietor of the paper manufactory at St. Mandé, written by himself. Translated from the French*, I-IV voll., London, 1828-1829; J. MORTON, *The first detective. The life and revolutionary times of Eugene François Vidocq. Criminal, spy and private eye*, London, 2004.

⁷² S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 19.

⁷³ *Ivi*, p. 25. Dante Veroni, proprio con riferimento al territorio laziale, e nello specifico alle Paludi Pontine, alle tenute dell'Alberese e del Maccarese, metteva in luce il rapporto eziologico tra una malattia assai diffusa, come la malaria, e la criminalità. Degenerazione psichica e degenerazione organica erano così poste in stretta connessione: la «mancata evoluzione individuale e sociale», principale fattore criminogeno, derivava in parte anche dalla «ripercussione del fatto fisico della malaria». D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 235; cfr. B. TUCCI-SAVO, *Influenza della malaria sulle condizioni agricole della provincia romana e relativa inefficacia delle bonifiche parziali*, Roma, 1882.

⁷⁴ Come precisava Veroni, la popolazione del Lazio apparteneva alla stirpe mediterranea (cfr. G. SERGI, *Origine e diffusione della stirpe mediterranea*, Roma, 1895, p. 4), «quella che offre maggior contingente alla statistica nei reati contro le persone». Il triste primato apparteneva alla Sicilia per gli omici-

tuttavia essa non era in grado di spiegare i prodromi nonché l'origine prima del fenomeno. Sul punto, Sighele tagliava corto. Le vicende storiche del territorio («l'influenza esercitata dai cessati governi»)⁷⁵ nonché l'indole degli artenesi («il carattere della popolazione»)⁷⁶ e, più in generale, di tutti i sudditi del Mezzogiorno, erano i principali fattori indiziati. A ciò andrebbero sommati altri due elementi strettamente connessi quali le caratteristiche fisiche del territorio («causa occasionale»)⁷⁷ e la mancata evoluzione individuale e sociale («causa prima»)⁷⁸ dovuta ad una degenerazione organica e psichica⁷⁹.

Sembrava pertanto che le cause generali che diedero vita alla delinquenza ad Artena fossero le stesse che originarono la camorra «perché nel Napoletano come nella Provincia di

di e alla Sardegna per le grassazioni. Tuttavia, la razza non era l'unico fattore determinante; infatti Veroni per rispondere alle eccezioni sollevate da Colajanni, il quale rimproverò alla Scuola positiva di attribuire troppa importanza al fattore antropologico, ricordava il postulato dei positivisti: il delitto non è altro che il risultato simultaneo di fattori bio-fisio-sociali. D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 367.

⁷⁵ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 25. Si puntava il dito sul mal governo del periodo pre-unitario. I «cattivi governi» infatti avevano agevolato l'aumento dei reati, innescando soprattutto l'incontrollabile fenomeno del brigantaggio politico. Le cause affondavano le radici nel trattamento iniquo degli imputati a seconda del ceto sociale nella corruzione dei magistrati, nell'immoralità «di tutte le manifestazioni della vita pubblica», nonché nella malafede in tutti i pubblici servizi. Questi fattori contribuirono a «rendere criminoso l'ambiente», ad indebolire il sentimento di giustizia, e si incrudelivano gli animi». Insomma, questo tritico di «orribili mostruosità» (immoralità, arbitrio e ingiustizia) determinarono «l'adattamento all'ambiente delittuoso». D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., pp. 367, 368.

⁷⁶ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 25.

⁷⁷ D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 235.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ La degenerazione organica fu causata principalmente da tre fattori: 1) scarsità di cibo spesso avariato; 2) luoghi abitativi spesso malsani; 3) diffusione di malattie come la malaria. Questi i «germi pestiferi» che diedero origine alla degenerazione organica, la quale «ha un'azione predisponente alla criminalità poiché alterando la funzionalità del sistema nervoso dell'individuo, altera eziandio la rispondenza fra eccitazione e reazione». Pertanto, la degenerazione «è il terreno su cui s'innestano le malattie funzionali più gravi, è l'eredità che si trasmette di padre in figlio e può mettere capo alle forme isteriche, nevrastroniche ed epilettoide che trascinano spesso al delitto». *Ivi*, p. 355.

Roma che con quello confina, le note fondamentali del carattere degli abitanti sono assai simili» e «perché i governi che sull'uno e sull'altro gravarono per secoli, lasciarono entrambi la plebe delle campagne in balia dei feudatari e, o con repressioni talvolta stupidamente feroci, o con noncuranze sempre colpevoli, causarono la sopraffazione delle minoranze audaci e fomentarono la loro espansione»⁸⁰. Pertanto, all'indomani dell'Unità, sorsero «diverse forme di lotta secondo i casi e secondo i luoghi ma tutte figlie d'una sola madre»⁸¹. La camorra nelle città ed il brigantaggio nelle campagne rappresentavano, precisava Pasquale Turiello⁸², movimenti di sopraffattori che sostituirono il vuoto lasciato da altri sopraffattori quali feudatari, bargelli, scherani e polizia⁸³.

⁸⁰ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 25.

⁸¹ P. TURIELLO, *Governo e governati in Italia*, I, Bologna, 1889², p. 151.

⁸² Sul patriota Pasquale Turiello (Napoli 1836-Napoli 1902), scrittore e militante nella Destra Storica si consulti G. IMBUCCI, *Ideologia e questione sociale in Pasquale Turiello*, premessa di G. DE ROSA, Roma, s.d.; R. MOLINELLI, *Pasquale Turiello precursore del nazionalismo italiano*, Urbino, 1968; G. MONTRONI, *Pasquale Turiello*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 2020, p. 97.

⁸³ Negli ex territori Pontifici, «dinnanzi all'accordo tra l'amministrazione dello Stato e l'amministrazione delle bande del brigantaggio nacque il manutengolo», una forma criminosa gemella del brigantaggio. In sostanza, le associazioni di delinquenti vennero strategicamente sfruttate dal Governo Pontificio, il quale avendo necessità di assoldare gruppi armati a difesa della frontiera, promise favori in cambio protezione, e soprattutto garantì impunità (si pensi alla collaborazione tra il comandante dei gendarmi di Frosinone e il capo-brigante Chiavone) per qualsiasi reato perpetrato da questa «masnada di volgari malfattori». Quello che iniziò sotto il nome di brigantaggio politico si trasformò, all'indomani dell'Unità, in violenta e spietata delinquenza. Sorto per rispondere ad esigenze contingenti di ragione politica e di controllo del territorio, il fenomeno del brigantaggio sfuggì di mano al Governo romano, degenerando in rapine, ricatti e assassini. Da truppe mercenarie poste al confine con il Regno di Napoli, i briganti si trasformarono in «ladri prezzolati» desiderosi solamente di aumentare il proprio bottino. A tal fine, ogni mezzo era lecito. Questa «ciurma di malfattori» si rese protagonista di reati violentissimi che «Pelli Rosse o Abissini dello Scioa possono appena sognare». Questa turba selvaggia infestò soprattutto i paesi del Circondario di Velletri e di Frosinone, estorcendo agli abitanti protezione e riparo. I locali infatti, per paura di ritorsioni, offrono rifugio, armi e denaro. Cfr. D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 370; A. BIANCO DI SAINT-JOROZ, *Il brigantaggio alla frontiera pontificia*, Milano, 1864.

La seconda motivazione per la quale ad Ardena la criminalità rimase ben radicata e soprattutto «straordinariamente feroce nelle sue manifestazioni», mentre in altri luoghi andò scemando, trasformandosi in forme «più civili e più miti», era l'isolamento. I piccoli centri di campagna dove dominava il «triste regno del latifondo»⁸⁴, anche se non troppo lontani materialmente dalle grandi città, rimasero distanti «moralmente dai luoghi ove la civiltà si estende, trascinando nel suo fatale andare, anche la delinquenza»⁸⁵. Infatti, nei grandi centri urbani, la criminalità andava acquisendo uno stampo per così dire 'internazionale', «adattando nuovi modi di attività disonesta ai nuovi modi di attività onesta»⁸⁶. Sul finire del secolo, a Napoli, la camorra aveva perduto la sua famigerata violenza, trasformando la ferocia in furberia; mentre a Roma il 'bagarinaggio' rappresentava una nuova forma, assai più mite, di camorra. Questo il *trend* criminale che caratterizza tutti i grandi centri urbani europei come Parigi (dove i violenti *escarpes* diminuivano rispetto ai più miti *scionneurs*) e come nei bassifondi di Berlino dove, a fronte di una diminuzione degli efferati assassini, crescevano invece i furti con destrezza⁸⁷. Diversamente, nei luoghi, per così dire, impermeabili alla civiltà o nei quali, «per speciali condizioni non è facile il rinnovamento della popolazione», la criminalità stentava a trasformarsi e ad assumere nuove sembianze. Gli esempi della Corsi-

⁸⁴ Sulle drammatiche condizioni sociali ed economiche degli agricoltori del latifondo laziale (Agro Romano) e sull'«odiosa» organizzazione gerarchica (dal latifondista al massaro) si vedano le riflessioni di Dante VERONI (*La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 345), il quale considerava il fattore economico tra le cause sociali più rilevanti per la diffusione della criminalità. Tra le influenze dirette Veroni menzionava l'iniqua ripartizione della proprietà, mentre tra le influenze indirette la degenerazione morale e organica. *Ivi*, p. 355.

⁸⁵ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 26.

⁸⁶ *Ibidem*; cfr. E. FERRI, *Nuovi orizzonti*, cit., pp. 290 ss.

⁸⁷ Sull'aumento della criminalità nel periodo 1887-1895 e sulle caratteristiche della nuova criminalità si rimanda ad A. NICEFORO, *Note critiche di statistica criminale*, Roma, 1899. Nel periodo precedente, invece, la maggior parte degli studiosi sottolineava la continua oscillazione dei dati statistici criminali nelle regioni italiane. Cfr. A. PAVIA, *Studi sulla criminalità in Italia*, cit., p. 3.

ca e della Sicilia⁸⁸ ne costituivano un limpido esempio. Queste isole conservavano la propria ed antica forma di criminalità, insensibile alle mutazioni dovute al progresso civile e tecnologico⁸⁹. Nel caso di Artena, all'isolamento e alla «stabilità della popolazione» (nefasta conseguenza dovuta al «non rinnovarsi ... con quelle dei vicini Comuni») si sommava la «speciale condizione dei luoghi». Pertanto, era la morfologia del territorio stesso (ricco di boschi, macchie e fossati) ad offrire ai briganti i rifugi perfetti per far perdere in pochissimo tempo le proprie tracce⁹⁰.

Il sommarsi degli «effetti disastrosi del brigantaggio» (fomentato dal Governo Pontificio) ai «grandi irreparabili danni materiali» ebbe come nefasta conseguenza la «depravazione del senso morale nelle nostre popolazioni»⁹¹. Pertanto, questa triste eredità ebbe «un'influenza malefica» sulla vita delle popolazioni di campagna, tale da produrre un «arresto di sviluppo individuale e sociale»⁹². Del brigantaggio laziale, quantunque formalmente scomparso dopo il 1870, sopravvisse solo la «forma del reato»⁹³: quasi ovunque la banda armata cedeva ormai il passo alla delinquenza selvaggia, non sempre in

⁸⁸ «Laggiù in Sicilia – precisava Sighele – le bande di Caccamo e di San Mauro sono ancora così ingenuie da mettere in pericolo la vita per guadagnare con un ricatto qualche migliaio di lire». A Roma, invece, «la cosa è più spiccica». Ne è un esempio, il falso telegramma di borsa. In questo modo, si compie parimenti una grassazione ma senza pericolo e con maggior facilità: non per nulla siamo moderni – esclamava Sighele – e il telegrafo deve ben servire a qualche cosa!». S. SIGHELE, *La delinquenza settaria*, in *Archivio di Psichiatria*, 1895, XVI, p. 388.

⁸⁹ «Ecco dunque il progresso – scriveva con ironia Sighele – invece del sangue, l'oro; invece dei supplizi, la corruzione». *Ivi*, p. 388.

⁹⁰ Nella vicina Viterbo, altra zona infestata da criminali 'atavici', si registrava un «reato barbaro» chiamato in gergo criminale 'calatella'. Erano le «antiche tradizioni» e le «condizioni topografiche dei luoghi» ad aver generato questo reato, «avanzo dell'antico brigantaggio», ossia di quella «piaga cancerosa» che aveva martoriato tutto il territorio dello Stato Pontificio. Similmente anche le Paludi Pontine erano teatro degli stessi reati. Si vedano le riflessioni del procuratore del re a Viterbo Pio Cavalli del 1893. Cfr. D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 233.

⁹¹ *Ivi*, p. 371.

⁹² *Ivi*, p. 372.

⁹³ *Ivi*, p. 371.

forma associativa o almeno non stabilmente organizzata come un tempo⁹⁴. Forse, le ultime a scomparire furono proprio nel 1889 le associazioni di malfattori di Artena, ultima incallita sacca di resistenza delle bande armate⁹⁵.

Un'ulteriore causa che agevolò la recrudescenza della criminalità di Artena fu la «provata impotenza dell'autorità a scoprire i colpevoli»⁹⁶. L'impunità non fece altro che rafforzare e rinvigorire la setta criminale artenese, oramai sicura di tenere in scacco la polizia e la magistratura. Sul punto, Sighele ratificava l'opinione di Albert Bournet e di Paul Anthelme Bourde, protagonisti delle inchieste in Corsica⁹⁷, i quali con-

⁹⁴ Prima del 1870, le associazioni di malaffare erano così tante, raccontava un contadino romano a Veroni, «quante sono oggi le associazioni di mutua assistenza e di mutuo soccorso» (*ivi*, p. 372). E anche nelle isole, negli anni Ottanta, il brigantaggio sembrava essere un triste retaggio del recente passato: «come i nostri Iddii anche i vecchi diavoli pare se ne vadano. Il brigantaggio appartiene quasi alla storia». A. PAVIA, *Studi sulla criminalità in Italia*, cit., p. 17.

⁹⁵ «Oggi si direbbe che il brigantaggio, il quale agonizza ovunque, si è rifugiato in questo piccolo paese, guadagnando in intensità tutto ciò che ha perduto in estensione». C. LOMBROSO, *Le più recenti scoperte*, cit., p. 201.

⁹⁶ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 27.

⁹⁷ Albert Bournet (Lyon 1854-Amplepuis 1895) medico e criminologo segretario di Alexandre Lacassagne, intraprese nel 1883 un viaggio in Corsica su richiesta del Ministero dell'Interno francese. Lo scopo fu quello di studiare l'origine e le caratteristiche della criminalità organizzata sviluppatasi in seguito all'instaurazione della Terza Repubblica. Tra le opere più celebri del Bournet giova menzionare *De la criminalité en France et en Italie, étude médico-légale*, Paris, 1884; *Une mission en Corse. Notes d'anthropologie criminelle*, Lyon, 1888. Paul Anthelme Bourde (Voissant 1851-Paris 1914) fu drammaturgo, giornalista nonché amministratore coloniale (si occupò soprattutto del comparto agricolo) in Tunisia e segretario generale in Madagascar. Si consulti *En Corse. L'esprit de clan, les moeurs politiques, les vendettas, le banditisme. Correspondances adressées au 'Temps'*, Paris, 1887. Sull'antropologo Lacassagne (Cahors 1843-Lione 1924), fondatore della prima rivista di criminologia francese ossia *Les Archives d'anthropologie criminelle et des sciences penale*, e sulla scuola di medicina di Lione si rimanda a L. MUCCHIELLI, *Hérédité et 'Milieu social': le faux antagonisme franco-italien. La place de Lacassagne dans l'histoire de la criminologie*, in *Histoire de la criminologie française*, a cura di Id., Paris, 1992, pp. 189-214; M. RENNEVILLE, *La criminologie perdue d'Alexandre Lacassagne (1843-1924)*, in *Criminocorpus. Revue hypermédia*, 2005, <https://journals.openedition.org/criminocorpus/112>; e sui rapporti con la Scuola positiva O. BOSCH, *Nous nous sommes tant aimés. Cesare Lombro-*

clusero che «la causa principale della delinquenza còrsa consisteva nella nessun autorità e nel nessun potere che aveva colà la giustizia»⁹⁸.

1.3. «L'ergastolo è il risanatore di Artena»: esito del processo contro la paranza artenese

Il maxi processo infliggeva alla paranza artenese ben trentadue severe condanne⁹⁹. La pronuncia del verdetto sbalordì i famigliari dei condannati. «Ma come, se non li hanno visti se non c'erano le prove?», gridò il padre di uno di essi. «Eh, non occorrono mica le prove, ora si condanna anche per indizi», replicò qualcuno in aula. «Allora – mormorò l'uomo tra sé e sé – d'ora innanzi bisognerà pensarci prima di fare qualche cosa!»¹⁰⁰.

Sarebbe bastata dunque una pronta e dura repressione per fermare la criminalità ad Artena, sradicando così questo morbo congenito? «Ci vuole altro che carceri per diminuire la criminalità!», commentava Sighele. Un avvocato durante l'ultima udienza del processo invocava leggi speciali per Artena

so et Alexandre Lacassagne, ou émulation, friction et collaboration entre Turin et Lyon, in *Gryphe. Revue de la bibliothèque de Lyon*, 2004, VIII, pp. 20-27. Oltre i confini italiani e francesi, si sviluppano teorie simili a quelle della Scuola positiva in area germanica con Moritz Benedikt (G.B. HASSIN, *Moritz Benedikt*, in *The Founder of Neurology*, a cura di W. HAYMAKER, Springfield, 1953, pp. 248-250); in Belgio con Louis Vervaeck (R. DE BONT, *Meten en Verzoenen. Louis Vervaeck en de Belgische criminele antropologie [1900-1940]*, in *Degeneratie in België 1860-1940. Een geschiedenis van ideeën en praktijken*, a cura di J. TOLLEBEEK, G. VANPAEMEL, K. WILS, Leuven, 2003, pp. 185-225); e in America Latina con l'italoargentino José Ingenieros (A. PONCE, *Para una historia de José Ingenieros*, in *Id., Obras completas*, Buenos Aires, 1974).

⁹⁸ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 28.

⁹⁹ «Negli ultimi anni quasi tutti i processi finivano con un'ordinanza di non luogo a procedere. Il silenzio dei testimoni, comprati o impauriti, impediva di raccogliere le prove: e così i malfattori vedendo che potevasi ingannare la giustizia, si credevano autorizzati a tutto osare. Per fortuna il processo del giugno 1890, finito con 32 condanne (di cui molte all'ergastolo) ha messo fine a questa impunità pericolosa». C. LOMBROSO, *Le più recenti scoperte*, cit., p. 201.

¹⁰⁰ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 28.

che prevedevano l'esilio e la deportazione di buona parte degli abitanti: tuttavia, l'Italia «non è nazione che sappia appigliarsi a queste estreme risoluzioni»¹⁰¹.

Rebus sic stantibus, non potendo mutare la popolazione artenese, qualsiasi misura di prevenzione sarebbe risultata inefficace. D'altronde, per dirla con Spencer, «non c'è alchimia politica che possa trasformare degli istinti di piombo in una condotta d'oro»¹⁰², e non esiste prevenzione sociale, aggiungeva l'Autore, «che possa da un momento all'altro fare di Artena un paese di galantuomini»¹⁰³. La conclusione di Sighele è contraddittoria. Da un lato egli riteneva del tutto inutili le condanne del maxi processo «per sanare del tutto la piaga d'Artena»¹⁰⁴, dall'altro finiva per lodare il pugno di ferro dei magistrati romani e l'energica repressione che fino a quel momento era mancata.

L'ergastolo rimaneva, in fin dei conti, il vero «risanatore di Artena»¹⁰⁵. Quantunque la scuola positiva non nutrisse grande affetto per i mezzi repressivi (mera «terapia del delitto»)¹⁰⁶, l'unico rimedio efficace era, ancora una volta, la repressione. «Si sappia punire arditamente, senza paure e senza sentimentalità», in maniera chirurgica, conchiudeva Sighele. A tal proposito infatti i novatori, che applicavano alla sociologia i criteri della medicina, ricordavano: «quando non può più far nulla l'igiene perché il male è avanzato e ha già formato la cancrena, l'unico mezzo di salvezza è la chirurgia»¹⁰⁷.

In pieno clima positivista, l'inchiesta di Sighele fotografava e ricostruiva, attraverso la lente di un fiero novatore, il preciso quadro delle origini della criminalità artenese. Eredità e delinquenza atavica rappresentavano le colonne portan-

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² H. SPENCER, *L'individu contre l'État*, Paris, 1885, p. 64.

¹⁰³ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 29.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 28. Già il Torraca infatti, parlando della camorra, dovette riconoscere che gli arresti di malandrini e briganti non avrebbero rappresentato la cura della malattia: «dopo poco si sarà da capo». M. TORRACA, in *Pungolo*, Napoli, 24 agosto 1877.

¹⁰⁵ S. SIGHELE, *Un paese di delinquenti nati*, cit., p. 29.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

ti della sua tesi. Tutto ciò costituiva una spiegazione scientificamente attendibile ed esauriente del fenomeno criminale? Il caso di Artena, presentato dall'Autore come unico e particolarissimo, in realtà non rappresentava certo un *unicum* nel panorama criminalistico¹⁰⁸. Altrove, in Italia e all'estero, si registravano forme di delinquenza assai efferata. Infine, i fattori criminogeni posti a fondamento della sua tesi quali fonti primarie della genesi del delitto non erano certo così saldi. L'eredità, come riportava nel 1891 Giuseppe Falcone, «non ha niente di assolutamente fatale»¹⁰⁹. Nel fisico e nella mente, il fattore ereditario rimarrebbe una mera presunzione. Essa, sostenevano i partigiani del libero arbitrio, non costituiva affatto «l'ultima parola», «poiché anche contro l'eredità ciascuno di noi conserva la propria libertà»¹¹⁰. Di conseguenza, la lombrosiana teorica dell'atavismo¹¹¹, «particolare manifestazione dell'eredità»¹¹², conduceva ad una rappresentazione distorta e fallace del mondo reale. L'atavismo, ammetteva Falcone, non poggiava su basi stabili e positive, giacché, per dirla con Ludwig Büchner («che passa per uno dei darvinisti più convinti») ¹¹³, «una particolarità, un'attitudine, una tendenza corporale o intellettuale che sia, trasmessa per eredità sotto date circostanze favorevoli, può essere interamente annullata dall'influenza materna e così reciprocamente»¹¹⁴.

¹⁰⁸ Per uno sguardo al contesto criminale italiano nel periodo oggetto di studio si consulti: *Questione criminale e identità nazionale in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di L. LACCHÈ, M. STRONATI, Macerata, 2014.

¹⁰⁹ G. FALCONE, *Esame critico del tipo criminale*, Palermo, 1891, p. 95.

¹¹⁰ *Ibidem*. Per una panoramica circa le critiche rivolte alla teoria dell'eredità si consulti N. COLAJANNI, *La sociologia criminale*, Catania, 1882, pp. 142-147.

¹¹¹ Cfr. C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alla psichiatria*, III, Torino, 1897⁵, p. 657 ss.

¹¹² G. FALCONE, *Esame critico del tipo criminale*, cit., p. 96.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

2. Livorno: un'enclave criminale nella mite toscana

«Oggi il criminologo se vuole concludere qualche cosa dai suoi studi, deve limitarsi a studiare la criminalità in una data regione, in una data provincia, in un dato paese. Sarà più facile scoprirne le cause, additarne i rimedi»¹¹⁵.

Così, Francesco Magri¹¹⁶ apriva il suo saggio, licenziato nel 1896, che riuniva le prime indagini dedicate alla criminali-

¹¹⁵ F. MAGRI, *La criminalità in Livorno e le sue cause*, Pietrasanta, 1896, p. 5.

¹¹⁶ Francesco Magri insegnò diritto e procedura penale all'Università di Pisa (cfr. *Stato del personale addetto alla pubblica istruzione del Regno d'Italia*, Roma, 1891, p. 137). Libero docente dal 1889, ricevette l'incarico dalla predetta Università dall'anno accademico 1889-90. A Roma, il 24 maggio 1896 venne giudicato 'eleggibile' dalla Commissione presieduta da Lucchini, ottenendo il punteggio di 34/40 (cfr. *Bollettino ufficiale del Ministero dell'istruzione pubblica*, Roma, 1897, p. 346). Ambì alla Cattedra fiorentina di Diritto e Procedura penale; partecipò quindi al concorso per la posizione di professore non stabile riportando, il 22 dicembre 1924, un giudizio tutt'altro che soddisfacente (cfr. *Ministero della Pubblica Istruzione. Bollettino ufficiale, II. Atti di amministrazione*, Roma, 1925, p. 1248). Fu considerato un positivista 'vero', padrone dei principi direttivi e del metodo del positivismo. Le sue opere non furono immuni da critiche e talvolta tacciate di essere state redatte in maniera troppo frettolosa. Lo testimoniano le eccezioni sollevate dall'avvocato Pio VIAZZI (*Un nuovo positivista del diritto penale*, in *Piccola Biblioteca della Rivista L'Anomalo*, aprile-maggio 1892, pp. 1-8; recensione a F. Magri, *Saggio di un sistema etico giuridico*, Pisa, 1897, in *Archivio di Psichiatria*, 1898, XIX, pp. 312, 313), nonché i rilievi della *Rivista penale* di Lucchini (*Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, 1894, XL, X della Terza Serie) volti a contestare l'eccessiva importanza assegnata da Magri alle anomalie del sistema circolatorio ('interne') a discapito delle anomalie morfologiche ('esterne') dei delinquenti. Nel celebre lavoro del 1889, pur avallando i postulati dei novatori, egli riteneva che gli studi della scuola moderna non fossero «ancora sufficientemente dimostrati». Pertanto, non potendo esistere una scienza senza principi generali, dette teorie necessitavano ancora di una «lunga elaborazione, la quale le dimostrerà vere o false» (F. MAGRI, *Studio intorno alla imputabilità penale e sue applicazioni alla teoria dell'omicidio*, Pisa, 1889, pp. 40, 41). Diresse la rivista *La Nuova Scienza Penale* fondata nel 1893 e pubblicata mensilmente a Pisa (piazza Cavallotti, n. 5) per i tipi di Francesco Mariotti (cfr. *Rivista sperimentale di freniatria e di medicina legale in relazione con l'antropologia e le scienze giuridiche e sociali*, 1893, vol. XIX, fasc. I, p. 193). Celebre fu la monografia pubblicata nel 1891 (*Una nuova teoria generale della criminalità*, Pisa, 1891; cfr. *Risposta ad una nota critica del prof. Ferri*, s.l., 1892). Si occupò di diritto criminale romano (*Alcune mo-*

tà livornese. Le 'oasi' di criminalità rappresentano un terreno di studio assai complesso, già frequentato da molti studiosi della statistica criminale come Cesare Lombroso ed Enrico Ferri¹¹⁷. Nella «geografia della delinquenza»¹¹⁸ spicca il caso di Livorno, «testimonio del genio dei Duchi di Toscana»¹¹⁹. Città circondata da province a bassa delinquenza, essa «emerge e segna nella carta geografica, un punto nero indicante la sua massima criminalità, la quale sta a pari dei maggiori focolari criminogeni del nostro paese»¹²⁰, seguita da Roma, Napoli, Catanzaro, Avellino e Reggio Calabria.

A ribadire il medesimo concetto, accendendo i riflettori sulla preoccupante ondata di criminalità che caratterizzava la Provincia romana, Livorno, la Sicilia e la Sardegna¹²¹, era Bernar-

derne teorie nel diritto penale romano, Firenze, 1892), trattò la questione della pena di morte e analizzò il nuovo Codice penale (*Dimostrazione scientifica del sistema della libertà condizionale e la questione della pena di morte*, Pisa, 1888; *I motivi del nuovo codice penale*, Torino, 1894), studiò gli effetti delle tecniche ipnotiche (*L'ipnotismo come mezzo educativo nelle case dei corrigendi e come criterio per distinguere i delinquenti nati dagli occasionali*, Pisa, 1894), i sistemi repressivi (*Studio sperimentale intorno ai sistemi repressivi*, Pisa, 1893), nonché le leggi sociali (*La legislazione sociale e il suo controllo*, in *L'Industria*, 31 dicembre 1918, pp. 721-726).

¹¹⁷ Si veda ad esempio lo studio di Enrico FERRI: *L'omicidio nell'antropologia criminale (Omicida nato e Omicida pazzo)*, Torino, 1895.

¹¹⁸ F. MAGRI, *La criminalità in Livorno*, cit., p. 6.

¹¹⁹ C.L. DE SECONDAT BARONE DI MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, lett. XXIII (Usbek al suo amico Ibben, Smirne).

¹²⁰ F. MAGRI, *La criminalità in Livorno*, cit., p. 6.

¹²¹ Cfr. A. NICEFORO, *La delinquenza in Sardegna. Note di sociologia criminale*, pref. di E. FERRI, Palermo, 1897. Sulla criminalità sarda, nel periodo oggetto di studio, si vedano *Banditismo e criminalità in Sardegna nella seconda metà dell'Ottocento*, a cura di G. SORGIA, Cagliari, 1973; *Omicidi, rapine, bardane. Diritto penale e politiche criminali nella Sardegna moderna XVII-XIX secolo*, a cura di M. DA PASSANO, A. MATTONE, Roma, 2015; con riferimento anche all'attualità, dal punto di vista sociologico cfr. A. MAZZETTE, *Dualismo in Sardegna. Il caso della criminalità*, Milano, 2019. Alfredo Niceforo (Castiglione di Sicilia 1876-Roma 1960) fu presidente della Società Italiana di Antropologia, della Società Italiana di Criminologia, membro e poi presidente del Consiglio superiore di Statistica, membro del Comitato direttivo del Consiglio Nazionale delle Ricerche per la Sezione di Biologia. Nel 1910 ricevette un incarico di insegnamento (Criminologia) nella Scuola giuridico-criminale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma. In ambito internazionale, ricoprì molti incarichi. Fu membro della Commissione statistica

dino Alimena¹²²: «il massimo della criminalità – scriveva il giurista calabrese – è costantemente, in primo luogo a Livorno e nel Lazio che sono come due scogli in mezzo alla tinta cangiante dell'Italia e in secondo luogo nelle isole»¹²³. Gli avrebbe fatto eco, nel 1911, Napoleone Colajanni¹²⁴, uno dei *leader* dei Fa-

del Comitato di Igiene della Società delle Nazioni a Ginevra; dal 1925 membro del Comitato di Direzione, per l'Italia, de l'*Institut international d'Anthropologie*, socio straniero corrispondente della Società di Antropologia di Parigi, della Società di Antropologia del Portogallo, della Società di Morfologia umana di Parigi, dell'Istituto tedesco di Sociologia di Hannover, della Società hobbesiana di Filosofia e Scienze sociali di Karlsruhe, della Società Masaryk di Sociologia. Tra le opere più celebri si segnalano *Il gergo nei normali, nei degenerati e nei criminali*, Torino, 1897; *L'Italia barbara contemporanea. Studi e appunti*, Milano, 1898, *Lo studio scientifico delle classi povere*, Trieste, 1907, *L'uomo delinquente. La facies interna*, Milano, 1951. Su Niceforo si consultino M. MAROTTA, *Il pensiero sociologico di Alfredo Niceforo*, in *Rassegna italiana di sociologia*, aprile-giugno 1960, a. I, n. 2, pp. 73-94; L. LIVI, *Alfredo Niceforo. Criminologo e sociologo*, in *La scuola positiva*, 1960, s. IV, a. II, n. 2, pp. 175-182; F.P. CERASE, *The italian tradition in social research. The case of Alfredo Niceforo*, Roma, 1967; M. GIBSON, *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano, 2004, pp. 154-158 (e più in generale con riferimento alla relazione razza-criminalità *ivi*, pp. 133-176); nonché da ultimo E. BIANCHINI, *La questione criminale negli scritti di Alfredo Niceforo. Pregiudizi, stereotipi e tipologie*, Milano, 2018.

¹²² Bernardino Alimena (Cosenza 1861-Cosenza 1915) dopo il conseguimento della laurea in Giurisprudenza a Roma (1885) insegnò diritto penale a Cagliari e a Modena. Fu primo cittadino di Cosenza nel 1889 e poi deputato. L'esperienza parlamentare durò pochi mesi. Si dimise dopo essere stato accusato di aver ottenuto fondi dal Governo. Nel 1910, quando il principe Nicola Petrović Njegoš di Montenegro si autoproclamò re, Alimena si interessò alla storia del diritto serbo e montenegrino, collaborando alla realizzazione del Codice penale del Montenegro (cfr. *La legislazione penale del Montenegro*, estratto dalla *Giustizia Penale*, 1896, anno II, fasc. 37, pp. 3-20). L'opera più celebre e corposa è senza dubbi quella pubblicata in tre volumi tra il 1894 ed il 1899 (B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1894-1899). Per un profilo biografico si rimanda a G. SPANGHER, *Alimena, Bernardino*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi italiani*, I, cit., pp. 41, 42.

¹²³ B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, I, Torino, 1894, p. 276.

¹²⁴ Napoleone Colajanni (Castrogiovanni 1847-Enna 1921) conseguì la laurea in Medicina e dopo un'esperienza in Sud America, tornato in Italia, si dedicò allo studio della sociologia (cfr. *La sociologia criminale*, Catania, 1882), proseguì la carriera politica, iniziata nel 1872 quando fu eletto consigliere comunale, e ricoprì la Cattedra di Statistica all'Università di Palermo. Entrò in Parlamento nel 1890. Promosse l'inchiesta sull'Eritrea (1891), de-

sci dei lavoratori siciliani¹²⁵. Egli infatti inseriva Livorno tra le Province che presentavano «il maximum della delinquenza barbara» e anche della «delinquenza civile contro la proprietà»¹²⁶.

Prendendo in considerazione i reati di ribellione e resistenza alla pubblica autorità, Livorno si piazzava al primo posto in Italia, al terzo per i reati contro la proprietà, al quarto per omicidi, al quinto per i reati contro il costume, al settimo per grassazioni. Un primato di sangue gravissimo che, dal 1889, andava inasprendosi sempre più¹²⁷. Un'enclave, sottolineava Lombroso¹²⁸, incastonata in una regione a basso tenore delinquenziale, con la quale condivideva la stessa lingua, la medesima educazione e civiltà, la stessa legislazione¹²⁹. Anzi, Li-

nunciò lo scandalo della Banca Romana (*Banche e Parlamento*, Milano, 1893) e sostenne le rivolte dei Fasci dei lavoratori siciliani, entrando in conflitto con Crispi (1894). Dopo l'omicidio del marchese Emanuele Notarbartolo (1893), stigmatizzò i legami tra mafia, politica e Stato (*Nel regno della Mafia. Dai Borboni ai Sabaudi*, Roma, 1900). Studiò le radici del crimine in Sicilia (*La delinquenza nella Sicilia e le sue cause*, Palermo, 1885) e rifletté sulla pena di morte (*È necessaria la pena di morte per la difesa sociale?*, Roma, 1910). Il 12 aprile 1895 fu tra i promotori del Congresso fondativo del Partito Repubblicano. Su Colajanni si rimanda a R. MARTUCCI, *Colajanni, Napoleone*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, cit., pp. 559, 560; G. VICARI, *Il nostro grande Napoleone Colajanni 1921-2021. La figura e l'opera a 100 anni dalla sua morte. Lo scienziato sociale tra l'Ottocento e il Novecento*, Enna, 2021.

¹²⁵ Cfr. R. MESSINA, *Il processo imperfetto. 1894 i Fasci siciliani alla sbarra*, Palermo, 2008; C. BOTTA, F. LO NIGRO, *Il sogno negato della libertà. I fasci siciliani e l'emancipazione dei lavoratori*, pref. di M. INGRASSIA, Marsala, 2015.

¹²⁶ N. COLAJANNI, *Analfabetismo e delinquenza*, in *Rivista popolare di politica, lettere e scienze sociali*, 1911, anno XVII, 1, p. 347

¹²⁷ Dal punto di vista antropologico, predominava nei livornesi il tipo me-saticefalo, rare erano le deformazioni scheletriche (anzi si riscontrava un forte sviluppo scheletrico-muscolare), rare le cause degenerative, mentre assai diffuso era il temperamento ultrabilioso e impulsivo. Ciò si evince dalle statistiche militari dei riformati e dai referti delle carceri di Lucca, «i più indisciplinati dello stabilimento» erano proprio i livornesi. F. MAGRI, *La criminalità in Livorno*, cit., p. 12. Cfr. Id., *Nuova teoria generale della criminalità*, c. 1.

¹²⁸ Cfr. C. LOMBRÒSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo progetto di codice penale*, Torino, 1888, pp. 32, 33.

¹²⁹ «Malgrado soprattutto lo stesso Codice mite Leopoldino, Livorno ha mostrato una criminalità gravissima. Dal che può dedursi che se il resto della Toscana è mite, non lo è pel Codice Leopoldino, ma per le stesse ragioni meteoriche ed etniche per cui lo fu la Puglia, malgrado le pessime leggi borboniche: ragioni, che a loro volta rendono più criminosa Livorno». *Ibidem*.

vorno poteva vantare addirittura un più alto livello culturale, avendo una minor percentuale di analfabeti¹³⁰.

2.1. *Origini e cause della criminalità livornese*

Lombroso prese le mosse dalla sua teoria dell'atavismo¹³¹ per descrivere la prima causa, quella etnica, che avrebbe generato una siffatta incallita criminalità. Ragioni etniche determinarono quindi, per eredità, il proliferare della delinquenza. Si ricorreva alle ricerche storiche dei frati agostiniani Nicola Magri¹³² e Agostino Santelli¹³³ dalle quali risulta che Livorno fu popolata dai Liburni provenienti dall'Illiria, «inventori delle galeotte liburne e insigni pirati, i quali venuti a predare nel mare toscano, ove era l'antico e forse distrutto tempio di Labrone, vi edificarono una stazione o ritiro»¹³⁴.

Nonostante lo sviluppo della civiltà, Livorno avrebbe conservato lo stesso «tipo etnico», così, nella popolazione, diversa-

¹³⁰ *Ivi*, p. 32.

¹³¹ Sulla teoria dell'atavismo (sviluppata compiutamente da Lombroso ma già oggetto di discussione nel dibattito ottocentesco) e sul caso del brigante o semplice ladrunco Giuseppe Vilella (C. LOMBROSO, *Esistenza di una fossa occipitale mediana nel cranio di un criminale*, in *Archivio per l'Antropologia ed Etnologia*, 1871, vol. I, fasc. I, pp. 63 ss.; A. VERGA, *Sulla fossetta media dell'osso occipitale*, in *Archivio per l'Antropologia ed Etnologia*, 1872, vol. II, pp. 273 ss.) si rimanda a R. VILLA, *Il deviante e i suoi segni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano, 1985; ID., *L'atavismo: il ritorno al passato*, in *La scienza e la colpa: crimini, criminali, criminologi, un volto dell'Ottocento*, a cura di U. LEVRA, Milano, 1985; S. NICASI, *Atavismo: patologia di un ritorno*, in *Passioni della mente e della storia. Protagonisti, teorie e vicende della psichiatria italiana tra '800 e '900*, a cura di F.M. FERRO, Milano, 1989, pp. 363-371; M. RENNEVILLE, *Un cranio che fa luce? Il racconto della scoperta dell'atavismo criminale*, in *Il Museo di antropologia criminale Cesare Lombroso*, a cura di S. MONTALDO, P. TAPPERO, Torino, 2009, pp. 107-112; E. MUSUMECI, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato*, cit., pp. 63-68.

¹³² N. MAGRI, *Discorso cronologico della origine di Livorno in Toscana*, Livorno, 1647.

¹³³ A. SANTELLI, *Stato antico e moderno ovvero origine di Livorno in Toscana dalla sua fondazione fino all'anno 1646*, 2 voll., Firenze, 1769.

¹³⁴ F. MAGRI, *La criminalità in Livorno*, cit., p. 7.

mente da quanto accaduto in altre zone d'Italia, sarebbero rimasti alcuni caratteri ancestrali¹³⁵. L'eccesso di delitti rilevato dalla statistica e la recrudescenza della criminalità furono determinati dall'intreccio di una pluralità di cause patologiche (pazzia, alcolismo, suicidio) ma soprattutto sociali. Infatti, i livornesi «sono più resistenti alla pazzia che i loro vicini»¹³⁶, i casi di suicidio sono pari a quelli delle altre città, mentre la piaga dell'alcolismo è più grave in altri centri a bassa delinquenza.

In merito all'antagonismo pazzia-criminalità, Livorno conferma la regola. Vale a dire, sosteneva il Maudsley¹³⁷, «la delinquenza è un emuntorio della pazzia». La criminalità quindi è un fenomeno che surroga la follia¹³⁸. Proprio per questa ragione, «i popoli selvaggi, essendo criminali, omicidi, ladri professionisti, non danno che lieve contingente alla follia». Pertanto, la rivoltosa Livorno non faceva eccezione «e per l'opposto paga un basso contributo alla pazzia, mentre le popolazioni più civili e miti danno un gran numero di pazzi»¹³⁹. Infatti,

¹³⁵ A rincarare la dose contribuiva anche il Ferri, asserendo che «l'elemento slavo-illirico nel Veneto e forse a Livorno – avesse avuto – un'influenza analoga a quella del vecchio sangue latino ed anche greco come nelle Puglie e a Messina». E. FERRI, *L'omicidio*, cit., p. 274.

¹³⁶ F. MAGRI, *La criminalità in Livorno*, cit., p. 8. Trattasi di quello che Magri definiva «adattamento inferiore», il quale si verifica quando la lotta per l'esistenza viene combattuta non più con mezzi normali, ma con la «bassa violenza», ossia con il delitto; «questo adattamento inferiore, che non è possibile per alcune popolazioni, diviene possibile per quei popoli che, per il tipo etnico o per altre cause, resistono alla follia». *Ivi*, pp. 11, 12.

¹³⁷ Henry Maudsley (Giggleswick 1835-Bushey Heath 1918), neuropsichiatra e professore di medicina legale, scrisse numerosi articoli sul *Journal of Mental Science*. A lui si deve la creazione di due importanti test psicologici (*M. personality inventory* e *M. medical questionnaire*). La sua figura rimane ad oggi avvolta nel mistero. Cfr. T. TURNER, *Henry Maudsley, Psychiatrist, philosopher and entrepreneur*, in *Psychological Medicine*, August 1988, vol. 18, issue 3, pp. 551-574; M. PANTELIDOU, A.K. DEMETRIADES, *The enigmatic figure of Dr. Henry Maudsley (1835–1918)*, in *Journal of Medical Biography*, 2014, 22, pp. 180-188. Tra le opere più importanti giova menzionare *The Physiology and Pathology of Mind* (1867), *Body and Mind* (1870); *Mental Responsibility in Health and Disease* (1874); *Le crime et la folie* (1880); *Body and Will in its Metaphysical, Physiological and Pathological Aspects* (1884).

¹³⁸ Cfr. F. MAGRI, *La criminalità in Livorno*, cit., p. 11.

¹³⁹ *Ivi*, p. 10.

proseguiva Magri, «è innegabile che tale resistenza alla follia si collega intimamente ai caratteri etnici di un popolo. Se la impulsività, il vagabondaggio sono normali in una razza, è difficile che questa dia largo contingente alla pazzia, lo dà, invece, alla criminalità»¹⁴⁰.

Con riferimento invece all'alcolismo¹⁴¹, Magri contestava il nesso di causalità, evidenziato da molti alienisti¹⁴², tra consumo di sostanze alcoliche e criminalità¹⁴³. La statistica aveva già da tempo dimostrato proprio il contrario: le regioni più alcoliste risultavano essere le meno criminali. Ciò in quanto l'alcool «è un agente di dissoluzione del sistema nervoso. Per il

¹⁴⁰ *Ivi*, pp. 10, 11.

¹⁴¹ Cfr. N. COLAJANNI, *Alcolismo, sue conseguenze morali, sue cause*, Catania, 1887; cfr. F. MAGRI, *Studi intorno all'imputabilità penale*, cit., p. 6. Oltre l'alcool, tra le cause di delinquenza veniva menzionato il gioco del lotto «come speculazione dello Stato». Cfr. *ivi*, pp. 6, 7; H. COCK, *Disputatio de alea continens responsum ad questionem...*, Traiecti ad Rhenum, 1819; VON VOLZ, *Die Lotterien. Anlehen des Staats und ihr Einfluss auf die Gewerbe Oekonomie*, in *Zeitschrift für die gesammte Staatwissenschaft*, Tübingen, 1845; sugli effetti deleteri del gioco d'azzardo I. IANIN, *Le chemin de traverse*, 1836.

¹⁴² Sul termine alienismo si veda R. CASTEL, *L'ordine psichiatrico. L'epoca d'oro dell'alienismo*, Milano, 1980.

¹⁴³ Sul rapporto alcolismo-criminalità non vi era in dottrina una linea comune: si oscillava tra il rapporto diretto e indiretto o si negava *tout court* una reale incidenza del consumo di sostanze alcoliche sulla delinquenza. Veroni seguiva la teoria di Lombroso caldeggiata anche da Ferri e Lacassagne secondo la quale l'alcolismo rappresentava uno dei fattori della criminalità, poiché «determinando un pervertimento nella compagine e quindi nelle funzioni dell'organismo, dà luogo al fatto delittuoso». D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 358. Con specifico riferimento alla Provincia romana, caratterizzata da un «esteso vizio del bere» e dove aleggiava lo «spirito del dio Bacco», Veroni evidenziava il primato nazionale nel consumo di vino e al contempo il bassissimo consumo di altre tipologie di alcolici. Nelle taverne, «*regnum vini*», specialmente la domenica andava in scena la cosiddetta 'passatella romanesca', derivante da un antico uso simile a quello raccontato da Orazio. Questo «giuoco triste», questa «usanza crapulosa» riscaldava gli animi dei partecipanti, culminando in risse, ferimenti e talvolta anche in omicidi. L'euforia che si innescava a causa della «venefica potenza delle sostanze alcoliche» si sommava alla «straordinaria eccitabilità delle popolazioni», a quel temperamento regionale di cui parlava Ferri. Risultava quindi evidente il rapporto tra alcolismo e delitto: gli animi riscaldati, le menti esaltate e gli «organismi attossicati dal vino» alzava drasticamente la percentuale di violenza nelle statistiche criminali. *Ivi*, pp. 359-361.

fatto appunto che predispone alla pazzia non è che causa limitata di criminalità»¹⁴⁴. Pertanto, avvertiva Magri, quando in una popolazione la delinquenza diminuisce, è inutile gridare al progresso. Anzi, andrebbe osservata con attenzione la presenza di «altri mali paralleli» come l'alcolismo e la pazzia: «se questi si verificano, non può parlarsi di progresso. È certo che la criminalità di Livorno non cesserà se non quando, in modo speciale, saranno tolte le cause sociali, per cui si verrà a modificare anche il fattore etnico»¹⁴⁵.

Ben più rilevanti sono le cause sociali (miseria, densità della popolazione¹⁴⁶, ribellismo e prostituzione). Per la sua posizione geografica, Livorno era un paese commerciale e di movimento marittimo, un vero caleidoscopio di culture¹⁴⁷. Il commercio, un tempo fiorente, versava ormai in uno stato di profonda crisi, specialmente da quando Livorno cessò di essere porto franco. «La miseria segnò un crescendo spaventevole»¹⁴⁸: al porto giungevano al massimo due bastimenti al giorno. Si contavano centinaia di facchini e di operai inattivi, ai quali la città non riusciva a garantire sufficienti mezzi di assistenza. Le associazioni sovversive fiorivano invece rigogliose. Dai registri della Questura, risultava che a Livorno il numero delle sette era in forte aumento, facendo concorrenza addirittura all'anarchica Romagna, tanto che Lombroso la battezzò la città più rivoluzionaria di terra toscana. In tale contesto, la prostituzione dilagava e i lupanari diventavano un ricettacolo di

¹⁴⁴ F. MAGRI, *La criminalità in Livorno*, cit., p. 11.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Tra i «fattori primi determinanti il delitto», Dante Veroni inseriva, nell'analizzare la criminalità romana, «l'agglomerato di popolazione» nonché la presenza di moltissimi immigrati («popolazione avventizia»): «come nell'organismo umano tutto il sangue buono e cattivo risale al capo, a Roma pure conviene quanto di ottimo e di pessimo dà l'Italia». D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 238.

¹⁴⁷ Cfr. S. VILLANI, *Una finestra mediterranea sull'Europa: i "nordici" nella Livorno della prima età moderna*, in *Livorno 1606-1806. Luogo di incontro tra popoli e culture*, a cura di A. PROSPERI, Livorno, 2009, pp. 158-177; *La città delle nazioni. Livorno e i limiti del cosmopolitismo (1566-1834)*, a cura di A. ADDOBATI, M. AGLIETTI, Pisa, 2016.

¹⁴⁸ F. MAGRI, *La criminalità in Livorno*, cit., p. 8.

delinquenti, «e ciò in massima parte per le tristi condizioni economiche della città»¹⁴⁹.

Al cospetto di un siffatto scenario, le conclusioni del Magri non potevano che essere negative. L'influsso legislativo non garantiva alcun margine di miglioramento per la città di Livorno. Le leggi penali, l'applicazione del nuovo codice¹⁵⁰ e le leggi eccezionali (le quali secondo Magri non fecero altro che peggiorare la situazione)¹⁵¹ non diminuirono affatto la criminalità livornese.

¹⁴⁹ *Ivi*, p. 9.

¹⁵⁰ Il nuovo Codice, scriveva con toni assai critici Veroni, avrebbe potuto rappresentare un progresso se fosse stato emanato venti anni prima, «oggi invece nel giorno stesso senti il grido della sua promulgazione e della sua condanna». Ai sensi della legge di adattamento all'ambiente, alla quale ogni organismo deve obbedire, «è necessario che l'organismo di difesa sociale nella sua doppia funzione si adatti prontamente ed esattamente al nuovo ambiente». Invece, rappresenta un grave danno «avere organismi rigidi, organismi di difesa non idonei ad adattarsi con grande sensibilità ai nuovi ambienti». Infatti, i compilatori del codice puntarono tutto sul carcere senza distinguere i delinquenti correggibili dagli incorreggibili, «poi li getta entrambi nella vita dicendo loro: camminate dove volete!». La «via giusta, vera» che la legge penale dovrebbe seguire è un'altra, ossia eliminare gli incorreggibili e sottoporre a trattamento terapeutico i correggibili. Infatti, «se ogni anno s'imprigionano cento individui pericolosi, ogni anno ne escono cento. Ciò che entra da una parte esce dall'altra ... bisogna chiudere uno dei due rubinetti attraverso i quali corre perpetuamente questa corrente delittuosa e più precisamente il rubinetto donde questa corrente esce per mescolarsi novellamente alla vita onesta ... E bisogna chiudere il rubinetto della delinquenza incorreggibile e incanalare d'altra parte la delinquenza correggibile in un ambiente diverso». A tal fine il riformatorio di Elmira negli Stati Uniti, menzionato anche da Lombroso nella sua celebre opera *L'uomo delinquente*, rappresentava l'esempio più virtuoso. Così, la purificazione della delinquenza occasionale correggibile, l'avrebbe resa incapace di nuocere e sarebbe stato possibile finalmente il reinserimento «nel gran vortice della vita libera». D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., pp. 226, 227.

¹⁵¹ La mancanza di leggi adatte a reprimere la criminalità, pur non essendo la causa principale dalla quale scaturisce il delitto, «certo dà vita rigogliosa al germe pestifero della criminalità e ne determina di conseguenza l'aumento». *Ivi*, p. 227. Più in generale, come sottolineava Magri, gli studiosi vicini agli ambienti socialisti radicali puntavano il dito sulle leggi e sulle istituzioni vigenti, vere cause della delinquenza, vere sorgenti del delitto. Lo ribadiva il Puttman («*leges ineptae criminum causae*»), e lo ripetevano in coro Despin, Helvetius e Rosshirt. I seguaci della filosofia liberale accusavano la polizia di vessazioni, provocazioni, di fomentare discordie e generare tumul-

L'Autore passava infine ad illustrare i risultati dell'analisi di due «delinquenti impazziti», rinchiusi presso la casa di reclusione di Lucca. Si trattava di due recidivi condannati per furti, omicidi, vagabondaggio ed oltraggio alla pubblica forza. Questo studio, che confermava il *trend* rilevato in altre ricerche, lo conduceva ad affermare che i due delinquenti mostravano una curiosa connessione: tre anomalie (ossia degenerazione somatica, epilessia¹⁵², imbecillità) si erano innestate

ti. Pertanto, «da questi fattori si fa l'apologia delle cause attenuanti da per tutto vedono scuse per il delinquente che è trascinato al misfatto dalle stesse leggi e istituzioni politiche». F. MAGRI, *Studio intorno alla imputabilità penale*, cit., pp. 7, 8.

¹⁵² Nota sin dall'antichità, l'epilessia (volgarmente detta 'mal caduco' o 'mal di luna') era considerata un segno divino, compariva *ex abrupto* e sovrastava la mente ed i sensi. Ippocrate fu il primo ad affrancare questo *morbo sacer* (*comitialis* o *herculeus*) dalla sfera divina fornendone una spiegazione 'laica', quale eccesso di 'flegma'. Nei secoli, l'epilessia fu oggetto di pregiudizi e leggende, e fu classificata tra le «malattie dello spirito». Fondamentali furono gli studi condotti durante il XIX secolo da John Hughlings Jackson (che ipotizzò la sua origine corticale), da Étienne Esquirol (il quale la mise in relazione con le follie) e da Benedict-Augustin Morel (teorico dell'epilessia larvata). Fu poi Lombroso, insieme ad altri coevi psichiatri come Henry Maudsley, a sottoporre l'epilessia all'attenzione dei giuristi, individuandola quale causa principale della *moral insanity* nonché quale importante fattore criminogeno. Cfr. G.L. GIGLI, S. MAZZA, *Epilessia: pensiero, comportamento, emozioni*, s.l., 1982; B.M. ASSAEL, G. AVANZINI, *Il male dell'anima. L'epilessia fra '800 e '900*, Bari, 1997; E. MUSUMECI, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato*, cit., pp. 93-95; F. ROTONDO, *Diritto penale e malattia: l'epilessia al tempo di Lombroso*, in *Historia et ius*, 2013, 4, pp. 1-12. Ampia è la letteratura sul tema in parola. Sull'epilessia e sulla relazione tra accesso epilettico e criminalità si consultino G. MINERVINI, *Sull'epilessia*, Napoli, 1847; G. ZIINO, *Dell'epilessia*, Messina, 1865; C. LOMBROSO, *La pazzia morale e il delinquente nato*, in *Archivio di Psichiatria*, 1882, III, p. 377; Id., *Identità dell'epilessia colla pazzia morale e delinquenza congenita*, in *Archivio di psichiatria*, 1885, VI, pp. 1-29; Id., *Delitti di libidine* (1886), Torino, 2016, p. 56; B. ALIMENA, *I limiti*, cit., p. 27; S. OTTOLENGHI, *Epilessia e criminalità*, Siena, 1897; L. PUGLIESE, *L'epilettico di fronte al diritto*, Torino, 1902; D. MAIOLA, S. ARNAUD, *Un bambino delinquente-nato epilettico. Osservazioni e note medico legali*, 1903; E. MORSELLI, *Epilessia e criminalità*, Torino, 1914; M.U. MASINI, *Epilessia e delitto. I caratteri specifici della criminalità epilettica*, Genova, 1914; G. FREDA, *Epilessia e criminalità*, Aversa, 1938; *Epilessia, aggressività e criminalità*, 1981. Con riferimento alla delinquenza militare: L. RONCORONI, *L'epilessia nei militari*, in *Archivio di psichiatria*, 1895, XVI, p. 235; L. COGNETTI DE MARTIIS, *Delle marinaio epilettico e la delinquenza militare*, Torino, 1896; P. PUCCI, *Delle*

sopra un carattere ultra-bilioso-scrofoloso. Pertanto, i delitti commessi da questi criminali non furono altro che il prodotto di un «complicato intreccio tra degenerazione, epilessia, imbecillità, temperamento ultra-bilioso, con patente denutrizione del sistema nervoso centrale»¹⁵³.

Che Livorno fosse, da secoli, un'area ad alto tasso di criminalità non era certo una sorpresa¹⁵⁴. Quantunque lo studio del

Nevrosi nei militari considerate precipuamente sotto il rapporto medico legale, Torino, 1897. Tra le varie perizie si segnalano A. TEBALDI, *In causa di giovinetta istero-epilettica imputata d'incendio. Perizia pronunciata innanzi al R. Tribunale di Padova*, Reggio Emilia, 1876; G. ZIINO, *Mania in epilettico imputato di ferimenti gravi perizia medico-legale*, Reggio Emilia, 1877; *Epilessia larvata, pazzia morale. Perizia dei prof. E. Morselli e C. Lombroso*, in *Archivio di psichiatria*, 1885, VI, pp. 29-43; U. MENEGHETTI, A. CAINER, *Omicida epilettico. Perizia psichiatrica*, Torino, 1903. Più in generale, sui rapporti tra medicina e diritto nel XIX secolo si consultino F. ROTONDO, *Un dibattito per l'egemonia. La perizia medico-legale nel processo penale italiano di fine Ottocento*, in *Rechtsgeschichte*, 2008, XII, pp. 139-173; nonché i recenti saggi di P. SCHIRÒ, *Medicina e diritto nell'Ottocento attraverso l'opera di Lorenzo Tenchini (1852-1906)*, in *Historia et ius*, 2022, 21, pp. 1-44; L. SOLAZZI, *Follie epidemiche nel tardo ottocento. Scienza medica e diritto penale di fronte alle patologie collettive di ispirazione religiosa*, in *Historia et ius*, 2022, 21, pp. 1-40. Con specifico riferimento alle influenze dell'alienismo sul processo penale si veda M.N. MILETTI, *La follia nel processo. Alienisti e procedura penale nell'Italia Postunitaria*, in *Acta Histriae*, 2007, 15, pp. 321-346

¹⁵³ F. MAGRI, *La criminalità in Livorno*, cit., p. 13.

¹⁵⁴ Nel 1587 Ferdinando I, granduca di Toscana, diede impulso all'implementazione del porto e della 'nuova' città di Livorno. Nell'ottica di incentivare la crescita demografica della città, l'8 ottobre 1590, il granduca emanò una legge con la quale invitò a stabilirsi a Livorno manifattori, maestri d'ascia, lavoratori del legno, muratori, scalpellini, pescatori, marinai, fabbri, promettendo loro l'immunità per i debiti contratti e per i delitti perpetrati in precedenza. Nel 1591, un ulteriore provvedimento garantì la cancellazione dei debiti verso stranieri, l'esenzione dalle tasse, l'annullamento di condanne penali (ad eccezione del reato di eresia e di falsificazione di monete), agevolando altresì l'acquisto di immobili. Tale privilegio fu ampliato il 10 giugno 1593. La Costituzione cosiddetta 'livornina' era indirizzata agli ebrei nonché ai mercanti di qualsiasi 'nazione' disposti a trasferirsi a Livorno ed a Pisa. Essa garantiva libertà di culto (agli ebrei), libertà religiosa e politica, annullamento dei debiti e di altre condanne per almeno 25 anni, istituiva un regime doganale a vantaggio delle merci da esportare ed assicurava la libertà di esercitare qualsiasi mestiere. Cfr. *Privilegi immunità, ed esenzioni accordate in varj tempi alla città, e porto di Livorno*, s.l., 1795; D. EDIGATI, *Aspetti giuridici delle franchigie di Livorno: l'immunità personale in criminalibus e il*

Magri non annunciasse nulla di sensazionale né di innovativo, va segnalato come nel 1897 la sua monografia ricevette un plauso all'interno della *Rivista penale di dottrina legislazione e giurisprudenza*, soprattutto per il principio in essa enunciato: incentivare lo studio della criminalità locale, sì da scorgerne in maniera più nitida dapprima le cause e poi i possibili rimedi¹⁵⁵, specialmente in un territorio, come quello livornese, «dove si osserva veramente una strana intensità di delinquenza per una regione come la Toscana»¹⁵⁶. Anche in questo caso, come ad Artena, la diagnosi incontrava il plauso di novatori e alienisti. Il fenomeno criminoso, particolarmente diffuso e violento in queste due terre, non era il prodotto di un'unica causa bensì la risultante di un complesso di cause naturali diverse ovvero, secondo la «geniale intuizione di Enrico Ferri»¹⁵⁷, a tre fattori di indole sociale, fisica e biologica che agivano simultaneamente. Già nel 1889, in uno studio relativo alle cause della delinquenza, Magri aveva posto l'accento sulla tecnologia, rimedio ma al contempo causa di delitti. Vale a dire, le

problema dell'estradizione (secoli XVI-XVIII), in *Nuovi studi livornesi*, 2010, XVII, pp. 17-41; C. SANTUS, *Crimini, violenza e corruzione nel Bagno di Livorno: gli schiavi 'turchi' in alcuni processi del XVII secolo*, in *La città delle nazioni*, cit., pp. 93-107; A. ADDOBATI, *Un anno col Cancelliere del tribunale. La tutela dell'ordine pubblico nella Livorno del 1795*, ivi, pp. 127-152. Pertanto, le leggi 'livornine', insieme all'istituzione del porto franco e alla neutralità del porto stesso, favorirono l'insediamento di numerosi mercanti, principalmente greci, francesi, olandesi, tedeschi, armeni ed inglesi ed ogni comunità era rappresentata da propri consoli. Livorno assunse così i connotati di una vera e propria città cosmopolita, trasformandosi in uno degli empori mercantili più fiorenti e vivaci; tale contesto creò, giocoforza, un terreno fertile per lo sviluppo di un'oasi criminale. Cfr. L. FRATTARELLI FISCHER, *Le leggi Livornine 1591-1593*, Livorno, 2016; *La libertà religiosa nella Toscana granducale. Dalle 'Leggi livornine' al Concordato del 1851, Atti del seminario di studi, San Gimignano, 7 dicembre 2018*, a cura di A. NESTI, G. PICONE, San Gimignano, 2019.

¹⁵⁵ «Come prima di indicare la cura necessaria ad un ammalato occorre fare la diagnosi della sua malattia così, prima di suggerire i rimedi alla situazione presente, occorre analizzarla, scrutarne le cause e vedere ove veramente risieda il focolaio del male». S. SIGHELE, *La delinquenza settaria*, cit., p. 400.

¹⁵⁶ *Bollettino bibliografico*, in *Rivista penale di dottrina legislazione e giurisprudenza*, 1897, p. 254.

¹⁵⁷ D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 341.

principali invenzioni scientifiche compiute negli ultimi anni, come il telegrafo, lo sviluppo delle ferrovie ed i progressi della chimica e della fisica, pur rappresentando un «valido mezzo alla giustizia che indaga», costituivano un efficace rimedio «a perpetrare reati che prima richiedevano un'alta dose di audacia per sfuggire alle ricerche della polizia»¹⁵⁸. Nonostante ciò, il progresso scientifico tecnologico non si sarebbe certo dovuto arrestare; anzi, chi governa avrebbe dovuto «rimuovere uno ad uno quei ceppi che una civiltà implicata in tanti pregiudizi ci ha regalato»¹⁵⁹. Messi al bando così i preconcetti, le credenze religiose e soprattutto «quella chimera di libertà umana», ossia il libero arbitrio, si sarebbe inaugurata, per dirla con Aleksandr Herzen¹⁶⁰, una nuova era del progresso e della civiltà¹⁶¹. Insomma, la causa più profonda dei delitti risiedeva in quei pregiudizi sedimentati nelle profonde 'viscere' della società, «superficiale vernice che asconde sotto sé le più brutali sozzure, la tirannide, più esosa»¹⁶². Magri si rivolgeva infine agli scrittori più conservatori, ai cosiddetti *laudatores temporis acti*, per indicare il cammino che la scienza giuridica e le istituzioni avrebbero dovuto perseguire: «lasciate che questi pregiudizi spariscano; lasciate che cognizioni scientifiche si facciano universali, e poi vedrete come diminuiranno i delitti»¹⁶³.

¹⁵⁸ F. MAGRI, *Studio intorno alla imputabilità penale*, cit., p. 13.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 10.

¹⁶⁰ Aleksandr Aleksandrovič Gercen (Herzen) (Vladimir 1839-Losanna 1906), figlio del celebre scrittore e filosofo rivoluzionario russo Aleksandr Ivanovič, si iscrisse all'Università di Londra per coltivare lo studio delle scienze naturali. Proseguì gli studi a Berna, dove fu ospite del fisiologo Carl Vogt. Qui seguì i corsi di Moritz Schiff e si laureò in medicina nel 1861. Due anni più tardi, si trasferì a Firenze per onorare l'incarico di assistente di fisiologia e anatomia comparata della Cattedra di Schiff presso l'Istituto di Studi Superiori. Successivamente insegnò anche a Losanna. Applicò la fisiologia allo studio delle questioni filosofiche e sociali, abbracciando un materialismo dinamico simile a quello di Jacob Moleschott e Carl Vogt. Alcune riflessioni sul suo pensiero si possono trarre da L. PREVITI, *Della decadenza del pensiero italiano*, Firenze, 1885², p. 70 ss.

¹⁶¹ Cfr. A. HERZEN, *Analisi fisiologica del libero arbitrio umano*, Firenze, 1879.

¹⁶² F. MAGRI, *Studio intorno alla imputabilità penale*, cit., p. 9.

¹⁶³ *Ivi*, p. 10.

3. *'Mentre il secolo muore': riflessioni sulla criminalità in Italia alla fine del XIX secolo*

Tra le cause sociali, l'aumento della popolazione¹⁶⁴ rappresentava, secondo Giuseppe Tammeo¹⁶⁵, uno dei principali fattori criminogeni¹⁶⁶, «poiché non moltiplicandosi le sussistenze come i concorrenti al banchetto della vita, la lotta tra questi è conseguenza inevitabile»¹⁶⁷. Pertanto, per studiare da vicino il fenomeno criminale piuttosto che guardare alle campagne sarebbe stato meglio prendere in esame le grandi città. In queste 'arene', «dove la vita è febbre e le passioni sono senza limite», si crea un terreno assai fertile per qualsiasi azione delittuosa. Tuttavia, anche nelle terre più isolate o nelle città meno densamente abitate, un altro fattore contribuiva a scatenare il crimine. Le Province meridionali ad esempio versavano in uno stato di «misera generale»¹⁶⁸. Qui, furti qualificati, grassazioni, omicidi, e addirittura la vendita dei figli, vere e proprie *lacrimae rerum*, erano conseguenze inevitabili del-

¹⁶⁴ Cfr. *La Popolazione italiana nell'Ottocento. Continuità e mutamenti, Relazioni e comunicazioni presentate al convegno tenuto ad Assisi nei giorni 26-28 aprile 1983*, Bologna, 1985.

¹⁶⁵ Giuseppe Tammeo (Trinitapoli 1851-Napoli 1898), libero docente di Statistica all'Università di Napoli dove insegnò dal 1878, partecipò nel 1890 al concorso alla Cattedra di professore straordinario di Legislazione rurale, economia politica e statistica presso la Regia Scuola Superiore di Agricoltura di Portici, ottenendo il giudizio di eleggibilità. Cfr. *Gazzetta ufficiale del regno d'Italia*, 1890, parte IV, p. 1200. Fu dichiarato eleggibile anche alla Cattedra di Statistica dell'Università di Messina. Nel 1894 divenne professore incaricato e nell'ottobre 1897 straordinario. Tra le sue opere più celebri si ricordano *Saggio di statistica della popolazione*, Napoli, 1884; *La statistica*, Torino, 1896; nonché gli studi relativi al diritto criminale (*I delitti. Saggio di statistica morale*, Civitavecchia, 1882; *La prostituzione. Saggio di statistica morale*, Torino, 1890) sul colbertismo (*Il Colbertismo e sua influenza sull'industria e sul commercio*, Napoli, 1885) e sul libero arbitrio (*Di alcune questioni relative alla libertà della volontà*, Napoli, 1884).

¹⁶⁶ Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., p. 267.

¹⁶⁷ G. TAMMEO, *Pensieri sulla criminalità in Italia*, in *Archivio di Psichiatria*, 1885, VI, p. 102.

¹⁶⁸ Cfr. R. GIUFFRIDA, *Politica ed economia nella Sicilia dell'Ottocento*, Palermo, 1980; G. IMBUCCI, *Per una storia della povertà a Napoli in età contemporanea 1880-1980*, Napoli, 1985.

le desolanti condizioni sociali¹⁶⁹. Questo triste primato¹⁷⁰, che caratterizzava la Calabria, il Cilento e la Basilicata, sarebbe stato da addebitare, secondo Tammeo, alla «storia dolorosa di parecchi secoli di servaggio»¹⁷¹, alla «proprietà mal ripartita» (la ricchezza in mano di pochi)¹⁷², all'elevato numero di braccianti¹⁷³ e agli «orrendi abituri». Tutto ciò trasformava la vita in una tremenda guerra per l'esistenza. Tale contesto, caratterizzato da una sperequazione economica e sociale elevate¹⁷⁴, non faceva che accelerare la deriva morale di un popolo. Prostituzione e depravazione sessuale inoltre sovvertivano l'ordine naturale della famiglia: «i figli nati fuori dal matrimonio sono ecatombi mietuti dalla falce di una enorme mortalità ... la scomparsa di uno stato medio tra il proletariato e la plutocrazia genera le maggiori calamità sociali»¹⁷⁵. Questo diva-

¹⁶⁹ Cfr. G. FARRELL-VINAY, *Povertà e politica nell'Ottocento. Le opere pie nello Stato liberale*, Torino, 1997.

¹⁷⁰ Attenuato solo in parte dalla grande emigrazione; *contra* in Germania Georg Mayr. Cfr. G. TAMMEO, *Pensieri sulla criminalità in Italia*, cit., pp. 104, 105.

¹⁷¹ *Ivi*, p. 104.

¹⁷² La ricchezza individuale e non sociale produce ozio, lusso e tirannide di pochi; ed il servilismo, l'ignoranza, la corruzione delle masse affretta la dissoluzione di un popolo: infatti, scriveva Tammeo, «la miseria genera abiettezza e l'abiettezza dei del maggior numero dà luogo alla tracotanza dei pochi». *Ivi*, p. 105. Sul rapporto tra miseria, ricchezza e crimine si era già espresso il direttore del Manicomio di S. Anna a Lucca Ettore Fornasari di Verce. Non sempre la grande ricchezza assoluta assicurava assenza di indigenti anzi, «la miseria raggiunge per una specie di legge fatale il suo più crudele grado di intensità nei paesi più ricchi», nei quali solitamente la ricchezza è concentrata nelle mani di pochi. Da qui, notava Veroni, nasce una «forte tendenza a delinquere». D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 352; cfr. E. FORNASARI DI VERCE, *La criminalità e le vicende economiche d'Italia dal 1873 al 1890 e osservazioni sommarie per il Regno Unito della Gran Bretagna e Irlanda (1840-1890) e per la Nova Galles del Sud (1882-1891)*, Torino, 1894, p. 15.

¹⁷³ Cfr. A. PROSPERI, *Un volgo disperso. Contadini d'Italia nell'Ottocento*, Torino, 2019.

¹⁷⁴ Cfr. G. MORI, *The Process of Industrialisation in General and the Process of Industrialisation*, in P. BAIROCH, M. LÉVY-LEBOYER, *Italy. Some Suggestions, Problems and Questions, in Disparities in Economic Development since the Industrial Revolution*, London, 1981, pp. 151-164.

¹⁷⁵ G. TAMMEO, *Pensieri sulla criminalità in Italia*, cit., p. 105.

rio si radicalizzò soprattutto in seguito all'unità d'Italia, trasformandosi in un abisso.

Anche l'abuso di sostanze alcoliche¹⁷⁶ rappresentava una causa da non sottovalutare, sebbene non fosse la principale. «Le bevande inebrianti portano la devastazione dell'organismo umano», promuovendo la pazzia e l'imbecillità, nonché agevolando «quel disordine interiore per cui si corrompe la coscienza dei bevitori», di coloro che sentono il bisogno di «affogare le ambascie del cuore» nell'alcool, scriveva Tammeo. Molti reati di sangue venivano perpetrati proprio nei giorni di festa o a ridosso di festività, «giorni di orgia per l'operaio ... e di dolore per la famiglia che in questi giorni è più abbandonata». Tuttavia, nonostante l'Italia fosse «la più sobria nazione d'Europa per vini e bevande spiritose», essa dava «il maggior contingente di tutti i reati più esecrandi». Proprio per questo, Tammeo puntava il dito sulle drammatiche condizioni sociali del Regno, caratterizzate da salari miseri, da una classe rurale che ignorava i propri diritti, e da un aumento vertiginoso dei prezzi dei combustibili e dei beni di prima necessità¹⁷⁷.

La scienza¹⁷⁸, «sacra veggente» di un nuovo mondo, e l'istruzione, «leva più potente di civiltà»¹⁷⁹, costituivano talvol-

¹⁷⁶ Cfr. W. McCORD, J. McCORD, *The origins of alcoholism*, Stanford, 1960; A. COTTINO, *La questione sociale dell'alcool da Lombroso a Ferri*, in *L'alcool nella società*, Torino, 1985, pp. 11-32.

¹⁷⁷ Per un quadro relativo all'assetto economico-sociale del Regno d'Italia si rimanda ad A. GRADILONE, *Storia del sindacalismo*, III.1. *Italia*, Milano, 1959, pp. 1-56; G. LUZZATTO, *L'economia italiana dal 1861 al 1894*, Torino, 1968; M. ROMANI, *Storia economica d'Italia nel secolo XIX (1815-1882)*, 2 voll., Milano, 1976; V. ZAMAGNI, *Industrializzazione e squilibri regionali in Italia. Bilancio dell'età giolittiana*, Bologna, 1978; A. MADDISON, *A Revised Estimate of Italian Economic Growth, 1861-1989*, in *BNL Quarterly Review*, 1991, 177, pp. 225-241; F. BARRA, *Economia e società nell'età liberale*, in *Id.*, *Lo Stato unitario*, Pratola Serra, 1996; V. CASTRONOVO, *Storia economica d'Italia. Dall'Ottocento ai giorni nostri*, Torino, 1995.

¹⁷⁸ Sulla scienza italiana tra Risorgimento e Unità si vedano *I congressi degli scienziati italiani nell'età del positivismo*, a cura di G. PANCALDI, Bologna, 1983; M. CIARDI, *Reazioni tricolori. Aspetti della chimica italiana nell'età del Risorgimento*, Milano, 2010.

¹⁷⁹ G. TAMMEO, *Pensieri sulla criminalità in Italia*, cit., p. 106. Per uno sguardo al tema dell'istruzione in Italia nell'Ottocento si consultino G. BONETTA, *Storia della scuola e delle istituzioni educative. Scuola e processi formativi*

ta un incentivo al crimine, generando nuove tipologie di reati 'di classe' e avvinghiando nel turbine del delitto anche le donne¹⁸⁰. Infatti, non sempre la criminalità diminuiva innanzi alla diffusione della cultura¹⁸¹, anzi si notava una recrudescenza di alcuni reati proprio tra chi esercitava professioni liberali e tra le classi più colte¹⁸²: «si è creduto che coll'apprendere a leggere a scrivere a far di conti il cafone, il cozzale, il povero contadino delle marcite lombarde si sentisse trasformare tutta l'anima»¹⁸³. Anzi, in quest'epoca di transizione «che raccoglie ed avvicina mille contrasti»¹⁸⁴, sull'onda di uno sfrenato progresso tecnologico¹⁸⁵, si era sviluppata una criminalità settaria prima inesistente, quella dei 'delinquenti professiona-

in Italia dal XVIII al XX secolo, Firenze, 1997; *L'istruzione in Italia tra Sette e Ottocento*, a cura di A. BIANCHI, Brescia, 2007; F. DE GIORGI, A. GAUDIO, F. PRUNERI, *Manuale di storia della scuola italiana. Dal Risorgimento al XXI secolo*, Brescia, 2019.

¹⁸⁰ «Il numero delle donne delinquenti – scriveva Lombroso nel 1881 – aumenta ogni anno nei paesi più colti evidentemente gli è perché la maggiore istruzione letteraria e industriale fornisce a donne che non sarebbero organicamente ree uno stimolo affatto nuovo a peccare». C. LOMBROSO, *Delinquenti d'occasione*, in *Archivio di Psichiatria*, 1881, II, p. 314.

¹⁸¹ «Bona educatio puerorum via minuendorum criminum in civitatibus», esclamava il Bauman nel 1795. Troppo astratto appariva questo brocardo agli occhi del Magri: egli infatti metteva in luce come ormai i delitti commessi nella 'gentile' e 'istruita' città crescessero sensibilmente rispetto a quelli perpetrati nella 'rozza' e 'ignorante' campagna. Cfr. F. MAGRI, *Studio intorno alla imputabilità penale*, cit., p. 13.

¹⁸² Cfr. S. SIGHELE, *La delinquenza settaria*, cit., p. 385. La delinquenza aveva infatti ormai cambiato forma: «da selvaggia e brutale ch'essa era, è divenuta gesuiticamente civile; la ferocia ha ceduto il campo alla frode, la violenza all'astuzia; il delinquente moderno, anziché coi muscoli, combatte col cervello. E ciò costituisce per lui un immenso vantaggio». *Ibidem*; cfr. sulla criminalità economica R. CANOSA, *Storia della criminalità in Italia*, cit., 228-249.

¹⁸³ G. TAMMEO, *Pensieri sulla criminalità in Italia*, cit., p. 107.

¹⁸⁴ S. SIGHELE, *La delinquenza settaria*, cit., p. 391.

¹⁸⁵ Cfr. V. HUNECKE, *Cultura liberale e industrialismo nell'Italia dell'Ottocento*, in *Studi storici*, 1977, anno XVIII, IV, pp. 23-32; C.G. LACAITA, *Sviluppo e cultura. Alle origini dell'Italia industriale*, Milano, 1984; R. GIANNETTI, *Tecnologia e sviluppo economico italiano 1870-1990*, Bologna, 1998; M. VASTA, *Innovazione tecnologica e capitale umano in Italia (1880-1914). Le traiettorie della seconda rivoluzione industriale*, Bologna, 1999; E. TEMPESTINI, *Passaggiando nell'800. Immagini di un secolo in progresso*, Firenze, 2012; M. COGLI-

li' che Sighele definiva 'evolutiva' o 'fraudolenta'. La criminalità aveva ormai mutato forma, anch'essa finiva per diventare 'vittima' della legge dell'evoluzione, tuonava Sighele. Infatti, i reati della società bancaria¹⁸⁶ e borghese (i cosiddetti *white collar crimes*)¹⁸⁷ non erano altro che trasformazioni del brigantaggio. Si stagliavano così sull'orizzonte di fine secolo due tipologie di criminalità, quella 'atavica', propria delle «civiltà primitive inferiori non completamente evolute»¹⁸⁸, e quella 'moderna' propria dei popoli civilizzati e progrediti. La prima, «detrito ereditario»¹⁸⁹ del passato, era violenta, energica e spietata; quest'ultima, invece, 'raffinata', silente e mite ma altrettanto crudele, anzi «più perversa nell'intenzione»¹⁹⁰.

In realtà, l'istruzione non avrebbe mai potuto compiere il miracolo di «arrestare la dissoluzione interiore di un popolo», né di «infondere in un corpo vecchio il sangue della gioventù, ricreando il carattere, e destando nell'animo delle masse nuovi ideali, quasi che le idee e non i sentimenti muovessero le

TORE, "Mostrare il moderno", *Diacronie*, n. 18, 2, 2014, <http://journals.openedition.org/diacronie/1159>.

¹⁸⁶ Si pensi, ad esempio, allo scandalo della Banca Romana, celebre caso politico-finanziario che, tra il 1892 ed il 1894, coinvolse il Governatore della banca stessa, numerosi ministri, parlamentari e giornalisti italiani. Cfr. C. LOMBROSO, G. FERRERO, *Sui recenti processi bancari di Roma e Parigi*, in *Archivio di Psichiatria*, 1893, XIV, pp. 191-198; N. COLAJANNI, *Banche e parlamento. Fatti, discussioni e commenti*, Milano, 1893; *Processo della banca romana. Arringa dell'avvocato Carlo Altobelli*, Roma, 1894; e più in generale sulla delinquenza bancaria R. LASCHI, *La delinquenza bancaria nella sociologia criminale nella storia e nel diritto*, Torino, 1899. Sul primo scandalo del Regno, in relazione al quale fu istituita una Commissione parlamentare e un'inchiesta penale si veda da ultimo C. BERTONI, *Romanzo di uno scandalo. La Banca Romana tra finzione e realtà*, Bologna, 2018. Per un breve approfondimento intorno ad altri scandali bancari si consulti R. CANOSA, *Storia della criminalità in Italia*, cit., pp. 240-246.

¹⁸⁷ Cfr. E.H. SUTHERLAND, *White Collar Criminality*, in *American Sociological Review*, 1940, 5/1, pp. 1-12; ID., *White collar crime*, New York, 1949; G. MAROTTA, *Teorie criminologiche*, cit., pp. 164-175; S. WILSON, *The Origins of Modern Financial Crime. Historical Foundations and Current Problems in Britain*, London-New York, 2014; J. BENSON, *White-Collar Crime in Late Nineteenth and Early Twentieth-Century Britain*, London-New York, 2019.

¹⁸⁸ D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 229.

¹⁸⁹ S. SIGHELE, *La delinquenza settaria*, cit., p. 392.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

masse»¹⁹¹. Così, la scienza «potrebbe sì dare un nuovo contenuto, quando trova una materia che lo ricava, altrimenti è come un sole, che irradia nel vuoto, senza poter formare attorno a sé il suo sistema e va in cieli più lontani, cercando materia più giovane e più feconda»¹⁹². L'istruzione avrebbe potuto rappresentare una vera arma contro i delitti solo allorché fosse stata in grado di riformare nel profondo lo spirito di un popolo. Un popolo in cui «non manca la fede, l'entusiasmo, il coraggio morale, tutte le forze interiori che ad ora ad ora sono gli ideali dell'umanità e che sono le sorgenti della vita»¹⁹³.

«Si è presi da un certo senso melanconico», ammetteva con amarezza Tammeo, quando si riflette sul rapido incremento della delinquenza in Italia. Questo è sintomatico del fatto che buona parte della popolazione «è guasta nella sua vita organica e nella sua vita sociale»¹⁹⁴. Diversamente da quanto accadeva in altri Paesi, la donna in Italia rappresentava ancora il baluardo dei tradizionali valori domestici¹⁹⁵, «i più potenti preservativi contro la cresciuta delinquenza»¹⁹⁶. Pertanto, escludendo la depravazione femminile e, di conseguenza, la disorganizzazione della famiglia, la criminalità affondava le radici non già in difetti organici e nel decadimento della razza bensì in mali soprattutto sociali. Tra tutti i flagelli sociali, il più grave, tremendo e ignominioso era quel «morboso sentimento di compassione pe' rei» particolarmente diffuso nelle nostre Corti d'assise¹⁹⁷. Questo atteggiamento spianava la stra-

¹⁹¹ G. TAMMEO, *Pensieri sulla criminalità in Italia*, cit., p. 105

¹⁹² *Ivi*, pp. 107, 108.

¹⁹³ *Ivi*, p. 108.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ Cfr. M. DE GIORGIO, *Le italiane dall'Unità a oggi. Modelli culturali e comportamenti sociali*, Roma-Bari, 1992; F. BERTINI, *Il libero pensiero e i diritti sociali delle donne negli anni Settanta dell'Ottocento*, Maria Alimonda Serafini, in *Partiti e movimenti politici fra Otto e Novecento. Studi in onore di Luigi Lotti*, a cura di S. ROGARI, Firenze, 1999; A. PESCAROLO, *Il lavoro delle donne nell'Italia contemporanea*, Roma, 2019.

¹⁹⁶ G. TAMMEO, *Pensieri sulla criminalità in Italia*, cit., p. 108.

¹⁹⁷ Tamassia invece metteva in evidenza l'eccessiva «tenerezza» verso i criminali condannati al carcere («soggiorno abbastanza confortabile») nonché l'abuso dei provvedimenti di grazia e delle attenuanti. Cfr. A. TAMASSIA, *Gli ultimi studi sulla criminalità*, cit., p. 44. Il medico mantovano Arrigo Tamass-

da al delitto ed era dovuto principalmente ad uno studio assai superficiale delle nuove dottrine fisiologiche sulla natura dei delinquenti e «sulla mancanza del libero arbitrio nei fatti umani»¹⁹⁸. Per dirla con il celebre brocardo, «ormai fatto dive-

sia (Poggio Rusco 1848-Padova 1917) succedette a Lombroso nella Cattedra pavese di Medicina Legale. Nel 1883, si trasferì a Padova per ricoprire la medesima Cattedra. Dal 1889 al 1892 fu preside della Facoltà di Medicina e nel 1909 fu nominato senatore del Regno. La medicina legale italiana deve molto ai suoi approfonditi studi, come rilevava il decano della Facoltà di Medicina di Nancy Gabriel Tourdes (cfr. G. TOURDES, E. METZQUER, *Traité de médecine légale théorique et pratique*, Paris, 1896, p. 26). Si occupò di malattie mentali ed epilessia (tradusse l'opera del Maudsley, *La responsabilità nelle malattie mentali... versione del dottor Arrigo Tamassia dalla seconda edizione inglese [col consenso dell'autore]*, Milano, 1875; *In causa di bigeato simulazione di pazzia epilettica*, in *Rivista sperimentale di freniatria e di medicina legale in relazione con l'antropologia e le scienze giuridiche e sociali*, 1878, IV, pp. 681-709; *Del concetto clinico dell'epilessia e dell'influenza di questa sull'imputabilità*, in *Rivista sperimentale di freniatria e medicina legale*, 1878, IV, f. I, pp. 196-216; *La diagnosi medico-forense dell'epilessia*, in *Rivista sperimentale di freniatria e di medicina legale*, 1881, VII, f. IV, pp. 292-306); omosessualità (*Sull'inversione dell'istinto sessuale*, in *Rivista sperimentale di freniatria e di medicina legale*, 1878, IV, f. I, pp. 97-117); alcoolismo (*Note sulla medicina legale dell'alcoolismo*, in *Rivista sperimentale di freniatria e di medicina legale, in relazione con l'antropologia e le scienze giuridiche e sociali*, 1886, XI, pp. 193-207). Si legga altresì la prolusione recitata presso l'Università di Padova il 28 novembre 1883: *Aspirazioni della medicina legale moderna*, Padova, 1883. Sul Tamassia si veda la *Commemorazione del Prof. Sen. Arrigo Tamassia tenuta dal Prof. Achille Breda*, in *Atti del Reale Istituto veneto di scienze, lettere ed arti*, 1919, LXXIX, n. 1, pp. 155-160.

¹⁹⁸ G. TAMMEO, *Pensieri sulla criminalità in Italia*, cit., p. 108. Assai estesa è la letteratura in tema di libero arbitrio e responsabilità penale; si vedano su tutti gli scritti di Tancredi CANONICO (*Il delitto e la libertà del volere*, Torino, 1875); la prolusione di Enrico PESSINA (*Il libero volere. Prolusione al corso di diritto penale letta nella Regia Università di Napoli il 20 dicembre 1875*, Napoli, 1876); Ferdinando MECACCI (*Sulla teorica dell'imputabilità morale nel delitto. Prolegomeni*, Roma, 1882); Francesco CARRARA (*Libertà e spontaneità. Prolusione al corso di diritto e procedura penale [28 novembre 1882]*, in Id., *Reminiscenze di cattedra e foro dell'avvocato Francesco Carrara*, Lucca, 1883, pp. 508, 509); contra Enrico FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878 (volume apprezzato anche da Luigi LUCCHINI, autore di una lusinghiera recensione, cfr. *Bollettino bibliografico della Rivista Penale*, 1878-1879, p. XVII); Id., *Uno spiritista del diritto penale*, Torino, 1887; C. LOMBROSO, E. FERRI, R. GAROFALO, G. FIORETTI, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, Bologna, 1886. In merito alle critiche sollevate nei confronti della 'nuova scuola' si consultino le celebri riflessioni di Luigi LUC-

CHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, Torino, 1886 («la critica più completa contro la nuova scuola» cfr. F. MAGRI, *Studio intorno all'imputabilità penale*, cit., p. 12; A. STOPPATO, *Recensione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1887, II, fasc. III, disp. 6, pp. 479-483); nonché di Enrico PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria fino alla promulgazione del Codice Penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, II, Torino, 1906, pp. 541-768. Si veda anche il giudizio 'conciliatorio' di Federico Benevolo (*La scuola classica e la nuova scuola positiva*, Torino, 1886, pp. 52, 53). Per un quadro sulla dottrine penalistiche sorte nel XIX secolo si rinvia a M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale 1883-1912*, in *Quaderni Fiorentini*, 1973, 2, 556-642; G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in *Il positivismo e la cultura italiana*, a cura di E.R. PAPA, Milano, 1985, pp. 47-61; F. COLAO, *Le ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli, 1986, pp. 107-123; M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La Rivista penale di Luigi Lucchini 1874-1900*, in *Quaderni Fiorentini*, 1987, 16, pp. 105-183; E. DEZZA, *Imputabilità e infermità mentale: la genesi dell'art. 46 del codice Zanardelli*, in *Id.*, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano, 1992, pp. 281-316; *Id.*, *Tra scuola classica e scuola positiva. Antonio Buccellati e le "Istituzioni di diritto e procedura penale" (1884)*, in *Saggi di storia del diritto penale moderno*, pp. 391-423; C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Otto e Novecento*, in *Storia d'Italia* (Annali 12), Torino, 1997, pp. 7-34; M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie ed ideologie del diritto penale nell'Italia Unita*, in *Id.*, *Storia del diritto penale e della giustizia*, I, cit., pp. 493-590; F. COLAO, *Le scuole penalistiche, in Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, pp. 349-356; P. MARCHETTI, *La Scuola Positiva e i nuovi orizzonti del diritto penale tra pericolosità criminale e rischio sociale*, in *Diritto penale XXI secolo transnazionale storico comparato politico*, 2016, pp. 350 ss.; R. BARTOLI, *Scuola positiva e scuola classica del diritto penale nella prospettiva di Mario Calderoni*, in *Quaderni Fiorentini*, 2016, 45, n. 1, pp. 385-405; P. SCHIRÒ, *Da Pietro Ellero a Enrico Ferri: la genesi della penalistica sociale*, in *Italian Review of Legal History*, 2021, 7, pp. 257-294; E. D'AMICO, *Andante ma non troppo. Luigi Majno e la scuola positiva tra moderazione e riforma*, Torino, 2022. Sui precursori della Scuola positiva e sull'eredità della stessa si consultino G. MAROTTA, *Teorie criminologiche. Da Beccaria al postmoderno*, Milano, 2004, pp. 63-66; nonché i contributi raccolti nel volume *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, a cura di P. PITTARO, Trieste, 2012. Un'efficace ed approfondita sintesi relativa al dibattito ottocentesco ed attuale sul libero arbitrio è quella di E. MUSUMECI, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato*, cit., pp. 135-173; si vedano altresì *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, a cura di M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, Torino, 2010; M.S. GAZZANIGA, *Who's in Charge? Free Will and the Science of the Brain*, New York, 2011; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016; L. MILAZZO, *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Torino, 2018; C. LATINI, *Storia di un giurista eretico. Il diritto e il processo penale nel pensiero di Enrico Ferri*,

nir noioso», coniato da Adolphe Quételet¹⁹⁹: «la società prepara i delitti, l'assassino è lo strumento che li esegue»²⁰⁰.

I delinquenti, come ogni altro individuo, non sono liberi nelle proprie azioni ma poiché sono «sconvolti di mente o perversi nella coscienza», lo Stato «ha l'indeclinabile dovere di difendere la società da questi folli o perversi» e dall'altro «quello non meno sacro di cercare tutti i rimedi per la loro guarigione»²⁰¹. La società, concludeva Tammeo, è il grande ammalato. Pertanto, come fa il chirurgo, «bisogna portare il ferro inesorabile alla radice del male»: *quod medicina non sanat, ferrum sanat, quod ferrum non sanat, ignis sanat*.

Qualche anno più tardi, Enrico Ferri avrebbe sottolineato l'importanza e l'urgenza di un'approfondita indagine sulla 'criminalità regionale', in quanto «le cifre totali danno solo la fisionomia generale e non tutti i reati né tutte le regioni

Napoli, 2018, pp. 43-77. Sull'applicazione delle neuroscienze in campo penale si consultino A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Rivista penale*, 2010, 1, pp. 75-78; P. MARCHETTI, *L'inconscio in tribunale. Azioni incoscienti e diritto penale. Da Charcot alle neuroscienze*, Milano, 2014; O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze?*, Torino, 2019; P. MARCHETTI, *Un'indagine filosofica. Diritto penale e neuroscienze in un romanzo di Philip Kerr*, in *Immaginare il futuro del diritto. Narrazioni utopiche, distopiche e ucroniche*, a cura di G. ROSSI, D. VELO DALBRENTA, C. PEDRAZZA GORLERO, Napoli, 2021, pp. 105-114; e da ultimo, con un taglio più ampio, *Neuroetica. Interpretare e orientare la rivoluzione delle neuroscienze*, a cura di A. LAVAZZA, V.A. SIRONI, Roma, 2022. Più in generale, per un'ampia indagine (anche dal punto di vista cronologico) sul concetto di libero arbitrio si consulti *Paths in free will. Theology, philosophy and literature from the late Middle Ages to the Reformation*, a cura di L. GERI, C. HOUTH VRANGBAEK, P. TERRACCIANO, Roma, 2020. Sulla criminologia postmoderna appare utile un rinvio a G. MAROTTA, *Teorie criminologiche*, cit., pp. 191-213.

¹⁹⁹ Sul matematico e 'padre' della statistica moderna Lambert Adolphe Jacques Quételet (Gand 1796-Bruxelles 1874) si veda K. DONNELLY, *Adolphe Quetelet, social physics and the average men of science, 1796-1874*, Pittsburgh, 2016.

²⁰⁰ G. TAMMEO, *Pensieri sulla criminalità in Italia*, cit., p. 109.

²⁰¹ *Ibidem*. Cfr. con riferimento ai reati commessi dai minori l'articolo *Delinquenza precoce*, in *La Civiltà Cattolica*, 1909, II, pp. 6-8. Sulla categoria della 'delinquenza minorile' e sul caso di Mezzojuso del 1890 (illustrato da Sighele ne *Il mondo criminale italiano*, cit., pp. 13-57) si veda M. GIBSON, *Nati per il crimine*, cit., pp. 247-295.

seguono lo stesso andamento»²⁰². Sarebbe idilliaco pensare ad un azzeramento dei crimini²⁰³. La legge di saturazione criminosa infatti postula un *minimum* di delinquenza in ogni comunità, a causa di fattori antropologici, fisici e sociali. D'altronde, «la perfezione – esclamava Ferri – non è della vita umana»²⁰⁴. Quantunque l'orizzonte cui mirava la Scuola positiva fosse la garanzia dell'ordine sociale²⁰⁵ tramite un ampio ventaglio di sostitutivi penali²⁰⁶ (di ordine economico, politico,

²⁰² E. FERRI, *Sociologia criminale. Terza edizione completamente rifatta dei Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, 1892, p. 258 (la prima edizione dei *Nuovi orizzonti* invece fu pubblicata a Bologna nel 1881 allorché Ferri era professore incaricato presso l'Università felsinea).

²⁰³ «Una delinquenza v'è e vi sarà sempre. Al pari del raccolto della terra, che cresce o diminuisce a seconda dei mutamenti dell'atmosfera, anche il reato diminuisce o cresce a seconda che vengano più o meno smosse le sue infau-te sorgenti, ma non se ne vedrà mai arrestata la sua riproduzione». A. PAVIA, *Studi sulla criminalità in Italia*, cit., p. 4.

²⁰⁴ E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., p. 313.

²⁰⁵ Dato il delitto, la società, lungi dal vendicare l'offesa, imporre l'espiazione del peccato o tantomeno tentare di emendare il reo, dovrebbe considerarlo quale «effetto di anormalità individuali e come sintomo di patologia sociale, che richiede necessariamente l'isolamento degli elementi d'infezione ed il risanamento dell'ambiente, in cui se ne svolgono i germi». E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, in *Archivio di Psichiatria*, 1882, III, p. 54.

²⁰⁶ Si veda sul punto E. FERRI, *Dei sostitutivi penali*, estratto da *Archivio di Psichiatria*, 1880, I, pp. 3-61; Id., *Sociologia criminale*, cit., p. 312 ss.; nonché le considerazioni del 'critico benevolo' dell'opera di Ferri, Raffaele GAROFALO, sulla denominazione 'sostitutivi penali' (*Criminologia*, cit., p. 201). Non tardarono ad arrivare aspre critiche: Lucchini, nel recensire l'opera del Ferri, rimproverò a quest'ultimo, bollato quale 'invasore delle scienze sociali', di aver disertato il campo del diritto. I sostitutivi infatti, considerati estranei al 'mondo del giure', non sostituivano nulla, riducendosi a meri strumenti, talvolta stravaganti, volti a rimuovere le cause di alcuni delitti (cfr. L. LUCCHINI, *Bollettino Bibliografico della Rivista Penale*, 1880-1881, VIII, p. 271; F. BENEVOLO, *La scuola classica e la nuova scuola positiva*, cit., p. 40; *contra* F. TURATI, *Sulle critiche alla nuova scuola antropologica penale*, in *Archivio di antropologia criminale, psichiatria, medicina legale e scienze affini*, 1881, II, pp. 354-364). Intono al dibattito relativo ai sostitutivi penali si consultino S. PIPERNO, *La nuova scuola di diritto penale in Italia. Studio di scienza sociale*, Roma, 1886, pp. 79, 80; U. CONTI, *Intorno alle nuove dottrine in diritto penale con particolare riguardo alla pena di morte*, Bologna, 1886, p. 30 ss.; C. LOMBROSO, E. FERRI, R. GAROFALO, G. FIORETTI, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, cit., pp. 230, 288; R. DALLA MOLE, *Wagnerismo penale*, Vicenza, 1887, p. 47 ss.; N. PINSERO, *Misericordia e delitto. Di alcuni sostitutivi penali*, Firenze, 1898; U. DE BO-

scientifico, religioso, familiare ed educativo), per quell'indomito e tracotante *minimum* di criminalità le pene avrebbero rappresentato «l'ultimo e imprescindibile rimedio per quanto poco vantaggioso contro le inevitabili manifestazioni dell'attività criminosa»²⁰⁷. Quella 'porzione' indelebile di delinquenza, assai accentuata ad Artena e Livorno ma presente in ogni angolo della penisola con sfumature assai diverse a causa di variabili socio-economiche, è inevitabile. Come dalla società è inseparabile il diritto così quest'ultimo è intimamente legato al reato. Per dirla con un adagio settecentesco: «quando nacque il vizio, li nacque gemello il gastigo per farli argine»²⁰⁸. I legislatori e la scienza giuridica, troppo concentrati sui Codici, avevano tralasciato e sottovalutato la prevenzione sociale (occupandosi al massimo di quella di polizia²⁰⁹) preferendo la

NIS, *Il diritto penale italiano nelle due scuole predominanti*, Roma, 1893, p. 60; A. FRASSATI, *Diritto penale o sociologia criminale?*, Torino, 1892, p. 39; P. TUOZZI, *La nuova scuola penale nella storia*, estratto dal *Foro penale*, Roma, 1892, p. 6; C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, cit., pp. 312 ss. Nella breve recensione al volume *La science pénitentiaire, son domaine et sa méthode* licenziato nel 1901 da Paul CUCHE (Lunéville 1868-Allevard 1943), docente a Grenoble, Lombroso, con una certa soddisfazione, scriveva: «Noi vediamo in tutto ciò già un bel progresso in quel gruppo francese che finora s'era mostrato ostile ad ogni nuova idea, i sostitutivi penali del Ferri cominciano infatti a far capolino». Sull'argomento in parola si rimanda a R. BISI, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano, 2004, pp. 87-96. Più in generale, per un approfondimento su Enrico Ferri (San Benedetto Po 1856-Roma 1929), oltre alla monografia di Roberta Bisi, si vedano F.L. SIGISMONDI, *La funzione pratica della giustizia punitiva. Le prolusioni di Enrico Ferri*, Roma, 2013; F. COLAO, *Ferri, Enrico*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, I, cit., pp. 849-852; A. ORDILE, *Il positivismo penalistico di Enrico Ferri. Criminogenesi del delitto*, Cosenza, 2015; C. LATINI, *I 'segni' della devianza e la criminalità dei poveri. Pena e prevenzione nel pensiero di Enrico Ferri, un socialista fuzzy*, in *Historia et ius*, 2017, 11, pp. 1-12; ID., *Storia di un giurista eretico*, cit.; e sul progetto di Codice penale elaborato da Ferri: M. MESSINETTI, *Tra il vecchio e il nuovo ordine penale. Il progetto di Codice penale italiano per i delitti di Enrico Ferri*, Napoli, 2020.

²⁰⁷ E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., p. 313.

²⁰⁸ Archivio di Stato di Mantova, Fondo *Gonzaga*, b. 3448 (Voto del capitano di giustizia, 27 agosto 1754, causa Monari); cfr. A. AGRÌ, *La giustizia criminale a Mantova in età asburgica: il Supremo Consiglio di Giustizia (1750-1786)*, 2 voll., Roma, 2019, p. 356.

²⁰⁹ Questa infatti si limitava a impedire i reati, quella sociale invece «si spinge fino alle remote origini del delitto per impedirne i germi più lontani». E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., p. 359.

più immediata e ‘appagante’ repressione «cui troppo spesso è affidata la difesa sociale»²¹⁰. Anche le energiche leggi speciali²¹¹ costituivano un rimedio facile quanto illusorio. Insomma, *dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur*, asseriva con ironia Ferri. Il giurista mantovano invece individuava nelle riforme sociali²¹² il più valido deterrente. L’anima di questi antidoti²¹³ (ossia i sostitutivi, «provvedimenti paralleli alla repressione penale»²¹⁴) risiede nella speranza di modificare la mentalità del legislatore. Quest’ultimo avrebbe dovuto *in primis* «ricorrere alla prevenzione sociale, per quanto difficile, prima della repressione per quanto più facile»²¹⁵. Il legislatore attuale invece continuava ad avvalersi dei soliti mezzi repressivi, dimostrandosi affezionato seguace del ‘metodo del salasso’. Come la vecchia medicina curava tutti i morbi con il salasso per espellere la ‘*materia peccans*’, così il legislatore ricorreva sempre al carcere²¹⁶. Per tentare di eliminare o quanto me-

²¹⁰ *Ivi*, p. 313. Invece, sosteneva Ferri, la pena non era un rimedio efficace «quando oltre e prima di essa, non si provveda con altri mezzi a neutralizzare o diminuire l’azione dei fattori sociali della criminalità». *Ivi*, p. 296.

²¹¹ Cfr. anche con riferimento al brigantaggio R. MARUCCI, *Emergenza e tutela dell’ordine pubblico nell’Italia liberale. Regime eccezionale e leggi per la repressione dei reati di brigantaggio, 1861-1865*, Bologna, 1980; e in relazione all’anarchismo: R. CANOSA, A. SANTOSUOSSO, *Magistrati, anarchici e socialisti. Alla fine dell’Ottocento in Italia*, Milano, 1981. Per un ampio panorama dottrinale, normativa e giurisprudenziale si rinvia a F. COLAO, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da ‘delitto fittizio’ a ‘nemico dello Stato’*, Milano, 1986; M. SBIRICOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal ‘programma’ di Carrara al ‘trattato di Manzini*, in *Id.*, *Storia del diritto penale e della giustizia*, t. II, pp. 725-818.

²¹² Cfr. M. PUNZO, *Turati e le riforme*, in *Riforme e istituzioni fra Otto e Novecento*, a cura di L. CAVAZZOLI, C.G. LACAITA, Manduria, 2002, pp. 113-150.

²¹³ «Questi potrebbero formare un codice preventivo da contrapporsi a quasi ogni articolo del codice penale»: modificando questi fattori, il legislatore avrebbe potuto «correggere l’andamento della criminalità». In nome della difesa sociale e dell’elevazione morale della popolazione anche il più piccolo progresso del sistema di prevenzione sociale sarebbe stato ben più importante ed efficace nel lungo periodo della pubblicazione di un intero codice penale. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., pp. 352, 355.

²¹⁴ *Ivi*, p. 314.

²¹⁵ *Ivi*, p. 354.

²¹⁶ Sulla situazione carceraria italiana non mancano studi approfonditi. Si rimanda, tra i tanti, a D. FOZZI, *Indisciplina, violenze e repressione nelle carceri italiane dopo l’Unità*, in *Acta Histriae*, 2002, 10, pp. 91-128; *Carceri*,

no diminuire la frequenza dei reati, l'unico rimedio era quello di attenuare quel nevrotico attaccamento alle leggi penali. Questo cambio di paradigma, ossia la naturale transizione dalla repressione «violenta ed intempestiva» alla prevenzione sociale «sistematica e paziente», poteva sembrare *prima facie* lenta, «noiosa e difficile». I risultati non si sarebbero certo potuti osservare nel breve periodo. Per salvarsi dall'«inondazione» della criminalità, la Scuola positiva proponeva di modificare la struttura delle «dighe della penalità»²¹⁷, senza sovvertirle completamente²¹⁸. Per contenere l'«impetuosa fiumana», l'arsenale punitivo appariva sì necessario (in alcuni casi) ma non certo sufficiente. Lunghi dall'abolire *tout court* il «ministero punitivo»²¹⁹, ossia le forme di coazione fisica e diretta, per difendere l'ordine sociale appariva fondamentale affiancare alle pene, argine del delitto «poco potente e poco utile»²²⁰, i ben

carcerieri, carcerati. Dall'antico regime all'Ottocento. Seminario di studi, Castello Visconti di San Vito, Somma Lombardo, 14-15 dicembre 2001, a cura di L. ANTONIELLI, Soveria Mannelli, 2006; M. DA PASSANO, *Il delitto di 'Regina Coeli'*, Roma, 2012; mentre in relazione al lavoro carcerario (cfr. E. FERRI, *Celle e carcerati*, Roma, 1886) si rinvia a R. GIULIANELLI, *L'industria carceraria in Italia. Il lavoro e la produzione nelle prigioni da Giolitti a Mussolini*, Milano, 2008; G. SPECIALE, *La lotta del male contro il male' nel 'cimitero dei vivi'*. *Sul lavoro dei condannati alla fine dell'Ottocento*, in *Historia et ius*, 2016, 10, pp. 1-18; con riferimento all'ambito medico si consulti A. CARNEVALE, A. DI TILLIO, *Medicina e carcere. Gli aspetti giuridici, criminologici, sanitari e medico-legali della pena*, Milano, 2006.

²¹⁷ E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., p. 364.

²¹⁸ Infatti, come annunciava Giuseppe Ziino, il nuovo indirizzo scientifico moderno proponeva di rinnovare e riformare profondamente il sistema penale tradizionale ma non dichiarava per questo morte al passato. Così, G. ZIINO, *Dell'indirizzo scientifico moderno*, Messina, 1886, p. 31.

²¹⁹ Certo, precisava l'avvocato Pavia, il ministero punitivo rimaneva sempre efficace per garantire la necessaria difesa sociale; tuttavia, innanzi alla regolarità dinamica del reato e «al ripetersi di simili esecrande nequizie», occorreva virare verso un nuovo «ordine di reazione, certo meno diretta, ma più logica e giovevole». Vale a dire, l'unico vero freno ai delitti sarebbe derivato da un «accurato sistema preventivo» e non già, come «anche recentemente si leggeva in uno dei più diffusi periodici lombardi», da «una più severa repressione». A. PAVIA, *Studi sulla criminalità in Italia*, cit., p. 3.

²²⁰ E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., p. 364. Le pene sarebbero necessarie razionalmente e politicamente ma bisognerebbe ridimensionarne l'importanza sociale, modificandone l'indirizzo e lo scopo ai sensi dei nuovi dati offerti dall'antropologia e dalla statistica criminale.

più efficaci sostitutivi penali, «fondati alla lor volta sulle leggi naturali della psicologia e sociologia»²²¹. Tali misure profilattiche avrebbero così contribuito, se non proprio ad annientare tutti i germi del delitto («ideale troppo poetico») ²²², quantomeno a scemarli, istituendo, ad esempio, riformatori per giovani discoli, segregazione cellulare per piccoli delinquenti e appunto le misure d'indole amministrativa, giudiziaria ed economica proposte da Ferri.

Piuttosto che continuare a ragionare in termini eminentemente repressivi, gli esponenti della «scuola sperimentale» optavano a favore della prevenzione («sia pur lontana ma d'assai più fruttuosa») ²²³ nel lungo periodo), lasciavano alla metafisica della «scuola spiritualistica» ²²⁴ lo sterile dibattito sul libero arbitrio (impossibile da risolvere scientificamente) ²²⁵ e sostituivano il criterio 'assoluto' dell'imputabilità con quello della difesa sociale ²²⁶. Diversamente dal primo, quest'ultimo aveva natura mutabile e transeunte «giacché sempre si rannoda, non a tutta la famiglia umana idealmente considerata come

²²¹ *Ibidem*. Essi sarebbero diventati «i primi e principali mezzi di quella funzione sociale dell'ordine a cui le pene serviranno ancora ma in via secondaria». *Ivi*, p. 312.

²²² A. TAMASSIA, *Gli ultimi studi sulla criminalità*, Reggio nell'Emilia, 1881, p. 45.

²²³ *Ivi*, p. 4.

²²⁴ *Ivi*, p. 43.

²²⁵ *Ivi*, p. 42. Il principio di imputabilità sul quale si fondava il diritto penale supponeva il libero arbitrio e la pena inflitta al reo dalla società, ispirata all'emenda, colpiva esclusivamente il singolo ma «al di là del soggetto colpevole non si spinge; non pensa a trasformare, a svolgere alcune condizioni generali, che divengano, in via anche assai remota, altrettanti mezzi preventivi». *Ivi*, p. 41.

²²⁶ La difesa del corpo sociale dagli assalti dei delinquenti rappresentava una sorta di stella polare, un «accentuato desiderio della Scuola positiva». Poco importa, scriveva Tamassia, che la violenza sia stata posta in essere da un pazzo o «da un soggetto ad intelligenza normale», che dipenda da atti volitivi o meno, basta che vi sia un fatto che abbia attentato alla società per giustificare il diritto di difesa dal danno immediato e dalle conseguenze future del delitto stesso. Proprio come colui che, morso da una vipera, prima di riflettere sul perché del morso, si preoccupa subito di troncarne gli effetti, poi pensa a neutralizzare l'animale, affinché non ferisca altri, riservandosi infine di filosofare a mente fredda sulla fisiologia e anatomia della vipera. Cfr. *ivi*, pp. 42, 45.

uniforme, ma alle condizioni concrete di civiltà, di costumi di certi naturali raggruppamenti di individui formanti lo stato, la provincia, il cantone ecc.»²²⁷.

Nello stesso torno d'anni, le riflessioni sulla criminalità assumevano toni assai polemici nei confronti del sistema giudiziario e penitenziario. Le strutture politiche e giuridiche italiane sembravano essere rimaste, tuonava con pungente ironia Zino Zini²²⁸, ad uno «stadio barbarico». Il diritto formale, scriveva nel 1895, era ancora «ispirato ad un gretto spirito di riti e di pratiche invecchiate che le ravvicinavano al cerimoniale ecclesiastico»²²⁹; il diritto sostanziale invece risultava essere «in stridente contrasto colle presenti necessità» e infine i sistemi penali, quantunque «elaborati dalle più sottili menti dei nostri giuristi», avevano dimostrato «la loro perfetta inutilità». La critica dello Zini si spingeva oltre. La repressione penale non era soltanto vana; essa incarnava addirittura una «funzione antisociale», sostanzandosi nella «tutela dei rei contro la società degli onesti»²³⁰.

²²⁷ A. TAMASSIA, *Gli ultimi studi sulla criminalità*, cit., p. 43.

²²⁸ Intellettuale di matrice positivistica, Zino Zini (Firenze 1868-Pollone 1837) trascorse quasi tutta la vita a Torino (cfr. *Pagine di vita torinese. Note del diario, 1894-1937*, Torino, 1981) dove collaborò attivamente con il movimento socialista e successivamente con quello comunista de *L'Ordine nuovo*. Conseguì la laurea in Giurisprudenza nel 1891, in lettere nel 1893 e in filosofia nel 1898. Seguì i corsi di sociologia di Giuseppe Carle e dell'economista socialista Salvatore Cognetti de Martiis. Fu attratto dalle lezioni di Cesare Lombroso, sollevando tuttavia riserve nei confronti del metodo e rigore scientifico del medico veronese. Scrisse saggi di filosofia e di critica sociale; tra i più celebri si segnalano *Proprietà individuale o proprietà collettiva?*, Torino, 1898; *Giustizia. Storia d'una idea*, Torino, 1907; *Il congresso dei morti*, Roma, 1921. Dopo aver insegnato al Liceo Cavour e al D'Azeglio, fu docente di filosofia morale presso l'Università di Torino. Per un approfondimento biografico si rimanda a G. BERGAMI, *Ritratti critici di contemporanei. Zino Zini*, in *Belfagor*, 1972, 27, n. 6, pp. 678-703; G.M. BONACCHI, *Un intellettuale socialista: la formazione di Zino Zini*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1976, V, 4, pp. 525-555; F. GIASI, *Zini, Zino*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 100, Roma, 2020. Inoltre, presso il Centro Studi Piero Gobetti è conservato il Fondo *Zino Zini*.

²²⁹ Z. ZINI, *Il barbarismo della giustizia*, in *Archivio di Psichiatria*, 1895, XVI, p. 266.

²³⁰ *Ibidem*.

L'Italia intera era attanagliata dallo «scoppio simultaneo»²³¹ di due tipologie di criminalità²³² che la soffocavano «in una morsa di ferro»²³³. Sighele, coniando la categoria della delinquenza settaria, illustrava la preoccupante coesistenza della criminalità 'primitiva' (esercitata dalle 'minoranze', ossia delle «infime classi sociali») ²³⁴ con la criminalità 'evolutiva' delle classi più agiate (quella «economico-finanziaria tipica delle capitali di stato»²³⁵ posta in essere dai «tipi più aristocratici, più gesuiti e più civili») ²³⁶, che uccide moralmente, avendo sostituito i muscoli con il cervello²³⁷. Nel prima forma di criminalità, quella dei «bassi fondi sociali»²³⁸, Sighele scorgeva un ritorno ai mezzi violenti di lotta per l'esistenza (che la civiltà aveva ormai soppresso) da parte di individui caratterizzati da costituzione fisiologica e psichica morbosa²³⁹. La violenta criminalità 'atavica' di Artena e Livorno, e di altre isole del crimine italiane come la Sardegna, la Sicilia o straniere come il Montenegro, coabitava con la criminalità fraudolenta dell'avvenire, perpetrata «da chi sta in alto»²⁴⁰, che alla grassazione aveva sostituito l'appropriazione indebita, il

²³¹ S. SIGHELE, *La delinquenza settaria*, cit., p. 394.

²³² Tale bipartizione fu già evidenziata ai primordi della statistica giudiziaria tramite l'applicazione del metodo sperimentale alla sociologia. Ne sono testimonianza gli studi di Angelo MESSEDAGLIA (*La statistica della criminalità*, 1879) e di Alfred MAURY (*Du Mouvement moral des Sociétés*, in *Revue des deux mondes*, settembre 1860, II période, t. XXIX, pp. 456-484). Si veda altresì D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., pp. 228-233.

²³³ S. SIGHELE, *La delinquenza settaria*, cit., p. 400. Se il Settentrione era caratterizzato dalla prevalenza della delinquenza 'moderna', nel Meridione, scriveva Veroni, il primato spettava alla criminalità 'atavica'; nel Lazio invece le due categorie erano invece in perfetto equilibrio: questa regione infatti a causa della eterogeneità della popolazione «accoglie nel suo grembo le due forme di criminalità», mantenendo per così dire «l'equilibrio nella bilancia della delinquenza italiana». D. VERONI, *La criminalità a Roma e nella Provincia*, cit., p. 229.

²³⁴ S. SIGHELE, *La delinquenza settaria*, cit., p. 395.

²³⁵ R. CANOSA, *Storia della criminalità in Italia*, cit., p. 110.

²³⁶ S. SIGHELE, *La delinquenza settaria*, cit., p. 392.

²³⁷ *Ivi*, p. 393.

²³⁸ *Ivi*, p. 394.

²³⁹ *Ivi*, p. 392.

²⁴⁰ *Ivi*, p. 395.

falso, la frode, il reato bancario, la vendita del voto, il broglio elettorale.

La delinquenza, d'altronde, non è che «l'ombra proiettata della società ... e l'ombra riproduce il profilo del corpo da cui emana»²⁴¹. Nonostante Sighele avesse tentato di oscurare il suo personale giudizio, la sua opinione sul tema in parola emerge quasi in filigrana tra le righe del suo saggio. Nella criminalità 'atavica', irruente e sfacciata che mostra i muscoli «contro l'immoralità che scende dall'alto»²⁴², egli faceva rientrare le riottose rivolte sociali di fine secolo²⁴³. Essa, rinvigorita da questo impellente desiderio²⁴⁴, faceva della marginalità politica e della debolezza sociale il suo punto di forza, profetizzava una «nuova tendenza», facendo da preludio all'alba di una nuova era²⁴⁵. Di contro, la criminalità 'evolutive' rappresentava un fenomeno patologico, una sorta di cartina tornasole della «viziosa organizzazione che oggi ci regge», un sintomo endemico che rivelava la crisi irreversibile del sistema giuridico e politico. Essa, che «ha i caratteri della cir-

²⁴¹ *Ivi*, p. 392.

²⁴² *Ivi*, p. 394.

²⁴³ Cfr. D. MARUCCO, R. TOS, *Capitalismo e lotte operaie in Italia 1870-1970*, Torino, 1983; A. RIOSA, *Il movimento operaio tra società e Stato. Il caso italiano nell'epoca della II Internazionale*, Milano, 1984; e con specifico riferimento alle tensioni politiche e sociali del 1894 si consultino A. BOLDETTI, *La repressione in Italia: il caso del 1894*, in *Rivista di Storia Contemporanea*, 1977, 4, pp. 481-515; A. SCIUMÈ, *Garanzie legali e misure arbitrarie nell'Italia fin de siècle: il processo agli anarchici, ovvero dell'errore impossibile*, in *Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum*, Frankfurt am Main, 1998, pp. 233-256; E. DIEMOZ, *L'estate di terrore del 1894. L'attentato contro Crispi e le leggi anti-anarchiche*, in *Contemporanea*, 2010, IV, pp. 633-648; G. GALZERANO, *Paolo Lega. Vita, viaggio, processo, «complotto» e morte dell'anarchico che attentò alla vita del primo ministro Francesco Crispi*, Casalvelino Scalo, 2014. Più in generale sulla questione sociale si rimanda a G. PROCACCI, *Governare la povertà. La società liberale e la nascita della questione sociale*, Bologna, 1998; e sui risvolti giuridici della stessa si veda G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007.

²⁴⁴ Si trattava infatti della riproduzione sociale della legge psicologica secondo la quale, sostenne Spencer, l'uomo è più forte quando lotta per ottenere il piacere o per inseguire il suo ideale piuttosto che quando l'ha già soddisfatto e ottenuto. Cfr. S. SIGHELE, *La delinquenza settaria*, cit., p. 397.

²⁴⁵ Cfr. *ibidem*.

cospetta e sapiente prudenza e astuzia senile»²⁴⁶, sembrava annunciare l'imminente tramonto dello Stato liberale, proprio come «la degenerazione di un organismo già vecchio»²⁴⁷. Questo «spettacolo rattristante» era dovuto a «quel complesso di cause oscure» che i francesi chiamavano *fin du siècle*, Max Nordeau rubricava 'fine di razza', e che Sighele definiva, in maniera meno poetica ma più pragmatica, «fine del regime borghese»²⁴⁸.

Sul crepuscolo del secolo, Bernardino Alimena, in occasione dell'inaugurazione del Corso di Diritto e procedura penale all'Università di Cagliari, rifletteva sulle cause della criminalità in Italia²⁴⁹. Nella prolusione cagliaritana del 25 febbraio 1899, il giurista calabrese asseriva che alla base del delitto vi fosse una triplice 'radice': la prima risiedeva nell'organismo, la seconda nell'ambiente fisico, infine, la terza, la più profonda, nell'ambiente sociale. Al di là dell'influenza delle razze²⁵⁰ sulla criminalità, oltre alle nefaste conseguenze di malattie e degenerazioni fisiche e mentali, urgeva al più presto risanare quest'ultima 'radice' per ridurre finalmente al minimo il proliferare dei germi del delitto in ogni angolo del Paese: «fate che non vi siano più regioni dimenticate, fate che la giustizia vi sia per tutti, fate che la ric-

²⁴⁶ *Ibidem.*

²⁴⁷ *Ibidem.*

²⁴⁸ *Ivi*, p. 394. Cfr. G. MANACORDA, *L'ultimo governo Crispi e la crisi dello Stato liberale*, Roma, 1963; *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. MAZZACANE, cit.; N. D'APOLITO, *Dall'Unità alla crisi dello Stato liberale. Giolitti e l'antigiolittismo*, premessa di A. CERNIGLIA-RO, Roma, 2022.

²⁴⁹ B. ALIMENA, *Il delitto nell'arte*, Torino, 1899.

²⁵⁰ «Quale valore pratico avrà mai il calunniare la razza?», si domandava con ironia Alimena. Pur non negando l'influenza delle razze sulla criminalità, egli invitava a prestare attenzione piuttosto ai risultati delle ultime inchieste condotte in Sardegna, le quali avevano messo in luce le infelici condizioni agricole, l'aumento di casi di malaria, le insufficienti vie di comunicazione, nonché la sproporzione dei tributi. Tutto ciò sarebbe bastato a spiegare l'alto livello di criminalità in Sardegna. Invece, spesso si ricorreva alla motivazione del sangue fenicio, quasi per «convincerci che dobbiamo fatalmente accettare quel che la natura ha fatto, piuttosto che modificare quel che è stato fatto dall'uomo». *Ivi*, p. 90.

chezza sia più equamente distribuita, fate che le scuole siano vivai di educazione e non fabbriche d'elettori e vedrete che la criminalità diminuisce»²⁵¹.

²⁵¹ *Ivi*, p. 91.

ALESSANDRO AGRI, Due 'oasi' di criminalità a fine Ottocento. I casi di Artena e Livorno

Lo studio delle diverse forme di criminalità e dei diversi tipi di delinquente rappresentano un leit motiv della scienza giuridica, della statistica e dell'antropologia culturale del XIX secolo. Nell'orizzonte criminale italiano di fine Ottocento, nel quadro di un vertiginoso aumento della delinquenza, emergono due 'oasi' criminali particolarmente violente nel centro della penisola: Artena e Livorno. Scipio Sighele e Francesco Magri ci restituiscono un sintetico ma esaustivo ritratto di queste due aree, discutendo circa le cause e le origini delle locali forme di criminalità. Nel 1889 andò in scena un maxi processo che vide imputati 32 affiliati alla 'paranza' artenese, appartenenti a famiglie radicate nel territorio che custodivano il cosiddetto 'gene del male'. Artena si ergeva così a ultimo baluardo della 'criminalità atavica' italiana. A Livorno, nello stesso periodo, Magri studiò diversi carcerati, concludendo che la causa della criminalità risiedesse in una connessione di fattori sociali, fisici e biologici, quantunque la città si trovasse in una regione a basso tenore criminale.

Parole chiave: Sighele Scipio, Magri Francesco, Artena, Livorno, atavismo, sostitutivi penali, antropologia criminale.

ALESSANDRO AGRI, Two criminal 'oases' in the Late 19th Century. The cases of Artena and Livorno

The pursuit of the different categories of criminality and the study of the large variety of criminals represent a leit motiv of the legal science, statistics, and anthropological criminology of the 19th Century. In Central Italy, within the framework of a surge in the crime rate, two particularly violent criminal 'oasis' stood out around the end of the Century: Artena and Livorno. Scipio Sighele and Francesco Magri offer us a brief but complete portrait as regards the causes and the origins of the local types of criminality. In 1889, a huge trial involved 32 accused tied to the 'paranza' of Artena. These delinquents belonged to some native families, custodians of the so called 'evil gene'. Therefore, Artena represents the ultimate bastion of the Italian 'atavistic criminality'. Meanwhile, in Livorno, Magri analysed a group of prisoners; he concluded his pursuit by asserting that the main causes of criminality lied in the connection of social, physical and biological factors, even though the city was located in a low crime rate region.

Key words: Sighele Scipio, Magri Francesco, Artena, Livorno, atavism, penal substitute, anthropological criminology.

NOTE SUI COLLABORATORI DEL FASCICOLO 1 2023

Geraldina BONI, Professoressa ordinaria di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Rossella LAURENDI, Professoressa ordinaria di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Genova

Francesca TAMBURI, Professoressa associata di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Firenze

Laura Maria FRANCIOSI, Ricercatrice confermata di Diritto privato comparato, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Cristiano IURILLI, Ricercatore di Diritto privato, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Elena MARELLI, Ricercatrice di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Bergamo

Marianna BIRAL, Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale, Università degli Studi di Trento

Monia CIRAVEGNA, Assegnista di ricerca in Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, Università degli Studi di Torino

Francesco Salvatore REA, Assegnista di ricerca in Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Alberto TOMER, Assegnista di ricerca in Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Isabella ZAMBOTTO, Assegnista di ricerca in Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Verona

Alessandro AGRÌ, Professore a contratto in History of Medieval and Modern Law, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Ilaria SAMORÈ, Dottoranda di ricerca in Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

INDICE DEL FASCICOLO 1 2023

<i>Geraldina Boni</i> , Il matrimonio concordatario: istituto attuale o anacronistico?	1
<i>Rossella Laurendi</i> , La «toparchia unica» e il « <i>tyrannus</i> della Triacontaschene donde (inizia) l’Etiopia» nelle <i>res gestae</i> di Cornelio Gallo.....	108
<i>Francesca Tamburi</i> , Nel laboratorio dei generi letterari del primo principato. Un’ipotesi su Tizio Aristone.....	128
<i>Laura Maria Franciosi</i> , Le criptovalute nel contesto della compravendita internazionale di beni mobili: una prospettiva comparatistica	212
<i>Cristiano Iurilli</i> , L’ordine pubblico ‘neutro’ ed il bilanciamento degli interessi nell’autonomia privata. Colloquio con il legislatore sull’eteroesclusione dai contratti di gioco e scommessa. Profili comparativi.....	235
<i>Elena Marelli</i> , Il tabellionato in età giustiniana (parte II). Il controllo dei <i>tabelliones</i> sul contenuto dei documenti e l’efficacia probatoria degli atti tabellionici	277
<i>Marianna Biral</i> , Il caso Ustica: anatomia di un processo irripetibile.....	300
<i>Monia Ciravegna</i> , La virulenza dei simboli e la terapia della <i>cancel culture</i> : dalla statua della Vergine Maria di La Flotte-en-Ré alle « <i>cruces de caídos</i> ».....	324
<i>Francesco Salvatore Rea</i> , «... <i>donec contrarium probetur</i> ». La figura dell’indagato nella <i>investigatio praevia</i> tra esigenze di accertamento e garanzie di difesa.....	344
<i>Alberto Tomer</i> , Dalla Costituzione Apostolica <i>Praedicate Evangelium</i> alla prospettiva di una legislazione sulla Sede romana impedita: uno sguardo al ruolo del Cardinale Camerlengo tra novità recenti e ipotesi future	444
<i>Isabella Zambotto</i> , Sulla concessione della <i>petitio fideicommissi</i> . riflessioni a margine di Scaev. 21 <i>dig.</i> D. 36.1.80(78).1	487
<i>Alessandro Agri</i> , Due ‘oasi’ di criminalità a fine Ottocento. I casi di Artena e Livorno	515

ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

Archivio giuridico Filippo Serafini online è numero speciale della Rivista *Archivio giuridico Filippo Serafini* (ISSN: 0391-5646) per la pubblicazione *open access* di contributi. Tale modalità, come noto, risponde agli *standards* internazionali in ordine all'accessibilità e alla diffusione dei risultati della ricerca scientifica.

Dopo avere superato la procedura di revisione *double-blind peer review*, gli articoli accettati sono pubblicati *in progress*. La pubblicazione definitiva avviene con la fascicolazione semestrale della versione telematica.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Le opinioni espresse negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze sociali e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences; Scopus.

