

ALESSANDRO BERNARDI

DIRITTO EUROPEO DELL'AMBIENTE E PLURALISMO CULTURALE (*)

SOMMARIO: 1. La tutela ambientale e la sua crescente importanza in ambito europeo. — 2. I principi di sussidiarietà e di maggior tutela compatibile nel diritto comunitario dell'ambiente. — 3. Le ragioni della particolare attenzione riservata in sede comunitaria alla salvaguardia dell'ambiente. — 4. Cenni sui molteplici, eterogenei approcci alla questione ambientale nelle diverse epoche e concezioni. — 5. Il persistere di differenti punti di vista in tema di ambiente e le sue ragioni. — 6. La questione ambientale tra etica e scienza. — 7. Considerazioni conclusive sull'azione armonizzatrice della Comunità europea in materia ambientale.

1. *La tutela ambientale e la sua crescente importanza in ambito europeo.*

Il tema affidatomi nell'ambito di questo forum su "Etica e scienza per l'ambiente" è evidentemente oltremodo complesso, sicché rispetto ad esso potrò qui offrire solo pochi spunti, rinviando semmai, per ulteriori approfondimenti, alle domande che in chiusura di questo mio intervento vorrete pormi.

Mi scuso di dover esordire con qualche "informazione tecnico-giuridica", indispensabile alla comprensione di quanto verrò dicendo. Come peraltro credo sappiate, nel settore ambientale la Comunità europea (che costituisce il

(*) Questo scritto costituisce la sintesi di una relazione dal titolo "Diritto europeo dell'ambiente e società multiculturali" svolta il 25 settembre 2007 nell'ambito del Forum internazionale "Ethics & Science for the Environment" (Università di Ferrara, 23-25 settembre 2007).

primo dei tre pilastri dell'Unione europea)⁽¹⁾ ha una competenza a legiferare concorrente con quella nazionale e con quella regionale⁽²⁾. In virtù di tale competenza, la Comunità interviene con estrema frequenza in questo settore, ricorrendo ai suoi strumenti normativi — regolamenti e direttive — vincolanti per gli Stati, in quanto in posizione di primato rispetto al diritto nazionale.

Si è così venuto creando un insieme di testi di origine sovrastatale la cui mole potrebbe destare sorpresa: soprattutto, ove si consideri che *ab origine* il settore ambientale non era uno dei settori-cardine della Comunità europea, e che negli ambiti di competenza concorrente tra Paesi membri e Comunità l'equilibrio tra fonti europee e fonti nazionali è affidato al principio di sussidiarietà. In base a tale principio esiste una presunzione generale di competenza a legiferare a favore del livello maggiormente vicino ai cittadini, con la conseguenza che la Comunità europea risulta legittimata ad intervenire soltanto nei casi in cui la sua azione appaia indispensabile in quanto più efficace di quella espletata ai livelli inferiori, cioè appunto ai livelli statale e regionale. In questo senso, il varo a getto continuo di testi europei in materia ambientale esprime una valutazione di necessaria centralizzazione di molte delle scelte da prendersi in tale materia.

Addirittura, è solo nel settore ambientale che sinora, in ambito comunitario, si è manifestata una sorta di rivoluzione copernicana consistente nella esplicita estensione della competenza normativa CE al campo penale⁽³⁾, da sempre considerato il nocciolo duro della sovranità statale, in quanto esprimente scelte di valore affidate al Parlamento nazionale e tendenzialmente sottratte ad ogni influenza di tipo "esterno".

Infatti, in relazione al problema, discusso da almeno venti anni, di una eventuale competenza penale della CE⁽⁴⁾, nella ormai celeberrima sentenza del 13 settembre 2005 la Corte di giustizia⁽⁵⁾ è giunta a dire che, per la tutela

⁽¹⁾ Gli altri due pilastri concernendo rispettivamente la Politica interna e di sicurezza comune e la Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

⁽²⁾ Sui rapporti tra competenze comunitarie, statuali e substatuali in materia ambientale cfr., per tutti e con particolare riferimento al sistema italiano, BERNARDI, *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze giuridiche — Saggi IV*, Ferrara, 1997, p. 17 ss. e p. 31 ss.

⁽³⁾ Cfr. Corte di giustizia, sent. 13 settembre 2005.

⁽⁴⁾ In argomento cfr. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, a cura di Rafaraci, Milano, 2007, p. 216 ss.

⁽⁵⁾ causa C-176/03 (*Commissione c. Consiglio*). In merito a tale sentenza cfr., per tutti e limitatamente alla dottrina italiana, FAVALE, *La Comunità europea ha il potere di esigere che gli Stati membri impongano sanzioni penali al fine di proteggere l'ambiente*,

dell'ambiente, sono ammesse direttive d'armonizzazione penale; direttive tese cioè ad obbligare gli Stati membri a ravvicinare tra loro i rispettivi diritti penali nazionali in vista di una migliore tutela ambientale ⁽⁶⁾. È la prima volta in cui si è fatto riferimento ad una esplicita competenza penale della Comunità. A questo punto, tutti (la *House of Lords* inglese, per esempio) si sono chiesti se la possibilità per la CE di creare vincoli penali obbligatori per gli Stati sia circoscritta alla sola materia ambiente, in ragione della sua particolarissima rilevanza, oppure debba considerarsi estesa ad altre materie, ad altri settori di rilievo comunitario ⁽⁷⁾. La risposta definitiva a questa domanda non è ancora arrivata, anche se il progetto di riforma dei Trattati presentato alla fine del luglio scorso prevede una competenza penale europea abbastanza generalizzata e improntata al metodo comunitario ⁽⁸⁾. In ogni caso, anche se questa opzione venisse confermata ⁽⁹⁾, è un fatto che finora

in *Dir. pubbl. comp. e eur.*, 2006, p. 480 ss.; MANACORDA, *Judicial activism dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, in *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 947; MANNOZZI, CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistica in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 899 ss.; SIRACUSA, *Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive. La pronuncia della Corte di Giustizia in materia ambientale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 773 ss.; VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, p. 1433 ss.; ID., *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 366 ss. Circa le prime reazioni ufficiali della Commissione, del Parlamento europeo e del Consiglio alla sentenza in oggetto cfr. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court's judgment of 13 September 2005 (Case C 176/03 Commission v. Council) / * COM/2005/0583 final**; Parlamento europeo, *Progetto di relazione sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005 (C-176/03 Commissione/ Consiglio (2006/2007 (INI))*; Council of the European Union, Brussels, *Procedural consequences of the judgement of the Court of Justice in case C-176/03*, 16 February 2006, 6466/06, No. prev. doc. : 6053/06 JAI.

⁽⁶⁾ Successivamente, tale decisione è stata ribadita dalla sent. 23 ottobre 2007, causa 440/05 (*Commissione c. Consiglio*).

⁽⁷⁾ Cfr. HOUSE OF LORDS, *The Criminal law Competence of the European Community. Report with Evidence*, 28 luglio 2006, HL Paper 227, London, in particolare par. 31, 37-38, 43, 44 (trad. it. VENTUROLI, *House of Lords, La competenza penale della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 213 ss.). In merito a tale importante documento cfr. BERNARDI, *La competenza penale europea secondo la House of Lords. Obiettività e rigore scientifico nel rapporto della "Camera Alta" del Parlamento britannico*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, p. 196 ss.

⁽⁸⁾ Nel Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007 in cui si sono gettate le basi del Trattato di Lisbona, è stata infatti prevista l'ammissibilità di direttive contenenti norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, in particolare nel vasto settore della criminalità organizzata.

⁽⁹⁾ Come in effetti è accaduto, successivamente al momento in cui questa relazione è stata svolta, con la firma il 13 dicembre 2007 del Trattato di Lisbona da

solo nel settore ambientale si è esplicitamente affermata la legittimità di direttive di armonizzazione penale. Aggiungo che, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, per non incorrere in una condanna da parte della Corte di giustizia nel campo ambientale gli Stati UE non potranno limitarsi a introdurre nel loro sistema giuridico misure di armonizzazione penale carenti di effettività; al contrario, dovranno applicare in concreto tali misure armonizzate⁽¹⁰⁾.

2. I principi di sussidiarietà e di maggior tutela compatibile nel diritto comunitario dell'ambiente.

Come si è appena visto, il principio di sussidiarietà non solo non ha impedito che la Comunità europea legiferasse di frequente nel settore ambientale, ma addirittura non ha impedito che la competenza comunitaria in materia ambientale si estendesse all'armonizzazione delle scelte sanzionatorie nazionali di settore, sino a prevedere veri e propri obblighi di incriminazione.

Attenzione, però. Mentre il principio di sussidiarietà sovrintende al complesso dei rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale in tutti le materie in cui vi è competenza concorrente tra Comunità e Stati, con

parte dai capi di Stato e di governo dei 27 Stati membri. L'art. 69 B del suddetto Trattato — collocato al capo 4 ("Cooperazione giudiziaria in materia penale") del titolo IV, "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" — dispone infatti: "1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico di armi, riciclaggio di capitali, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

2. Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in cui un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 61 I'.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Corte di giustizia, sent. 9 dicembre 1997, in *Racc.*, 1997, p. I- 6959 ss., in particolare punti 48 ss.

specifico riferimento alla materia ambientale esiste un altro principio teso a disciplinare i rapporti tra fonti comunitarie e fonti interne. Alludo al principio della maggiore (o massima) tutela compatibile, in base al quale, in tale settore, nei rapporti tra Comunità e Stati membri l'azione dell'entità superiore (Comunità) si configura come azione minimale rispetto a quella dell'entità inferiore (Stato). Come sapete, in Italia un analogo principio opera anche tra Stato e Regioni. In altre parole, in base al suddetto principio l'entità inferiore ha la possibilità di porre in essere "misure di protezione rinforzata", le quali non possono tuttavia entrare in contraddizione con quelle prese al livello superiore, ma solo realizzare, in grado più elevato, le medesime finalità di tutela. Il principio di massima tutela compatibile mira innanzitutto a salvaguardare le aspirazioni di quegli Stati (e Regioni) dotati di una più acuta "sensibilità ambientalista", per i quali gli *standars* previsti in materia dalla Comunità risultano insufficienti, senza peraltro consentire agli Stati stessi di compromettere il fondamentale principio comunitario di libera circolazione e più in generale di produrre effetti distorsivi sul mercato⁽¹¹⁾, salvo quanto stabilito dagli artt. 30 e 87 Tr. CE⁽¹²⁾, e dalla giurisprudenza comunitaria cosiddetta "Cassis de Dijon".

In altre parole, e semplificando un po', gli interventi comunitari in materia ambientale sono finalizzati a prevedere a livello europeo irrinunciabili standard minimali di tutela, che gli Stati (e le Regioni) possono derogare, ma solo nel senso di una maggiore tutela. Gli Stati membri possono, ad esempio, creare ulteriori regole di condotta a salvaguardia dell'ambiente rispetto a quelle imposte dalla normativa CE, ovvero prevedere sanzioni più severe di quelle minime stabilite a livello europeo: non possono, invece, derogare alla regole di condotta imposte a livello europeo o prevedere, per garantire l'effettività di tali regole, sanzioni inferiori a quelle eventualmente stabilite dalle norme europee di armonizzazione. In particolare, gli Stati membri non potranno considerare semplici illeciti amministrativi (e dunque assoggettare a sanzioni soltanto amministrative) quelle violazioni in campo ambientale

⁽¹¹⁾ Sui criteri che devono essere rispettati affinché le misure nazionali di maggior tutela in campo ambientale non confliggano col principio di libera circolazione cfr., in particolare, Corte di giustizia, sent. 20 settembre 1988, causa 302/86 (*Commissione c. Danimarca*), in *Racc.*, 1988, p. 4607; sent. 9 luglio 1992, causa 2/90 (*Commissione c. Belgio*), in *Racc.*, p. 4431; sent. 17 maggio 1994, causa 41/93 (*Francia c. Commissione*), in *Racc.*, 1994, p. 1841 ss. Sul punto cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo in tema di rapporti tra ambiente e commercio, COM(96)54 (Bruxelles, 26 febbraio 1996)., In dottrina cfr., ad esempio, CARAVITA, *I principi della politica comunitaria in materia ambientale*, cit., p. 211; GRATANI, *Stop al turismo dei rifiuti*, In *Riv. giur. ambiente*, 1993, p. 439 ss.; LONDON, *Droit communautaire de l'environnement*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 633 ss.

⁽¹²⁾ Sul punto cfr., *amplius*, CORDINI, *Il diritto ambientale dell'Unione europea*, cit., p. 160.

che la Comunità stessa imponga di considerare illeciti penali, e dunque di assoggettare a sanzioni penali.

3. *Le ragioni della particolare attenzione riservata in sede comunitaria alla salvaguardia dell'ambiente.*

Viene spontaneo domandarsi, allora, perché mai, in ambito europeo sia riservato all'ambiente questo trattamento di particolare favore, di speciale tutela. Trattamento estrinsecantesi tra l'altro, lo ripeto: *a)* in una moltitudine di testi comunitari finalizzati alla protezione ambientale; *b)* nell'esplicito riconoscimento, per ora solo in questo settore, della legittimità di norme comunitarie tese all'armonizzazione *penale* delle relative disposizioni nazionali; *c)* nella previsione del principio di massima tutela compatibile.

A questa domanda è facile rispondere sottolineando come la fondamentale del cosiddetto "bene-ambiente" sia ormai chiara a tutti ed *in primis* alla Comunità europea, che giustamente si preoccupa di tutelare con molta cura tale bene. In particolare, il complessivo modo di disciplinare a livello comunitario la materia ambientale dimostra la preoccupazione della CE non tanto di evitare una tutela ambientale parzialmente eterogenea da uno Stato all'altro (questa parziale eterogeneità è infatti sottesa al principio di massima tutela compatibile), quanto di evitare che in taluni Stati UE la protezione dell'ambiente risulti del tutto insufficiente. Anche perché è ormai chiaro che i riflessi negativi di tale insufficiente protezione rischiano di non esaurirsi all'interno del singolo Stato in difetto, ma di estendersi agli altri Stati dell'Unione europea e dell'intero pianeta. Del resto, a fronte delle capacità inquinanti correlate ai moderni processi produttivi e al cattivo uso delle conquiste scientifiche, il concetto di frontiera nazionale appare del tutto inconciliabile col concetto stesso di ambiente.

Resta forse da aggiungere qualcosa per quanti eventualmente si meravigliassero del rischio, avvertito dalla CE, di eventuali livelli di tutela in materia ambientale non solo assai diversi da uno Stato all'altro dell'Unione, ma addirittura palesemente insufficienti in taluni di essi. Qualcuno potrebbe infatti osservare che in ambito europeo si presume ormai, specie in questo settore, un sufficiente livello di omogeneità sociale e culturale, dunque anche di omogeneità normativa; si presume, cioè, che tutti gli Stati siano consapevoli dei rischi ambientali e vogliano prendere le misure necessarie a prevenirli. Seguendo questa linea di pensiero, la questione-ambiente sarebbe assai diversa, tanto per fare alcuni esempi su questioni di attualità a sfondo etico, dalla questione-droghe leggere o dalla questione-eutanasia o dalla questione-evasione fiscale; tutte questioni, queste ultime, rispetto alle quali il livello di tolleranza dei singoli Stati europei è molto variabile a seconda delle sensibilità nazionali, delle culture locali. In altre parole, l'ambiente parrebbe essere un bene rispetto al quale l'esigenza di una tutela efficace dovrebbe, per così

dire, vedere affratellate le singole concezioni culturali presenti nel mondo occidentale e a *fortiori* europeo, non foss'altro perché tutte queste concezioni sono destinate a dipendere, per la stessa sopravvivenza dei soggetti che in esse si riconoscono, dalla tutela ambientale. Nelle società del benessere, quindi, verrebbe fatto di pensare che l'ambiente debba essere un bene sempre e comunque sufficientemente salvaguardato⁽¹³⁾, un bene tra quelli meno abbisognevole di testi europei tesi a perseguire una armonizzazione normativa minimale — anche in sede penale — nel segno del principio di sussidiarietà.

Eppure, questo è il punto, io mi sento di condividere le preoccupazioni della CE. Secondo me, la Comunità europea fa bene a preoccuparsi di garantire un livello minimo di protezione dell'ambiente perché sa benissimo che, in realtà, la tutela ambientale è una questione soggetta a mille variabili culturali, è una questione rispetto alla quale le soglie di tolleranza sono molto diverse da uno Stato all'altro, da una regione all'altra, da un gruppo sociale all'altro, da un singolo soggetto all'altro, persino (nella mutevolezza delle forze politiche al governo e, più in generale, delle situazioni) da un momento all'altro.

4. *Cenni sui molteplici, eterogenei approcci alla questione ambiente nelle diverse epoche e concezioni.*

Queste variabili, queste differenze a mio giudizio ci sono sempre state, perfino quando, sino a non troppo tempo fa, l'ecologia ancora non esisteva e il problema ambientale, come tale, nemmeno. Ci sono sempre state anche quando, secondo una tesi largamente diffusa in filosofia, si aveva della natura una visione omogenea, indifferente al problema dello sviluppo sostenibile⁽¹⁴⁾. Si è detto, per esempio, che nei tempi passati tutto concorreva a far ritenere la natura un inesauribile terreno di prelevamento, e dunque ad offrire un medesimo punto di vista in ordine alle regole di comportamento (o meglio, all'assenza di regole di comportamento) nei confronti della natura. Così — stamani lo ha ben sottolineato Giovanni Nicolini⁽¹⁵⁾ — all'epoca del

⁽¹³⁾ Naturalmente, non si ignora che proprio in queste società l'ambiente subisce i più insidiosi attacchi...

⁽¹⁴⁾ In quale, come noto, "è una forma di sviluppo (che comprende lo sviluppo economico, delle città, delle comunità eccetera) che non compromette la possibilità delle future generazioni di perdurare nello sviluppo preservando la qualità e la quantità del patrimonio e delle riserve naturali (che sono esauribili, mentre le risorse sono considerabili come inesauribili)": voce *Sviluppo sostenibile*, in *Wikipedia, l'enciclopedia libera*.

⁽¹⁵⁾ NICOLINI, *Il concetto di ambiente nel Vecchio e nel Nuovo Testamento*, relazione svolta il 25 settembre 2007 nell'ambito del Forum internazionale "Ethics & Science for the Environment" (Università di Ferrara, 23-25 settembre 2007).

primato delle concezioni religiose, le religioni (il cristianesimo, innanzitutto) predicavano il dominio dell'uomo sulla terra e sugli animali. Così, si è osservato, in epoca razionalista, il programma illuminista finalizzava la conoscenza della natura alla dominazione di questa; cosicché la rivoluzione industriale moltiplicava le forme di dominio sull'ambiente fornendo all'uopo i mezzi tecnici, mentre la rivoluzione sociale forniva la mano d'opera, la rivoluzione economica i capitali, e l'espansione coloniale consentiva un quasi illimitato accesso alle materie prime⁽¹⁶⁾. Così, lo stesso avvento di diritti fondamentali dapprima molto "individualisti" favoriva lo sfruttamento della natura a fini, per l'appunto, individuali, non ponendo argini a questo sfruttamento funzionale all'appagamento dei propri "diritti". Certo, è un fatto che in Europa — così come del resto in India, America, Russia, ecc. — si prelevava dalla natura senza alcun freno, nei soli limiti del potere e delle capacità di ognuno, perché i nodi non erano ancora venuti al pettine.

In realtà, però, se si osserva con più attenzione, si scopre che da sempre gli approcci alla natura, all'ambiente non sono stati niente affatto omogenei. Del resto, alcune religioni (il buddismo, innanzitutto, lo si è detto ancora stamattina⁽¹⁷⁾), ma anche, non di rado, le religioni animiste guardavano alla natura come a un bene non appartenente all'uomo, o comunque da salvaguardare con grande attenzione. Ma in fondo, poi, la stessa dottrina cristiana non era per nulla omogenea: per esempio, a parziale smentita di quanto sopra detto, la tradizione francescana riconosce da sempre nel mondo un dono di Dio non da temere o predare, ma da custodire e arricchire, in linea con lo spirito che pervade il Cantico delle creature di San Francesco⁽¹⁸⁾. Così, vi erano concezioni di matrice razionalista oltremodo rispettose dell'ambiente e degli esseri che in esso vivono (sorprendenti sono, a questo proposito, le affermazioni di Pitagora, riportate da Cesare Cantù nel volume sulle religioni della sua Storia universale, e le più note prese di posizione al riguardo di Leonardo da Vinci); così non mancavano alcune popolazioni (quasi sempre, per vero, quelle cosiddette "primitive" o "selvagge") che nei confronti della natura avevano sviluppato un rapporto non di spoliamento e sfruttamento, ma di armoniosa coesistenza, di rispetto interessato, di attenta interazione.

⁽¹⁶⁾ Cfr. OST, *Ecologie et droits de l'homme*, in www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/articles/ostecoldh.htm

⁽¹⁷⁾ PASQUALOTTO, *Il concetto di ambiente nel pensiero buddista*, relazione svolta il 25 settembre 2007 nell'ambito del Forum internazionale "Ethics & Science for the Environment" (Università di Ferrara, 23-25 settembre 2007).

⁽¹⁸⁾ Cfr., da ultimo, *Intervista alla televisione vaticana*, in http://www.seraphicum.org/2005/index.php?option=com_content&task=view&id=51

5. *Il persistere di differenti punti di vista in tema di ambiente e le sue ragioni.*

Certamente, è innegabile che oggi sia mutato il complessivo approccio alla questione ambientale, che sia vertiginosamente cresciuta l'attenzione nei confronti di essa, purtroppo in parallelo con le devastazioni dell'ambiente, con l'impoverimento delle risorse naturali. Ma è un fatto che rispetto a tale questione i punti di vista sono rimasti differenti, e anzi sono andati ancor più divergendo.

Al riguardo, differenze si riscontrano innanzitutto da Stato e Stato. In particolare, gettando per un momento lo sguardo anche al di là dell'Europa, è chiaro che dove sino a ieri vi era estrema povertà, dove la rivoluzione industriale è appena arrivata e dove la vita umana vale ancor oggi pochissimo, in linea di massima non ci si può aspettare granché in materia di tutela ambientale. Un esempio emblematico per tutti: ormai da decenni è ovunque nota l'estrema pericolosità dell'estrazione, lavorazione, utilizzo dell'amianto e le enormi difficoltà che si incontrano quando si cerca di neutralizzare tale pericolosità; pure, da uno Stato all'altro le misure per prevenire le morti da amianto sono estremamente differenti, oscillando da un divieto assoluto di prelevamento e impiego di questo minerale sino ad una altrettanto assoluta libertà di comportamento in relazione ad esso. È istruttivo, al riguardo, l'ancor recente caso della portaerei *Clemenceau*, che in Francia non poteva essere smantellata nemmeno da operai facenti ricorso ai più avanzati metodi di protezione, ai migliori scafandri protettivi. Questa nave, prima di essere fermata dalle violentissime proteste di *Greenpeace* ⁽¹⁹⁾, era stata inviata in India, dove sarebbe stata demolita con mano d'opera locale priva di qualsiasi protezione ⁽²⁰⁾.

Ma questa distinzione tra Paesi di lunga tradizione industriale e Paesi neo-industriali tiene sino a un certo punto. Come si sa, anche se adducendo ragioni per certi versi comprensibili, gli Stati Uniti d'America hanno rifiutato il protocollo di Kyoto ⁽²¹⁾, mentre alcuni Stati del terzo mondo con ancora solo un piede nella modernità sono assai più attenti al tema ambientale di quanto non si creda. In realtà, occorre distinguere a seconda del tipo di aggressione all'ambiente, degli interessi sottostanti e in bilanciamento tra loro, delle tradizioni locali. Così, pur manifestando per certi aspetti indubbe forme di sensibilità al tema ambientale, la Norvegia e il Giappone — per

⁽¹⁹⁾ Cfr. *Greenpeace abborda la portaerei Clemenceau*, in <http://www.greenpeace.org/italy/ufficiostampa/comunicati/clemenceau-abbordaggio>

⁽²⁰⁾ Cfr. GALASSI, *Dove muoiono le navi. E anche gli uomini*, in http://www.peacereporter.it/dettaglio_articolo.php?idpa=&idc=2&ida=1&idt=&idart=4546

⁽²¹⁾ Il Protocollo non ha previsto restrizioni alle emissioni dei Paesi in via di sviluppo — incluse Cina e India — il che spiega perché i Paesi più poveri lo sostengano con forza.

ragioni non coincidenti e ricorrendo a metodi e argomenti diversi — sono uniti contro il resto del mondo nel mantenere la caccia alla balena⁽²²⁾. Questo induce a riflettere sul fatto che a culture diverse, a gruppi sociali diversi, a centri di interessi diversi, corrisponde una diversa attenzione a certi aspetti della questione ambientale.

Infine, ci sono le diverse sensibilità individuali, che spesso prescindono dal gruppo etnico o sociale di provenienza e dallo stesso livello culturale dei singoli. Ad esempio, un soggetto con una visione ambientalista di tipo antropocentrico può essere assai attento al tema dell'inquinamento atmosferico (da cui si sente direttamente minacciato) e poco sensibile, a ragione o a torto, al tema della sopravvivenza delle specie minacciate di estinzione, e così via. Naturalmente, tutte queste differenze possono trovare espressione in sede governativa, e allora in caso di mutamento della maggioranza si assiste ad un cambiamento nella politica ambientalista. È superfluo ricordare che in materia di tutela ambientale gli Stati Uniti di Bush non sono quelli di Al Gore, e che dunque pochi voti di differenza alle elezioni americane del 2000 hanno significato moltissimo per la causa ambientale.

Ma vi è di più: anche ove simile si riveli il livello di attenzione verso la causa ambientalista, o verso certi aspetti della causa ambientalista, diversi possono essere gli approcci per la soluzione del problema e dunque diverse le soluzioni normative privilegiate. Tale diversità di approccio può dipendere da molti fattori: per esempio, da un maggiore o minore ottimismo in merito all'esistenza di mezzi per risolvere la situazione⁽²³⁾; ovvero dalla convinzione che la soluzione dei problemi ambientali passi attraverso il ricorso a strumenti "obbligatori" (in particolare, a testi normativi più severi), o all'opposto attraverso una capillare e paziente opera di "persuasione" dei cittadini che prescinda dal ricorso a testi siffatti⁽²⁴⁾. Ancora, in un recente libro non si è mancato di osservare che una medesima sensibilità al tema ambientale può indurre a "strategie di sopravvivenza" talora agli antipodi, come il 'bioregionalismo' e il 'cosmopolitismo ambientale'"⁽²⁵⁾. Il primo incentrato su politiche locali di gestione del territorio, sulla valorizzazione dell'identità ecologica, sulla riscoperta del "senso del luogo"; il secondo teso a trascendere il

⁽²²⁾ Cfr. voce *Commissione internazionale per la caccia alle balene*, in *Wikipedia, l'enciclopedia libera*

⁽²³⁾ Così, una parte della popolazione europea è convinta che il deterioramento dell'ambiente possa essere bloccato cambiando il proprio modo di vivere, mentre un'altra parte considera che l'attività dell'uomo abbia danneggiato definitivamente l'ambiente. Cfr. ANSA, *Ambiente, europei chiedono più protezione*, in <http://www.europamica.it/database/europamica/europamica.nsf/pagine/D89C81FAB1905518C1256CF7003449D9?OpenDocument>

⁽²⁴⁾ *Ivi*.

⁽²⁵⁾ Cfr. IOVINO, *Ecologia letteraria. Una strategia di sopravvivenza*, Milano, 2006.

piano locale, a offrire soluzioni globali al tema della conservazione ambientale, a favorire un'“etica civile globale” destinata a prescindere dalle barriere nazionali. Inutile dire che questi due diversi approcci implicano scelte normative assai diverse tra loro ancorché entrambe, come detto, tese alla salvaguardia dell'ambiente.

6. *La questione ambientale tra etica e scienza.*

La verità è che l'ecologia, e più in generale la tutela ambientale, sono scienze giovani e oltremodo complesse, al cui interno coesistono posizioni le più divergenti sui singoli problemi e sulle relative soluzioni. Lo dimostrano le accese dispute sul nucleare⁽²⁶⁾, sulle riserve petrolifere⁽²⁷⁾, sulle energie rinnovabili⁽²⁸⁾, in definitiva su tutto ciò che concerne l'ambiente. Diversi i programmi, diversi i metodi per realizzarli, diverse le soluzioni legislative espressive di tali programmi e metodi.

È facile, a questo punto, arrivare alla conclusione che anche in una Unione europea i cui Paesi membri sono, in linea di massima, in fase di ravvicinamento a livello sia politico (in quanto ormai tutti, sia pure con significative variazioni, improntati al modello democratico) sia culturale (stante innanzitutto l'incremento degli interscambi e il progressivo emergere di un “comune sentire europeo”), in campo ambientale permane o addirittura si rafforza una situazione di “multiculturalismo” a tutti i livelli; cioè, come dicevo, a livello di Paesi, di governi, di gruppi sociali, di individui.

Non si tratta, beninteso, del multiculturalismo di cui quotidianamente si parla sui media. Questo multiculturalismo non ha nulla a che vedere con i flussi migratori, con la società multi-etnica, con le diverse credenze religiose (ognuna della quali oltretutto, come sopra accennato, caratterizzata da approcci multipli al tema ambientale); non ha nulla a che vedere col presunto scontro di civiltà⁽²⁹⁾. È piuttosto un multiculturalismo (o meglio, è

⁽²⁶⁾ Cfr., per tutti, CASTRO DIAZ-BALART, *La grande sfida del terzo millenni. Energia nucleare: pericolo ambientale o soluzione per il futuro?*, Cesena, 2002; NIFENECKER, *L'energia nucleare ha un avvenire?*, Siena, 2006.

⁽²⁷⁾ Ad esempio, sul quotidiano *La Repubblica* del 20 settembre 2007 si possono leggere ben due pagine di tesi contrapposte in merito allo “stato di salute” di tali riserve.

⁽²⁸⁾ Cfr, in argomento, MATHIS, *Le energie rinnovabili hanno un avvenire?*, Siena, 2005; *Energia e ambiente: energia nucleare ed energie rinnovabili*, Roma, 2000.

⁽²⁹⁾ Si allude, naturalmente, alle tesi sostenute da HUNTINGTON nel celebre saggio del 1993 *Clash of Civilizations?*, poi sviluppate nel volume del 1996 *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, (trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, 1997).

più semplicemente, un pluralismo)⁽³⁰⁾ frutto sia delle nostre diverse sensibilità, sia delle nostre divergenze a livello di priorità immediate, sia delle nostre incertezze, dovute innanzitutto al diverso punto di vista dei tecnici ed esperti nel campo ambientale, e dunque all'estrema difficoltà di farsi una propria idea in relazione alla soluzione dei problemi ambientali.

A tale proposito, nell'ambito di un convegno come questo dedicato ai rapporti tra etica e scienza, vale la pena sottolineare come scelte diverse siano talora dovute non già a differenti concezioni etiche ma a differenti convinzioni scientifiche. In altre parole, in materia ambientale non è che muovendo da un dato presupposto etico sia possibile ricavare automaticamente la soluzione scientifica più conforme al suddetto presupposto, stante che spesso tesi scientifiche contrapposte si dichiarano finalizzate allo stesso "traguardo etico". Le scelte finiscono così con l'essere difficilissime anche per chi abbia ben salda la propria bussola di valori.

7. Considerazioni conclusive sull'azione armonizzatrice della Comunità europea in materia ambientale.

Mi avvio alla conclusione del mio intervento tornando al punto di partenza. Se è vero che in materia ambientale si riscontra una situazione così frammentata, così ricca di differenti opzioni culturali e tecniche, deve allora essere salutata con favore l'opera armonizzatrice della CE. Perché, pur con tutti i legittimi dubbi su quale sia di volta in volta la scelta migliore per gli ecosistemi, non è ammissibile in questo delicatissimo campo parlare una babele di lingue e agire di conseguenza, con provvedimenti del tutto scollegati tra loro se non addirittura contrapposti. Tra Stati che hanno raggiunto un così alto grado di integrazione sociale e istituzionale ci deve essere un coordinamento dall'alto che garantisca scelte di fondo comuni in tema di ambiente. Scelte il cui rispetto va garantito con la minaccia di adeguate sanzioni a carico degli inadempienti, siano essi persone fisiche, persone giuridiche, o financo gli stessi Stati membri dell'Unione europea. A questo serve il primato del diritto comunitario, a questo serve il controllo giurisdizionale dei giudici nazionali (che svolgono anche la funzione di giudici

⁽³⁰⁾ È noto infatti che, secondo una concezione in via di progressiva affermazione, il multiculturalismo andrebbe distinto dal mero pluralismo: il primo presupponendo una pluralità di gruppi caratterizzati da culture che, per così dire, esprimono ed esauriscono il quadro valoriale di riferimento dei soggetti appartenenti ai singoli gruppi; il secondo implicando solo una eterogeneità di scelte, posizioni, esperienze individuali evocative della disuguaglianza umana. Resta il fatto che si continua a parlare di differenti "culture ambientaliste" e che quindi, in questo senso, sembra pur sempre lecito utilizzare il termine "multiculturalismo".

comunitari), a questo serve il controllo della Corte di giustizia sul rispetto della legislazione comunitaria da parte degli Stati membri.

Però, tanto il primato del diritto comunitario sul diritto interno quanto il vincolo di fedeltà degli Stati membri rispetto agli obblighi comunitari⁽³¹⁾ e la possibilità per la Corte di giustizia di controllare tale fedeltà, sanzionando se del caso le relative inadempienze⁽³²⁾, costituiscono “onori” che implicano oneri a carico della Comunità europea. E il primo di questi oneri è che le scelte di tutela ambientale imposte agli Stati siano democraticamente legittime (attraverso un controllo vincolante del Parlamento europeo)⁽³³⁾. Esse inoltre devono essere ragionevoli, meditate, frutto in altre parole di attenti studi basati sulla miglior scienza ed esperienza. Ancora, occorre che queste scelte siano trasparenti, vengano cioè, nei limiti del possibile, spiegate con pazienza; anche se, dato l'elevato tecnicismo degli studi di settore, un certo grado di “affidamento” da parte dei cittadini europei resterà inevitabile.

Solo se avranno tutte queste caratteristiche, le scelte in materia ambientale godranno di un indubbio prestigio, così da facilitare un'adesione ad esse convinta e non fondata solo sulla minaccia di sanzioni a carico degli inadempienti.

Concludendo per davvero, mi sento di affermare che l'esperienza europea nel campo ambientale è di eccezionale importanza. In effetti, si tratta della prima esperienza a livello mondiale in cui un'entità non nazionale crea, di fatto, norme penali che pongono a carico di una pluralità di Stati obblighi di incriminazione al di fuori del metodo intergovernativo, e dunque a prescindere dal loro consenso. E' pertanto realmente un'esperienza importantissima, anche perché essa, in un futuro più o meno prossimo, potrebbe essere

(31) Vincolo previsto dall'art. 10 TCE, in base al quale “Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato”.

(32) Cfr. art. 228 Tr. CE.

(33) Come si sa, in sede comunitaria un controllo parlamentare effettivamente vincolante si ha solo nell'ambito della procedura di codecisione. Ora, a seguito delle modifiche apportate al Trattato CE a Maastricht, Amsterdam e Nizza, sono stati ampliati i poteri di codecisione del Parlamento europeo, peraltro non ancora previsti in relazione a tutte le materie di competenza comunitaria. Sebbene infatti nell'ambito della Conferenza intergovernativa di Nizza del dicembre 2000 la maggior parte delle delegazioni abbiano sottoscritto la richiesta della Commissione e del Parlamento europeo di sottoporre alla procedura di codecisione l'intera legislazione comunitaria onde rafforzarne il carattere democratico, tale richiesta non è stata accolta; pertanto l'estensione della suddetta procedura è stata decisa, di volta in volta, a seconda dei diversi tipi di fonti comunitarie.

ripresa e trapiantata dal livello continentale al livello universale, quando infine il diritto internazionale rafforzerà la sua legittimità e la sua cogenza. Si potrebbe così passare da una mera prospettiva intergovernativa⁽³⁴⁾ (fatta propria da tutte le convenzioni internazionali, e naturalmente anche da quelle in materia ambientale, come per esempio la Convenzione di Washington del 1973 per la salvaguardia delle specie animali e vegetali in pericolo di estinzione)⁽³⁵⁾, ad una diversa prospettiva, improntata al modello comunitario. Una prospettiva, cioè, nella quale gli atti normativi internazionali a carattere ecologico siano vincolanti per i singoli Paesi a prescindere dall'adesione di questi ultimi, e dunque si impongano a tutti gli Stati, in vista del bene collettivo e della salvezza del pianeta.

ABSTRACT

This study analyses the harmonization process of national environmental law as it is fostered by EC law. The attention is focused on how much European Community commitment to environmental issues is influenced by the raising awareness of the Community itself on these issues and by the persisting dissimilarities between different national environmental policies. These dissimilarities stem from the varying priorities and point of view of each State (but also of each Government, each social group and each individual), as well from the wide range of different opinions concerning what scientific-technical solution is best to face the current burdensome questions related to environment protection.

Il lavoro affronta il tema dell'armonizzazione su impulso comunitario delle legislazioni europee in materia di ambiente. In esso si sottolinea che il forte impegno della CE nel settore ambientale è dovuto sia alla crescente sensibilità sul punto di tale organizzazione internazionale, sia al persistere nei Paesi UE di differenti politiche ambientaliste talora difficilmente conciliabili. Queste diverse politiche, a loro volta, sono il frutto di priorità e punti di vista che divergono da uno Stato all'altro (ma anche da un governo all'altro, da un gruppo sociale all'altro e da un singolo cittadino all'altro); così come sono il frutto della estrema differenza di opinioni in merito alle soluzioni tecniche preferibili per affrontare gli attuali, difficili problemi concernenti la salvaguardia dell'ambiente.

⁽³⁴⁾ La quale, come appena detto, presuppone l'adesione dei singoli governi agli strumenti normativi internazionali.

⁽³⁵⁾ Pubblicata in *Gazz. Uff.* 24 febbraio 1976, n. 49, suppl. ord., p. 66 ss. In merito a tale Convenzione — la cui applicazione all'interno della Comunità è disciplinata dal reg. CEE n. 3626/82 del Consiglio del 3 dicembre 1982 (in *GUCE* L384 del 31 dicembre 1982, p. 1 ss.) — cfr., in particolare, MAFFEI, *La protezione internazionale delle specie animali minacciate*, Padova, 1992.

LUCETTA DESANTI

PIÙ *INIURIAE* DA UN'INGIURIA

– L'oltraggio ai *potestati vel affectui subiecti* –

1. – Il concorso di illeciti privati ⁽¹⁾, nonché delle azioni penali discendenti da essi ⁽²⁾, non è rimasto estraneo alla riflessione dei giuristi romani. Le testimonianze in argomento delineano, anzi, un quadro piuttosto articolato, nell'ambito del quale è possibile individuare due situazioni fondamentali, in qualche modo rapportabili alle moderne categorie del concorso materiale e del concorso formale di reati ⁽³⁾.

La prima, rimandava al caso di più illeciti scaturenti da fatti diversi, ancorché connessi fra loro, ciascuno dei quali — secondo quanto riferiva

⁽¹⁾ Su questo profilo, in particolare: C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, diretta da E. PESSINA, I, Milano 1905, 133 ss.; G. F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, Padova 1937², 198 ss. Più propriamente sul concorso di azioni penali: E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Shadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972; G. NEGRI, *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, III, Torino 1988, specialm. 262 s.; P. VOCI, *Azioni penali in concorso tra loro*, in *SDHI*, LXV (1999), 1 ss., ora in Id., *Ultimi studi di diritto romano*, Napoli 2007, 243 ss. In talune ipotesi, invero, si registrava il concorso fra illeciti privati e crimini pubblici: per esempio, riguardo all'uccisione dolosa del servo, sanzionata sia in forza della *lex Aquilia* sia ai sensi della *lex Cornelia de sicariis* (in argomento, di recente, M. MIGLIETTA, "Servus dolo occisus". *Contributo allo studio del concorso fra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis'*, Napoli 2001).

⁽²⁾ Va tenuto presente che le azioni penali potevano altresì concorrere con azioni reipersecutorie: cfr., di recente, P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, 64 (1998), 1 ss., ora in Id., *Ultimi studi di diritto romano*, cit., 193 ss., specialm. 201 ss.

⁽³⁾ L'analogia è sottolineata da P. VOCI, *Azioni penali*, cit., 246 s., il quale rileva peraltro come la terminologia adoperata dai giuristi romani per descrivere il fenomeno non risulti particolarmente rigorosa.

Ulpiano — avrebbe dovuto ricevere la propria sanzione ⁽⁴⁾. Seguendo gli esempi illustrati dal giurista, si consideri colui che, sottratto o rapito un servo, ne avesse provocato la morte, realizzando nel contempo un furto, o una rapina, nonché un danno ⁽⁵⁾. Ancora, si pensi a colui che, sempre sottratto un servo, lo avesse fustigato e magari ucciso, configurandosi, in tale ipotesi, tre diversi delitti: furto, *iniuria*, *damnum iniuria datum* ⁽⁶⁾; o, infine, a colui che avesse rubato e sedotto una schiava, rendendosi colpevole sia di furto sia di *servi corruptio* ⁽⁷⁾.

La seconda, concerneva il caso di più illeciti traenti origine dal medesimo fatto. Si trattava, per esempio, del taglio furtivo di alberi, che presentava gli estremi sia della fattispecie degli *arbores furtim caesae*, sanzionata dalla legge delle XII tavole, sia del danno aquiliano ⁽⁸⁾. Pensiamo ancora alla fustigazione del servo altrui, che poteva integrare una duplice responsabilità, per danno e per *iniuria*, nei confronti del padrone ⁽⁹⁾; ovvero, alla distruzione di tavole testamentarie o alla falsificazione di documenti probatori, atti che, consistendo nella *contrectatio* dell'*instrumentum* altrui, apparivano ricondu-

⁽⁴⁾ D. 47, 1, 2 *pr.* (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam.*

⁽⁵⁾ D. 47, 1, 2, 1-2 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Qui igitur hominem subripuit et occidit, quia subripuit, furti, quia occidit, Aquilia tenetur, neque altera harum actionum alteram consumit. 2. Item dicendum est, si rapuit et occidit: nam et vi bonorum raptorum et Aquilia tenebitur.* Cfr. anche D. 9, 2, 27 *pr.* (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si servus servum alienum subripuerit et occiderit, et Iulianus et Celsus scribunt et furti et damni iniuriae competere actionem.* Lo stesso dicasi per il caso in cui il servo, sottratto, fosse stato quindi ferito: D. 47, 1, 2, 6 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Item si quis servum vulneravit, quem subripuerat, aequae duae actiones locum habebunt Aquiliae et furti.*

⁽⁶⁾ D. 47, 1, 2, 4 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Item si quis subreptum flagello ceciderit, duabus actionibus tenetur furti et iniuriarum: et si forte hunc eundem occiderit, tribus actionibus tenebitur.*

⁽⁷⁾ D. 47, 1, 2, 5 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Item si quis ancillam alienam subripuit et flagitaverit, utraque actione tenebitur, nam et servi corrupti agi poterit et furti.*

⁽⁸⁾ D. 47, 7, 1 (Paul. 9 *ad Sab.*): *Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait: sed Trebatius ita utramque dandam, ut iudex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet.* Cfr. anche: D. 19, 2, 25, 5 (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 47, 7, 11 (Paul. 22 *ad ed.*). Quando si sottraesse il legname a scopo di lucro, si profilava altresì una responsabilità per furto: D. 47, 7, 8, 2 (Paul. 39 *ad ed.*).

⁽⁹⁾ D. 44, 7, 34 *pr.* (Paul. *l. sing. de concurr. act.*): *Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum: iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraeque competere. ...* Cfr. inoltre: D. 47, 10, 15, 46 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*). Presupposto della concorrente responsabilità aquiliana era tuttavia il verificarsi di un danno, ossia di un pregiudizio patrimoniale per il *dominus*. Era perciò necessario che le percosse inferte allo schiavo ne avessero determinato una diminuzione di valore: D. 9, 2, 27, 17 (Ulp. 18 *ad ed.*); Coll. 2, 4, 1 (Ulp. 19 *ad ed.*). Diversamente, si sarebbe potuto agire solamente d'ingiurie.

cibili al furto e al tempo stesso, traducendosi nella *corruptio* dell'*instrumentum* medesimo, ricadevano sotto le previsioni della *lex Aquilia* ⁽¹⁰⁾. Anche in simili ipotesi, sia pure *post magnas varietates*, sarebbe prevalso il principio del cumulo di azioni ⁽¹¹⁾.

Se negli esempi illustrati in precedenza il concorso coinvolgeva illeciti diversi (furto e danno; rapina e danno; furto, *iniuria* e danno, e così via dicendo), poteva altresì accadere che da fatti connessi, oppure *ex uno facto*, discendessero più delitti della stessa specie. Un esempio significativo, sul quale convergeremo ora l'attenzione, rimandava all'ambito della *iniuria* e, precisamente, agli oltraggi arrecati a taluni soggetti, sottoposti all'altrui potestà od affetto — come riferisce Ulpiano, D. 47, 10, 1, 3, *potestati nostrae vel affectui subiecti* — quali i figli di famiglia, le mogli o i servi ⁽¹²⁾. Infatti, gli atti perpetrati nei riguardi di costoro generavano un'ingiuria indiretta nei

⁽¹⁰⁾ D. 47, 2, 27, 3 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Sed si quis non amovit huiusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae: nam rupisse videtur qui corruptit*. Lo stesso Ulpiano, nel prospettare il concorso delle due fattispecie in merito alla distruzione delle tavole testamentarie, precisava peraltro che, in assenza dell'*animus furti faciendi*, si sarebbe configurato unicamente il danno aquiliano. Cfr., infatti, D. 9, 2, 41, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit: nam furti non tenebitur: cum facto enim etiam animum furis furtum exigit*.

⁽¹¹⁾ D. 44, 7, 32 (Herm. 2 *iur. epit.*): *Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut eventum cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas varietates optinuit*. Alcune testimonianze sembrerebbero documentare che il regime del cumulo era approvato da Ulpiano: D. 44, 7, 60 (Ulp. 17 *ad ed.*); D. 50, 17, 30 (Ulp. 18 *ad ed.*)= Inst. 4, 9, 1; D. 11, 3, 11, 2 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 47, 10, 15, 46 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*); lo stesso dicasi per Papiniano: D. 48, 5, 6 *pr.* (Pap. 1 *de adult.*). In alcuni passi di Paolo, tuttavia, sembrerebbe profilarsi un temperamento: l'offeso avrebbe potuto agire più volte, secondo il principio del cumulo, ma il giudice avrebbe dovuto operare affinché non ricevesse, in totale, più di quanto avrebbe potuto ottenere tramite il rimedio più favorevole, vale a dire affinché la pena minore risultasse 'assorbita' dalla pena maggiore: D. 44, 7, 34 *pr.* (Paul. *l. sing. de concurr. act.*), che documenta la varietà di opinioni al riguardo; D. 44, 7, 41, 1 (Paul. 22 *ad ed.*); D. 47, 7, 11 (Paul. 22 *ad ed.*); D. 47, 8, 1 (Paul. 22 *ad ed.*); D. 47, 7, 1 (Paul. 9 *ad Sab.*), da cui si evince che anche Trebazio sarebbe stato favorevole a tale soluzione. Inoltre, per quel che concerne un precedente nel pensiero di Giuliano, cfr. D. 9, 2, 47 (Iul. 86 *dig.*). Giustiniano, sia pure accogliendo la formulazione generale proposta da Ulpiano, a favore del cumulo, avrebbe definitivamente sancito il principio dell'assorbimento enunciato da Paolo. Su questo complesso tema, cfr. P. VOCI, *Azioni penali in concorso tra loro*, cit., 246 ss.

⁽¹²⁾ Hanno rilevato la circostanza, in particolare: C. F. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, Berlin 1840, 122 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, cit., 137 e 238 s.; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 507 ss.; G. F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*², cit., 203 e *Diritto penale romano (i singoli reati)*, Padova 1932, 77. Di recente, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta en Derecho Romano*, Madrid 2005, 169 ss.

confronti del *pater*, del marito o del padrone, il cui sovrapporsi all'ingiuria, diretta, della vittima immediata dell'illecito si prestava a generare una pluralità di *iniuriae* — *ex uno facto* — nei confronti di diversi soggetti passivi.

2. – La categoria dell'ingiuria indiretta⁽¹³⁾, verosimilmente piuttosto risalente⁽¹⁴⁾, appare compiutamente teorizzata nelle opere dei giuristi classici, nell'ambito delle principali classificazioni inerenti al nostro illecito. Così, le Istituzioni di Gaio, seguite sul punto dalle Istituzioni giustiniane⁽¹⁵⁾, prospettano anzitutto la possibilità di soffrire ingiuria (*pati iniuriam*) non soltanto “attraverso noi stessi”, *per nosmet ipsos*, ma anche

⁽¹³⁾ In argomento, in particolare: M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit.

⁽¹⁴⁾ A giudizio di M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, 248 ss., alcune testimonianze in questo senso sarebbero rintracciabili nell'opera di Plauto. In particolare, si tratterebbe di PLAUT. *poen.* 1336-1337: *Ag. Rapiamus in ius. Ha. Minume. Ag. Qua propter? Ha. Quia / iniuriarum multo induci satius est*. Dal passo (peraltro non esente dal sospetto di corruzione: cfr. A. C. SCAFURO, *The Forensic Stage. Settling Disputes in Greco-Roman New Comedy*, Cambridge 1997, 446) emergerebbe che Annone, padre di due sorelle nate ingenuae, rapite da un certo Lyco e costrette a vivere come cortigiane, avrebbe potuto convenire in giudizio quest'ultimo mediante l'*actio iniuriarum* (intesa in senso tecnico). Inoltre, guardando al successivo verso 1352, ove lo stesso Annone affermava di avere diritto a molteplici risarcimenti (*et mihi supplicis multis*), si ricaverebbe che costui sarebbe stato legittimato ad agire non soltanto in ragione dell'offesa subita dalle figlie (colpite nella dignità per essere state asservite), ma anche a causa della propria ingiuria indiretta, inferta all'onore paterno da tale ingiusta schiavitù. Ancora, la rilevanza dell'*iniuria* indiretta si ricaverebbe da PLAUT. *aulul.* 792 ss., ove lo stupro di una giovane donna apparirebbe costituire offesa anche al padre di lei: ... *ut si quid ego erga te imprudens peccavi aut gnatam tuam, / ut mi agnoscas eamque uxorem mihi des, ut leges iubent. / ego me iniuriam ferisse filiae fateor tuae*. Lo stesso si ricaverebbe da PLAUT. *rud.* 669 s.: (*tanta*) *importunitas tantaque iniuria / (facta in) nos est modo hic intus ab nostro ero ...*

In questo senso, altresì, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 133 ss., che — anche alla luce delle testimonianze plautine — mette in relazione la comparsa dei primi casi di ingiuria indiretta con l'emanazione del cosiddetto editto generale *de iniuriis aestimandis*.

⁽¹⁵⁾ Inst. 4, 4, 2-3: *Patitur autem quis iniuriam non solum per semet ipsum, sed etiam per liberos suos quos in potestate habet: item per uxorem suam, id enim magis praevaluit. itaque si filiae alicuius, quae Titio nupta est, iniuriam fecerit, non solum filiae nomine tecum iniuriarum agi potest, sed etiam patris quoque et mariti nomine. contra autem, si viro iniuria facta sit, uxor iniuriarum agere non potest: defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est. sed et socer nurus nomine, cuius vir in potestate est, iniuriarum agere potest. 3. Servis autem ipsis quidem nulla iniuria fieri intellegitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen isdem modis, quibus etiam per liberos et uxores, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit et quod aperte ad contumeliam domini respicit. veluti si quis alienum servum verberaverit, et in hunc casum actio proponitur: at si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit.*

attraverso i discendenti in potestà e le mogli, nonché tramite i servi, per quanto limitatamente alle ingiurie più gravi:

Gai. 3, 221-222: Pati autem iniuriam videmur non solum per nosmet ipsos, sed etiam per liberos nostros, quos in potestate habemus, item per uxores nostras, quamvis in manu nostra ⟨non⟩ sint; itaque si filiae meae, quae Titio nupta est, iniuriam feceris, non solum filiae nomine tecum agi iniuriarum potest, verum etiam meo quoque et Titii nomine. 222. Servo autem ipsi quidem nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri videtur; non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos nostros vel uxores iniuriam pati videmur, sed ita, cum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte in contumeliam domini fieri videtur, veluti si quis alienum servum verberaverit; et in hunc casum formula proponitur; at si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula nec temere petenti datur.

La distinzione fra *iniuria* sofferta *per semet ipsum* ovvero *per alias personas*, riemerge inoltre in un frammento di Ulpiano, cui sono state attribuite ascendenze labeoniane ⁽¹⁶⁾:

D. 47, 10, 1, 3 (Ulp. 56 *ad ed.*): Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.

Nella prospettiva del giurista severiano, *iniuria per semet ipsum* è quella inflitta direttamente al padre di famiglia o alla madre di famiglia ⁽¹⁷⁾; *iniuria per alias personas*, quella subita “per conseguenza”, di riflesso, in modo indiretto: per l'appunto, tramite i discendenti, i servi, l'*uxor* o la *nurus* ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ M. BRETONE, *Ricerche labeoniane. Iniuria e ὄβρις*, in *RFIC*, 103 (1975), ora in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982², 173 ss. e nt. 1, ove si fa osservare che nei libri 56 e 57 del commentario ulpiano all'editto Labeone risulta nominato 27 volte, nonché una con *idem*. Cfr. inoltre M. F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., 265 s. A Labeone potrebbe pertanto risalire, forse, la stessa distinzione fra *iniuria* diretta e indiretta. In questo senso, altresì, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 132.

⁽¹⁷⁾ Il passo ulpiano è stato ricondotto alle testimonianze nelle quali la *mater familias* appare rappresentata come donna *sui iuris*: R. FIORI, *'Materfamilias'*, in *BIDR*, 96-97 (1993-1994), 464 e nt. 40.

⁽¹⁸⁾ Va notato che il *socer*, nella prospettiva di Ulpiano, sembrerebbe venire in considerazione quale vittima di un'ingiuria indiretta, per il tramite della nuora. Alla luce delle Istituzioni giustiniane (Inst. 4, 4, 2), invece, sembrerebbe essenzialmente chiamato ad agire in luogo del figlio *alieni iuris*, coniuge della donna oltraggiata, a

Persone, sottolineava Ulpiano, non necessariamente sottoposte a potestà, ma anche a semplici legami di *affectus*.

Infine, la possibilità di agire d'ingiurie per le lesioni inferte ai figli in potestà o alla moglie, purché sorrette dall'intenzione di oltraggiarne il *pater* o il marito, è affermata pure nelle *Sententiae* pseudopaoline:

P.S. 5, 4, 3: Si liberis qui in potestate sunt aut uxori fiat iniuria, nostra interest vindicare: ideoque per nos actio inferri potest, si modo is qui fecit in iniuriam nostram id fecisse doceatur.

Altre attestazioni, che avremo modo di esaminare, confermano l'interesse di Paolo per la fattispecie, e in particolare per il profilo dell'elemento soggettivo, dell'*animus iniuriandi* ⁽¹⁹⁾. Il che legittima a ritenere che il frammento, sebbene tratto da un'opera di fattura postclassica, esprima tuttavia gli orientamenti del giurista severiano.

Al di là di talune divergenze ⁽²⁰⁾, le testimonianze in discorso riflettono una concezione comune che, almeno inizialmente, dovette essere legata alla sussistenza di un rapporto potestativo.

Così, se l'idea secondo la quale il padrone avrebbe sofferto *iniuria* attraverso il proprio servo trovava verosimilmente fondamento nell'ampiezza ed esclusività della *dominica potestas*, l'oltraggio subito dal padre tramite la persona del figlio affondava le radici nella *patria potestas* e nel ruolo esercitato dal *pater* all'interno della famiglia romana, quale emblema della cerchia familiare stessa, sul cui capo finiva per ricadere l'oltraggio e il disonore dei discendenti ⁽²¹⁾. Particolarmente espressivo risulta, al riguardo, un passo di Ulpiano ⁽²²⁾: *Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit,*

nome della donna stessa: ... *sed et socer nurus nomine, cuius vir in potestate est, iniuriarum agere potest*. V. anche nt. 55.

⁽¹⁹⁾ D. 47, 10, 18, 4-5 (Paul. 55 *ad ed.*): v. *infra*.

⁽²⁰⁾ Queste concernono soprattutto il profilo dell'*iniuria* sofferta tramite i propri servi. Nelle Istituzioni di Gaio, la fattispecie, considerata autonomamente, non appare del tutto rapportabile alla *iniuria* sofferta mediante soggetti di condizione libera, quali i figli in potestà e le mogli. Nel brano ulpiano in D. 47, 10, 1, 3 (Ulp. 56 *ad ed.*), viceversa, essa è ricondotta al generale ambito della *iniuria per alias personas*, senza distinzioni di sorta. In P.S. 5, 4, 3, infine, non è neppure considerata.

⁽²¹⁾ Cfr. M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 182 ss., a parere della quale la struttura potestativa della famiglia romana avrebbe fatto sì che il figlio fosse inteso come una sorta di "prolungamento" del *pater familias*, che dunque risultava indirettamente colpito dagli atti ingiuriosi perpetrati contro il sottoposto.

⁽²²⁾ D. 47, 10, 1, 5 (Ulp. 56 *ad ed.*): v. *infra*.

quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat. Il fatto del figlio che si lasciava vendere non solo colpiva il pudore paterno, ma lo toccava ad un punto tale, da far sì che costui risultasse ingiuriato, e legittimato ad agire, sebbene il figlio, consenziente, non avesse patito alcun oltraggio.

Anche la considerazione del marito quale soggetto indirettamente ingiuriato per il tramite della moglie doveva ricollegarsi all'originario acquisto della *manus*, che poneva la donna in qualità di figlia del proprio sposo (e *loco neptis* rispetto al suocero). Tale concezione sarebbe poi trapassata pure nell'ambito del matrimonio libero ⁽²³⁾, forse non senza discussioni, trovando il proprio fondamento non più in un vincolo di natura potestativa, ma — sulla scorta di quanto si legge in D. 47, 10, 1, 3 (Ulp. 56 *ad ed.*) — nella soggezione ad un legame di affetto, che imponeva ugualmente al marito di proteggere la propria sposa e lo rendeva personalmente 'toccato' dal di lei oltraggio ⁽²⁴⁾.

Invero, la testimonianza di Gai. 3, 221 si presenta, al riguardo, piuttosto ambigua. Nella prima parte del passo infatti, seguendo la lezione dell'Apografo di Studemund, i mariti risulterebbero patire indirettamente *iniuria* solo attraverso le mogli convenute *in manum: item per uxores nostras, cum in manu nostra sint* ⁽²⁵⁾. Ciò, tuttavia, parrebbe in contrasto con le parole successive: *itaque si filiae meae, quae Titio nupta est, iniuriam feceris, non solum filiae nomine tecum agi iniuriarum potest, verum etiam meo quoque et Titii nomine.* Queste parole, infatti, riproducendo il contenuto di un responso di Nerazio ⁽²⁶⁾, presentano il marito come soggetto indirettamente leso, e legittimato ad agire per la propria *iniuria*, sebbene la moglie si trovasse *in potestate patris*: e dunque, seguendo l'opinione tradizionalmente accolta, non fosse stata convenuta *in manum* ⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ È noto del resto che il matrimonio *cum manu*, all'epoca cui appartengono i brani giurisprudenziali in argomento, era sostanzialmente caduto in desuetudine. In argomento, per esempio, E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano 2003³, 76 ss.

⁽²⁴⁾ Si è anzi osservato che un simile ruolo sarebbe stato proprio, più in generale, dei parenti maschi della famiglia, che avrebbero inteso i membri femminili come un prolungamento della loro stessa persona: così M. GUERRERO LEBRÓN, *La iniuria indirecta*, cit., 143 e 185 s.

⁽²⁵⁾ *Gaii Institutionum Commentarii quattuor Codicis Veronenis denuo collati apografum confecit ...* G. STUEMUND, ed. Osnabrück 1965, fol. 48 r, pag. 186.

⁽²⁶⁾ D. 47, 10, 1, 9 (Ulp. 56 *ad ed.*): v. *infra*.

⁽²⁷⁾ La permanenza della *patria potestas*, infatti, sarebbe stata incompatibile con l'acquisto della *manus maritalis*. Per tutti: E. VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla "conventio in manum"*, in *Mem. Acc. Lincei* — Scienze morali, Sez. VIII, vol. XII, 4, 1966, ora in *Scritti giuridici. III. Famiglia e successioni*, Napoli 1991, 78 ss.; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova 2002², 316 s. E ciò condurrebbe a ritenere che la donna *in potestate patris* — tramite la quale il marito risultava ingiuriato — fosse sposata *sine manu*.

In questa luce, le principali edizioni critiche hanno proposto di correggere le parole *cum in manu nostra sint*, sostituendovi la locuzione *quamvis in manu nostra non sint* ⁽²⁸⁾.

Altri studiosi, invece, hanno mantenuto ferma la lezione dell'Apografo ⁽²⁹⁾, che fa specifico riferimento al caso delle *uxores in manu*: vuoi sostenendone la compatibilità con la fattispecie dell'*uxor in potestate patris*, giacché *manus* e *potestas* avrebbero potuto coesistere ⁽³⁰⁾, vuoi ipotizzando che l'andamento del passo gaiano — effettivamente contraddittorio — sottintendesse uno svolgimento. Per meglio dire, la prima parte del frammento — *item per uxores nostras, cum in manu nostra sint* — attesterebbe la regola originaria, mentre la parte conclusiva darebbe conto dell'orientamento prevalso, favorevole ad estendere il principio anche al caso della moglie *non in manu*, che si estrinsecava nel responso di Nerazio ⁽³¹⁾.

⁽²⁸⁾ In particolare: P. KRUEGER, G. STUEMUND, *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis Apographum Studemundianum novis iuris auctum*, 7^o ed., in *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, I, Berolini 1923, 154 e nt. ad l. 10: "verba cum in manu nostra sint tamquam glossa expellit Mommsen; nostra (non) Boecking, nostra C"; E. SECKEL, B. KUEBLER, *Gai Institutiones*, 7^o ed., 1935, rist. Stuttgart 1969, 186. Cfr., inoltre, J. BAVIERA, in *FIRA*, II, Florentiae 1940, 147, nonché M. DAVID, *Gai Institutiones secundum Codicis Veronensis Apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto reperta*, Leiden 1964, 118.

⁽²⁹⁾ Per esempio: V. ARANGIO-RUIZ, A. GUARINO, *Breviarium iuris romani*, Milano 1998⁸, 148 e nt. 1.

⁽³⁰⁾ In questo senso: A. CORBINO, *rec. di A. M. RABELLO*, *Effetti personali della "patria potestas". I. Dalle origini al periodo degli Antonini*, in *Iura*, 31 (1980), 184 ss.; ID., in *Poteri, negozia, actiones nella esperienza romana arcaica*, Copanello 12-15 maggio 1982, Napoli 1984, 85 s.; ID., *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in *La proprietà e le proprietà*, Pontignano, 30 settembre-3 ottobre 1985, a cura di E. CORTESE, Milano 1988, 11 ss.; I. PIRO, "Usus" in *manum convenire*, Napoli 1994, 69 ss.; EAD., *Riflessioni in tema di 'in manu filii esse'*, in *Iura*, 47 (1996), 139. Aderiscono a questa prospettiva: E. CANTARELLA, *L'"usus" e la "conventio in manum"*, *rec. di I. PIRO*, "Usus" in *manum convenire*, in *Labeo*, 41 (1995), 439 s. e U. BARTOCCI, *Le Species Nuptiarum nell'esperienza romana arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti*, Roma 1999, 154 ss. Diversamente: C. RUSSO RUGGERI, *Qualche osservazione in tema di "ius occidendi ex lege Iulia de adulteriis coercendis"*, in *BIDR*, 92-93 (1989-90), 98 s.; P. ZANNINI, *Ancora su "usu in manum convenire"*, in *Labeo*, 45 (1999), 415 nt. 11.

⁽³¹⁾ R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*², cit., 392 s. e *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2006, 292 s. Lo studioso ipotizza altresì l'interposizione, fra la prima parte e quella conclusiva, di un brano andato perduto, ove si esponevano i contrasti sorti successivamente in materia e di cui rimarrebbe l'eco in Inst. 4, 4, 2: *Patitur autem quis iniuriam non solum per semet ipsum, sed etiam per liberos suos quos in potestate habet: item per uxorem suam, id enim magis praevaluit ...*. In effetti, è plausibile che la divergenza di opinioni cui alludono le ultime parole — *id enim magis praevaluit* — non concernesse il riconoscimento stesso di un'ingiuria indiretta del marito, ma semmai la possibilità di configurare una simile ingiuria anche tramite la moglie non convenuta *in manum*.

In effetti, l'affermarsi di un simile orientamento, durante l'epoca classica, sembra trovare conferma in ulteriori attestazioni. Così, un frammento di Paolo, recante l'opinione di Pomponio, contemplava l'ingiuria del marito tramite l'*uxor in nullius potestate*, vale a dire *sui iuris*, non soggetta a potestà e neppure *in manu* ⁽³²⁾. A ciò si aggiunga che le *Pauli Sententiae* menzionavano genericamente l'*uxor*, senza nulla accennare circa la sussistenza della *manus* ⁽³³⁾. Inoltre, sempre sulla scorta del semplice legame di affetto, al marito è stato equiparato il fidanzato, quale vittima indiretta dell'oltraggio alla propria *sponsa* ⁽³⁴⁾.

Il tenore generale di D. 47, 10, 1, 3 (Ulp. 56 *ad ed.*), nel fare riferimento all'ambito dei *potestati vel affectui subiecti*, parrebbe anzi suggerire che la propensione a svincolare l'ingiuria indiretta dalla sussistenza di un legame potestativo avesse oltrepassato lo stesso caso in discorso ⁽³⁵⁾. In effetti, se è vero che il padre soffriva *iniuria*, di regola, tramite i *liberi in potestate*, un altro brano di Ulpiano, recante l'opinione di Giuliano, sembrerebbe chiamare in causa anche il padre *alieni iuris*, il cui figlio si trovasse in potestà dell'avo ⁽³⁶⁾:... *hoc amplius Iulianus scribit, et si filio familias patri per filium eius in eadem potestate manentem fiat iniuria neque avus praesens sit, posse patrem procuratorem dare ad ulciscendam iniuriam, quam nepos absentis passus es.* Il

⁽³²⁾ D. 47, 10, 18, 2 (Paul. 55 *ad ed.*): v. *infra*.

⁽³³⁾ P.S. 5, 4, 3: *Si liberis qui in potestate sunt aut uxori fiat iniuria, nostra interest vindicare: ideoque per nos actio inferri potest, si modo is qui fecit in iniuriam nostram id fecisse doceatur.* Si può invece notare che il frammento, riguardo all'ingiuria sofferta dal *pater* tramite i figli, si riferiva specificamente ai *liberi qui in potestate sunt*.

⁽³⁴⁾ D. 47, 10, 15, 24 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*): *Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat.* Il giurista, sia pure commentando l'editto *de adtempata pudicitia*, si premurava di precisare che il fidanzato avrebbe sofferto *iniuria* per qualsiasi tipo di oltraggio inferto alla *sponsa*. Cfr. C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati nel diritto romano della fine della repubblica e del principato*, in *Estudios Iglesias*, III, Madrid 1988, 1171; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1994³, 137; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, II, Roma 2005, 177 s.

⁽³⁵⁾ A giudizio di M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 84, proprio su questa base si sarebbe pervenuti a configurare l'ingiuria indiretta dell'erede tramite il cadavere, o l'ingiuria sofferta per mezzo delle immagini.

⁽³⁶⁾ D. 3, 3, 8 *pr.* (Ulp. 8 *ad ed.*): *Filius familias et ad agendum dare procuratorem potest, si qua sit actio, qua ipse experiri potest: non solum si castrense peculium habeat, sed et quivis filius familias: ut puta iniuriam passus dabit ad iniuriarum actionem, si forte neque pater praesens sit nec patris procurator velit experiri, et erit iure ab ipso filio familias procurator datus. hoc amplius Iulianus scribit, et si filio familias patri per filium eius in eadem potestate manentem fiat iniuria neque avus praesens sit, posse patrem procuratorem dare ad ulciscendam iniuriam, quam nepos absentis passus est. ad defendendum quoque poterit filius familias procuratorem dare. sed et filia familias poterit dare procuratorem ad iniuriarum actionem.*

passo, in realtà, concerneva l'esperibilità dell'azione *fili nomine*, in relazione all'ingiuria sofferta dal figlio stesso ⁽³⁷⁾. Tuttavia, le parole *si filio familias patri per filium eius in eadem potestate manentem fiat iniuria* parrebbero evidenziare come l'oltraggio arrecato al figlio si riverberasse parallelamente nei confronti del padre, sebbene a sua volta *alieni iuris*: non certo in virtù della *patria potestas*, bensì in forza del semplice legame di affetto.

3. – Non è escluso che in un'epoca assai antica l'oltraggio arrecato ai servi, ai figli di famiglia o alle donne sposate, generasse *iniuria* unicamente nei confronti del padrone, del *pater*, del marito (ovvero del suocero) ⁽³⁸⁾. Tuttavia, quanto meno in progresso di tempo, anche i *potestati vel affectui subiecti* sono stati percepiti quali vittime immediate dell'illecito. Il fenomeno avrebbe coinvolto, in primo luogo, i *liberi in potestate* e le *uxores*, mentre la situazione degli schiavi, come vedremo, si presentava piuttosto ambigua.

Difatti, se è vero che questi ultimi, secondo una concezione ancora presente nelle Istituzioni giustiniane, non si consideravano in grado di subire *iniuria* ⁽³⁹⁾, è invece certo che ai figli di famiglia si è riconosciuta la capacità di *iniuriam pati*, nonché una parziale ma significativa legittimazione ad agire ⁽⁴⁰⁾. La *lex Cornelia de iniuriis* avrebbe anzi attribuito esclusivamente al figlio, vittima dell'illecito, la facoltà di promuovere la relativa

⁽³⁷⁾ Per la precisione, si stabiliva che, in assenza dell'avo, l'*actio iniuriarum* competesse al *pater alieni iuris*; con possibilità, per quest'ultimo, di designare un procuratore.

⁽³⁸⁾ In questa direzione, cfr. E. POLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, 69 ss., il quale concepisce l'illecito di *iniuria* come "the personal offence of the house-community, the *pater familias*, whether directly — first of all bodily — or indirectly, hurting his house-authority (*potestas, manus, mancipium*) or all the living (domestic animals) or vegetal or lifeless things (olive-tree, vine-stock, etc.) about which he could tell: *meum esse*". D'altronde, anche il passo ulpiano in D. 47, 10, 1, 3 (Ulp. 56 *ad ed.*), sopra riportato, sembrerebbe circoscrivere l'ingiuria diretta al *pater familias* e alla *mater familias*: quasi a riecheggiare una più antica concezione che vedeva nei soli soggetti *sui iuris* le vittime dell'illecito, e considerava i sottoposti quali meri 'veicoli' dell'ingiuria indiretta. Cfr. M. F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., 266.

⁽³⁹⁾ Inst. 4, 4, 3, che riproponeva il contenuto di Gai. 3, 222. La considerazione degli schiavi quali vittime dell'illecito, sia pure entro certi limiti, sembrerebbe essere stata enunciata solamente da Ulpiano. V. *infra*.

⁽⁴⁰⁾ Su questo tema: S. SOLAZZI, *Sulla capacità del "filius familias" di stare in giudizio*, in *BIDR*, 9 (1899), ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1955, 42 ss.; G. LAVAGGI, "Iniuria" e "obligatio ex delicto", in *SDHI*, 12-13/14 (1946-1947/48), 141 ss.; M. A. DE DOMINICIS, *Appunti in tema di "patria potestas" e cognazione*, in *Studi in onore di A. Segni*, I, Milano 1967, 582 ss. Di recente, cfr. M. GUERRERO LEBRÓN, *El "filius familias" como legitimado activo en la "actio iniuriarum"*, in R. LÓPEZ ROSA, F. DEL PINO TOSCANO (eds.), *El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual*, Huelva 2004, 125 ss. (non visto direttamente).

actio ⁽⁴¹⁾. L'azione pretoria, viceversa, competeva di regola al *pater*, ancorché 'in ragione del figlio', *fili nomine* ⁽⁴²⁾.

L'editto *Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicitur* ⁽⁴³⁾, tuttavia, aveva ammesso i sottoposti ad agire, *causa cognita* ⁽⁴⁴⁾, in assenza del *pater* o del di lui procuratore ⁽⁴⁵⁾:

D. 47, 10, 17, 10 (Ulp. 57 *ad ed.*): Ait praetor: 'Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicitur et neque is, cuius in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat: causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicitur, iudicium dabo'.

⁽⁴¹⁾ D. 47, 10, 5, 6 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Illud quaeritur, an pater filio familias iniuriam passo ex lege Cornelia iniuriarum agere possit: et placuit non posse deque ea re inter omnes constat. sed patri quidem praetoria iniuriarum actio competit, filio vero legis Corneliae.* Si ritiene che la disciplina in discorso concernesse solamente il figlio maschio, non anche la figlia o la moglie *in manu*, in quanto maggiormente esposto al tipo di offese contemplate dal provvedimento (A. D. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'"iniuria" in età repubblicana*, Milano 1977, 226). Essa, inoltre, potrebbe essere stata coerente con la particolare natura "pubblicistica" che l'opinione maggioritaria degli studiosi tende ad attribuire all'*actio legis Corneliae*.

⁽⁴²⁾ Come si è peraltro osservato in tema di azioni nossali, azioni *familiae nomine*, azioni adietizie, espressioni del tipo "*actio competit (datur) filiorum nomine*" non rinviavano ad un'azione esercitata "nell'interesse" dei figli, ovvero "in rappresentanza" dei figli, dunque *alieno nomine*, ma semmai ad un'azione concessa "a causa dei figli", ed esperita dall'avente potestà *suo nomine*, per un interesse proprio: M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle "actiones adiecticiae qualitatis"*, Torino 2001, 48 ss. In effetti, anche per quel che concerne l'azione di ingiurie, emerge che il *pater* – nell'esperire l'azione *fili nomine* – non operava in rappresentanza del sottoposto, bensì per un proprio interesse. Prova ne sia che appariva esonerato dalla *cautio de rato*, spettante invece a chi avesse agito *alieno nomine*. D. 3, 3, 39, 4 (Ulp. 9 *ad ed.*): *Si pater filii nomine iniuriarum agat, cum duae sint actiones una patris altera filii, cessat de rato cautio.*

⁽⁴³⁾ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³, 402 s. Trattandosi dell'unica clausola editale non commentata da Labeone, è plausibile che essa sia stata emanata in epoca posteriore all'insigne giurista augusteo. Si è del resto osservata la presenza, nell'editto in discorso, di una nozione astratta di *iniuria-contumelia*, che si ritiene riferibile proprio al pensiero di Labeone: A. D. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 194 e 226.

⁽⁴⁴⁾ Come si ricava da D. 47, 10, 17, 17 (Ulp. 57 *ad ed.*), si trattava di accertare per quanto tempo si sarebbe protratta l'assenza paterna, ovvero se il *pater*, presente e deciso a promuovere il giudizio, fosse effettivamente inidoneo allo scopo.

⁽⁴⁵⁾ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 403, non condivide l'opinione, sostenuta anche da Rudorff, secondo la quale l'azione sarebbe stata accordata sulla base di una finzione giuridica, ossia fingendo che il sottoposto si trovasse *in nullius potestate*. Di conseguenza, respinge pure la ricostruzione della formula proposta da questo A.: *Quod As As, cum in potestate L. Titii esset neque procurator quisquam existeret qui eo nomine ageret, in hoc anno, cum primum experiundi potestas fuit, dolo malo Ni Ni pugno malam percussam esse (sic!), quantam pecuniam ob eam rem bonum et aequum esset Nm Nm Ao Ao condemnari, si As As in nullius potestate esset, dumtaxat et rel.*

La successiva interpretazione giurisprudenziale avrebbe poi riconosciuto la legittimazione dei figli in ipotesi ulteriori: per esempio, qualora il *pater* non fosse in grado di promuovere il giudizio per ragioni di infermità mentale, considerandosi in tal caso *absentis loco* ⁽⁴⁶⁾, o qualora si fosse assentato dopo la *litis contestatio*, o avesse trascurato l'esecuzione della sentenza ⁽⁴⁷⁾; o, ancora, quando il *procurator patris* si fosse mostrato negligente, inetto o addirittura colluso con l'avversario ⁽⁴⁸⁾.

E, se è pur vero che la facoltà di promuovere il giudizio, ovvero di rimettere l'offesa, rimaneva fondamentalmente riservata al *pater* ⁽⁴⁹⁾, diversi responsi riconducibili a Giuliano sottolineavano che il figlio, ove fosse autorizzato dal pretore, avrebbe esperito l'azione *suo nomine* ⁽⁵⁰⁾, e

⁽⁴⁶⁾ D. 47, 10, 17, 11 (Ulp. 57 *ad ed.*).

⁽⁴⁷⁾ D. 47, 10, 17, 14 (Ulp. 57 *ad ed.*).

⁽⁴⁸⁾ D. 47, 10, 17, 15 (Ulp. 57 *ad ed.*).

⁽⁴⁹⁾ D. 47, 10, 17, 12 (Ulp. 57 *ad ed.*): *Plane si praesens agere nolit, vel quia differt vel quia remittit atque donat iniuriam, magis est, ut filio actio non detur: nam et cum abest, idcirco datur filio actio, quia verisimile est patrem, si praesens fuisset, acturum fuisse.* Il figlio, pertanto, avrebbe potuto agire solo in ipotesi rapportabili all'assenza o all'inidoneità del *pater* (o del *procurator patris*), ma non in opposizione alla sua volontà. Il *pater*, se presente e capace, avrebbe potuto decidere di rimettere l'ingiuria, o di differire il giudizio, senza che il figlio potesse esperire l'azione in suo luogo. La sola eccezione, riferita al successivo par. 13, avrebbe riguardato il caso in cui il *pater*, *persona vilis abiectaque* rispetto al figlio (per esempio sottoposto a *cura prodigi*), non fosse perciò in grado di commisurare l'offesa subito da quest'ultimo e dunque di valutare l'opportunità di agire. Il passo, peraltro, sarebbe stato interpolato a giudizio di S. SOLAZZI, *Sulla capacità del "filius familias"*, cit., 43.

Sempre il *pater*, d'altronde, avrebbe potuto avviare il giudizio contro la volontà del figlio, che avesse pattuito di rinunciare all'azione. D. 2, 14, 30 *pr.* (Gai. 1 *ad ed. prov.*): *In persona tamen filii familias videndum est, ne aliquando et si pactus sit ne ageret, valeat pactio: quia aliquando filius familias habet actionem, veluti iniuriarum. sed cum propter iniuriam filio factam habeat et pater actionem, quin pactio filii nocitura non sit patri agere volenti, dubitari non oportet.*

⁽⁵⁰⁾ Al riguardo, viene in considerazione, anzitutto, D. 44, 7, 9 (Paul. 9 *ad Sab.*): *Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Iulianus putat.* L'assolutezza dell'affermazione ha fatto talvolta supporre che il giurista si riferisse propriamente all'*actio iniuriarum ex lege Cornelia* che, come sappiamo, era sempre accordata al figlio offeso (A. D. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 227). In realtà, nulla vieta di supporre che il passo alludesse invece all'azione pretoria, sebbene ammessa in ipotesi circoscritte: per affermare che il figlio, quando fosse legittimato ad agire (per assenza o impedimento del *pater*, o del relativo procuratore), avrebbe esperito tale azione *suo nomine*. In questo senso, S. SOLAZZI, *Sulla capacità del "filius familias"*, cit., 49.

Che proprio questa fosse l'opinione di Giuliano, si ricava del resto da altre attestazioni. Si veda, per esempio, D. 47, 10, 5, 7 (Ulp. 56 *ad ed.*): *In lege Cornelia filius familias agere potest ex omni causa nec cavere debet ratam rem patrem habiturum: nam nec alias agentem filium iniuriarum ad cautionem de rato compellendum Iulianus scribit.* Giuliano avrebbe ritenuto il figlio di famiglia esente, in ogni caso,

quasi pater familias ⁽⁵¹⁾: dunque, per un proprio interesse e non già *alieno nomine*, in rappresentanza della *voluntas patris* ⁽⁵²⁾. Inoltre, qualora egli avesse agito, l'azione del padre — per la *eadem res* — sarebbe rimasta preclusa ⁽⁵³⁾.

dalla *cautio de rato*: non solo se avesse agito d'ingiurie ai sensi della legge Cornelia ma anche ad altro titolo, ossia mediante l'azione pretoria. Ora, poiché la necessità di prestare la *cautio* in discorso incombeva su chi agisse *alieno nomine*, in qualità di rappresentante, l'esenzione riconosciuta al figlio di famiglia rispetto all'*actio iniuriarum* significava che costui, per l'appunto, si considerava agire *suo nomine*.

Si veda, inoltre, D. 47, 10, 17, 19-20 (Ulp. 57 *ad ed.*): *Idem Iulianus scribit filium non tantum ipsum agere debere, verum procuratorem dare posse: alioquin, inquit, nisi ei permiserimus procuratorem dare, futurum est, ut, si valetudine impediatur neque sit qui iniuriarum actionem exequatur, impediatur actio. 20. Idem ait, et si nepoti facta sit iniuria et nemo sit, qui avi nomine agat, permittendum esse patri experiri, et is procuratorem dabit. omnibus enim, qui suo nomine actionem habent, procuratoris dandi esse potestatem: intellegi autem filium, inquit, familias suo nomine agere, cum patre cessante praetor ei agere permittat.* Sempre secondo Giuliano, il sottoposto che agisse per la propria ingiuria, ovvero per quella del figlio in potestà dell'avo, sarebbe stato legittimato a designare un procuratore. E ciò non soltanto per evitare che un qualsiasi contrattempo gli impedisse di promuovere il giudizio, ma anche sulla base di una argomentazione ulteriore. Tutti coloro i quali possedevano l'azione *suo nomine* avevano facoltà di *dare procuratorem*; e il figlio di famiglia, autorizzato ad agire *patre cessante*, si considerava agire *suo nomine*: *intellegi autem filium, inquit, familias suo nomine agere, cum patre cessante praetor ei agere permittat.* Principi del tutto analoghi risultano riproposti in un altro brano, ove riappare il caso del padre *alieni iuris*, ammesso ad agire *suo nomine* riguardo al figlio *in potestate avi*, e si precisa ulteriormente che la medesima facoltà di *dare procuratorem*, per l'esercizio dell'*actio iniuriarum*, spettava anche alla figlia femmina e non solamente al maschio: D. 3, 3, 8 *pr.* (Ulp. 8 *ad ed.*).

⁽⁵¹⁾ D. 47, 10, 17, 22 (Ulp. 57 *ad ed.*): *Idem ait filio familias iniuriarum nomine actionem dari, quotiens nemo est, qui patris nomine experiat, et hoc casu quasi patrem familiae constitui. quare sive emancipatus sit sive ex parte heres scriptus fuerit vel etiam exheredatus sive paterna hereditate abstinerit, executionem litis ei dandam: esse enim perabsurdum, quem praetor manente patria potestate ad actionem admittendum probaverit, ei patri familias ultionem iniuriarum suarum eripi et transferri ad patrem, qui eum, quantum in ipso est, omiserit, aut, quod est indignius, ad heredes patris, ad quos non pertinere iniuriam filio familias factam procul dubio est.* La finzione, consistente nell'assumere il *filius quasi pater familias*, avrebbe avuto lo scopo di considerarlo come tale sin dal momento in cui l'azione era intentata, in modo da evitare che il mutamento dello *status familiae*, conseguente alla sua emancipazione o alla morte del *pater*, comportasse il trasferimento dell'azione. Il frammento sarebbe, tuttavia, frutto di interpolazione secondo G. LAVAGGI, "Iniuria" e "obligatio ex delicto", cit., 193 ss.

⁽⁵²⁾ Sulla contrapposizione fra *agere suo nomine* e *agere alieno nomine*, in qualità di rappresentante, Gai. 4,82: *Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis.* Il principio è ribadito nel parallelo passo delle Istituzioni giustiniane (4, 10 *pr.*), ove si forniscono notizie ulteriori intorno al progressivo affermarsi dell'*agere alieno nomine*.

⁽⁵³⁾ D. 47, 10, 17, 21 (Ulp. 57 *ad ed.*): *Si filius familias iniuriarum egerit, patri actio non competit.*

Capaci di patire *iniuria* erano altresì le donne di condizione libera, vittime privilegiate degli attacchi all'onore e alla pudicizia⁽⁵⁴⁾, e dunque le stesse donne sposate.

Peraltro, quando il matrimonio si accompagnava alla *conventio in manum* e, verosimilmente, alla cessazione della potestà paterna⁽⁵⁵⁾, è plausibile che la legittimazione all'*actio iniuriarum* competesse al marito, o al *pater* di lui. E l'eco di una simile concezione potrebbe anzi rintracciarsi in alcune testimonianze, dalle quali sembrerebbe emergere che il marito o il suocero — a causa dell'oltraggio perpetrato contro l'*uxor* o la *nurus* — fosse chiamato ad agire per difendere la donna stessa (anziché per la propria ingiuria indiretta)⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Fattispecie contemplate, come è noto, dall'*edictum de adtemptata pudicitia*, che concerneva sia la *materfamilias*, sia la *praetextata*; e che inoltre, come parrebbe desumersi da D. 47, 10, 9, 4 (Ulp. 57 *ad ed.*), potrebbe essersi esteso persino alla schiava. Dall'opera di Plauto si evince poi come le giovani donne potessero essere soggette alla riduzione in schiavitù (v. nt. 13). Riguardo alle liberte, D. 47, 10, 11, 7 (Ulp. 57 *ad ed.*) documenta la possibile sottoposizione, da parte del patrono, ad atti di *coercitio* ovvero riconducibili al *convicium*. Sulle ingiurie tipicamente inferte alle donne, cfr. M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 150 ss.

⁽⁵⁵⁾ Secondo l'opinione tradizionalmente accolta, infatti, la *conventio in manum* avrebbe determinato la cessazione della *patria potestas* e l'ingresso della sposa nella famiglia del marito: v. nt. 26. Non è peraltro mancata una diversa opinione, favorevole alla coesistenza della *manus* con la potestà paterna: v. nt. 29.

⁽⁵⁶⁾ In particolare, ciò sembrerebbe ricavarsi da D. 47, 10, 2 (Paul. [50] [55] *ad ed.*): *Quod si viro iniuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est*. Il passo, nel configurare il dovere dei mariti di difendere le proprie mogli, sembrerebbe alludere alla facoltà, riconosciuta al *vir*, di agire in luogo dell'*uxor*, ovvero per l'ingiuria da lei stessa subita, anziché per la propria ingiuria indiretta. E poiché lo stesso Paolo, in D. 47, 10, 18, 2 (Paul. 55 *ad ed.*), avrebbe senz'altro ammesso a promuovere il giudizio la moglie, quando fosse *sui iuris*, si potrebbe supporre che il passo in esame, nell'affermare invece la legittimazione del marito, si riferisse al caso dell'*uxor in manu* (così, a quel che sembra, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 95 s.).

Questa sensazione appare ulteriormente rafforzata volgendo lo sguardo alle Istituzioni imperiali, e precisamente a Inst. 4, 4, 2, ove il brano paolino risulta sostanzialmente riprodotto e seguito da alcune parole ulteriori: *... contra autem, si viro iniuria facta sit, uxor iniuriarum agere non potest: defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est. sed et socer nurus nomine, cuius vir in potestate est, iniuriarum agere potest*. Anche le parole *sed ... potest*, nel precisare che il suocero, ove il marito si trovasse in potestà, avrebbe potuto esperire l'azione *nurus nomine*, non sembrerebbero alludere alla facoltà, concessa a costui, di far valere la propria ingiuria indiretta (come invece alla luce di Ulpiano, D. 47, 10, 1, 3: v. anche nt. 17). Il *socer*, semmai, sembrerebbe ammesso ad agire "in ragione della nuora", dunque riguardo all'ingiuria arrecata alla donna stessa, e in luogo del marito *alieni iuris*, soggetto alla di lui potestà. Il che, ancora una volta, sembrerebbe rimandare al caso dell'*uxor in manu*, la quale, in quanto sposata ad un figlio di famiglia, sarebbe stata soggetta all'autorità e alla protezione del relativo *pater*.

Vigente invece il matrimonio libero, l'ingiuria della donna rimasta in potestà sarebbe stata di regola affidata alla vendetta del *pater*: fatti salvi i casi contemplati dall'editto, nei quali i sottoposti — di ambedue i sessi — erano ammessi ad agire *suo nomine* ⁽⁵⁷⁾. Se poi la donna fosse stata *sui iuris*, avrebbe potuto promuovere il giudizio, ella stessa, in relazione all'offesa ricevuta ⁽⁵⁸⁾.

L'atto oltraggioso subito dai figli o dalle donne sposate, dunque, si traduceva in primo luogo in una *iniuria* immediata nei confronti di questi stessi soggetti, quali vittime direttamente lese. Ma il medesimo atto, come si diceva, generava altresì un'ingiuria mediata, indiretta, nei riguardi di coloro alla cui potestà o al cui affetto si trovavano essi sottoposti: il *pater*, il marito, ovvero il *socer*. Di qui, per l'appunto, il configurarsi di una pluralità di *iniuriae*, con differenti soggetti passivi e tutelate da distinte azioni.

4. – Il fenomeno descritto non ha mancato di attrarre la riflessione giurisprudenziale. Le prime testimonianze in questo senso rimandano al pensiero di Nerazio e, anzitutto, ad un frammento dal libro quinto delle *Membranae*:

D. 47, 10, 41 (Nerat. 5 *membr.*): Pater, cuius filio facta est iniuria, non est impediendus, quo minus duobus iudiciis et suam iniuriam persequatur et filii.

Muovendo dal presupposto che l'oltraggio perpetrato contro il figlio di famiglia comportasse l'insorgenza di una duplice *iniuria*, per il figlio stesso e

È peraltro opinione comune che la *conventio in manum*, in epoca classica, fosse già caduta in desuetudine (sebbene non del tutto scomparsa); e, in questa luce, non si può escludere che i brani in discorso debbano essere diversamente intesi. Di certo, nel quadro del diritto giustiniano l'accentuazione del ruolo difensivo assegnato al marito o al suocero doveva assumere un diverso valore e, plausibilmente, ricollegarsi alla tendenza dell'epoca a tenere lontane le donne dallo strepito dei tribunali: CTh. 2, 17, 1, 1=C. 2, 44, 2 (a. 321 [324]); C. 2, 55, 6 (a. 531); C. 2, 58 (59), 2, 1 (a. 531).

⁽⁵⁷⁾ Come si apprende dalla parte conclusiva di D. 3, 3, 8 *pr.* (Ulp. 8 *ad ed.*) — *sed et filia familias poterit dare procuratorem ad iniuriarum actionem* — anche la figlia di famiglia, ai sensi dell'editto *Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur*, era ammessa ad agire in caso di assenza o impedimento del *pater* (o del di lui procuratore); inoltre, al pari del figlio maschio, aveva facoltà di designare un procuratore: a riprova del fatto che anche costei, se autorizzata dal pretore, avrebbe esperito l'azione *suo nomine*.

⁽⁵⁸⁾ Ciò emerge espressamente da D. 47, 10, 18, 2 (Paul. 55 *ad ed.*), che avremo modo di rivedere. Ma si ricava altresì da due frammenti ulpiane, relativi all'ingiuria inflitta dal patrono alla liberta o alla moglie del liberto, ove si discute circa la spettanza dell'*actio iniuriarum* alla donna medesima: D. 47, 10, 11, 7-8 (Ulp. 57 *ad ed.*). V. *infra*.

per l'avente potestà, Nerazio riconosceva al *pater* la facoltà di perseguire ambedue le *iniuriae*, *duobus iudiciis*: evidentemente, mediante un'azione *suo nomine*, la propria ingiuria indiretta; mediante un'azione *fili nomine*, l'ingiuria direttamente arrecata al figlio. Si è visto infatti che l'*actio iniuriarum praetoria*, per l'ingiuria subita dal figlio di famiglia, era di regola esperita dal *pater*.

In primo luogo, dunque, il responso mirava a chiarire che la fattispecie in discorso, generando due diverse *iniuriae*, non soltanto nei confronti del figlio ma anche del *pater*, legittimava quest'ultimo a perseguirle entrambe, con le relative azioni, secondo il regime del cumulo. L'oggetto delle azioni in discorso, infatti, non era il medesimo⁽⁵⁹⁾.

Inoltre, a ben guardare, le parole *duobus iudiciis* sembrerebbero sottolineare una circostanza ulteriore, ossia che tali *iniuriae* potevano essere fatte valere con due giudizi 'distinti', anziché, par di capire, mediante un unico giudizio. Al riguardo, è opportuno sottolineare che Nerazio stesso, a proposito di una diversa ipotesi di *plures iniuriae* simultaneamente inferte ad un medesimo soggetto (fatto segno di *convicium* e *verberatio*), avrebbe all'opposto stabilito che tali ingiurie si dovessero congiungere, e non far valere separatamente:

D. 47, 10, 7, 5 (Ulp. 57 *ad ed.*): Si mihi plures iniurias feceris, puta turba et coetu facto domum alicuius introeas et hoc facto efficiatur, et simul et convicium patiar et verberer: an possim separatim tecum experiri de singulis iniuriis, quaeritur. et Marcellus secundum Neratii sententiam hoc probat cogendum iniurias, quas simul passus est, coniungere.

Nell'ipotesi dell'oltraggio arrecato al figlio di famiglia, viceversa, da un unico fatto sorgevano *iniuriae* per due soggetti, il figlio stesso e il suo *pater*. In tal caso, per l'appunto, si sarebbe potuto agire *duobus iudiciis*, con giudizi separati: verosimilmente perché, trattandosi di vittime diverse, solamente accordando separate azioni si sarebbe consentito a ciascuna di vedere vendicata la propria offesa. Ciò si imponeva, in particolare, riguardo all'*actio iniuriarum*, notoriamente annoverata fra le *actiones vindictam spirantes*.

Peraltro, affinché il *pater* fosse legittimato ad agire *duobus iudiciis*, per la propria *iniuria* e quella del figlio, si rendeva evidentemente necessario

⁽⁵⁹⁾ Un diverso principio si applicava riguardo all'azione esperibile per l'*iniuria* del figlio, la quale competeva di regola al *paterfamilias*, *fili nomine*, ma poteva spettare anche al figlio stesso, *suo nomine*, in circostanze eccezionali riconducibili all'assenza o all'impedimento del *pater*. Ebbene, in tale ipotesi — essendo dirette entrambe le azioni a perseguire la *eadem res*, l'*iniuria* del figlio — l'esercizio dell'una avrebbe consumato l'altra. Pertanto, l'azione promossa dal *pater* precludeva l'iniziativa del figlio, ma anche il giudizio avviato da quest'ultimo impediva l'azione paterna: D. 47, 10, 17, 21 (Ulp. 56 *ad ed.*).

che le *iniuriae* in discorso si perfezionassero entrambe, in modo da concorrere.

Così Ulpiano, nello squarcio dedicato al tema dell'*iniuria per alias personas*, ove il richiamo a Labeone e allo stesso Nerazio rifletteva una forte impronta della scuola proculiana ⁽⁶⁰⁾, evidenziava un caso in cui l'oltraggio del figlio avrebbe significato ingiuria solamente per il *pater*:

D. 47, 10, 1, 5 (Ulp. 56 *ad ed.*): Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.

La vendita del *filius familias*, ovvero la sua riduzione in schiavitù, massimo disonore per l'intera sua stirpe ⁽⁶¹⁾, generava senz'altro *iniuria* nei confronti dell'avente potestà, emblematico rappresentante dell'intera cerchia familiare. Se tuttavia il figlio avesse acconsentito alla propria vendita, il *pater* — in ogni caso legittimato ad agire *suo nomine*, per la propria *iniuria* indiretta — non avrebbe potuto esperire l'azione *filii nomine*. E ciò perché, come riferisce Ulpiano, non poteva sussistere alcuna *iniuria* nei confronti del

⁽⁶⁰⁾ A proposito di D. 47, 10, 1, 3 (Ulp. 56 *ad ed.*), si è già osservato che il contesto dal quale il frammento è tratto è stato giudicato di ispirazione labeoniana (v. nt. 15). Anche a proposito dell'*iniuria* indiretta, Labeone risulta espressamente citato al paragrafo 7 del passo, mentre ai successivi paragrafi 8 e 9 sono riportate decisioni di Nerazio su cui ci soffermeremo ora.

⁽⁶¹⁾ D. 40, 12, 1 *pr.* (Ulp. 54 *ad ed.*): *Si quando is, qui in possessione servitutis constitutus est, litigare de condicione sua non patitur, quod forte sibi suoque generi vellet aliquam iniuriam inferre, in hoc casu aequum est quibusdam personis dari licentiam pro eo litigare: ut puta parenti, qui dicat filium in sua potestate esse: nam etiamsi nolit filius, pro eo litigabit. sed et si in potestate non sit, parenti dabitur hoc ius, quia semper parentis interest filium servitutem non subire.* D. 40, 12, 2 (Gai. *ad ed. praet. urb. tit. de liber. causa*): *quoniam servitus eorum ad dolorem nostrum iniuriamque nostram porrigitur.* Numerose attestazioni documentano inoltre la concessione dell'*actio iniuriarum* a favore di chi fosse stato ingiustamente rivendicato in schiavitù: D. 40, 12, 26 (Gai. 20 *ad ed. prov.*); D. 47, 10, 12 (Gai. 22 *ad ed. prov.*); D. 47, 10, 11, 9 (Ulp. 57 *ad ed.*); C. 7, 16, 31 (a. 294); C. 9, 35, 9 (a. 294); C. 9, 35, 10 (a. 294). A giudizio di D. DAUBE, *Ne quid infamandi causa fiat. The Roman Law of Defamation*, in *Atti del Congresso Verona 1948*, III, Milano 1951, ora in *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt am Main 1991, 472 s., la vendita del figlio, ancorché consenziente, avrebbe leso il buon nome del padre, sicché la fattispecie sarebbe ricaduta sotto le previsioni dell'editto *ne quid infamandi causa fiat*. Diversamente, M. MARRONE, *Considerazioni in tema di "iniuria"*, in *Syntheseia Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, 482 s. nt. 44, a parere del quale l'azione paterna sarebbe discesa dal pregiudizio subito dal figlio, consistente nel fatto di essere considerato schiavo. Sul punto, altresì, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 147.

consenziente: ... *filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat* ⁽⁶²⁾.

Se talvolta l'ingiuria del figlio si riverberava nei confronti del solo *pater*, ci si poteva altresì domandare se in altre ipotesi non accadesse il contrario: ossia se l'oltraggio del figlio, e più in generale dei *potestati vel affectui subiecti*, potesse non trascinare con sé l'altrui ingiuria indiretta.

Procedendo nella lettura del frammento ulpiano in D. 47, 10, 1, approdiamo al par. 8 ove è riportata l'opinione di Nerazio. Apprendiamo così che il giurista — occupandosi sia dell'ingiuria sofferta dal *pater* per il tramite del figlio, sia dell'ingiuria inferta al marito attraverso la moglie — aveva affrontato il problema alla luce della riflessione intorno al requisito dell'*animus iniuriandi* ⁽⁶³⁾. Si trattava infatti di stabilire, se e in che misura — affinché l'*iniuria* indiretta, del *pater* o del marito, potesse dirsi perfezionata — rilevasse l'intenzione dell'offensore, o quanto meno la sua consapevolezza, di recare oltraggio anche nei confronti di costoro. Si legga:

D. 47, 10, 1, 8 (Ulp. 56 *ad ed.*): Sive autem sciat quis filium meum esse vel uxorem meam, sive ignoraverit, habere me meo nomine actionem Neratius scripsit.

Il responso, ad una prima lettura, sembrerebbe significare che il *pater* o il marito avrebbe sofferto comunque ingiuria, con possibilità di esperire l'azione *suo nomine*, a prescindere dal fatto che l'offensore sapesse o meno di avere leso un figlio di famiglia, o una donna sposata; in altre parole, sebbene costui, ritenendo la propria vittima una persona *sui iuris*, oppure una donna nubile, avesse addirittura ignorato l'esistenza del rispettivo *pater* o marito ⁽⁶⁴⁾. A giustificazione di questa opinione alquanto netta, svincolata dalla considerazione dell'*animus iniuriandi*, si è ritenuto di scorgere l'intento di difendere ad ogni costo il potere del *pater* e del marito, ossia una certa struttura tradizionale della famiglia romana, ormai intaccata dalle trasformazioni sociali e guardata con scetticismo in alcuni ambienti intellettuali ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶²⁾ Un principio simile emerge pure da D. 47, 10, 26 (Paul. 19 *ad ed.*), ove tuttavia la menzione del figlio potrebbe essere interpolata: v. nt. 69. Cfr. M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 87 ss.

⁽⁶³⁾ In argomento, per tutti, F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien-Köln-Graz 1969, 107 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr., infatti, F. RABER, *Grundlagen*, cit., 169. In questa direzione, di recente, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 136 e 139 ss.

⁽⁶⁵⁾ V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, 44 ss. Cfr., inoltre: ID., *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989, 61 s.

In realtà, sebbene il tenore del passo lasci intravedere l'intento di considerare con una certa larghezza il significato dell'elemento intenzionale ⁽⁶⁶⁾, vi sono motivi per ritenere che lo scolarca proculiano avesse assunto una posizione più sfumata, non antitetica, ma analoga a quella che si riflette in un brano di Paolo ⁽⁶⁷⁾, recante a sua volta l'opinione di Pomponio ⁽⁶⁸⁾:

D. 47, 10, 18, 4-5 (Paul. 55 *ad ed.*): At cum aliquis filium familias patrem familias putat, non potest videri iniuriam patri facere, non magis quam viro, si mulierem viduam esse credat, quia neque in personam eorum confertur iniuria nec transferri personae putationem ex persona filiorum ad eos potest, cum affectus iniuriam facientis in hunc tamquam in patrem familias consistat. 5. Quod si scisset filium familias esse, tamen, si nescisset, cuius filius esset, dicerem, inquit, patrem suo nomine iniuriarum agere posse: nec minus virum, si ille nuptam esse sciret: nam qui haec non ignorat, cuicumque patri, cuicumque marito per filium, per uxorem vult facere iniuriam.

L'ingiuria indiretta nei confronti del *pater* o del marito non si sarebbe configurata, a parere del giurista, quando l'offensore avesse equivocato circa lo *status* della propria vittima, scambiando il figlio di famiglia per un *pater*, o la donna coniugata per una *vidua* ⁽⁶⁹⁾. Viceversa, quando costui — pur consapevole di ingiuriare un sottoposto o una *mulier nupta* — avesse semmai ignorato di chi il sottoposto fosse figlio o di chi la donna fosse moglie, il *pater* o il marito avrebbe potuto agire, *suo nomine*, per la propria ingiuria indiretta.

⁽⁶⁶⁾ Nel più generale contesto da cui il frammento risulta tratto (O. LENEL, *Paltingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig 1889, 771 n°41), il giurista sembrerebbe sottolineare come la piena consapevolezza circa i fatti potesse anche non sussistere.

⁽⁶⁷⁾ M. HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln-Weimar-Wien 1998, 103 s., alla cui opinione mostra di aderire anche E. STOLFI, *Studi sui "libri ad edictum" di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, Milano 2002, 258 s. nt. 61. Contra, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 136 ss. che, sulla base delle testimonianze in discorso, ipotizza l'esistenza di diversi modi di intendere il requisito dell'*animus iniuriandi*: nell'ambito della giurisprudenza severiana, in particolare, Ulpiano avrebbe guardato semplicemente agli effetti ritenuti oggettivamente ingiuriosi per la vittima dell'*iniuria* indiretta; Paolo avrebbe invece valorizzato l'intenzione di offendere.

⁽⁶⁸⁾ Per il riferimento di Paolo a Pomponio, cfr. sempre E. STOLFI, *Studi sui "libri ad edictum" di Pomponio. II*, cit., 257 s.

⁽⁶⁹⁾ In questo senso, M. HAGEMANN, *Iniuria*, cit., 103. Circa la genuinità del par. 4 non sono mancati sospetti, per lo più fondati su rilievi di carattere formale. E. ALBERTARIO, *Infanti proximus e pubertati proximus (a proposito di un recente studio)*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano 1933, 85 nt. 1: quia [neque] in personam eorum (non) confertur iniuria [nec-fin]; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 507 s. nt. 6: [quia-fin.].

Si considerava infatti che l'offensore, ben sapendo che l'ingiuria inferta al figlio o alla donna sposata si riverberava nei confronti del *pater* o del marito, intendesse comunque oltraggiare anche costui, chiunque egli fosse e pur ignorandone l'identità ⁽⁷⁰⁾.

Tornando ora all'opinione di Nerazio riferita in D. 47, 10, 1, 8 (Ulp. 56 *ad ed.*), da cui abbiamo preso le mosse, ci sembra più probabile che il giurista abbia seguito la medesima linea interpretativa. Anch'egli infatti, assumendo il punto di vista del padre o del marito, si diceva legittimato ad agire *suo nomine*, per la propria ingiuria, *sive autem sciat quis filium meum esse vel uxorem meam, sive ignoraverit*: a ben guardare, non già a prescindere dal fatto che l'offensore sapesse trattarsi di un figlio di famiglia o di una donna sposata, ma a prescindere dal fatto che sapesse trattarsi proprio di suo figlio (*filium meum esse*) ovvero di sua moglie (*vel uxorem meam*). In altre parole, l'ingiuria indiretta si sarebbe ugualmente configurata, nei confronti del marito o del *pater*, sebbene l'autore dell'illecito — pur conscio dell'esistenza di un *pater* o di un marito della propria vittima — non ne avesse però conosciuto l'esatta identità.

⁽⁷⁰⁾ Un ulteriore orientamento potrebbe emergere in D. 47, 10, 26 (Paul. 19 *ad ed.*): *Si quis servum meum vel filium ludibrio habeat licet consentientem, tamen ego iniuriam videor accipere: veluti si in popinam duxerit illum, si alea luserit. sed hoc utcumque tunc locum habere potest, quotiens ille qui suadet animus iniuriae faciendae habet. atquin potest malum consilium dare et qui dominum ignoret: et ideo incipit servi corrupti actio necessaria esse.* Riguardo al caso di colui che avesse spinto al degrado un servo o un figlio, ancorché consenziente, il giurista avrebbe ritenuto necessario, per il configurarsi dell'*iniuria* paterna, la sussistenza dell'*animus iniuriae faciendae*. A giudizio di F. RABER, *Grundlagen*, cit., 139 ss., l'*animus iniuriae faciendae* — che oltrepasserebbe la semplice consapevolezza circa l'identità del *dominus*, e si sostanzierebbe nel concreto intento di recargli oltraggio — sarebbe stato richiesto da Paolo, nel caso di specie, per "compensare" il fatto che il sottoposto risultava essere consenziente. In questo senso, inoltre: M. KURYLOWICZ, *Paul. D. 47.10.26 und die Tatbestände der römischen "iniuria"*, in *Labeo*, 33 (1987), specialm. 301 s. Cfr., inoltre, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 136 ss. D'altra parte, soprattutto il riferimento all'*actio servi corrupti*, nella parte conclusiva del frammento, ha talvolta lasciato supporre che esso sia stato interpolato e che, in origine, si riferisse unicamente allo schiavo (per una discussione, F. RABER, *Grundlagen*, cit., 142 s., che tuttavia propende per la genuinità, e M. KURYLOWICZ, *Paul. D. 47.10.26*, cit., 301 s.). E, come si avrà modo di osservare in seguito, i criteri adottati riguardo all'*iniuria* indiretta del *dominus*, tramite la persona del servo, non sarebbero stati i medesimi. Sempre su questo frammento, e in particolare sul possibile concorso fra *actio iniuriarum* e *actio servi corrupti*, B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, Milano 1998, 157 ss.

La necessità dell'*animus iniuriandi*, per il perfezionarsi dell'*iniuria* indiretta, è evidenziata pure in P.S. 5, 4, 3: *Si liberis qui in potestate sunt aut uxori fiat iniuria, nostra interest vindicare: ideoque per nos actio inferri potest, si modo is qui fecit in iniuriam nostram id fecisse doceatur.* Sul rapporto fra questo brano e D. 47, 10, 18, 4-5 (Paul. 55 *ad ed.*): L. DESANTI, *Interpellare de stupro e iniuriae in corpus: P.S. 5, 4, 4*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, N.S., Sez. V, Sc. Giur., 4 (1990), 134 e nt. 15.

Se questa interpretazione è corretta, potremmo cogliere una sostanziale continuità nel pensiero dei giuristi: i quali, per un verso, in ordine al perfezionarsi dell'*iniuria* indiretta, avrebbero richiesto la semplice consapevolezza — da parte dell'offensore — di offendere un *pater* o un marito qualsiasi; per altro verso, venendo meno questo minimo presupposto, ne avrebbero escluso il concorso con l'ingiuria diretta.

Come riferisce, poi, il successivo par. 9 del medesimo frammento ulpiano, Nerazio avrebbe altresì evidenziato un'ipotesi più complessa nella quale, a partire da un unico fatto ingiurioso, sarebbe sorta azione non soltanto per due persone — il figlio e il *pater*, la moglie e il marito — ma addirittura per tre ⁽⁷¹⁾:

D. 47, 10, 1, 9 (Ulp. 56 *ad ed.*): Idem ait Neratius ex una iniuria interdum tribus oriri iniuriarum actionem neque ullius actionem per alium consumi. ut puta uxori meae filiae familias iniuria facta est: et mihi et patri eius et ipsi iniuriarum actio incipiet competere.

Si trattava dell'ingiuria arrecata a una donna sposata e figlia di famiglia al tempo stesso, rispetto alla quale l'offesa del marito si congiungeva con quella paterna ⁽⁷²⁾. Si pensi del resto che l'ingiuria inferta alla donna coinvolgeva per lo più la sfera della pudicizia, traducendosi in un oltraggio di natura sessuale: che, al tempo stesso, colpiva il *pater*, quale emblema dell'onore familiare, e il marito, custode dell'onestà della propria sposa.

Ebbene, in tale ipotesi l'*actio iniuriarum* sarebbe spettata sia al marito e al *pater*, vittime 'indirette' dell'illecito, sia alla donna stessa, vittima diretta. In realtà, per quel che riguarda la figlia *alieni iuris*, si è sopra osservato che l'esercizio dell'*actio iniuriarum* competeva di regola all'avente potestà ⁽⁷³⁾. Il giurista, nell'affermarne la spettanza alla figlia stessa, voleva evidentemente significare che tale azione sarebbe stata accordata anche *filiae nomine*, ossia in ragione dell'ingiuria sofferta dalla *filia*, a prescindere dalla circostanza che il relativo esercizio fosse demandato alla donna stessa o, come di regola accadeva, al *pater* di lei ⁽⁷⁴⁾. Scopo di Nerazio, infatti, non era quello di sottolineare a chi spettasse promuovere concretamente il giudizio, ma quali fossero i soggetti simultaneamente lesi, a nome dei quali si sarebbe potuto agire.

⁽⁷¹⁾ Sul passo, in particolare, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 93 s.

⁽⁷²⁾ In un certo senso, quasi a riecheggiare la disciplina dell'adulterio, che assegnava a marito e *pater* la possibilità di un'accusa privilegiata.

⁽⁷³⁾ Si è detto infatti che i sottoposti potevano senz'altro esperire l'azione della legge Cornelia, ma solo in casi eccezionali l'azione pretoria, di regola riservata al *pater*. E lo stesso Nerazio, in D. 47, 10, 41 visto sopra, mostrava di condividere questo principio.

⁽⁷⁴⁾ In questa direzione, anche E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 508.

Il responso, ad ogni modo, ribadiva il principio già sotteso a D. 47, 10, 41 (Nerat. 5 *membr.*). *Ex una iniuria*, ossia attraverso un unico fatto ingiurioso ⁽⁷⁵⁾, perpetrato nei confronti di una donna sposata e figlia di famiglia, scaturivano *iniuriae* ai danni di tre diversi soggetti passivi: il marito, il *pater*, la donna stessa. Di qui, per l'appunto, l'insorgenza di tre distinte azioni, in ragione delle *iniuriae* sofferte da ciascuno; di qui, inoltre, il regime del cumulo: l'azione intentata dall'uno (o a nome dell'uno) non avrebbe consumato l'azione dell'altro.

C'è poi da dire che il caso risolto da Nerazio, come si è già accennato, è stato richiamato nelle Istituzioni di Gaio — seguite sul punto dalle Istituzioni giustinianee ⁽⁷⁶⁾ — a proposito della distinzione fra ingiuria diretta e ingiuria indiretta:

Gai. 3, 221: *Pati autem iniuriam videmur non solum per nosmet ipsos, sed etiam per liberos nostros, quos in potestate habemus, item per uxores nostras, quamvis in manu nostra non sint; itaque si filiae meae, quae Titio nupta est, iniuriam feceris, non solum filiae nomine tecum agi iniuriarum potest, verum etiam meo quoque et Titii nomine.*

Peraltro, se Nerazio affermava che l'*actio iniuriarum* sarebbe spettata a tre diversi soggetti, il marito, il *pater*, la donna stessa, Gaio più opportunamente sottolineava che tale azione sarebbe stata esperibile 'in ragione' dei tre soggetti in discorso: *filiae nomine, patris nomine, mariti nomine*. In tal modo si eliminavano eventuali ambiguità riguardo al caso della figlia, giacché si esplicitava la possibilità di agire, per la relativa *iniuria*, al di là del fatto che l'esercizio dell'azione competesse alla donna stessa o, come di regola avveniva, al suo avente potestà.

Fra il brano di Gaio in esame e i responsi attribuiti al giurista proculiano sembrerebbe altresì potersi cogliere una differenza ulteriore. Sia riguardo alla duplice ingiuria nascente dall'oltraggio al figlio di famiglia, di cui in D. 47, 10, 41 (Nerat. 5 *membr.*), sia in relazione alla triplice ingiuria scaturita dall'oltraggio della figlia coniugata, di cui in D. 47, 10, 1, 9 (Ulp. 56 *ad ed.*), Nerazio, elencando le possibili azioni esperibili, menzionava in primo luogo quelle inerenti all'*iniuria* del *pater* e del marito, poi l'azione concernente il sottoposto. Gaio, viceversa, ha enunciato anzitutto la possibilità di agire *filiae nomine*, per l'ingiuria diretta arrecata alla figlia medesima. L'inversione potrebbe essere attribuita alla

⁽⁷⁵⁾ Sottolinea l'impiego della locuzione *una iniuria* nel senso di *eadem causa* E. LEVY, *lc. ult. cit.*

⁽⁷⁶⁾ Inst. 4, 4, 2: *Patitur autem quis iniuriam non solum per semet ipsum, sed etiam per liberos suos quos in potestate habet: item per uxorem suam, id enim magis praevaluit. itaque si filiae alicuius, quae Titio nupta est, iniuriam feceris, non solum filiae nomine tecum iniuriarum agi potest, sed etiam patris quoque et mariti nomine.*

prospettiva del passo, che muovendo dalla distinzione fra ingiuria diretta e ingiuria indiretta, tendeva forse a rispettare lo stesso ordine nell'esaminare la fattispecie in argomento. Ma si potrebbe anche scorgere, alla base di questa scelta, un'accresciuta attenzione verso il sottoposto, cui si riconosceva in modo maggiormente pieno il ruolo di vittima diretta e primaria dell'illecito, e non di mero 'strumento' per arrecare ingiuria indirettamente ad altri.

Alcuni brani giurisprudenziali hanno poi evidenziato che le diverse azioni, spettanti a ciascuno dei soggetti lesi in ragione della propria *iniuria*, dovevano prevedere un'autonoma *aestimatio* ⁽⁷⁷⁾.

In primo luogo, come è noto, le caratteristiche individuali del soggetto leso influivano significativamente sulla qualificazione dell'illecito, e in particolare circa la distinzione fra *iniuria simplex* e *iniuria atrox*, che a sua volta si ripercuoteva sulla determinazione della stima ⁽⁷⁸⁾. Secondo una definizione riconducibile a Labeone, l'atrocità della *iniuria* appariva individuata sulla base di tre parametri: in ragione della persona lesa, delle circostanze di tempo e di luogo in cui il delitto era stato commesso, della intrinseca gravità della lesione ⁽⁷⁹⁾. In particolare, riguardo alla persona, l'*iniuria* si considerava

⁽⁷⁷⁾ A giudizio di E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 509, "Diese Unabhängigkeit der einzelnen Aktionen im Schätzungsverfahren bildet den äußersten Differenzpunkt der *actio iniuriarum* gegenüber den Vermögensdeliktssklagen". Un principio del tutto opposto, a parere dell'A. (*loc. cit.*, nt. 4), sarebbe espresso, per esempio, a proposito dell'*actio furti*, ove spettasse sia al proprietario, sia all'usufruttuario o al possessore di buona fede: D. 47, 2, 46, 1 (Ulp. 42 *ad Sab.*); D. 47, 2, 75 (74), (Iav. 4 *epist.*).

⁽⁷⁸⁾ Come si ricava da Gai. 3, 224, colui che agiva mediante l'*actio iniuriarum* aveva facoltà di stimare l'*iniuria*, ossia di fissare il limite massimo della condanna, mentre il giudice poteva condannare al medesimo valore oppure ad un importo inferiore. Un diverso criterio sembrerebbe essersi applicato in caso di *iniuria atrox*: la stima, infatti, sarebbe stata determinata dal pretore, con la fissazione del vadimonio; e il giudice sarebbe stato solito attenersi a tale importo, in ossequio all'autorità del magistrato. L'atrocità dell'*iniuria*, in ogni caso, avrebbe comportato un aggravamento di pena.

⁽⁷⁹⁾ D. 47, 10, 7, 8 (Ulp. 57 *ad ed.*): *Atrociem autem iniuriam aut persona aut tempore aut re ipsa fieri Labeo ait. persona atrocior iniuria fit, ut cum magistratui, cum parenti patrono fiat. tempore, si ludis et in conspectu: nam praetoris (populi romani: TH. MOMMSEN, ad h. l.) in conspectu an in solitudine iniuria facta sit, multum interesse ait, quia atrocior est, quae in conspectu fiat. re atrocem iniuriam haberi Labeo ait, ut puta si vulnus illatum vel os alicui percussum.* La classificazione labeoniana, fatta propria da Ulpiano, è richiamata anche in Gai. 3, 225: *Atrox autem iniuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibusve caesus fuerit; vel ex loco, veluti si cui in theatro aut in foro iniuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatori ab humili persona facta sit iniuria.* Cfr., inoltre, P. S. 5, 4, 10: *Atrox iniuria aestimatur aut loco aut tempore aut persona: loco, quotiens in publico inrogatur: tempore, quotiens interdiu: persona, quotiens senatori vel equiti Romano decurionive vel alias spectatae auctoritatis viro: et si plebeius vel humili loco natus senatori vel equiti Romano, decurioni vel magistratui vel aedili vel iudici, quilibet horum, vel si his omnibus plebeius.*

atrox in forza della maggiore dignità della stessa ⁽⁸⁰⁾, ovvero dello speciale legame con l'offensore. E ciò rendeva possibile che *iniuriae* nascenti *ex uno facto*, ma tuttavia riferibili a persone diverse, cui si riconosceva impari *dignitas*, finissero per assumere una diversa qualificazione.

A questo profilo doveva riferirsi Ulpiano, nel seguente brano dal commentario a Sabino ⁽⁸¹⁾:

D. 47, 10, 30, 1 (Ulp. 42 *ad Sab.*): Si filio iniuria facta sit, cum utrique tam filio quam patri adquisita actio sit, non eadem utique facienda aestimatio est,

Il giurista poneva l'accento sull'ingiuria arrecata al figlio di famiglia; e, ribadito che in tale ipotesi sarebbe sorta azione per ciascuno dei soggetti lesi, tanto il figlio quanto il *pater*, concludeva che la relativa stima non doveva essere necessariamente identica. Sebbene le parole di Ulpiano non lo abbiano esplicitato, è lecito supporre che la necessità di differenziare le *aestimationes* in discorso dipendesse dall'eventuale impari gravità delle *iniuriae*: ossia dalla possibilità che, in ragione delle relative vittime, l'una si considerasse *atrox* e l'altra no.

Infatti, come chiariscono alcune parole di Paolo, accostate al presente frammento dai compilatori del Digesto ma provenienti da un contesto corrispondente a quello ulpiano ⁽⁸²⁾, era ben possibile che il figlio, per la sua maggiore dignità, risultasse subire un'ingiuria più grave rispetto a quella paterna:

D. 47, 10, 31 (Paul. 10 *ad Sab.*): cum possit propter filii dignitatem maior ipsi quam patri iniuria facta esse.

⁽⁸⁰⁾ Da Gai. 3, 225 sembrerebbe peraltro emergere che l'atrocità della *iniuria* si desumesse, *ex persona*, non guardando soltanto all'autorevolezza del soggetto leso, ma anche alla circostanza che l'offensore risultasse essere di condizione umile: ... *vel ex persona, veluti si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatori ab humili persona facta sit iniuria*.

⁽⁸¹⁾ Sul passo ulpiano, e sul frammento di Paolo che vi fa seguito nel Digesto, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 91 s.

⁽⁸²⁾ Il frammento di Paolo in discorso, proveniente dal libro 10 del commentario a Sabino, doveva propriamente inserirsi in uno squarcio dedicato al tema della *iniuria* (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., 1280 s. e nt. 2), del tutto coincidente con lo squarcio del libro 42 a Sabino di Ulpiano, dedicato allo stesso tema, cui doveva appartenere D. 47, 10, 30, 1 (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, 1172). Ciò rende plausibile che i due passi si riferissero al medesimo principio.

Un altro frammento di Paolo, recante l'opinione di Pomponio ⁽⁸³⁾, sembrerebbe anzi suggerire che proprio la necessità di stimare diversamente le specifiche ingiurie di ognuno giustificasse ulteriormente la possibilità di cumulare le relative azioni.

Si veda ⁽⁸⁴⁾:

D. 47, 10, 18, 2 (Paul. 55 *ad ed.*): Si nupta filia familiae iniuriam acceperit et vir et pater iniuriarum agant, Pomponius recte putat tanti patri condemnandum esse reum, quanti condemnetur, si ea vidua esset, viro tanti, quanti condemnaretur, si ea in nullius potestate esset, quod sua cuiusque iniuria propriam aestimationem haberet. et ideo si nupta in nullius potestate sit, non ideo minus eam iniuriarum agere posse, quod et vir suo nomine agat.

La prima parte del passo, sempre con riferimento al caso della figlia di famiglia sposata, ha posto l'accento sul rapporto fra le azioni che il *pater* e il marito avrebbero potuto esperire, per le rispettive *iniuriae* ⁽⁸⁵⁾, trascurando invece l'azione spettante alla figlia, o a nome di essa. Ciò, a prima vista, potrebbe lasciar supporre l'esistenza di un diverso orientamento, professato da Pomponio/Paolo, incline ad escludere la legittimazione ad agire per l'ingiuria della donna *in potestate*. In realtà, si tratta verosimilmente di una falsa impressione ⁽⁸⁶⁾, dettata dalla prospettiva assunta dal giurista. Scopo di Pomponio, a ben guardare, non era quello di evidenziare tutti i possibili soggetti lesi, rispetto ai quali sarebbe stato lecito promuovere il giudizio, ma quello di precisare i confini delle concorrenti azioni *suo nomine*, spettanti al *pater* e al marito, per poi approdare alla soluzione di un quesito ulteriore.

⁽⁸³⁾ Sulla adesione di Paolo al pensiero di Pomponio, manifestata nel frammento, E. STOLFI, *Studi sui "libri ad edictum" di Pomponio. II*, cit., 256 s. Sul passo in esame, si veda inoltre M. GUERRERO LEBRÓN, *La iniuria indirecta*, cit., 94 ss.

⁽⁸⁴⁾ L'interpolazione del passo è stata sospettata da G. BESELER, *Miszellen*, in ZSS, 45 (1925), 487. A favore della sua genuinità, invece, M. HAGEMANN, *Iniuria*, cit., 223 nt. 3.

⁽⁸⁵⁾ La descrizione degli elementi rilevanti ai fini della *aestimatio* rende infatti evidente che oggetto delle azioni in discorso era propriamente la specifica *iniuria* del *pater* e del marito, non anche l'*iniuria* della donna direttamente lesa.

⁽⁸⁶⁾ Anche E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 509, esclude che il passo permetta di desumere la previsione di due sole condanne, a favore del padre e del marito, e non anche della donna oltraggiata. E, a sostegno di tale opinione, egli adduce sia Gai. 3, 221 (ove appare chiaramente attestata l'esperibilità dell'azione *filiae nomine*), sia ulteriori testimonianze, una delle quali attribuita allo stesso Paolo, relative all'indipendenza dell'ingiuria del figlio rispetto a quella paterna: D. 47, 10, 1, 5 (Ulp. 56 *ad ed.*); D. 47, 10, 30, 1 (Ulp. 42 *ad Sab.*); D. 47, 10, 31 (Paul. 10 *ad Sab.*).

Ebbene, riguardo al rapporto fra azione paterna e azione del marito, si legge che l'ingiuria di ciascuno avrebbe dovuto ricevere una specifica *aestimatio*. Così il reo sarebbe stato condannato, nei confronti del *pater*, come se la figlia fosse stata *vidua* (senza tenere conto, cioè, della sua condizione di donna sposata, e dunque della parallela *iniuria* inferta al marito); nei confronti del marito, come se la donna non si fosse trovata *in potestate patris* (ossia, senza considerare il suo *status* di *filia familias*, e dunque il parallelo oltraggio inferto al *pater*).

In definitiva, il *pater* e il marito della donna avrebbero agito entrambi con la propria azione, senza che l'*aestimatio* dell'una diminuisse o assorbisse in qualche modo l'*aestimatio* dell'altra.

Soffermiamoci ora sul periodo conclusivo: *et ideo si nupta in nullius potestate sit, non ideo minus eam iniuriarum agere posse, quod et vir suo nomine agat*. Muovendo dalla considerazione che ciascuna ingiuria dovesse avere la propria *aestimatio*, né potesse sussumere l'oltraggio inferto ad altri, Pomponio avrebbe da ciò dedotto (*et ideo*) che anche la donna *in nullius potestate* sarebbe stata legittimata ad agire, per l'*iniuria* direttamente sofferta, sebbene il marito potesse esperire l'azione *suo nomine*, per la propria ingiuria indiretta.

Il quesito sottoposto all'attenzione del giurista doveva dunque riguardare il rapporto fra l'*iniuria* diretta subita dalla donna *sui iuris* (non *in potestate patris*, né *in manu mariti*) e l'*iniuria* indiretta patita dal marito di lei. Sottostante, si intuisce il dubbio che l'azione del marito potesse 'assorbire' in qualche modo l'ingiuria della sposa, impedendole di agire al riguardo. Dubbio che doveva apparire del resto giustificato, se è vero che un altro passo di Paolo, forse alludendo al caso dell'*uxor in manu*, assegnava apertamente al marito il dovere di difendere la moglie: *Quod si viro iniuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est* ⁽⁸⁷⁾.

Secondo Pomponio, invece, proprio perché l'azione dell'uomo, e la relativa *aestimatio*, avrebbero avuto ad oggetto soltanto l'ingiuria da lui stesso subita, l'esercizio di tale azione non avrebbe coinvolto la distinta ingiuria della propria *uxor*, né avrebbe precluso a quest'ultima la possibilità di agire personalmente ⁽⁸⁸⁾.

Come abbiamo anticipato poc'anzi, il giurista non si è limitato a sottolineare la necessità di differenti *aestimationes*, riguardo alle azioni in discorso, ma sembrerebbe avere individuato proprio in tale circo-

⁽⁸⁷⁾ D. 47, 10, 2 (Paul. [50] (55) *ad ed.*). V. *retro*, nt. 55.

⁽⁸⁸⁾ Va precisato che la donna, quanto meno in relazione ad un *iudicium legitimum*, avrebbe necessitato dell'*auctoritas* del tutore: Gai. 1, 184; Ulp. 11, 27.

stanza una ragione fondamentale per ammettere l'esercizio di entrambe ⁽⁸⁹⁾.

L'indipendenza delle ingiurie, e delle azioni spettanti ai diversi soggetti coinvolti, conduceva inoltre ad escludere che l'impossibilità di agire, per uno di essi, impedisse a tutti gli altri di promuovere il giudizio.

La questione è stata affrontata, ancora una volta da Ulpiano, riguardo al caso delle ingiurie perpetrate dal patrono nei confronti dei liberti (o dei loro congiunti), e alla luce del divieto, per costoro, di convenirlo in giudizio, salvo specifica autorizzazione del magistrato ⁽⁹⁰⁾, se non per gli oltraggi di particolare gravità ⁽⁹¹⁾.

La prima ipotesi considerata è quella dell'ingiuria inflitta alla liberta sposata ⁽⁹²⁾:

D. 47, 10, 11, 7 (Ulp. 57 *ad ed.*): Quamquam adversus patronum liberto iniuriarum actio non detur, verum marito libertae nomine cum patrono actio competit: maritus enim uxore sua iniuriam passa suo nomine iniuriarum agere videtur. quod et Marcellus admittit. ego autem apud eum notavi non de omni iniuria hoc esse dicendum me putare: levis enim coercitio etiam in nuptam vel convici non impudici dictio cur patrono denegetur? si autem conliberto nupta esset, diceremus omnino iniuriarum marito adversus patronum cessare actionem, et ita multi sentiunt. ex quibus apparet liberos nostros non tantum eas iniurias adversus nos iniuriarum actione exequi non posse, quaecumque fiunt ipsis, sed ne eas quidem, quae eis fiunt, quos eorum interest iniuriam non pati.

⁽⁸⁹⁾ Lo stesso Pomponio, del resto, avrebbe posto l'accento sulla sussistenza di differenti *aestimationes* anche riguardo ad un'altra ipotesi, concernente il furto e l'uccisione dello schiavo altrui, per giustificare il concorso fra *condictio ex causa furtiva* e *actio legis Aquiliae*. D. 47, 1, 2, 3 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva, an nihilo minus lege Aquilia agi possit. et scripsit Pomponius agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit, condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus. sed si servus sit, qui haec admisit, ex quacumque actione noxae fuerit deditus, perempta est altera actio.*

⁽⁹⁰⁾ D. 2, 4, 4, 2 (Ulp. 5 *ad ed.*). In argomento, per tutti: C. COSENTINI, *Studi sui liberti: contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I, Catania 1948, 202 s. e II, Catania 1950, 11 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 72.

⁽⁹¹⁾ Sempre secondo Ulpiano, infatti, si doveva permettere al liberto di agire contro il patrono in caso di *iniuria atrox*: D. 47, 10, 7, 2 (Ulp. 57 *ad ed.*).

⁽⁹²⁾ Sul passo, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 98 ss.

Stante il divieto cui si accennava, la liberta ingiuriata ad opera del patrono non avrebbe potuto agire contro quest'ultimo. Non di meno, secondo un'opinione già avanzata da Marcello, e fatta propria da Ulpiano sia pure con qualche distinzione ⁽⁹³⁾, l'*actio iniuriarum* sarebbe spettata al marito. Egli infatti, a causa dell'oltraggio inferto alla propria moglie, si considerava esperire l'azione *suo nomine*, evidentemente in forza di una propria *iniuria*, a prescindere dal fatto che la donna, in quanto liberta, non potesse agire per sé ⁽⁹⁴⁾.

Ci si era poi interrogati circa l'ulteriore caso in cui il marito fosse un *collibertus*, ossia un liberto del medesimo patrono. Secondo quanto riferisce Ulpiano, l'opinione prevalente dei giuristi sarebbe stata nel senso di considerare preclusa l'azione. Dal che egli deduceva che i liberti, in nessun caso, avrebbero potuto chiamare in giudizio il patrono: né riguardo alle offese arrecate loro direttamente, né riguardo alle ingiurie 'indirette', inflitte contro altre persone che era loro interesse tutelare.

Al tempo stesso, le parole del giurista lasciano intendere l'esistenza di un diverso orientamento, sia pure minoritario, volto a ritenere che anche il *collibertus*, viceversa, potesse agire. Forse, vi era chi riteneva che l'onore del marito offeso dovesse prevalere sulla *reverentia* dovuta al patrono. O, forse, riconoscendosi al marito il compito di tutelare la sposa, si voleva permettergli di esperire l'azione, soprattutto quando lei stessa non potesse agire, onde far sì che l'ingiuria della donna non rimanesse impunita.

In ogni caso, l'una e l'altra opinione, presupponevano pur sempre la configurazione di una distinta *iniuria* e di una propria azione, a favore del

⁽⁹³⁾ Ulpiano infatti, correggendo in parte l'opinione di Marcello, avrebbe circoscritto il principio alle sole ingiurie di una certa gravità, ritenendo che una lieve coercizione o una frase di scherno non impudica fossero consentite al patrono, anche nei confronti della liberta sposata.

⁽⁹⁴⁾ C'è da dire che il passo presenta un andamento apparentemente contraddittorio. Le parole iniziali ... *verum marito libertae nomine cum patrono actio competit*, infatti, sembrerebbero alludere alla possibilità che il marito agisse *libertae nomine*, ossia addirittura in luogo della moglie che, in quanto liberta, non avrebbe potuto esperire l'azione contro il patrono. Viceversa, la proposizione successiva – *maritus enim uxore sua iniuriam passa suo nomine iniuriarum agere videtur* — sembrerebbe chiarire che il marito avrebbe potuto promuovere il giudizio in quanto, per l'appunto, titolare di un'azione *suo nomine*, per la propria ingiuria indiretta. A meno che non si voglia supporre il rimaneggiamento del passo, si deve ritenere che la locuzione *libertae nomine ... actio* non sia stata adoperata a designare, in senso tecnico, l'azione concernente l'ingiuria della liberta, bensì l'azione "occasionata", "causata" dalla stessa. Verosimilmente si voleva significare che il marito avrebbe potuto comunque agire "a causa della liberta", ossia in relazione all'ingiuria subita dalla donna e, in un certo senso, anche all'indiretto fine di vendicarla; ma che ciò gli sarebbe stato consentito tramite l'azione che gli competeva *suo nomine*, in quanto soggetto indirettamente leso.

marito, essendovi semmai dissenso circa il fatto che egli, in quanto a sua volta liberto, potesse convenire o meno il patrono.

Vediamo ora:

D. 47, 10, 11, 8 (Ulp. 57 *ad ed.*): Plane si forte filius liberti vel uxor velint iniuriarum experiri: quia patri maritove non datur, denegandum non erit, quia suo nomine experiuntur.

Si trattava della fattispecie, per così dire 'speculare', in cui il patrono avesse arrecato ingiuria al figlio o alla moglie del liberto, ledendo altresì quest'ultimo, quale vittima indiretta dell'illecito. Il principio seguito era il medesimo. Posto che il liberto non avrebbe potuto agire d'ingiurie contro il patrono, a causa del noto divieto, nulla proibiva invece che il figlio stesso, o la moglie, promuovessero il giudizio. Costoro, infatti, possedevano una distinta azione *suo nomine*, per la propria *iniuria*: del tutto indipendente rispetto a quella del padre o del marito e pertanto svincolata dalle sorti di quest'ultima.

Per concludere la disamina delle fonti in argomento, ci soffermeremo ora su un rescritto di Alessandro:

C. 9, 35, 2: Imp. Alexander Davo. Iniuriarum actio tibi duplici ex causa competit, cum et maritus in uxoris pudore et pater in existimatione filiorum propriam iniuriam pati intelleguntur. PP. prid. idus Maias Agricola et Clemente cons. (a. 230).

Il tenore del provvedimento lascia intendere che la moglie e i figli del destinatario, un certo Davo, fossero stati oltraggiati nel corso della medesima azione delittuosa. Il riferimento all'*uxoris pudor* e alla *existimatio filiorum* farebbe pensare ad un atto in qualche modo lesivo della pudicizia femminile e, al tempo stesso, della dignità dei figli. Forse potremmo immaginare una fattispecie prevista dall'editto *de adtemptata pudicitia* ⁽⁹⁵⁾ che, come è noto, concerneva gli attacchi al pudore contro una madre di famiglia o contro adolescenti di entrambi i sessi: il fatto di sottrarre a costoro una persona del seguito (*comitem abducere*); il fatto di rivolgere loro parole invitanti, seducenti (*appellare*), *adversus bonos mores*; il fatto di seguirli con insistenza (*adsectari*), sempre ad onta dei buoni costumi.

⁽⁹⁵⁾ Gai. 3, 220; D. 47, 10, 15, 15-24 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*). O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 400. Cfr., in particolare: F. RABER, *Grundlagen*, cit., 39 ss. e 52 ss., nonché *Frauentracht und 'iniuria' durch 'appellare'*: D. 47, 10, 15, 15, in *Studi Volterra*, III, Milano 1971, 633 ss.; R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, 30 ss.; D. DE LAPUERTA MONTROYA, *Estudio sobre el "Edictum de adtemptata pudicitia"*, Valencia 1999.

Secondo il giudizio dell'imperatore, a Davo sarebbe spettata *l'actio iniuriarum duplici ex causa*, verosimilmente in ragione della duplice ingiuria indiretta da lui sofferta, giacché — si legge — sia il marito *in uxoris pudore*, sia il *pater in existimatione filiorum*, si intendevano subire una propria ingiuria ⁽⁹⁶⁾.

La testimonianza, apparentemente poco espressiva, introduce in realtà una fattispecie sin qui non considerata: quella del concorso di due ingiurie indirette sofferte non già da diversi soggetti passivi (quali il marito e il *pater*, attraverso l'oltraggio dell'*uxor in potestate*), ma contestualmente patite dalla medesima persona, attraverso l'oltraggio della moglie e dei figli.

Ebbene, per una simile eventualità, si ricava senz'altro che ambedue le *iniuriae* potevano essere fatte valere. Tuttavia, ci si potrebbe domandare se ciò dovesse avvenire separatamente, mediante distinte azioni, ovvero congiuntamente, tramite un unico giudizio.

Le parole *iniuriarum actio tibi duplici ex causa competit*, invero, sembrerebbero alludere all'esperibilità di un'*actio iniuriarum* con duplice *causa petendi* ⁽⁹⁷⁾. In effetti, la ragione che conduceva a sanzionare distintamente le diverse *iniuriae*, dirette e indirette, scaturenti dall'oltraggio ai *potestati vel affectui subiecti*, risiedeva nella pluralità di soggetti passivi, a ciascuno dei quali si doveva riconoscere la possibilità di vedere vendicata la propria offesa. Viceversa, nel caso sottoposto ad Alessandro, vittima dell'illecito, in quanto marito e in quanto *pater*, era pur sempre lo stesso Davo. Sulla scia della *sententia Neratii* riferita in D. 47, 10, 7, 5 (Ulp. 57 *ad ed.*), si poteva forse considerare che costui avesse subito *plures iniuriae* (indirette) nel medesimo contesto; e che tali *iniuriae*, proprio per questa ragione, si dovessero congiungere.

5. – Veniamo infine al caso degli atti lesivi perpetrati nei confronti degli schiavi, la cui configurazione, come già si accennava, si presentava del tutto ambigua.

⁽⁹⁶⁾ In questo senso, altresì, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 80. È invece improbabile che l'imperatore si riferisse alla possibilità, per Davo, di esperire *l'actio iniuriarum* sia per la propria ingiuria indiretta, sia per l'ingiuria diretta sofferta dalla moglie e dai figli stessi. Anzitutto, la motivazione del provvedimento poneva l'accento esclusivamente sul profilo dell'ingiuria indiretta; c'è poi da dire che il *pater* poteva senz'altro esperire l'azione *filii nomine*, riguardo all'ingiuria diretta del figlio, ma non risulta che tale facoltà spettasse al marito nei confronti della moglie, la quale, trovandosi *in nullius potestate*, avrebbe potuto agire personalmente: D. 47, 10, 18, 2 (Paul. 55 *ad ed.*).

⁽⁹⁷⁾ Rileva la sussistenza di una duplice *causa petendi*, senza tuttavia trarne ulteriori conclusioni, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 80. E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 508 nt. 1, osserva invece: "In C. 9, 35, 2 (a. 230) ist *duplici ex causa* nicht technisch".

Diciamo subito che l'editto *de iniuriis quae servis fiunt* ⁽⁹⁸⁾, nell'occuparsi della fattispecie in discorso, aveva concesso l'*actio iniuriarum* in due ipotesi di *iniuria atrox* ⁽⁹⁹⁾, l'aver bastonato un servo altrui *adversus bonos mores* ⁽¹⁰⁰⁾ e l'averlo sottoposto a tortura senza l'assenso del *dominus* ⁽¹⁰¹⁾, riservandosi di accordare il giudizio – *causa cognita* – per ulteriori atti di minore gravità:

D. 47, 10, 15, 34 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*): Praetor ait: 'Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicitur, in eum iudicium dabo. item si quid aliud factum esse dicitur, causa cognita iudicium dabo'.

Soprattutto il riferimento al caso della *quaestio iniussu domini* sembrerebbe suggerire che l'atto perpetrato nei confronti del *servus alienus*, nella prospettiva dell'editto, si considerasse in realtà oltraggiare il relativo *dominus*, spogliato delle sue prerogative — e in particolare del *ius puniendi* — nei confronti del sottoposto ⁽¹⁰²⁾.

In effetti, rileggendo Gai. 3, 222, si apprende che il servo non si intendeva capace di soffrire personalmente *iniuria*; semmai, in presenza di atti lesivi

⁽⁹⁸⁾ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 401. In argomento, in particolare: F. RABER, *Grundlagen*, cit., 77 ss.; R. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, in ZSS, 91 (1974), 339 ss.; E. POLAY, *Iniuria Types*, cit., 151 ss.; M. HAGEMANN, *Iniuria*, cit., 81 ss. Come è noto, le lesioni inferte allo schiavo erano contemplate dalla normativa decemvirale relativa all'*os fractum* (Tab. VIII.3), della quale l'editto in discorso potrebbe rappresentare una riscrittura.

⁽⁹⁹⁾ Ciò è ribadito in C. 9, 35, 8 (a. 294): *Dominum pro atroci iniuria, quam servus eius passus est, edicti perpetui actione proposita, qua damni etiam haberi rationem verbis evidenter exprimitur, agere posse convenit.*

⁽¹⁰⁰⁾ Il significato di tale requisito è precisato subito dopo, in D. 47, 10, 15, 38 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*): *Adicitur adversus bonos mores, ut non omnis omnino qui verberavit, sed qui adversus bonos mores verberavit, tenetur: ceterum si quis corrigendi animo aut si quis emendandi, non tenetur.* Lo specifico riferimento alla *verberatio* compiuta *adversus bonos mores*, pertanto, faceva sì che l'aver percosso un servo altrui non risultasse sempre sanzionabile a titolo di *iniuria*. L'illecito non si configurava, per esempio, quando ciò fosse stato compiuto con l'intento di *corrigere* o *emendare*.

⁽¹⁰¹⁾ La sottoposizione dello schiavo a *quaestio*, difatti, presupponeva l'autorizzazione del padrone, ovvero del tutore, procuratore o tutore di quest'ultimo: D. 47, 10, 17, 1 (Ulp. 57 *ad ed.*). Inoltre, sebbene compiuta *iussu domini*, poteva comunque importare una responsabilità per *iniuria* quando emergesse un eccesso nella sua esecuzione: D. 47, 10, 15, 42 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*), ove è riferita un'opinione di Labeone.

⁽¹⁰²⁾ M. F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., 268.

particolarmente gravi, che apparissero apertamente oltraggiosi per il padrone, sarebbe stato quest'ultimo a risultare indirettamente offeso:

Gai. 3, 222: Servo autem ipsi quidem nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri videtur; non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos nostros vel uxores iniuriam pati videmur, sed ita, cum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte in contumeliam domini fieri videtur, veluti si quis alienum servum verberaverit; et in hunc casum formula proponitur; at si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula nec temere petenti datur.

Secondo la concezione fatta propria da Gaio, dunque, l'atto compiuto nei confronti del servo non avrebbe dato origine ad una duplice ingiuria, diretta e indiretta, e ad un concorso di azioni, ma unicamente ad una ingiuria indiretta nei confronti del *dominus*, e ad una sola azione a favore di quest'ultimo.

C'è però da dire che l'assunto delle Istituzioni gaiane sembrerebbe contraddetto da un passo ulpiano dal commentario all'editto:

D. 47, 10, 15, 35 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*): Si quis sic fecit iniuriam servo, ut domino faceret, video dominum iniuriarum agere posse suo nomine: si vero non ad suggillationem domini id fecit, ipsi servo facta iniuria inulta a praetore relinqui non debuit, maxime si verberibus vel quaestione fieret: hanc enim et servum sentire palam est.

Quando fosse oltraggiato un servo per ingiuriarne il padrone, sarebbe spettato a quest'ultimo di agire *suo nomine*; tuttavia, quand'anche l'offensore non avesse operato *ad suggillationem domini*, il pretore non avrebbe lasciato impunita l'ingiuria arrecata al servo stesso (*ipsi servo facta iniuria inulta a praetore relinqui non debuit*), soprattutto in presenza di atti particolarmente gravi, quali la fustigazione e la *quaestio*, giacché anche il servo era in grado di percepire una simile offesa: *hanc enim et servum sentire palam est* ⁽¹⁰³⁾.

Ulpiano, dunque, avrebbe anzitutto considerato che gli atti lesivi posti in essere contro lo schiavo, sebbene gravi, potessero intendersi compiuti *non ad*

⁽¹⁰³⁾ La locuzione *iniuriam sentire* rimandava evidentemente alla capacità di percepire l'oltraggio, sulla quale si fondava di regola la capacità di *iniuriam pati*. Lo stesso Ulpiano, peraltro, aveva ammesso che *impueri* e *furiosi* potessero patire ingiuria pur senza 'sentirla' (mentre non sarebbero stati in grado di commetterla). Si veda infatti D. 47, 10, 3, 2 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Itaque pati quis iniuriam, etiamsi non sentiat, potest, facere nemo, nisi qui scit se iniuriam facere, etiamsi nesciat cui faciat*. In argomento, cfr. G. DONATUTI, *Il soggetto passivo dell'iniuria*, in *Studi Ratti*, 1934, ora in *Id., Studi di diritto romano*, II, Milano 1977, 533 ss.

suggillationem domini ⁽¹⁰⁴⁾. Come si apprende dal successivo par. 45, ciò aveva luogo, in particolare, qualora si colpisse un servo che si comportava da uomo libero, dunque ignorando l'esistenza stessa del padrone, o qualora lo si colpisse nella convinzione che appartenesse ad altri, e dunque con l'intenzione di recare oltraggio al padrone apparente, non già all'effettivo *dominus* ⁽¹⁰⁵⁾. In simili ipotesi, non di meno, si sarebbe potuto agire riguardo all'ingiuria arrecata al servo. L'*actio iniuriarum*, verosimilmente, sarebbe stata esperita pur sempre dal padrone: il quale, tuttavia, non avrebbe agito *suo nomine*, per la propria *iniuria*, bensì *servi nomine* ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Alla luce di Gai. 3, 222, viceversa, parrebbe di capire che la gravità dell'atto ingiurioso rendesse evidente l'intento oltraggioso nei confronti del *dominus*: ... *cum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte in contumeliam domini fieri videtur, veluti si quis alienum servum verberaverit*

⁽¹⁰⁵⁾ D. 47, 10, 15, 45 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*): *Interdum iniuria servo facta ad dominum redundat, interdum non: nam si pro libero se gerentem aut cum eum alterius potius quam meum existimat quis, non caesus eum, si meum scisset, non posse eum, quasi mihi iniuriam fecerit, sic conveniri Mela scribit*. Le parole ... *non caesus eum, si meum scisset*, ... mettono in evidenza che l'equivoco sull'identità del *dominus* si rifletteva sul requisito dell'*animus iniuriandi*: si riteneva infatti che l'offensore, animato dall'intenzione di oltraggiare il *dominus* presunto, avrebbe evitato di colpire il servo se avesse saputo a chi in realtà apparteneva. Su questo passo e sul più generale problema del *servus pro libero se gerens*, cfr. G. KLINGENBERG, *Der servus fugitivus pro libero se gerens*, in *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für H. J. Wieling zum 70. Geburtstag*, hrsg. TH. FINKENAUER, Berlin-Heidelberg-New York 2006, 127 ss.

L'elemento intenzionale sarebbe richiesto, in modo ancora più specifico, in D. 47, 10, 26 (Paul. 19 *ad ed.*), ove — forse per compensare il consenso prestato dal servo stesso, indotto a frequentare taverne malfamate o a giocare d'azzardo — si considerava altresì necessario l'*animus iniuriae faciendae*: ossia la concreta intenzione di arrecare oltraggio al *dominus*. Per il testo del passo e il suo significato, v. *retro*, nt. 69.

Si è visto invece che i giuristi, riguardo all'*iniuria* sofferta dal *pater* tramite l'oltraggio del proprio figlio, mostravano di seguire differenti criteri. Non si considerava infatti necessaria, da parte dell'offensore, la precisa intenzione di offendere il *pater*, né l'esatta conoscenza della sua identità, ma la semplice consapevolezza circa la sua esistenza: v. *retro*.

⁽¹⁰⁶⁾ Di un'azione concessa *servi nomine* si fa parola, in particolare, in D. 47, 10, 15, 44 e 48 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*), che vedremo fra un momento. Secondo M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 114 s., doveva fare riferimento all'azione in discorso anche il criterio introdotto da Pedio, riguardo al servo in proprietà, riportato in D. 47, 10, 16 (Paul. 45 *ad ed.*): *sed non esse aequum pro maiore parte, quam pro qua dominus est, damnationem fieri Pedius ait: et ideo officio iudicis portiones aestimandae sunt*. Il giurista, infatti, avrebbe ritenuto opportuno commisurare la *aestimatio* delle azioni spettanti ai condomini alle rispettive quote di proprietà, proprio perché, agendo ciascuno di essi per l'ingiuria del servo, ossia per il medesimo fatto, non si doveva permettere loro di reclamare più volte l'intera pena. Le Istituzioni di Giustiniano, invece, avrebbero seguito il diverso criterio della *aestimatio ex persona dominorum* (Inst. 4, 4, 4) perché assumevano che la lesione del servo costituisse ingiuria solamente per il padrone.

La portata della testimonianza, invero, è stata al centro di valutazioni contrastanti.

Alcuni studiosi, sulla base di diverse argomentazioni, hanno infatti escluso che Ulpiano si fosse discostato dall'assunto di Gaio, secondo il quale soggetto passivo dell'illecito — materialmente compiuto nei confronti del servo — sarebbe stato sempre e comunque il *dominus* ⁽¹⁰⁷⁾.

Secondo un altro orientamento, invece, il passo rifletterebe l'affermarsi di una nuova concezione egualitaria dell'uomo, mutuata dal pensiero stoico, che tendeva a considerare lo schiavo come persona, anziché come *res* ⁽¹⁰⁸⁾. Una simile prospettiva, tradottasi sul piano giuridico da diversi punti di vista ⁽¹⁰⁹⁾, avrebbe altresì condotto a superare la più antica opinione, ancora professata da Gaio ⁽¹¹⁰⁾, che voleva il servo incapace di patire *iniuria*, e lo intendeva quale semplice 'strumento' per arrecare indirettamente oltraggio al relativo *dominus* ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ In questa direzione, si è sostenuto che la concezione del servo quale vittima dell'illecito sarebbe emersa in epoca tarda e che, pertanto, i riferimenti all'*actio iniuriarum servi nomine*, nei passi del Digesto, sarebbero interpolati: S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma 1928², 209 e nt. 4; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano. II. La giustizia — Le persone*, Milano 1952, 439 s., che individua l'affermarsi del nuovo principio in CTh. 12, 1, 39 (a. 349). Ipotizza l'origine postclassica dell'*actio iniuriarum servi nomine* anche W. W. BUCKLAND, *The main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge 1931, 338. In alternativa all'ipotesi dell'interpolazione, si è proposta una lettura che renderebbe compatibile D. 47, 10, 15, 35 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*) con quanto si legge in Gai. 3, 222. Dal passo si ricaverebbe semplicemente che l'editto *de iniuriis quae servis fiunt* avrebbe concesso al padrone la facoltà di agire sia *suo nomine* (quando emergesse il preciso scopo di offendere la sua persona), sia *servi nomine* (quando l'offensore avesse agito *non ad suggillationem domini*); ma ciò non smentirebbe che l'atto lesivo perpetrato contro il servo, in ambedue le ipotesi, si intendesse compiuto in *contumeliam domini*. In questo senso R. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, cit., 339 ss., seguito da M. HAGEMANN, *Iniuria*, cit., 84 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ In questo senso, in particolare, J. H. VAN MEURS, *Iniuria ipsi servo facta*, in *T.*, 4 (1923), 278 ss., alla cui opinione aderisce, sostanzialmente, F. RABER, *Grundlagen*, cit., 83 ss. Cfr. anche B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 137.

⁽¹⁰⁹⁾ Per esempio, la maturata considerazione del servo come "persona", o "soggetto di diritto", è stata ritenuta alla base della possibilità di reprimere criminalmente l'omicidio del servo stesso, attestata in Gai. 3, 213: *Cuius autem servus occisus est, is liberum arbitrium habet vel capitali crimine reum facere eum qui occiderit, vel hac lege damnium persequi*. Critico, tuttavia, M. MIGLIETTA, "*Servus dolo occisus*", cit., 31 ss. e nt. 78, con ampia discussione al riguardo.

⁽¹¹⁰⁾ Si è peraltro sostenuto che la concezione dello schiavo come persona emergerebbe da diversi altri luoghi delle Istituzioni gaiane: R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura*, 37 (1986), 1 ss.

⁽¹¹¹⁾ Coerente con questa nuova concezione sarebbe un rescritto di Alessandro del 322, in C. 9, 35, 1: *Nec servis quidam alienis licet facere iniuriam*.

In effetti, estendendo la lettura ai paragrafi successivi del commentario ulpiano, l'idea del servo quale vittima dell'ingiuria, in quanto capace di *iniuriam sentire*, parrebbe riemergere ulteriormente.

Così, al par. 43 ⁽¹¹²⁾, a commento della clausola edittale '*Si quid aliud factum esse dicitur, causa cognita iudicium dabo*', si legge che — in caso di *verberatio* o di *quaestio* — l'*actio iniuriarum* sarebbe spettata comunque contro l'offensore; viceversa, quando il servo "avesse subito un'altra ingiuria" (*si vero aliam iniuriam passus sit*), sarebbe stata concessa *causa cognita*. Ebbene, le parole *si vero aliam iniuriam passus sit*, per quanto forse non dotate di un preciso significato tecnico-giuridico ⁽¹¹³⁾, sembrerebbero indicare nel servo stesso la vittima immediata dell'illecito. Lo stesso dicasi riguardo al par. 45 ⁽¹¹⁴⁾, ove si fa riferimento all'*iniuria servo facta*, che solo eventualmente si sarebbe riverberata nei confronti del padrone: *interdum iniuria servo facta ad dominum redundat, interdum non*.

Anche il par. 44, nel ribadire che il pretore non prometteva per qualsiasi causa il giudizio a nome del servo (*iniuriarum iudicium servi nomine*), sembrerebbe propriamente alludere all'azione accordata per l'ingiuria del servo stesso, e non già all'azione *suo nomine* intentata dal *dominus* per la propria ingiuria indiretta ⁽¹¹⁵⁾:

D. 47, 10, 15, 44 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*): Itaque praetor non ex omni causa iniuriarum iudicium servi nomine promittit: nam si leviter percussus sit vel maledictum ei leviter, non dabit actionem: at si infamatus sit vel facto aliquo vel carmine scripto puto causae cognitionem praetoris porrigendam et ad servi qualitatem: etenim multum interest, qualis servus sit, bonae frugi, ordinarius, dispensator, an vero vulgaris vel mediastinus an qualisqualis. et quid si compeditus vel male notus vel

⁽¹¹²⁾ D. 47, 10, 15, 43 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*): Praetor ait: '*Si quid aliud factum esse dicitur, causa cognita iudicium dabo*'. proinde si quidem verberatus sit servus vel tormentis de eo quaestio habita est, sine causae cognitione iudicium in eum competit, si vero aliam iniuriam passus sit, non aliter competit quam causa cognita.

⁽¹¹³⁾ Non si può infatti escludere che espressioni di questo tipo indicassero semplicemente il servo quale vittima materiale dell'atto lesivo, e non già quale soggetto passivo dell'illecito. In questo senso, per esempio, S. PEROZZI, *Istituzioni*², cit., 209 nt. 4.

⁽¹¹⁴⁾ D. 47, 10, 15, 45 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*): *Interdum iniuria servo facta ad dominum redundat, interdum non: nam si pro libero se gerentem aut cum eum alterius potius quam meum existimat quis, non caesus eum, si meum scisset, non posse eum, quasi mihi iniuriam fecerit, sic conveniri Mela scribit.*

⁽¹¹⁵⁾ In questo senso: M. F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., 118 nt. 94 e 122 nt. 108; M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 107 ss. Altri studiosi riferiscono invece la testimonianza all'azione esperibile dal *dominus* per la propria ingiuria: per esempio, C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., 239.

notae extremae? habebit igitur praetor rationem tam iniuriae, quae admissa dicitur, quam personae servi, in quem admissa dicitur, et sic aut permittet aut denegabit actionem.

In ogni caso, rimane significativo che Ulpiano, nell'ammettere la perseguibilità delle ingiurie lievi consistenti in atti infamanti, sottolineasse l'opportunità che la necessaria *causae cognitio* investisse pure la *qualitas servi* ⁽¹¹⁶⁾. Segno che l'ingiuria, per l'appunto, si considerava colpire anzitutto il servo medesimo, che avrebbe 'sentito' o meno l'offesa in proporzione alla sua maggiore o minore dignità.

A fronte di tutto ciò, non può sfuggire un'incongruenza. Riguardo all'oltraggio nei confronti del figlio di famiglia, Ulpiano aveva accolto apertamente l'opinione di Nerazio, che ammetteva il *pater* ad agire — con distinte azioni — per due differenti *iniuriae*: la propria e quella del figlio ⁽¹¹⁷⁾. Viceversa, alla luce di D. 47, 10, 15, 35, non emerge affatto che l'atto lesivo diretto contro il servo originasse analogamente una duplice *iniuria* (per il padrone e per il servo stesso), nonché due azioni esperibili dal *dominus*: *suo nomine* e *servi nomine*. Anzi, stando al tenore del passo parrebbe di capire che l'esigenza di infliggere una sanzione sorgesse unicamente quando tale atto, non risultando offensivo per il *dominus*, rischiasse di rimanere impunito ⁽¹¹⁸⁾. Il che lascerebbe supporre che l'*iniuria* del servo non coesistesse con quella del padrone, né che l'*actio iniuriarum servi nomine* si ponesse in concorso con l'azione esperita dal *dominus suo nomine*.

Proseguendo ulteriormente nella lettura del frammento in esame, un fenomeno di concorso parrebbe emergere, invero, in una diversa eventualità, ossia quando l'atto perpetrato nei confronti del servo, e irrilevante per il *dominus*, risultasse però ingiurioso rispetto ad un'altra persona.

Leggiamo:

D. 47, 10, 15, 47-48 (Ulp. [77] <57> *ad ed.*): Si usum fructum in servo habeam, tu proprietatem isque verberatus sit vel quaestio de eo habita, iniuriarum actio magis proprietario quam mihi competit. idemque

⁽¹¹⁶⁾ Si vedano, in particolare: G. GILBERTI, *Servus quasi colonus. Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napoli 1981, 93 nt. 25; M. MORABITO, *Les esclaves privilégiés à travers le Digeste témoins et acteurs d'une société en crise*, in *Index*, 13 (1985), 479 e nt. 26; F. REDUZZI MEROLA, *Servo parere*, Camerino 1990, 28 s.

⁽¹¹⁷⁾ D. 47, 10, 41 (Nerat. 5 *membr.*).

⁽¹¹⁸⁾ M. F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., 268, esattamente osserva: "Residuale, anche se avvertita, appare la preoccupazione della giurisprudenza di non lasciare impunita la lesione, soprattutto se grave, realizzata nei confronti del servo, nell'ipotesi in cui l'offesa non fosse riconducibile al *dominus*".

probatum et si servum meum, quem bona fide possidebam, cecideris: domino enim magis competit iniuriarum actio. 48. Item, si liberum hominem, qui mihi bona fide serviebat, quis ceciderit, distinguendum est, ut, si in contumeliam pulsatus sit, competat mihi iniuriarum actio. idem ergo et si in servo alieno bona fide mihi serviente, ut totiens admittamus iniuriarum actionem, quotiens in meam contumeliam iniuria ei facta sit. nam ipsius quidem servi nomine domino dabimus iniuriarum actionem. si autem me tangat et pulset, iniuriarum mihi quoque est. ergo et in fructuario idem distingui potest.

Nel par. 47, si faceva il caso il cui il servo, percosso o sottoposto a *quaestio*, fosse oggetto di usufrutto o posseduto in buona fede dal non proprietario. Nell'una e nell'altra ipotesi, a parere di Ulpiano, l'*actio iniuriarum* sarebbe spettata preferibilmente al *dominus*.

Nel successivo par. 48, tuttavia, a proposito degli atti lesivi contro il *liber homo bona fide serviens*, il giurista osservava che lo stesso *dominus* apparente avrebbe potuto soffrire *iniuria*, ed essere legittimato a promuovere il giudizio, quando l'offensore risultasse avere agito in *contumeliam eius*. Quindi, applicando il principio alle *iniuriae* perpetrate contro il *servus alienus bona fide serviens*, perveniva a ritenere che anche in tale ipotesi, ove l'atto apparisse compiuto per oltraggiare il possessore, a patire l'ingiuria — nonché legittimato ad esperire la relativa azione — sarebbe stato quest'ultimo, e non il vero proprietario ⁽¹¹⁹⁾. Al *dominus*, invece, sarebbe spettata l'azione *ipsius quidem servi nomine*: par di capire, relativa all'ingiuria sofferta dal servo. Lo stesso doveva valere anche rispetto all'usufruttuario.

Ebbene, in questa particolare circostanza, Ulpiano parrebbe avere effettivamente configurato la coesistenza di distinte azioni, a sanzione di differenti *iniuriae*: l'*actio iniuriarum suo nomine*, spettante al possessore di buona fede del servo, ovvero all'usufruttuario, per la propria ingiuria indiretta, e l'*actio iniuriarum servi nomine*, spettante al proprietario, in ragione dell'ingiuria subita dal servo stesso. E, secondo una lettura recentemente avanzata, ciò renderebbe plausibile che il giurista concepisse un analogo concorso, di ingiurie e di azioni, anche qualora l'oltraggio risultasse arrecato *ad suggestionem domini* ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁹⁾ La circostanza che l'offensore, nel colpire il servo, intendesse oltraggiare il possessore di buona fede, lascia supporre che avesse scambiato quest'ultimo per il vero proprietario. E, come si è sopra osservato, l'errore sull'identità del *dominus*, nella prospettiva di Ulpiano, portava ad escludere che l'ingiuria arrecata al servo si riverberasse nella persona del proprietario: D. 47, 10, 15, 45 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*).

⁽¹²⁰⁾ M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., 112 s. Sempre secondo l'A. (*op. cit.*, 116), l'opposta soluzione delineata nel precedente par. 47, ove si affermava che l'*actio iniuriarum* sarebbe spettata, preferibilmente, al proprietario anziché

A noi sembra però che la decisione in discorso, sempre se riferibile ad Ulpiano ⁽¹²¹⁾, sottintendesse soprattutto la preoccupazione di non lasciare impunita l'offesa indirettamente subita dal padrone apparente, che in linea di principio sarebbe stato privo di tutela. Per questa ragione — posto che l'effettivo *dominus*, non essendo personalmente oltraggiato, era chiamato ad agire in ragione del servo ⁽¹²²⁾ — l'*actio iniuriarum* veniva concessa anche al *possessor bonae fidei* o all'usufruttuario, vittima indiretta dell'illecito: *nam ipsius quidem servi nomine domino dabimus iniuriarum actionem. si autem me tangat et pulset, iniuriarum mihi quoque est*. Tuttavia, la soluzione proposta per questa ipotesi particolare non ci autorizza a concludere che in ogni caso, anche laddove l'ingiuria si ripercuotesse sullo stesso *dominus*, costui avrebbe potuto esercitare ambedue le azioni, *suo nomine* e *servi nomine*.

In definitiva, riguardo agli atti lesivi perpetrati nei confronti degli schiavi, neppure Ulpiano sembra essere pervenuto a percepire in modo nitido il concorso fra ingiuria diretta del servo stesso e ingiuria indiretta dell'aveute potestà ⁽¹²³⁾. Né la prospettiva del giurista, verosimilmente incline a non lasciare impunita l'*iniuria ipsi servo facta*, può dirsi definitivamente prevalsa. Infatti, se i brani ulpiani passati in rassegna sono stati accolti nel Digesto, le

all'usufruttuario o al possessore di buona fede, starebbe ad indicare che in questo caso ci si riferiva all'azione esperibile *servi nomine*, per l'ingiuria patita dal servo stesso. A noi sembra invece che Ulpiano, nel par. 47 del passo, intendesse semplicemente ribadire la regola generale, secondo la quale la legittimazione ad agire per gli atti perpetrati contro il servo sarebbe spettata al proprietario; per poi passare ad illustrare le ipotesi eccezionali di cui al par. 48, rispetto alle quali, risultando offeso il possessore o l'usufruttuario, sarebbe stato costui a promuovere il giudizio per la propria ingiuria indiretta.

⁽¹²¹⁾ Le parole *nam ipsius quidem servi nomine domino dabimus iniuriarum actionem*, che enunciano la concessione dell'*actio iniuriarum servi nomine* a favore del proprietario, sono state ritenute interpolate, infatti, da S. PEROZZI, *Istituzioni*², cit., 209 nt. 4, nonché da B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, cit., 440, a parere del quale la proposizione *nam ... actionem* risulterebbe “stonata e contraddittoria con tutta la sostanza del testo, giacché se l'azione si poteva accordare *servi nomine* la distinzione presentata da Ulpiano non avrebbe avuto senso”.

⁽¹²²⁾ Il che risulta perfettamente in linea con i principi enunciati in D. 47, 10, 15, 35 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*): il *dominus* avrebbe esperito l'azione *servi nomine* proprio perché l'atto non risultava offensivo nei suoi confronti.

⁽¹²³⁾ Semmai, sempre all'interno del frammento considerato, si pone l'accento su ulteriori ipotesi di concorso, di fattispecie e azioni penali, come quello fra *iniuria* e danno aquiliano D. 47, 10, 15, 46 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*): *Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam*. O, ancora, come il concorso di azioni (e di *iniuriae*) nascente dalla lesione di un servo in comproprietà, di cui in D. 47, 10, 15, 49 (Ulp. [77] (57) *ad ed.*): *Si servum complurium cecidero, competere iniuriarum actionem omnibus plus quam manifestum est*.

Istituzioni imperiali hanno sostanzialmente riproposto l'assunto di Gaio, che vedeva nel servo un mero veicolo d'ingiuria indiretta per il relativo *dominus*, sempre che si trattasse di atti sufficientemente gravi da apparire apertamente oltraggiosi nei confronti di quest'ultimo ⁽¹²⁴⁾: *Servis autem ipsis quidem nulla iniuria fieri intellegitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen isdem modis, quibus etiam per liberos et uxores, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit et quod aperte ad contumeliam domini respicit. veluti si quis alienum servum verberaverit, et in hunc casum actio proponitur: at si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit.*

ABSTRACT

The essay deals with the case of the abusive acts which are committed against *potestati vel affectui subiecti (filii familias, uxores, servi)*. Many *iniuriae* were derived from these acts towards several passive subjects. Principal texts: Gai. 3, 221-222; D. 47, 10, 1, 3 (Ulp. 56 *ad ed.*); P.S. 5, 4, 3; D. 47, 10, 17, 10 (Ulp. 57 *ad ed.*); D. 47, 10, 41 (Nerat. 5 *membr.*); D. 47, 10, 7, 5 (Ulp. 57 *ad ed.*); D. 47, 10, 1, 5 (Ulp. 56 *ad ed.*); D. 47, 10, 1, 8 (Ulp. 56 *ad ed.*); D. 47, 10, 18, 4-5 (Paul. 55 *ad ed.*); D. 47, 10, 1, 9 (Ulp. 56 *ad ed.*); D. 47, 10, 30, 1 (Ulp. 42 *ad Sab.*); D. 47, 10, 31 (Paul. 10 *ad Sab.*); D. 47, 10, 18, 2 (Paul. 55 *ad ed.*); D. 47, 10, 11, 7 (Ulp. 57 *ad ed.*); D. 47, 10, 11, 8 (Ulp. 57 *ad ed.*); C. 9, 35, 2 (a. 230); D. 47, 10, 15, 34 (Ulp. [77] <57> *ad ed.*); D. 47, 10, 15, 35 (Ulp. [77] <57> *ad ed.*); D. 47, 10, 15, 44 (Ulp. [77] <57> *ad ed.*); D. 47, 10, 15, 47-48 (Ulp. [77] <57> *ad ed.*).

Si esamina il caso degli atti ingiuriosi compiuti contro i *potestati vel affectui subiecti (filii familias, uxores, servi)*, in forza dei quali derivavano più *iniuriae*, nei confronti di diversi soggetti passivi. Testi principali: Gai. 3, 221-222; D. 47, 10, 1, 3 (Ulp. 56 *ad ed.*); P.S. 5, 4, 3; D. 47, 10, 17, 10 (Ulp. 57 *ad ed.*); D. 47, 10, 41 (Nerat. 5 *membr.*); D. 47, 10, 7, 5 (Ulp. 57 *ad ed.*); D. 47, 10, 1, 5 (Ulp. 56 *ad ed.*); D. 47, 10, 1, 8 (Ulp. 56 *ad ed.*); D. 47, 10, 18, 4-5 (Paul. 55 *ad ed.*); D. 47, 10, 1, 9 (Ulp. 56 *ad ed.*); D. 47, 10, 30, 1 (Ulp. 42 *ad Sab.*); D. 47, 10, 31 (Paul. 10 *ad Sab.*); D. 47, 10, 18, 2 (Paul. 55 *ad ed.*); D. 47, 10, 11, 7 (Ulp. 57 *ad ed.*); D. 47, 10, 11, 8 (Ulp. 57 *ad ed.*); C. 9, 35, 2 (a. 230); D. 47, 10, 15, 34 (Ulp. [77] <57> *ad ed.*); D. 47, 10, 15, 35 (Ulp. [77] <57> *ad ed.*); D. 47, 10, 15, 44 (Ulp. [77] <57> *ad ed.*); D. 47, 10, 15, 47-48 (Ulp. [77] <57> *ad ed.*).

⁽¹²⁴⁾ Inst. 4, 4, 3. Ciò, fra l'altro, sembrerebbe smentire che la considerazione del servo quale soggetto capace di *iniuriam pati*, nei passi di Ulpiano, sia addebitabile ad un intervento compilatorio.

SILVIA SCHIAVO

ESECUZIONE PERSONALE DEI DEBITORI E CARCERAZIONE PRIVATA NELLE COSTITUZIONI IMPERIALI DI ETÀ POSTCLASSICA E GIUSTINIANEA

1. Premessa

Scopo di questo lavoro è rivedere alcune costituzioni imperiali postclassiche e giustiniane in tema di esecuzione personale del debitore e di carcerazione privata.

L'esecuzione personale ha da sempre suscitato l'interesse della dottrina, da differenti punti di vista: noi intendiamo riprendere il problema della sua sopravvivenza in età tardo antica.

Risulta forse opportuno, a questo fine, chiarire brevemente che cosa si intende per esecuzione personale, trattandosi di espressione moderna che non ha riscontro nelle fonti. Nel quadro più generale dell'esecuzione forzata — ossia quel procedimento che conduce al soddisfacimento coattivo del diritto dell'attore, accertato nell'ambito del processo di cognizione⁽¹⁾ — si parla di esecuzione patrimoniale con riferimento ai casi in cui l'attore si rifà essenzialmente sul patrimonio del debitore⁽²⁾, pur non potendosi escludere

⁽¹⁾ Per una definizione di esecuzione forzata rinviamo, fra tutti, a V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della bonorum venditio come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, 39, 1993, p. 319, nota 2; G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, in www.archaeogate.org/iura/article.php?id=579, p. 2.

Fra i processualciviliisti, v., fra tutti, S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1937; E. ALLORIO - V. COLESANTI, s.v. *Esecuzione forzata (dir. proc. civ.)*, in *NNDI*, 4, Torino, 1960, p. 724 ss.; F. MAZZARELLA, s.v. *Esecuzione forzata (dir. vig.)*, in *ED*, XV, Milano, 1996, p. 448 ss.; S. LA CHINA, s.v. *Esecuzione forzata (profili generali)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIII, Roma, 1989; A. BONSIGNORI, s.v. *Esecuzione forzata in genere*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 567 ss.

⁽²⁾ Sulla *bonorum venditio* v. E. CARRELLI, *Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio*, in *SDHI*, 4, 1938, p. 429 ss.; G. SCHERILLO, *La bonorum venditio*

alcuni riflessi sulla sua persona (si pensi, per esempio, all'*infamia* discendente dalla *bonorum venditio* ⁽³⁾). Si parla invece di esecuzione personale per indicare il procedimento in cui entra in gioco direttamente la persona del debitore, che subisce afflizioni di diverso tipo, tra cui la privazione della libertà personale e varie pene fisiche e morali ⁽⁴⁾.

L'esecuzione personale ha assunto, nel corso del tempo, diverse forme: in origine, quella della *manus iniectio*; successivamente, quella della *ductio* ⁽⁵⁾, con cui si attuava l'assoggettamento del debitore al creditore. Per l'età tarda, oggetto del nostro interesse, alcuni studiosi che sostengono la permanenza dell'esecuzione personale — come vedremo alcuni invece parlano di una sua abolizione precedente — ritengono che a partire dalla fine del IV sec. d.C. essa sarebbe stata possibile non più in carceri private, sotto il diretto controllo del creditore, ma solo nelle prigioni pubbliche ⁽⁶⁾.

come figura di successio, in *Iura*, 4, 1953, p. 205 ss.; *Id.*, *Appunti sulla sectio bonorum*, in *Iura*, 4, 1953, p. 197 ss.; S. SOLAZZI, *In tema di bonorum venditio*, in *Iura*, 6, 1955, p. 78 ss.; I. ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano*, in *Jus*, 17, 1966, p. 163 ss.; P. VOCI, *Esecuzione forzata*, in *ED*, XIV, Milano, 1964, p. 422 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 405 ss. Sulla *bonorum distractio* v., fra tutti, V. SCARANO USSANI, *Diritto e politica nell'origine della bonorum distractio ex senatus consulto*, in *Labeo*, 2, 1976, p. 178 ss. Per quanto riguarda invece la *cessio bonorum* cfr. *infra*, p. 59, nota 12.

⁽³⁾ Cfr. V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della "bonorum venditio"*, cit., p. 319, nota 2; G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza*, cit., p. 3, che evidenzia come da certi punti di vista l'avvento dell'esecuzione patrimoniale non ha comunque liberato il debitore da pesanti conseguenze sul piano personale; si veda inoltre ora *Id.*, *La "sorte" del debitore oltre la morte*, in www.archaeogate.org/iura/article.php?id=851.

⁽⁴⁾ Cfr. ancora G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza*, cit., p. 2, che richiama anche l'esperienza moderna dell'arresto per debiti (su cui v. L. RICCA, s.v. *Debiti (arresto personale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, p. 740 ss). Abbastanza certa, in dottrina, è la funzione di *poena* assunta dall'esecuzione personale, essendo oramai accolta l'idea che l'attività lavorativa prestata dai debitori durante l'assoggettamento al creditore non avrebbe portato all'autoriscatto: su questo problema v. particolarmente L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. I. Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica*, Milano, 1981, p. 164 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. particolarmente F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 94 ss.

⁽⁶⁾ In dottrina si parla dunque di esecuzione personale tanto con riferimento alla carcerazione privata, che comportava il diretto assoggettamento del debitore al creditore, quanto con riferimento alla carcerazione nelle prigioni pubbliche: cfr., fra tutti, P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., p. 430. Da ultimo, cfr. G. PURPURA, *La "sorte" del debitore oltre la morte*, cit., p. 9

Sulla carcerazione nel diritto romano, le sue forme e le sue funzioni v., fra tutti, M.A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 41, 1991, p. 141 s.; Y. RIVIÈRE, *La detention publique a Rome*, in *MEFRA*, 106,-2, 1994, p. 579 ss.; A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano dai Severi a Giustiniano*, Bari, 1994; J.-U. KRAUSE,

Come dicevamo, in queste pagine rileggeremo alcune costituzioni tarde, con l'obiettivo di verificare taluni assunti della dottrina tradizionale. Secondo parte della letteratura, dopo un'iniziale coesistenza di esecuzione personale ed esecuzione patrimoniale⁽⁷⁾ la tendenza della legislazione del basso impero sarebbe stata verso la progressiva abolizione della prima, per il tramite di alcuni provvedimenti non sempre rispettati nella prassi⁽⁸⁾.

Secondo altri studiosi, al contrario, non vi sarebbe mai stata, nemmeno in età tarda, l'abolizione dell'esecuzione sulla persona del debitore, troppo

Gefängnisse im Römischen Recht, Stuttgart, 1996. Una raccolta di studi sul carcere, che accoglie differenti prospettive, è *Carcer. Prison et privation de liberté dans l'antiquité classique. Actes du colloque de Strasbourg (5 et 6 décembre 1997)* (édités par C. BETRAND-DAGENBACH, A. CHAUVOT, M. MATTER, J.-M. SALAMITO). Per una panoramica relativa alle differenti funzioni del carcere in età del basso impero cfr. inoltre V. NERI, *I marginali nell'occidente tardoantico. Poveri, 'infames' e criminali nella nascente società cristiana*, Bari, 1998, p. 419 ss. Sulle prigioni private v. O. ROBINSON, *Private Prisons*, in *RIDA*, 15, 1968, p. 389 ss.

⁽⁷⁾ Sulla coesistenza, in età classica, di *bonorum venditio* ed esecuzione personale del debitore si vedano, fra tutti, L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (traduzione italiana di R. Orestano), Milano, 1938, p. 230 ss.; F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 100 ss.; G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza*, cit., p. 3.

⁽⁸⁾ Così L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, p. 444 s., secondo cui tracce dell'abolizione dell'esecuzione personale si ritroverebbero in provvedimenti quali CTh. 9,11,1, di Teodosio; C. 9,5,1 e C. 9,5,2 di Giustiniano. Cfr. ancora F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 94 ss., la quale ricorda le numerose disposizioni contenute nei Codici Teodosiano e giustiniano (C. 7,62,12; CTh. 9,11,1; C. 9,5,1) volte a tentativo, coronato da scarso successo, di abolire l'esecuzione personale. L'A. cita inoltre (p. 94, nota 97) l'editto del *praefectus Aegypti* Tiberio Giulio Alessandro (*FIRA*, I, p. 253), con cui si sarebbe mantenuta l'esecuzione personale solo per i debitori del fisco. L'A. ricorda come all'interno di questo editto vi sia un richiamo ad una βούλησις di Augusto che risulterebbe ispirata al principio della responsabilità patrimoniale e non personale (v. sulla testimonianza L. MITTEIS, *Neue Rechtsurkunden aus Oxyrhynchos*, in *Archiv für Papyrusforschung*, 1, 1901, p. 352 ss.; F. WOESS, *Personalexecution und cessio bonorum in römische Reichsrecht*, in *ZSS*, 43, 1922, 492 s., nota 4. Più recentemente, Y. RIVIÈRE, *La detention publique a Rome*, cit., p. 648 s. Anche L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., p. 8, rileva la permanenza dell'esecuzione personale dopo l'avvento dell'*actio iudicati* e della *bonorum venditio*, per sottolineare, successivamente (p. 140, nota 121) che l'abolizione legislativa della stessa si avrebbe nel IV sec. d.C. con l'emanazione di CTh. 9,11,1. Per taluni, l'abolizione dell'esecuzione personale si sarebbe avuta con C. 4,10,12, costituzione di Diocleziano del 294 d.C.: cfr. M. VOIGT, *Über die Geschichte des römischen Executionsrechtes*, in *Berichte über die Verhandlungen der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Classe*, Leipzig, 1882, p. 117 ss., che parla di completa abolizione dell'esecuzione personale; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*², Paris, 1928, p. 85, che parla di eliminazione dell'*addictio*. Su questo provvedimento cfr. la discussione che ne faremo, *infra*, p. 60 ss.

radicata nella coscienza giuridica romana⁽⁹⁾. Il divieto avrebbe invece riguardato la detenzione del debitore in carceri private, sotto il diretto controllo del creditore: a partire dal basso impero, l'esecuzione personale si sarebbe potuta svolgere solamente in prigioni pubbliche⁽¹⁰⁾.

Diciamo subito che condividiamo la posizione di chi sostiene la sopravvivenza, nel basso impero ed in età giustiniana, dell'esecuzione personale: ci sembra nel giusto chi ritiene che mai sia stata vietata, e cercheremo conseguentemente di fare emergere, nel corso del lavoro, gli indizi riconducibili a questa idea. Non si può però tacere il fatto che i testi non offrono indicazioni chiare ed univoche circa le modalità con cui l'esecuzione personale dei debitori avveniva in età tarda.

Fra i testi talvolta riferiti dalla dottrina all'esecuzione personale alcuni potrebbero in realtà avere a che fare con problemi diversi, con situazioni di altro genere. Ci riferiamo a talune costituzioni relative al divieto di carcerazione privata, che per parte degli studiosi proverebbero l'abolizione, ad opera degli imperatori postclassici, dell'esecuzione personale nelle carceri private, a favore della detenzione in carceri pubbliche. Orbene, come si vedrà meglio nei prossimi paragrafi, a noi pare che tali provvedimenti abbiano in realtà a che fare con problematiche differenti: essi non intervengono sulla carcera-

⁽⁹⁾ Cfr. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 230.

⁽¹⁰⁾ Sostiene la sopravvivenza dell'esecuzione personale nell'età tarda F. WOESS, *Personalexecution*, cit., p. 485 ss., il quale sottolinea la modificazione delle forme che l'esecuzione stessa avrebbe assunto rispetto all'età classica. Si vedano, ancora, L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 311 ss.; P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., p. 428 s., che richiama la sopravvivenza dell'esecuzione personale del debitore nelle prigioni pubbliche, giusta i numerosi tentativi di abolizione della carcerazione privata. Si veda inoltre G. LONGO, s.v. *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *NNDI*, VI, Torino, 1964, p. 721. L'A. sottolinea come in seguito all'emanazione di CTh. 9,11,1 del 388 d.C. il debitore può essere tenuto solo nelle prigioni pubbliche. L'A., inoltre, ritiene che i casi di esecuzione personale fossero oramai ridotti alle situazioni di completa indigenza del debitore, che non permetteva ai creditori di trarre alcun vantaggio da una eventuale esecuzione patrimoniale. Anche E. BETTI, s.v. *Processo civile (diritto romano)*, in *NNDI*, XIII, Torino, 1966, p. 1120 (rifacendosi a B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 222 ss.) ritiene che l'esecuzione personale, la quale rimarrebbe in via accessoria, può avere luogo, a partire dal 388 d.C., solamente nelle prigioni pubbliche. Della stessa opinione sembra essere B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 392 s., che evidenzia che solo sul finire del IV sec. d.C. (con CTh. 9,11,1) la legislazione imperiale vietò ogni imprigionamento privato; così anche G. PURPURA, *La "sorte" del debitore oltre la morte*, cit., p. 9: "Non solo l'esecuzione personale per debiti si perpetuò a lungo e certamente non scomparve nel IV sec. a. C., ma soltanto alla fine del IV sec. d.C. cominciarono ad essere proibite le carceri private, mirando alla sostituzione con le pubbliche".

zione privata praticata con funzione esecutiva, ma con altre finalità. Essi non possono dunque, a nostro parere, venire utilizzati come testimonianze relative all'esecuzione personale.

La permanenza dell'esecuzione sulla persona del debitore è testimoniata chiaramente in due testi del basso impero in materia di *debitores fisci* e in varie costituzioni giustinianee che leggeremo⁽¹¹⁾. Ma tali costituzioni, che con maggiore sicurezza possono essere ricollegate al fenomeno esecutivo, non permettono di ricostruire con certezza come l'esecuzione personale avveniva, e di determinare se essa avveniva in carceri private o pubbliche.

Un'ulteriore precisazione. I testi che esamineremo provengono da varie *sedes materiae*. Il problema dell'esecuzione personale riguarda infatti tanto i debitori fiscali quanto i debitori privati. Alcune fonti di un certo interesse, inoltre, riguardano il procedimento della *cessio bonorum*⁽¹²⁾:

⁽¹¹⁾ V. p. 65 ss.; p. 90 ss.

⁽¹²⁾ Sul procedimento della *cessio bonorum* v., fra tutti, M. WLISSAK, s.v. *Cessio bonorum*, in *PWRE*, III.2, Stuttgart, 1899, c. 1995 ss.; L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, Paris, 1920; F. WOESS, *Personalexecution*, cit., p. 485 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 232 ss.; G. DONATUTI, s.v. *Cessio bonorum*, in *NDI*, 3, Torino, 1938, p. 63; B. BIONDI, s.v. *Cessio bonorum*, in *NNDI*, Torino, 1960, p. 137 s.; P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., p. 428.; W. LITEWSKI, *Das beneficium competentiae im römischen Recht*, in *Studi in onore di E. Volterra*, IV, Milano, 1971, p. 499 ss.; M. MARRONE, *Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae*, in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 36, 1971, p. 5 ss.; A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*², Napoli, 1978, p. 38 ss.; J. GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1986, p. 66 ss.; V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della "bonorum venditio"*, cit., p. 324 ss.; W. PAKTER, *The Mystery of cessio bonorum*, in *Index*, 1994, p. 323 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 405 ss.; S. SEGURA, *La cessio bonorum*, Genève, 2005. L'istituto della *cessio bonorum* è, com'è noto, particolarmente problematico. Problematici sono innanzitutto i profili relativi alle sue origini: considerata "un abbaglio storico" la *lex Iulia de bonis cedendis* che l'avrebbe introdotta, autorevole dottrina ha proposto l'origine pretoria dell'istituto, forse comunque ispirato dalla *lex de pecuniis mutuis* di Cesare del 49 a.C.: v. V. GIUFFRÈ, *La c.d. "lex Julia " de bonis cedendis*, in *Labeo*, 18, 1972, p. 173 ss. (che riprende il contenuto di ID., *Profili politici ed economici della cessio bonorum*, in *Rivista di Studi salernitani*, 7, 1971, p. 1ss.). Altri sostengono invece che la paternità dell'istituto dovrebbe essere riconosciuta ad Augusto: così, fra tutti, P.F. GIRARD, *Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, in *ZSS*, 34, 1913, p. 295, p. 328 nota 1; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 232; J.A. CROOK, *Law and Life of Rome*, London, 1967, p. 317 n. 176; ID., *A Study in Decoction*, in *Latomus*, 26, 1967, p. 363; 365; A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, cit., p. 40 ss.; W. PAKTER, *The Mystery of "cessio bonorum"*, cit., p. 328.

Recentemente è stata avanzata l'idea che la *lex de pecuniis mutuis* non abbia nulla a che vedere con l'istituto della *cessio bonorum*, che sarebbe comunque da ricondurre a Cesare ed alla *lex Iulia de bonis cedendis*, la cui storicità viene ammessa: cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Diamo a Cesare quel che è di Cesare*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, Napoli, 2001, specialmente p. 134 ss. Di difficile definizione è

risulterà dunque necessario prendere in considerazione anche tali provvedimenti.

2. Diocleziano, il debito e i liberi.

Prima di addentrarci nell'analisi dei testi postclassici e giustiniani, sembra opportuno dedicare alcune riflessioni ad un provvedimento di Diocleziano del 294 d.C., riportato nel *Codex Iustinianus* in C. 4,10 *De actionibus et obligationibus*. La sua analisi è importante, crediamo, anche in vista delle considerazioni che dedicheremo ad alcune fonti più tarde.

Si tratta di un testo abbastanza oscuro, che nel corso dei secoli ha dato luogo ad interpretazioni molto diverse. Fra queste, quella secondo cui l'imperatore avrebbe abolito l'esecuzione personale dei debitori⁽¹³⁾:

C. 4,10,12. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Iovino. Ob aes alienum servire liberos creditoribus iura compelli non patiuntur. D. XIII k. Nov. CC. Conss. (a. 294)

La costituzione di Diocleziano, in realtà, potrebbe non avere nulla a che vedere con l'abolizione dell'esecuzione personale. Ed in effetti, altre sono le letture riconducibili al rescritto, sintetizzate con efficacia nel commento che Cuiacio gli dedica⁽¹⁴⁾.

Preliminarmente è bene soffermarsi sulla parola *iura* presente nel provvedimento, che sta ad indicare, come recentemente è stato rilevato, il diritto

anche la funzione che essa avrebbe ricoperto: mentre infatti autori più risalenti hanno letto nell'introduzione dell'istituto un passo in avanti contro l'esecuzione personale, si tende oggi a riconoscere che l'avvento della *cessio bonorum* non può essere visto esclusivamente in una luce di favore nei confronti dei debitori. Suggestive, a tal proposito, le riflessioni di G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza*, cit., p. 3, il quale evidenzia che "L'abbandono di un'ottica modernizzante di progresso e di 'addolcimento' è stata proposta anche per la procedura cesariana della *bonorum cessio*, che sembra fosse imposta, non certo per benevolenza verso i debitori, ma ancora una volta nell'interesse dei creditori, pur non del tutto contenti di un riduttivo concordato; solo perché il poter disporre dei beni direttamente, come avveniva cedendo il patrimonio, avrebbe potuto favorire il piazzamento di essi a tempo opportuno, in blocco, singoli o a lotti e quindi la possibilità almeno di limitare i danni per i creditori, ma non per il debitore che restava soggetto per l'ammontare rimasto scoperto dopo la cessione e la vendita, forse per l'intera vita".

⁽¹³⁾ L'idea si rinviene, come già accennato, in M. VOIGT, *Über die Geschichte*, cit., p. 117 ss. Per l'A. Diocleziano eliminerebbe in via definitiva il sistema dell'esecuzione personale, mantenendola solo in Egitto. Cfr. inoltre E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques*, cit., p. 85.

⁽¹⁴⁾ Cfr. J. CUJACIUS, *In Lib. IV Codis. Recitationes Solemnes Ad Tit. X. De obligationibus et actionibus. Ad l. XII*, in *Opera*, IX, Par. fabrot. Ed., Prati, 1839, c. 367.

vigente: essa è significativa del fatto che quanto deciso da Diocleziano non costituisce una novità, ma riprende un principio già presente, un'idea già espressa⁽¹⁵⁾. L'imperatore riconduce infatti agli *iura* l'origine della regola di cui dobbiamo determinare il senso, regola che nella costituzione è dunque solo ribadita⁽¹⁶⁾.

La comprensione del testo si gioca in gran parte sul significato del termine *liberi*, che può essere tradotto o con 'uomini liberi' oppure con 'figli' (dei debitori). Se *liberi* viene reso con 'figli' — di un debitore — allora il rescritto direbbe che *ob aes alienum*, ossia a causa di un debito paterno, i figli non possono *servire creditoribus*. Oggetto del divieto ripreso da Diocleziano sarebbe una prassi, radicata nel mondo antico, in base alla quale i figli dei debitori venivano ceduti ai creditori, in maniera tale da saldare, con il loro lavoro, il debito paterno.

Tale interpretazione è molto diffusa tra i moderni: la costituzione impedirebbe dunque ai debitori di cedere i loro figli ai creditori⁽¹⁷⁾. Prassi difficile da eliminare, su cui anche Giustiniano tornerà con Nov. 134⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Sul significato del termine *iura*, anche con riferimento alla costituzione di Diocleziano, cfr. ora P. BIANCHI, *Iura e leges*, Milano, 2007, p. 82, nota 5. Diversi i testi dioclezianeî nei quali ricorre, con questo significato, il termine *iura*: C. 2,4,19; C. 2,4,29; C. 2,42,2,2; C. 4,46,2; C. 8,34,9.

⁽¹⁶⁾ Già questa riflessione potrebbe essere utilizzata come obiezione rispetto all'idea che Diocleziano, con il testo in discorso, abbia abolito l'esecuzione personale del debitore. Diocleziano infatti non introduce nulla di nuovo con il testo, ma ribadisce, come si è detto, un principio già presente nell'ordinamento. V. in tal senso L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volkrecht*, cit., p. 451.

⁽¹⁷⁾ Ricorda questo possibile significato del testo, anzitutto, J. CUJACIUS, *In Lib. IV Codicis Recitationes Solemnes*, in *Opera*, IX, cit., c. 367. Ritengono che il testo si riferisca proprio alla cessione dei figli dei debitori ai creditori F. VON SAVIGNY, *Das altrömische Schuldrecht*, in *Vermischte Schriften*, II, Berlin, 1850 (rist. Aalen, 1968), p. 456 s.; L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volkrecht*, cit., p. 454; T. MUTHER, *Sequestration und Arrest*, Leipzig, 1856, p. 345, nota 1; E. WEISS, *Pfandrechtlichen Untersuchungen*. 1. *Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht enthaltend*, Weimar, 1909, p. 63; F. WOESS, *Personalexecution*, cit., p. 486; R. BONINI, *Comportamenti illegali del creditore e perdita dell'azione o del diritto (nelle Novelle giustiniane)*, in *SDHI*, XL, 1973, p. 137 s.; L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., p. 140, nota 121. Sul fenomeno della cessione ai creditori dei figli del debitore rinviamo a R. BONINI, *op. ult. cit.*, il quale riporta altri testi di età classica nei quali sarebbe espresso il divieto: C. 8,16,6; C. 4,43,1.

⁽¹⁸⁾ Si tratta appunto di Nov. 134, 7, per la cui esegesi rinviamo a R. BONINI, *Comportamenti illegali del creditore*, cit., p. 137 ss. Il divieto di cessione dei figli del debitore ai creditori, ribadito in età giustiniana, sarebbe affiancato, nell'ambito delle Novelle ed in generale nell'ambito della compilazione, da divieti di altri comportamenti illegali che i creditori tenevano nei confronti dei debitori. Fra questi si può ricordare, per esempio, il divieto di impedire la esequie del debitore (cui è dedicata Nov. 60 *prae*f. e 1, *pr.*-1), o il divieto dell'impiego di militari nell'ambito delle procedure esecutive.

Se invece *liberi* si intende come ‘uomini liberi’, il significato del testo cambia profondamente. Anzitutto, *liberi* starebbe ad indicare i debitori. Questa è, tra l’altro, la lettura che si rinviene nel corrispondente passo dei Basilici⁽¹⁹⁾:

B. 24,3,16 (Scheltema-Van der Wal, III A, 1158): Οὐκ ἀναγκάζονται οἱ ἄποροι χρεῶσται δουλεύειν τοῖς ἰδίοις δανεισταῖς⁽²⁰⁾.

Cuiacio sottolinea che nel rescritto si dice “*liberi ‘servire non coguntur’*”. L’imperatore intenderebbe affermare che gli uomini liberi, siano essi debitori, siano essi i figli dei debitori, non possono venire costretti a prestare attività lavorativa a favore dei creditori, evidentemente per ripianare, in tal modo, il proprio debito o quello paterno. Cuiacio legge dunque il termine *liberi* in un duplice senso, quello di uomini liberi ma anche di ‘figli’ del debitore⁽²¹⁾, entrambi non sottoponibili ai creditori in forza di un debito.

⁽¹⁹⁾ L’interpretazione dei Basilici è ricordata anche da J. CUJACIUS, *In Lib. IV Codicis Recitationes Solemnes*, in *Opera*, IX, cit., c. 367 : « ...vel ut debitores liberi homines non cogantur creditoribus servire ob aes alienum. Et hic sensus magis verbis legis congruit. Lex enim non ait, liberos debitorum, sed absolute, liberos. Et ait, non compelli liberos, quasi principales, seu debitores, et ita accipiunt hic Graeci: non coguntur inopes debitores servire suis creditoribus ». Cuiacio ricorda inoltre il problema del significato del verbo *servire* presente nella costituzione, puntualizzando che l’*addictus* non doveva considerarsi schiavo: “quod longe distat servire ab eo quod est servum esse. Addicti serviebant creditoribus; servi tamen non erant” (*op. ult. cit.*, c. 367; il problema è affrontato anche dalla *Glossa: Glossa in Codicem*, ad. C. 4,10,12). La costituzione dunque evidenzerebbe la differenza di *status* esistente tra chi subisce l’esecuzione personale e lo schiavo. Di questo problema c’è d’altra parte traccia in varie testimonianze giuridiche e letterarie, in cui si legge della diversità di condizione dell’*addictus* rispetto al *servus*: si vedano, per esempio, Gai Inst. 3,189; 3,199. Ancora, il problema è percepito da Quintiliano. Si veda, per esempio, *Inst. or.* 5,10,60: “... *aliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quaestio solet: ‘qui servus est, si manu mittatur, fit libertinus, non item addictus...’*”, ed ancora *Inst. or.* 7,3,26: “*Circa propria ac differentia magna subtilitas: ut cum quaeritur, an addictus, quem lex servire, donec solverit, iubet, servus sit? Altera pars ita, servus est qui est iure in servitute; altera qui in servitute est eo iure, quo servus, aut, ut antiqui dixerunt, qui servitutum servit*”. Al problema è dedicata anche una delle *Declamationes minores* di Quintiliano (*Declamat.* 311, *Addictus manumissus*). Su questo profilo v., fra tutti, F. LA ROSA, *L’actio iudicati*, cit., p. 83 s. Sul punto, si vedano le considerazioni di G. GILIBERTI, *Servus quasi colonus. Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napoli, 1981, p. 67.

⁽²⁰⁾ Trad. lat. (HEIMBACH, III, p. 24): *Non coguntur inopes debitores servire creditoribus suis*.

⁽²¹⁾ J. CUJACIUS, *In Lib. IV Codicis Recitationes Solemnes*, in *Opera*, IX, cit., c. 367: “At ex hac lege servire non coguntur; putem tamen hac lege utrumque posse comprehendere hoc modo ut liberi homines creditoribus servire non cogantur ob aes alienum, seu sint debitores, seu debitorum filii”. Sono richiamate, a tal proposito, Nov. 134 di Giustiniano (che interviene appunto per vietare il fenomeno della cessione dei figli dei debitori ai creditori); e Ambr. *De Tobia*, 8.

Da segnalare è poi l'interpretazione di Donello, per il quale *liberi* si riferirebbe ai debitori. Donello afferma, prima di tutto, che il rescritto di Diocleziano, riagganciandosi agli *iura*, riprenderebbe una disciplina già esistente: e tale disciplina avrebbe a che fare proprio con il trattamento dei debitori *iudicati*; nei loro confronti già da molto tempo non era applicabile l'*addictio*, e l'imperatore con il rescritto in questione intenderebbe ribadire tale circostanza⁽²²⁾.

Donello evidenzia inoltre che, quando il debitore era condannato, gli strumenti a disposizione del creditore erano essenzialmente di tipo patrimoniale (*pignoris capio e distractio*). Nel caso il debitore non avesse beni su cui il creditore poteva soddisfarsi, allora gli sarebbe toccato il carcere. Ma non l'asservimento nei confronti del creditore⁽²³⁾.

Difficile aderire ad un'interpretazione piuttosto che ad un'altra.

A noi parrebbe però abbastanza sicuro che il testo in esame, comunque letto, non sia un provvedimento volto all'abolizione dell'esecuzione personale: né qualora lo si interpreti come un divieto della cessione dei figli ai creditori da parte dei debitori (perché allora altro sarebbe il suo campo di applicazione); né nel caso in cui lo si legga come un testo che ribadisce l'impossibilità di asservimento del debitore *iudicatus* nei confronti del creditore, dato che al debitore sarebbe toccato il carcere.

Noi siamo colpiti dal fatto che il corrispondente passo dei Basilici (forse l'interpretazione cronologicamente più vicina del rescritto, presente nel *Codex Iustinianus*), richiama non i figli dei debitori, ma i debitori stessi che si trovano in stato di indigenza.

Se si accoglie, in contrasto con molti fra gli studiosi occupatisi della costituzione⁽²⁴⁾, tale significato, si potrebbe forse sommessamente avanzare

⁽²²⁾ H. DONELLUS, *Commentarii ad Libros Codicis Justiniani. Pars Prima*, Neapoli, 1762, p. 170, il quale fa riferimento al trattamento del debitore *iudicatus* nelle XII Tavole: "Hoc jus pridem abrogatum esse vel aliis legibus, vel tacito consensu populi, hoc rescripto declaratur. Ait enim jura etiam vetera non pati, ut quispiam ob aes alienum cogatur servire".

⁽²³⁾ H. DONELLUS, *Commentarii ad Libros Codicis Justiniani*, cit., p. 170: "Deinde cum debitor condemnatus est, haec sunt remedia juris ad nostrum obtinendum, ut jussu magistratus pignora capiantur, et distrahantur; in quibus nihil est de debitore addicendo. Quid si debitor nihil habebat in bonis, quod capiatur? Hic nihil amplius mansit ex leg. 12 tab. quam ut possit debitor conjici in carcerem; hac tamen lege, ut tributum sit illi bonis cedere, et bonis cedendo carcerem evitat. Ex his efficitur adversus debitorem non solventem nullum locum relinqui ejus servituti, sive additione ejus in servitutum". Donello sottolinea che il debitore condannato può essere sottoposto o alla *pignoris capio* e alla *distractio bonorum* (in cui si evolve l'esecuzione patrimoniale in età giustiniana) oppure, nel caso in cui non disponga di mezzi per l'esecuzione patrimoniale, alla carcerazione. Da sottolineare dunque che nel pensiero di Donello la carcerazione è con ogni probabilità quella pubblica, con cui il debitore non viene sottoposto al creditore come accadeva invece con l'*addictio*.

⁽²⁴⁾ V. gli studiosi richiamati alla nota 17.

l'idea che Diocleziano stia trattando della situazione dei debitori *inopes*, ma non dal punto di vista dell'esecuzione personale. Nel rescritto, infatti, non si parla di debitori *iudicati*, come sostiene, per esempio, Donello⁽²⁵⁾: si parla semplicemente di debitori che non sono tenuti a *servire creditoribus suis*. Non c'è nessun elemento per riferire il testo in discorso al problema dell'esecuzione; d'altra parte, i compilatori lo hanno inserito in C. 4,10 *De actionibus et obligationibus*, e non in un titolo dedicato all'esecuzione.

Insomma, noi crediamo che il rescritto voglia dire che i debitori, in forza del rapporto obbligatorio che li lega ai loro creditori, non possono essere costretti a forme di asservimento. La costituzione potrebbe cioè riferirsi ad un fenomeno, testimoniato già per l'età repubblicana, per cui taluni debitori, consapevoli di non potere adempiere, offrivano ai creditori la propria attività lavorativa in luogo del pagamento. Si trattava di forme di asservimento, con cui chi non poteva saldare il proprio debito prestava attività lavorativa a favore dei propri creditori⁽²⁶⁾.

Spunti per una interpretazione di questi tipo potrebbero provenire dalla Glossa, nel commento dedicato ad un testo di Alessandro Severo sulla quale dovremo tornare. Si tratta di una costituzione in cui è detto che il debitore che fa la *cessio bonorum* è liberato dal *carcer*⁽²⁷⁾.

Ebbene, nella Glossa si rileva un possibile contrasto fra tale testo e quello di Diocleziano, relativo al divieto di *servire creditoribus*. Ma tale contrasto può essere superato considerando che nel rescritto severiano la carcerazione avviene *ex auctoritate iudicis*: l'espressione potrebbe far pensare alla sentenza di accertamento che rende possibile l'esecuzione personale. Il rescritto di

⁽²⁵⁾ Cfr. ancora H. DONELLUS, *Commentarii ad Libros Codicis Justiniani*, cit., p. 170.

⁽²⁶⁾ Sul problema cfr., per quanto riguarda l'età repubblicana, L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., p. 167 ss., con riguardo a Varr. *De ll.* 7,105, passo nel quale vi è l'indicazione dei cosiddetti *obaerati*, soggetti che (con riferimento all'Asia, all'Egitto, all'Illirico) erano impossibilitati ad adempiere e prestavano attività lavorativa, nelle campagne, a favore dei loro creditori. Si veda inoltre *op. cit.*, p. 178: "...ovviamente nulla impediva in età classica che, in presenza di un debito, le parti si accordassero per la sua estinzione mediante la prestazione di una certa quantità di *operae*: ma in tal caso, una volta che le *operae* fossero state prestate, sarebbe stata questa seconda obbligazione l'oggetto di una eventuale lite...". Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe pensare che la presenza, nel testo di Diocleziano, di un divieto a che i debitori venissero costretti a *servire creditoribus*, indichi la volontà di colpire abusi da parte dei creditori, che imponevano ai debitori impossibilitati ad adempiere la prestazione di attività lavorative.

Si veda inoltre M. I. FINLEY, *La servitude pour dettes*, in *RHD*, 43, 1965, p. 159 ss., che sottolinea il rapporto tra questa situazione ed il colonato.

⁽²⁷⁾ C. 7,71,1. Imp. Alexander A. Irenaeo. *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sint liberati. in eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem*. PP. x k. Dec. Maximo II et Aeliano cons. Sulla costituzione di Alessandro Severo torneremo *infra*, p. 88 ss.

Diocleziano riguarda invece una situazione differente, nella quale si vieta l'asservimento in un contesto non esecutivo⁽²⁸⁾.

3. I debitori del fisco tra citazione reale ed esecuzione personale.

Se le nostre considerazioni non sono errate, il rescritto di Diocleziano non può essere letto quale indizio di un intento abrogativo dell'esecuzione personale. Anzi, qualche lettura del testo risulterebbe compatibile con la permanenza dell'esecuzione personale anche sul finire dell'età classica.

È ora opportuno esaminare alcuni testi postclassici in materia di debitori pubblici, i quali permettono di effettuare ulteriori considerazioni in materia. Si tratta di costituzioni che da parte di un certo numero di studiosi sono state ritenute pertinenti all'abolizione dell'esecuzione personale⁽²⁹⁾.

Il primo provvedimento cui ci accostiamo è di Costantino. Riportato nel titolo del *Codex Theodosianus De exactionibus*, è stato successivamente ripreso nel *Codex Iustinianus*⁽³⁰⁾:

CTh. 11,7,3. Imp. Constantinus A. ad populum. Nemo carcerem plumbatarumque verbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum repperita supplicia in debitorum solutionibus vel a perversis vel ab iratis iudicibus expavescat. Carcer poenaliū, carcer hominum noxiorum est officialium et cum denotatione eorum iudicum, quorum de officio coercitiores esse debebunt, qui contra hanc legem admiserint. Securi iuxta eam transeant solutores: vel certe, si quis tam alienus ab humano

(28) V. ACCURSIUS, *Glossa in Codicem*, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, cur. M. Viora, X, Torino, 1968, p. 477, glossa in ad C. 7,71,1: "Si ergo non credit bonis, videtur in carcerem pro debito poni. Et sic videtur contra s de action. et obligationi. l. ob aes in fine. Sed hoc fit ex autoritate iudicis: vel non sit hic servus, sed me servit ...".

(29) Si tratta di testi in cui parte della letteratura ha visto un attacco all'esecuzione personale del debitore. A tal proposito si possono ricordare: M.A. VON BETHMANN HOLLWEG, *Römische Civilprozessrecht*, III, rist. an., Aalen, 1959, p. 314; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., p. 222 ss. Cfr. inoltre L. MITTEIS, U. WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, II, Leipzig-Berlin, 1912, p. 44, nota 5.

(30) C. 10,19,2. Imp. Constantinus A. ad populum. Nemo carcerem plumbatarumque verbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum repperita supplicia in debitorum solutionibus vel a perversis vel ab iratis iudicibus expavescat. carcer poenaliū, carcer hominum noxiorum est: officialium et cum denotatione eorum iudicum, quorum de officio coercitiores esse debebunt, qui contra hanc legem admiserint. Securi iuxta praesidem transeant solutores: vel certe, si quis tam alienus ab humano sensu est, ut hac indulgentia ad contumaciam abutatur, contineatur aperta et libera et in usum hominum instituta custodia militari. Si in obdurata nequitia permanebit, ad res eius omnemque substantiam eius exactor accedat, solutionis obsequio cum substantiae proprietate suscepto. Qua facultate praebita omnes fore credimus proniores ad solvenda ea, quae ad nostri usus exercitus pro communi salute poscuntur. D. K. Febr. Constantino A. VI et Constantino C. Conss. (320).

sensu est, ut hac indulgentia ad contumaciam abutatur, contineatur aperta et libera et in usus hominum constituta custodia militari. Si in obdurata nequitia permanebit, ad res eius omnemque substantiam cives eius accedant, solutionis obsequio cum substantiae proprietate suscepto. Qua facultate praebita omnes fore credimus proniores ad solvenda ea, quae ad nostri usus exercitus pro communi salute poscuntur. Dat. Kal. Feb. Constantino A. VI et Constantio Caes. Cons. (320)

Con la costituzione la cancelleria imperiale vuole mettere un freno alla detenzione in carcere e ed alla tortura dei debitori fiscali. Dice infatti Costantino che il carcere è riservato ai malfattori, a chi si è macchiato di nefandezze⁽³¹⁾. Il carcere è riservato, inoltre, agli ufficiali che, violando le disposizioni della costituzione stessa, eseguono la carcerazione dei *debitores fisci*, mentre ai giudici spetta unicamente la *denotatio*⁽³²⁾. L'intenzione di Costantino è dunque bloccare l'uso della carcerazione nei confronti dei debitori fiscali, carcerazione evidentemente praticata sino a questo momento⁽³³⁾.

Nella seconda parte della costituzione si ipotizza il caso del debitore che, abusando dell'indulgenza dell'imperatore, persiste nella sua posizione di inadempimento (*si quis tam alienus ab humano sensu est, ut hac indulgentia ad contumaciam abutatur*)⁽³⁴⁾. Viene disposto dunque che il debitore fiscale sia sottoposto alla *militaris custodia*, con la quale rimane sotto controllo senza però perdere la libertà⁽³⁵⁾. Ancora, si stabilisce che, nel caso in cui perduri la situazione di inadempimento, i concittadini del debitore possano avere accesso alle sue sostanze. La disposizione si spiega tenendo presente l'obbligo dei concittadini di versare al fisco la somma dovuta dal debitore inadempiente⁽³⁶⁾.

⁽³¹⁾ L'idea che il carcere debba essere riservato a chi ha commesso reati, a chi è coinvolto da un punto di vista criminale è ripresa ancora da Costantino in CTh. 11,30,2, della quale tratteremo nel corso del lavoro perché considerata da alcuni studiosi relativa al medesimo problema, quello dell'abolizione della carcerazione dei debitori (cfr. *infra*, p. 70 ss.). In generale, sulla legislazione costantiniana in materia di carcerazione si veda A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 186 ss.

⁽³²⁾ Su cui cfr. J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, IV, Lipsiae, 1738, p. 72.

⁽³³⁾ Per un'analisi della costituzione, cfr. A.D. MANFREDINI, *Debitori pubblici e privati confugientes in ecclesiam*, in *Rivista di diritto romano*, II, 2002, p. 306 s.

⁽³⁴⁾ Il termine *contumacia* è qui utilizzato per indicare chi non si adegua ad un precetto. Cfr. A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, Milano, 1998, p. 16, nota 32; p. 226, nota 86. Sulla *contumacia* dei debitori fiscali cfr. S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II*, I. *Problemi di diritto pubblico*, Milano, 1984, p. 63 ss.

⁽³⁵⁾ V., sulla *militaris custodia*, V. NERI, *I marginali*, cit., p. 426 ss.

⁽³⁶⁾ Così C. PHARR, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions*, New York, 1952, p. 299, nota 9.

Numerosi i profili problematici emergenti dalla costituzione⁽³⁷⁾.

Si diceva che essa riguarda la situazione dei debitori fiscali⁽³⁸⁾. Punto nodale è comprendere quale funzione sia svolta dalla carcerazione che, evidentemente applicata sino a questo momento, Costantino sembrerebbe volere eliminare. Bisogna infatti segnalare che, a fronte di studiosi i quali, come abbiamo detto, vedono nel testo un tentativo di abolire l'esecuzione personale dei debitori, ve ne sono altri che leggono nelle parole costantiniane un riferimento alla cosiddetta citazione reale con carcerazione del debitore⁽³⁹⁾. Secondo tale interpretazione l'imperatore, con la legge in discorso, vorrebbe evitare il carcere con funzione cautelare, testimoniato in età tarda anche per i debitori del fisco⁽⁴⁰⁾ e al quale si accompagnavano, con ogni probabilità, diversi tipi di tortura.

Non si può completamente escludere, crediamo, che sia questo l'ambito di applicazione della legge costantiniana, ossia la detenzione in carcere con funzione cautelare e non con funzione esecutiva. Il testo è estremamente generico. Non è infatti espresso chiaramente quale sia il momento processuale preso in considerazione⁽⁴¹⁾.

⁽³⁷⁾ Il testo, come sottolinea J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 72, fa parte di un più ampio editto costantiniano, ispirato all'indulgenza.

⁽³⁸⁾ Si veda J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 72, per il quale il testo costantiniano si riferirebbe appunto ai debitori del fisco.

⁽³⁹⁾ La citazione reale era effettuata a cura dell'ufficiale giudiziario, e contemplava l'arresto e l'incarcerazione cautelare del convenuto. Su questo tipo di citazione si vedano, fra tutti, TH. MUTHER, *Sequestration und Arrest*, cit., p. 336 ss.; M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, III, Bonn, 1866, p. 250 s.; A. STEINWENTER, *Studien zur Römischen Versäumnisverfahren*, München, 1914, p. 162 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 276 ss. Recentemente, si vedano le considerazioni di L. DESANTI, *De domo sua nemo extrahi debet. L'età tarda*, in *Annali dell'Università di Ferrara. Sezione Scienze Giuridiche*, XIX, 2005, p. 78 ss, e note 14 e 15.

⁽⁴⁰⁾ Questo ci sembra essere, per esempio, il pensiero di TH. MUTHER, *Sequestration und Arrest*, cit., p. 336 e s.; e p. 340, nota 1 e di A. STEINWENTER, *Studien zur Römischen Versäumnisverfahren*, cit., p. 180, nota 2, ma anche di P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., p. 430: "L'esecuzione personale ha ora un ben triste compagno: l'arresto preventivo del convenuto povero, che non può prestare cauzione di comparire in giudizio. Il prigioniero è sottoposto a maltrattamenti e torture: una confessione renderebbe spedito il giudizio futuro. L'arresto è legittimo; non la tortura, contro cui minacciano ripetutamente le costituzioni imperiali (CTh. 11,7,3; CTh. 11,7,7)". Pare dunque che anche per Voci la carcerazione di cui tratta Costantino abbia una funzione preventiva; non siamo però d'accordo sull'affermazione della legittimità dell'arresto, dato che Costantino, oltre che la tortura, pare voler abolire anche la carcerazione.

⁽⁴¹⁾ Ci sembra comunque da escludere che il testo possa essere considerato relativo all'eliminazione delle carcerazioni private (come sembrerebbe ritenere B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., p. 222 s). Né ci pare che, se anche si

Più chiara è forse una costituzione di Costanzo del 346, riportata nel medesimo titolo del Teodosiano⁽⁴²⁾:

CTh. 11,7,7. Impp. Constantius et Constans AA. Bibuleno Restituto Praesidi Sardiniae. Provinciales pro debitis plumbi verbera vel custodiam carceris minime sustinere oportet, cum hos cruciatus non insontibus, sed noxiis constitutos esse noscatur, satis vero sit debitorem ad solvendi necessitatem capione pignorum conveniri. Dat. VIII Id. Dec. Thessal(onicae) Constantio VI et Constante III AA. Conss.

Costanzo riprende il motivo costantiniano secondo cui il carcere deve essere riservato a soggetti macchiatisi di crimini. I *cruciatus* rappresentati da carcere e tortura debbono essere applicati *minime* ai *provinciales* a causa di debiti fiscali⁽⁴³⁾; è sufficiente, afferma Costanzo, che nei loro confronti avvenga la *pignoris capio*. Proprio il riferimento a tale forma di esecuzione patrimoniale⁽⁴⁴⁾ ci fa pensare che la carcerazione contro cui si pronuncia l'imperatore avesse una funzione esecutiva, e fosse dunque rivolta ai debitori già condannati a favore del fisco: così Costanzo afferma che è sufficiente, nei confronti di questi soggetti, l'applicazione della forma patrimoniale.

Il provvedimento di Costanzo, però, potrebbe anche essere letto in modo più sfumato: l'imperatore non intenderebbe cioè eliminare in radice l'esecuzione personale dei debitori del fisco, che conduceva al carcere ed ai *supplicia*, ma limitarne l'applicazione. Potrebbe rivestire un significato del genere l'impiego dell'avverbio *minime*, e ancora dell'espressione *satis vero sit debitorem ad*

ammetta l'idea che il testo riguarda l'esecuzione personale dei debitori pubblici, si possa estenderne la portata a tutti i debitori. Il testo non può cioè essere letto come relativo all'abolizione dell'esecuzione personale in generale.

⁽⁴²⁾ Sui problemi di datazione del testo v. P.O. CUNEO, *La legislazione di Costantino II, Costanzo II e Costante: 337-361*, Milano, 1997, p. 153. È riportata in C. 10,21 *De capiendis et distrahendis pignoribus*. Essa presenta però alcune varianti e viene attribuita non a Costanzo bensì a Costantino: C. 10,21,2. Imp. Constantinus A. Restituto praesidi Sardiniae. *Satis sit debitorem annonarum ad solvendi necessitatem capione pignorum conveniri*. D. VIII ID. DEC. Thessalonicae Constantio VI et Constante III AA. Conss. Come si può notare, nella versione giustiniana del testo manca ogni riferimento alla carcerazione ed alla tortura dei debitori, e vi è semplicemente il richiamo alla *pignoris capio*.

⁽⁴³⁾ Così J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 78. Fra i moderni v. CH. VOGLER, *Constance II et l'administration impériale*, Strasbourg, 1979, p. 272; A. LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 187.

⁽⁴⁴⁾ A cui seguiva, com'è noto, la *bonorum distractio*. Su *pignoris capio e bonorum distractio* v., fra tutti, M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, cit., p. 321; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile*, cit., p. 314; B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930, p. 78 ss.

solvendi necessitatem capione pignorum conveniri: parrebbe quasi che fino a questo momento l'esecuzione patrimoniale fosse applicata insieme a quella personale, e che Costanzo stabilisca che la prima sia sufficiente. Probabilmente si sarebbe ricorsi alla carcerazione, e quindi all'esecuzione personale, nel caso in cui il debitore fiscale non avesse beni su cui effettuare la *pignoris capio* ⁽⁴⁵⁾.

Insomma, anche questa costituzione non può essere letta con assoluta certezza come ispirata ad un intento abrogativo dell'esecuzione personale dei debitori fiscali. D'altra parte, il mantenimento di forme esecutive che si rivolgono alla persona del debitore fiscale è testimoniato anche in diverse fonti letterarie, dalle quali emerge con una certa chiarezza la persistenza dell'applicazione, nei confronti dei debitori inadempienti, di vessazioni di vario genere.

Ci riferiamo, per esempio, ad alcuni brani di Ammiano Marcellino, richiamati da Gotofredo, nei quali si riferisce di un provvedimento di Valentiniano che avrebbe addirittura previsto la messa a morte dei debitori fiscali che non fossero in grado di adempiere, e di torture riservate ai debitori del fisco in Egitto ⁽⁴⁶⁾. Vedremo inoltre, fra breve, un testo di Graziano ed uno di Teodosio nei quali sono presenti con chiarezza riferimenti all'esecuzione personale dei *debitores fisci* ⁽⁴⁷⁾.

Un dato ci pare comunque sicuro: la disciplina emergente da questi testi — che provengono, lo ricordiamo, dal titolo *De exactionibus* del Codice Teodosiano — riguarda i debitori fiscali, e non si può con sicurezza ampliare il loro campo di applicazione. Se anche li si valuti quali provvedimenti volti a mitigare la situazione dei debitori, essi non sembrano avere influito sul fenomeno globale dell'esecuzione personale nel senso di un sua pretesa abolizione ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ Di segno opposto sembra essere il commento di Gotofredo alla costituzione, in cui si dice che Costanzo intende vietare l'uso del carcere e della custodia nei confronti dei debitori fiscali: v. J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 78.

D'altra parte, che spesso l'esecuzione patrimoniale fosse accompagnata dall'esecuzione personale dei debitori è sostenuta da alcuni studiosi. Cfr. fra tutti F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 104 ss., la quale analizzando alcune fonti classiche (tra cui la *lex Rubria de Gallia Cisalpina* e C. 7,71,1, su cui cfr. *infra*, p. 88 ss.) e giustinianee (C. 7,71,8, che noi tratteremo successivamente, a p. 92 s.), sostiene che era possibile il cumulo di esecuzione patrimoniale e di esecuzione personale.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, Lipsiae, 1736, p. 445. Cfr. Amm. Marc. XXVII,7,8: ... Itemque aliud audiebatur horrendum, quod ubi debitorum aliquem egestate obstrictum nihil reddere posse discebat, interfici debere pronuntiabat. Si veda inoltre Amm. Marc. XXII,23, che attesta l'uso della tortura nei confronti dei debitori fiscali in Egitto.

⁽⁴⁷⁾ V. *infra.*, p. 78 ss.

⁽⁴⁸⁾ Come sembrerebbe esprimere, per esempio, B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 222 s.

4. *Il divieto di carcerazione privata nel basso impero*

La permanenza dell'esecuzione personale nell'età del basso impero non può dunque essere esclusa dalle costituzioni di Costantino e Costanzo ora lette, potendo venir loro attribuito un differente significato.

Abbandonando l'ordine strettamente cronologico, risulta opportuno esaminare alcune costituzioni, sempre di età postclassica, considerate da taluni studiosi relative all'esecuzione personale tramite carcerazione privata dei debitori. In particolare, i testi in questione sono stati letti come tracce della tendenza legislativa a vietare la carcerazione privata quale forma di esecuzione personale per ammettere unicamente la possibilità di detenzione del debitore in prigioni pubbliche. Da parte di altri studiosi, addirittura, taluni dei testi che vedremo implicherebbero più in generale il divieto dell'esecuzione personale ⁽⁴⁹⁾.

Vedremo che l'analisi di tali costituzioni non consente di avallare senz'altro queste idee: i provvedimenti imperiali trattano, ci pare, di differenti problemi, non immediatamente riconducibili al fenomeno dell'esecuzione personale dei debitori.

Il primo testo da esaminare è una costituzione costantiniana del 314 d.C. ⁽⁵⁰⁾, proveniente dal titolo del Teodosiano *De appellationibus et poenis earum et consultationibus* e riportata anche nel *Codex Iustinianus* ⁽⁵¹⁾:

CTh. 11,30,2. Imp. Constantinus A. ad Catullinum. Post alia: Minime fas est, ut in civili negotio libellis appellatoriis oblati aut carceris cruciatus aut cuiuslibet iniuriae genus seu tormenta vel etiam contumelias perferat appellator, absque criminalibus causis, in quibus, etiamsi possunt provocare rei, eum tamen statum debent obtinere, ut post provocationem in custodia perseverant. Ea custodita moderatione, ut

⁽⁴⁹⁾ Cfr. note 58 e 76.

⁽⁵⁰⁾ La costituzione è indirizzata a *Catullinus (praeses Byzacena)* nel 313-314 d.C. e *proconsul Africae* nel 317-318 d.C.: cfr. A.H.M. JONES, J.R. MARTINDALE, J. MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, I, Cambridge, 1971). Sui problemi relativi alla data, discussa in dottrina, rinviamo a F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, p. 62, nota 29.

⁽⁵¹⁾ C. 7,62,12. Imp. Constantinus A. ad Catullinum. *Minime fas est, ut in civili negotio libellis appellatoriis oblati aut carceris cruciatus aut cuiuslibet iniuriae genus seu tormenta vel etiam contumelias perferat appellator, absque his criminalibus causis, in quibus, etiamsi possunt provocare, eum tamen statum debent obtinere, ut post provocationem in custodia, si fideiussoris idonei copiam non habent, perseverent.* D. III non. Nov. Trevisis. Acc. XV k. Mai. Hadrumeto Volusiano et Anniano cons. (a. 314). Nella versione giustiniana del testo è eliminata la seconda seconda parte, in cui si afferma che i giudici conservano il potere di pronunciarsi sull'ammissibilità dell'impugnazione. Su questo aspetto v. F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, cit., p. 73.

eorum provocationes recipiantur, qui easdem non a praeiudicio interposuisse noscuntur aut etiam ante causam examinatam et determinatam, sed universo negotio peremptoria praescriptione finito vel per cuncta membra decurso contram iudicem interpositae esse noscantur. Et cetera. D. III non. Nov. Trevis Acc. XV k. Mai. Hadrumeto Volusiano et Anniano cons. (a. 314).

Come si diceva, alcuni studiosi hanno visto nella costituzione un provvedimento che interverrebbe, a favore dei debitori, in materia di esecuzione personale: Costantino avrebbe cioè emanato la legge per impedire l'abuso della carcerazione (*carceris cruciatus*) nei loro confronti, mettendosi su di una strada che sarebbe stata poi seguita da altri imperatori nel basso impero e successivamente da Giustiniano⁽⁵²⁾.

Il testo di Costantino, così interpretato, è travisato: diverso è infatti il suo significato, portato alla luce da altra parte della dottrina. Il provvedimento riguarda infatti l'appello, e tenta di risolvere un problema molto grave, quello della renitenza, da parte dei giudici, ad ammettere le impugnazioni.

Già a partire dalla tarda età classica accadeva che chi appellava subisse dei maltrattamenti, e tra questi la carcerazione⁽⁵³⁾; la cancelleria imperiale interviene dunque per reprimere quei comportamenti dei giudici che impedivano "il libero esercizio di un diritto delle parti del processo"⁽⁵⁴⁾, ammettendo la *custodia* di chi propone appello solo nelle questioni criminali. L'intervento di Costantino è seguito da altri provvedimenti simili con cui si tenta di sradicare l'avversione dei *iudices* nei confronti dell'appello⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ In tal senso v. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., p. 221, il quale individua un filo conduttore fra il testo in questione e altre costituzioni del basso impero; per l'A., la necessità di reiterare il divieto di carcerazione privata dei debitori (espresso nella costituzione in oggetto da Costantino) sarebbe indicativo della scarsa efficacia nella prassi di questi provvedimenti. L'idea che la costituzione si riferisca al divieto di esecuzione personale del debitore tramite la carcerazione privata è successivamente ripresa da F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 95 e nota 98. Esclude invece in maniera esplicita che la costituzione abbia a che fare con l'esecuzione personale L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volkrecht*, cit., p. 452, nota 1.

⁽⁵³⁾ Sul problema si veda particolarmente F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, cit., p. 53 ss., il quale rileva che già Alessandro Severo, in un rescritto di cui dà conto Paolo, aveva cercato di reprimere il fenomeno della carcerazione delle parti processuali che proponevano appello (D. 49,1,25). Considerazioni anche in A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 184.

⁽⁵⁴⁾ Così F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, cit., p. 53.

⁽⁵⁵⁾ Si veda, per esempio, CTh. 11,30,15, in cui Costantino stabilisce che i giudici non considerino *iniuriae* le affermazioni che vengono fatte dalle parti nell'ambito dell'appello e che non impongano il carcere agli appellanti. Cfr. A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 184 s. Considerazioni sul problema anche in U. VINCENTI, *Ante sententiam appellari potest*, Padova, 1986, p. 55 s.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'iniuria nel diritto pe-*

Dunque nel testo in discorso l'interesse dell'imperatore non può essere identificato con l'esecuzione personale dei debitori, né probabilmente con la carcerazione privata poiché, ci pare, essendo i giudici i destinatari del provvedimento, la *custodia* dell'appellante avveniva nel carcere pubblico⁽⁵⁶⁾.

La costituzione non può, conseguentemente, essere invocata per sostenere l'idea, diffusa come si è detto in parte della dottrina, secondo cui gli imperatori del IV e V sec. d.C. si accaniscono contro l'esecuzione personale attuata attraverso la carcerazione privata o addirittura contro l'esecuzione personale nel suo complesso.

È ora da esaminare l'unica costituzione del titolo del Teodosiano *De privati carceris custodia* ⁽⁵⁷⁾, con cui Teodosio si rivolge al prefetto d'Egitto *Erythrius*:

CTh. 9,11,1. Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Erythrio praefecto augustali. Si quis posthac reum privato carceri destinarit, reus maiestatis habeatur. Dat. Prid. kal. Mai Thessal(onicae) Theod(osio) A. II et Cynegio v.c. cons. (a. 388)

nale del quarto e quinto secolo, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, 8, Napoli, 1990, p. 662. L'attinenza del testo costantiniano con i problemi relativi alla proposizione degli appelli è rilevata già da J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 235.

⁽⁵⁶⁾ Interessante, per alcune affinità con il testo costantiniano, è un più tardo editto di Archelao, prefetto del pretorio, che regolamenta la cosiddetta carcerazione preventiva e che tratta anche della carcerazione in caso di appello: Ed. XXVIII. Εἰ τις πρὸς πολιτικὴν ἀγόμενος δίκην ἀπορεῖ ἐγγυῶν, μὴ περαιτέρω ἡμερῶν προσάγεσθαι τῷ δικαστηρίῳ χωρὶς πάσης φυλαττόμενον ἀνάγκης. τὸν δὲ δικαστὴν ἀπαιτεῖν συστάσεις τὸν διώκοντα ἀναβαλλομένου δὲ αὐτοῦ δῆλον μὲν τοῦτο ποιεῖν διὰ ψήφου, κελεύειν δὲ τὸν φεύγοντα ὁμολογίαν ἐνώμοτον ποιεῖν καὶ οὕτως ἀγωνίσασθαι. καὶ ἐὰν εἰσω ἡμερῶν πέρασ ἡ δίκη λάβῃ, εἴτα ἐγκλητος ἐπιδοθῆ, εἰ μὲν παρὰ τοῦ φεύγοντος, μενέτω ἐπὶ τῆς αὐτῆς φυλακῆς, εἰ δὲ παρὰ τοῦ διώκοντος, πάλιν ὁμολογία ἐνώμοτος γενέσθω (in *Ἀνέκδοτα*, III, Lipsiae, 1848, cur. K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, p. 276). Nell'editto Archelao si occupa, come si accennava prima, della carcerazione preventiva, ed in particolare della custodia in carcere di chi, citato in un giudizio civile, non possa fornire garanti (Εἰ τις πρὸς πολιτικὴν ἀγόμενος δίκην ἀπορεῖ ἐγγυῶν...): in tale situazione il soggetto in questione dovrà essere custodito senza il ricorso alla tortura. Non c'è dubbio, secondo noi, che il carcere preso in considerazione in tale provvedimento sia il carcere pubblico: siamo infatti in presenza di un processo civile in corso, per il quale è avvenuta la citazione in giudizio del convenuto, e del quale si chiede la conclusione entro dieci giorni. Nella seconda parte dell'editto il prefetto del pretorio Archelao tratta del caso in cui, contro la sentenza, venga proposto appello: in questa situazione, qualora l'appello sia proposto dal convenuto, egli rimarrà in custodia. Per Archelao dunque va mantenuta la carcerazione della parte processuale che propone appello nel caso in cui non abbia fideiussori; a differenza di quanto stabilito da Costantino, però, ciò può accadere anche nell'ambito di un processo civile. Brevi considerazioni sull'editto di Archelao in R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano, 1990, p. 196, nota 68.

⁽⁵⁷⁾ Per considerazioni su questo titolo del Teodosiano cfr. R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 65 e letteratura ivi citata, e G. BASSANELLI SOMMARIVA, *CTh. 9,5 ad legem Juliam maiestatis*, in *BIDR*, 1986-87, p. 108 s.

L'imperatore minaccia l'incriminazione per lesa maestà di coloro i quali conducono un *reus* in un carcere privato.

Anche questa costituzione è stata letta come un provvedimento che avrebbe inciso sull'esecuzione personale del debitore: alcuni studiosi l'hanno considerata un testo che l'abolirebbe⁽⁵⁸⁾. Altri hanno invece sostenuto che scopo della legge sarebbe impedire la detenzione dei debitori nelle carceri private, con la conseguenza che l'esecuzione, da questo momento in poi, sarebbe avvenuta legittimamente solo in prigioni pubbliche⁽⁵⁹⁾.

A noi pare, invece, che nessuna delle interpretazioni ricordate possa essere accolta. Se è vero infatti che nelle parole di Teodosio non è lecito leggere un'esplicita abolizione dell'esecuzione personale, non si può nemmeno sostenere, crediamo, che l'imperatore abbia inteso ammettere solo l'esecuzione nelle prigioni pubbliche a scapito di quella nelle carceri private: siamo invece convinti del fatto che la costituzione di cui stiamo parlando si occupi di un fenomeno differente.

Anzitutto, il testo non contiene un esplicito divieto di carcerazione privata, ma afferma che determinati soggetti — definiti con il termine *reus* — non possono essere sottoposti a tale genere di carcerazione. Lo stesso titolo del Teodosiano in cui il testo è stato collocato non contiene menzione di un divieto: *De privati carceris custodia*.

Anche Gotofredo⁽⁶⁰⁾, nel cui commento si delinea il campo di applicazione del nostro testo, ricorda varie situazioni nelle quali si ricorreva alla

⁽⁵⁸⁾ Per esempio, L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volkrecht*, cit., p. 450 ss. (su cui si veda la critica espressa da F. WOESS, *Personalexecution*, cit., 490 ss.) Nello stesso senso paiono essere F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 95 e L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., p. 140, nota 121, il quale sembra far coincidere l'abolizione (o meglio il tentativo di abolizione, non seguito nella prassi) dell'esecuzione personale con l'abolizione della possibilità per i creditori di tenere i debitori in prigioni private.

⁽⁵⁹⁾ Così, per esempio, E. BETTI, s.v. *Processo civile*, cit., p. 1120; G. LONGO, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., p. 721: "E inoltre, sul finire del V secolo, gli imperatori Teodosio, Valentiniano e Arcadio stabiliscono che il debitore possa essere detenuto solo nelle pubbliche prigioni e mai in un carcere privato del creditore". Si vedano inoltre le considerazioni di B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., p. 222, il quale cita una serie di provvedimenti che avrebbero appunto come funzione quella di proibire la carcerazione dei debitori; tra questi vi sarebbero appunto CTh. 9,11,1 e CTh. 8,4,2 relativa agli *stationarii* (richiamata anche da Gotofredo nel commento a CTh. 9,11,1); P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, cit. p. 430 s. Nella letteratura più recente v. I. BUTI, *La cognitio extra ordinem: da Augusto a Diocleziano*, in ANRW, 14,2, Berlin-New York, 1982, p. 59, in cui si cita CTh. 9,11,1 come testo con cui sarebbe stata colpita, in generale, l'esecuzione personale dei debitori.

⁽⁶⁰⁾ J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 85. Bisogna sottolineare che nel commento in questione Gotofredo richiama sovente il corrispondente titolo del *Codex Iustinianus*, nel quale è riportato un testo di Zenone dal contenuto affine, e sul quale dobbiamo ritornare (cfr. *infra*, p. 76 ss).

possibilità di carcerazione privata: prima fra tutti, *ex lege XII Tabularum*, quella dei debitori “qui iudicatum facere non poterant”; poi la carcerazione che il marito poteva praticare, nelle mura domestiche, nei confronti dell’adultero scoperto con la moglie⁽⁶¹⁾; poi ancora, fra le altre, la possibilità di tenere in stato di detenzione schiavi e liberti⁽⁶²⁾. Ma nessuno dei casi riportati c’entra con la legge di Teodosio, che tocca invece differenti problemi. Ed in particolare, sostiene Gotofredo, non si tratterebbe di carcerazione privata dei debitori perché essa sarebbe da tempo caduta in disuso⁽⁶³⁾.

Il provvedimento imperiale sarebbe destinato, secondo l’interpretazione che ne dà Gotofredo, a reprimere gli abusi provenienti dai *potentiores*, in particolare modo quelli perpetrati a danno dei coloni, assai frequenti, com’è noto, nel basso impero⁽⁶⁴⁾. La legge viene inoltre affiancata, nella sua analisi, ad altri provvedimenti, relativi agli *stationarii*, con i quali sarebbe stato loro proibito di tenere in carceri private soggetti sottoposti a persecuzione criminale⁽⁶⁵⁾.

Ed in effetti, se ci fermiamo alla lettera del testo imperiale, così come ci è pervenuto nel Teodosiano, non ci sono elementi che permettono di affermare con assoluta certezza che la cancelleria avesse in mente il caso dei debitori

⁽⁶¹⁾ Il richiamo è qui alla *lex Iulia de adulteriis*, che permetteva al marito, che avesse colto in flagrante la moglie adultera, di trattenerla per non più di venti ore l’adultero, *testandae eius rei causa sine fraude sua*. Si veda D. 48,5,26pr.-2 (Ulp. libro secundo ad legem Iuliam de adulteriis). Considerazioni in A. LOVATO, *Il diritto penale romano*, cit., p. 25.

⁽⁶²⁾ Cfr. J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 85.

⁽⁶³⁾ Così J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 85.

⁽⁶⁴⁾ Si veda ancora J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 85: “Nempe privati carceris usus hic per Aegyptum inhietur, quem Potentiores potissimum in tenuiores exercuisse videntur et usurpasse, et quidem nominatim fundorum possessores in Colonos”. E ancora: “Ergo privati carceris usus hac lege interdicatur, quem privati Potentiores in tenuiores exercebant”. Accoglie la posizione di Gotofredo TH. MUTHER, *Sequestration und Arrest*, cit., p. 345, nota 1. Contrario all’idea che il provvedimento si riferisca agli abusi dei *potentiores* sui coloni è L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 452. Sul testo si vede inoltre, O. ROBINSON, *Private Prisons*, cit. p. 389 ss.

⁽⁶⁵⁾ J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 85: “Stationarii quoque (qui ad reos eruendos mittebantur) carcerem habere, et reum, quamlibet pro manifesto crimine, apud se in custodia habere vetiti...”. Questa ci sembra anche la posizione di A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 196, il quale sostiene che la costituzione di Teodosio sarebbe volta a reprimere gli abusi non di *privati potentiores*, bensì di funzionari imperiali, perpetrati a danno di soggetti sottoposti alla loro custodia. Sul problema degli abusi dei funzionari di polizia nelle province si veda il saggio di G. LANATA, *Morire di chirurgia o morire di polizia? Variazioni sulla Novella 13*, in *Società e diritto nel mondo tardoantico. Sei saggi sulle novelle giustiniane*, Torino, 1994, p. 7 ss. La costituzione richiamata da Gotofredo è CTh. 8,4,2(=C. 12,57,1) di Costantino (a. 315). Cenni alla costituzione in B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., p. 223.

iudicati che non pagavano spontaneamente quanto stabilito nella sentenza di condanna. Anche l'uso del termine *reus* nella costituzione non può, crediamo, autorizzare una lettura orientata con assoluta certezza in tal senso. Se è vero che il termine può indicare il debitore, nel testo sembrerebbe più che altro richiamare un soggetto sottoposto ad un procedimento criminale⁽⁶⁶⁾.

D'altra parte, anche la conseguenza prevista nel caso di violazione del divieto, ossia l'incriminazione per lesa maestà⁽⁶⁷⁾, farebbe pensare alla lesione molto grave di un interesse pubblico, quale potrebbe essere quella che si realizza nel caso in cui alcuni soggetti tengano privatamente *rei* macchiatisi di crimini.

Bisogna infine rilevare che il titolo del Teodosiano da cui proviene la costituzione è dedicato alla *custodia*. Il termine presenta differenti significati⁽⁶⁸⁾, e nelle fonti giuridiche è con frequenza impiegato con riferimento alla carcerazione preventiva, cui è sottoposto, per esempio, l'imputato in attesa di giudizio⁽⁶⁹⁾. Già in età classica alcuni giuristi avevano evidenziato che la carcerazione preventiva costituiva una funzione pubblica, non esercitabile dai privati⁽⁷⁰⁾: non è dunque improbabile che con la costituzione in oggetto si intendessero reprimere abusi della custodia cautelare.

Considerazioni analoghe possono essere fatte, crediamo, per un testo dell'imperatore Zenone sovente citato a fianco del testo di Teodosio come costituzione che contribuirebbe all'eliminazione della carcerazione privata per i debitori.

⁽⁶⁶⁾ Sul significato del termine *reus* cfr. fra tutti A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, s.v. *reus*, p. 684. Anche J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 84, nota f, sembra attribuire un significato del genere all'espressione *reus* presente nella costituzione di Teodosio. Si veda inoltre, nello stesso senso, J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römischen Recht*, cit., p. 60 per il quale "nach einem Gesetz aus dem Jahr 388 droht demjenigen, der einem Angeklagten in einem Privatgefängnis inhaftiert, eine Anklage wegen Majestätsverbrechen".

⁽⁶⁷⁾ Sul *crimen lesae maiestatis* nel contesto del Teodosiano, v. le osservazioni di G. BASSANELLI SOMMARIVA, *CTh. 9,5 ad legem Juliam maiestatis*, cit., p. 95 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. *Th.l.l.* IV, 1554-60, s.v. *custodia*; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary*, cit., s.v. *custodia reorum*, p. 423. Si vedano inoltre A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 28 ss., nonché A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 8, e note 18 e 19.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 11 ss.

⁽⁷⁰⁾ Si veda per esempio D. 50,16,224 (*Venuleius libro septimo stipulationum*) '*Vinculorum*' appellazione vel privata vel publica vincula significant, '*custodiae*' vero tantum publicam custodiam. Già Labeone aveva affermato che la *custodia* degli imputati era una facoltà pubblica: D. 4,6,9 (*Callistratus libro secundo edicti monitorii*) ... *custodiam autem solam publicam accipi Labeo putat*. Su questi passi, rinviamo a A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 24 s. e p. 35. L'imposizione illecita di *vincula privata* era punita come *crimen* dalla *lex Fabia* (cfr. Coll. 14,2,1 e P.S. 5,6,14, su cui M. MOLÈ, *Ricerche in tema di plagio*, in *AG*, 170, 1996, pp. 123 ss., e 143 ss.)

Il testo è riportato in C. 9,5 *De privatis carceribus inhihendis* ⁽⁷¹⁾:

C. 9,5,1 Imp. Zeno A. Basilio pp. Iubemus nemini penitus licere per Alexandrinam splendidissimam civitatem vel Aegyptiacam diocesan aut quibuslibet imperii nostri provinciis vel in agris suis aut ubicumque domi privati carceris exercere custodiam, viro spectabili pro tempore praefecto Augustali, et viris clarissimis omnium provinciarum rectoribus daturis operam semperque futuris in speculis, ut saepe dicta nefandissimorum hominum adrogantia modis omnibus opprimatur. 1. Nam post hanc saluberrimam constitutionem et vir spectabilis pro tempore Augustalis et quicumque provinciae moderator maiestatis crimen procul dubio incursum est, qui cognito huiusmodi scelere laesam non vindicaverit maiestatem: primatibus insuper officiorum eiusdem criminis laqueis constringendis, qui, simulatque noverint memoratum interdictum facinus in quocumque loco committi, proprios iudices de opprimendo nefandissimo scelere non protinus curaverint instruendos. 2. Nam illud perspicuum est eos qui hoc criminum genus commiserint pro veterum etiam legum et constitutionum tenore tamquam ipsius maiestatis violatores ultimo subiugandos esse supplicio. D.k. Iul. Constantinopoli Longino vc. Cons. (a. 486).

La costituzione, rivolta al prefetto d'Egitto Basilio, stabilisce l'incriminazione per lesa maestà di coloro i quali, ad Alessandria, in Egitto e nelle province dell'impero ⁽⁷²⁾ applicano la *custodia* in carceri private. Zenone minaccia inoltre l'applicazione della medesima pena ⁽⁷³⁾ allo stesso prefetto e ai governatori delle province che non puniscano chi commette un fatto del genere ⁽⁷⁴⁾. Nel testo dunque si riprende, estendendola anche ai funzionari, la

⁽⁷¹⁾ Sul titolo del *Codex Iustinianus* ed i suoi rapporti con il corrispondente titolo del *Codex Theodosianus* v. R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 64 s., il quale sottolinea che Giustiniano sposta il titolo relativo alle carceri private "all'interno del nucleo dedicato alla procedura penale".

⁽⁷²⁾ Per quanto riguarda l'efficacia territoriale di C. 9,5,1 R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 207, nota 105 sottolinea, in contrasto con L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 453, che esso non può essere limitato all'Egitto. Ancora, l'A. respinge la tesi di M. VOIGT, *Über die Geschichte des römischen Executionrechts*, cit., p. 119, nota 79, per il quale l'esecuzione personale per debiti dopo Diocleziano sarebbe rimasta solo ad Alessandria, dove sarebbe stata abolita proprio nel 486 d.C. tramite la costituzione di Zenone.

⁽⁷³⁾ Cioè la pena di morte prevista per il *crimen maiestatis*. Cfr. R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 207, nota 105; A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 224; J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römischen Recht*, cit., p. 60.

⁽⁷⁴⁾ Sulle pene previste a carico dei magistrati cfr. E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, p. 104; F. DE ROBERTIS, *Le sentenze contra constitutiones e le sanzioni penali a carico del giudicante*, in ZSS, 62, 1942, p. 258 ss.

sanzione già indicata in quello di Teodosio poco sopra visto, non presente nel *Codex Iustinianus* ⁽⁷⁵⁾.

Anche il provvedimento di Zenone è stato da alcuni studiosi considerato relativo al fenomeno dell'esecuzione personale dei debitori. In particolare, per parte della dottrina la costituzione, alla pari di quella precedentemente vista, sarebbe da leggersi come divieto dell'esecuzione personale ⁽⁷⁶⁾, mentre per altri la cancelleria imperiale intenderebbe vietare, con il testo in questione, solo la forma esecutiva della carcerazione privata ⁽⁷⁷⁾.

In realtà, anche in questo provvedimento crediamo sia difficile leggere dei precisi riferimenti al fenomeno esecutivo; né pensiamo sia ricavabile dalla lettera del testo l'idea che Zenone abbia inteso — come già avrebbe fatto Teodosio senza grande successo sul piano pratico — impedire l'esecuzione dei debitori nelle carceri private per ammettere solo la carcerazione in prigioni pubbliche.

Ancora una volta significativa potrebbe essere la presenza del termine *custodia*. Bisogna infatti rilevare che nella letteratura antica la costituzione di Zenone viene ricollegata ad una situazione che doveva essere molto diffusa: quella della detenzione in luoghi privati di soggetti *criminosi*, accusati di reati ed in attesa di essere giudicati. Questa è, per esempio, l'idea della Glossa, in cui si pone l'accento sul fatto che la costituzione non vieterebbe la possibilità del carcere privato (in cui potevano finire, per esempio, gli schiavi), bensì la detenzione in quel luogo di persone accusate pubblicamente ⁽⁷⁸⁾.

L'interpretazione medievale sembra essere ripresa da Cujacius e da Brunnemannus, nei cui commenti al provvedimento di Zenone traspare proprio l'idea che il divieto dell'imperatore si riferisca a chi tratteneva in carceri private persone macchiate di crimini perseguiti pubblicamente; in

⁽⁷⁵⁾ Sui rapporti tra il testo di Zenone e quello di Teodosio, v. R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 207. Considerazioni sulla costituzione anche in O. ROBINSON, *Private Prisons*, cit., p. 396 ss.

⁽⁷⁶⁾ Come già per CTh. 9,11,1 ritengono che C. 9,5,1 reiteri il divieto di esecuzione personale, divieto che con ogni probabilità non trovava grande favore nell'applicazione pratica, M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Römisches Zivilprozess*, III, cit., p. 314; M. VOIGT, *Über die Geschichte*, cit., p. 119 e nota 79; L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 445 ss e 450 ss.

⁽⁷⁷⁾ In tal senso, cfr. già TH. MUTHER, *Sequestration und Arrest*, cit., p. 344 nota 1; H. HORTEN, *Die Personalexecution in Geschichte und Dogma*, II, *Die Personalexecution in Italien*, Wien, 1895, p. 57 ss. la cui idea è ripresa da F. WOESS, *Personalexecution*, cit., p. 490 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile*, cit., p. 311. Si veda inoltre F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 94 s., P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., p. 432, nonché il quadro dottrinale ricostruito da R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 206, nota 102.

⁽⁷⁸⁾ ACCURSIUS, *Glossa in Codicem*, cit., p. 544, glossa g. ad C. 9,5,1: "...noc est prohibitum habere carcerem, ubi quis servos suos ponat, sed ubi ponat publice accusatos".

particolare, Brunnemannus evidenzia che l'incriminazione per lesa maestà sarebbe collegata al fatto che un soggetto non dotato di alcun potere di giurisdizione trattenga presso di sé un accusato⁽⁷⁹⁾.

Insomma, come si era osservato per la costituzione di Teodosio, anche in questo caso potremmo essere in presenza di un provvedimento volto a reprimere abusi della custodia cautelare⁽⁸⁰⁾.

5. *Tracce della permanenza dell'esecuzione personale dei debitori nelle costituzioni del basso impero.*

Se le nostre osservazioni sono corrette, i testi in materia di carcerazione privata non possono essere invocati, come parte della dottrina ha fatto, quali prove della volontà imperiale della eliminazione in radice dell'esecuzione personale, e nemmeno come supporti all'idea che essa, da un certo momento in poi, potesse avvenire solo in prigioni pubbliche: altri sono i problemi toccati dai provvedimenti ora visti.

⁽⁷⁹⁾ J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius in Codicem justinianum*, II, Coloniae Allobrogum, 1771, p. 869: "Si privatus nullam habens jurisdictionem Criminosum aliquem in privatis detineat carceribus, vel etiam compedibus tantum, vel vinculis... tenetur crimine lesae Maiestatis et ultimo supplicio est afficiendus, quia merum imperium sibi usurpat, usurpatae autem jurisdictionis crimen, lesae maiestatis est...". Si veda inoltre J. CUJACIUS, *Paratitla in lib. IX Codicis, Tit. V De privatis carceribus inhibendis*, in *Opera*, VIII, Prati, 1839, c. 1312, il quale, per spiegare il testo di Zenone, richiama il titolo superiore del Codice, C. 9,4 *De custodia reorum*, in cui sono presenti alcune costituzioni volte a regolamentare la custodia dei *rei*. Cuiacio afferma che quelle norme vanno riferite unicamente alla custodia pubblica, poiché, come si legge nella costituzione di Zenone, essa è vietata ai privati: "Custodiae nomine titulo superiore intelligitur tantum publica custodia...quia, ut hic titulus ostendit, privata illicita est, et tamquam lesae maiestatis rei puniuntur privati homines, qui se pro magistrati gerentes, privati carceris custodiam exercuerint, simul ac iudices...".

⁽⁸⁰⁾ Difficilmente si può leggere un riferimento all'esecuzione personale anche in un capitolo di un editto di Archelao, prefetto del pretorio, il quale, utilizzando una terminologia estremamente generica, vieta la detenzione in prigioni private (il legame con il titolo giustiniano C. 9,5 è evidenziato da K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Ανέκδοτα*, III, cit., p. 276, nota 202): Ed. XXVII. "Ὡστε μηδένα ἐμβάλλειν τινὰς ἐν εἰρκτῇ, κἂν εἰ τύχοιεν ὄντες ὑπεύθυνοι καὶ ἀπορουντες ἐγγυῶν, ἀλλὰ μᾶλλον τῷ ἀρχοντι προσαγγέλλειν ἢ τῷ ἐκδίκῳ, ὥστε αὐτοὺς γινώσκοντας τὸ πραττόμενον καὶ ζητεῖν τὸ πρᾶγμα καὶ μὴ συγχωρεῖν κατατρίβεσθαι τὸν κατακριθέντα. Nell'editto Archelao ordina che nessuno sia detenuto in un carcere privato: che il divieto si riferisca alla carcerazione privata si trae, secondo noi, dalla circostanza che il prefetto chiede che il fatto sia reso noto al governatore o al *defensor*, che esamineranno la questione avviando un processo, al termine del quale dovranno proteggere il soggetto condannato da eventuali maltrattamenti (ὥστε αὐτοὺς γινώσκοντας τὸ πραττόμενον καὶ ζητεῖν τὸ πρᾶγμα καὶ μὴ συγχωρεῖν κατατρίβεσθαι τὸν κατακριθέντα). Archelao sembra cioè voler sottrarre al privato la gestione della situazione. Da sottolineare, nel testo, il punto in cui si stabilisce che il condannato deve essere esentato da maltrattamenti.

Il mantenimento dell'esecuzione sulla persona del debitore, come si diceva nella premessa, è attestato da varie costituzioni imperiali del basso impero e soprattutto di età giustiniana, che ora ci accingiamo ad esaminare.

Vediamo anzitutto un testo di Graziano. La costituzione, che porta la data del 379 d.C., ed è indirizzata al *comes sacrarum largitionum* Basilio, è stata accolta in CTh. 4,20 *Qui bonis ex lege Iulia cedere possunt* ⁽⁸¹⁾:

CTh. 4,20,1. Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Ad Basilius Com(item) Sacrarum Largitionum. Ne quis omnino vel fisci debitor vel alienae rei in auro atque argento diversisque mobilibus retentator ac debitor bonorum faciens cessionem liberum a repetitione plenissima nomen effugiat, sed ad redhibitionem debitae quantitatis congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur: nisi forte propriorum dilapidationem bonorum aut latrociniis abrogatam aut fortasse naufragiis incendioque conflatam vel quolibet maioris inpetus infortunio atque dispendio docuerit adflictam. P(ro)posita prod. Id. octob. Roma(ae) Auxonio et Olybrio cons.

Siamo in materia di *cessio bonorum*, strumento con cui i debitori cedevano i propri beni ai creditori evitando l'*infamia* che discendeva dalla *bonorum venditio* ⁽⁸²⁾, nonché l'esecuzione personale ⁽⁸³⁾. Strumento spesso valutato dalla dottrina tradizionale come un 'addolcimento' dell'esecuzione

⁽⁸¹⁾ Il titolo del Teodosiano in cui il testo di Graziano è stato collocato è, secondo noi, fuorviante rispetto alla sua comprensione. Il titolo sembrerebbe infatti indicare che le costituzioni in esso contenute si occuperebbero di individuare categorie di debitori cui è reso possibile accedere alla *cessio bonorum*. In realtà, sono presenti solo quattro costituzioni, delle quali tre riguardano la forma che deve rivestire la richiesta della *cessio bonorum* (CTh. 4,20,2 e CTh. 4,20,3; CTh. 4,20,4). La prima, al centro del nostro interesse, non può essere considerata come limitante, rispetto a determinate categorie di debitori, la possibilità di accostarsi alla *cessio bonorum*. Differente l'opinione di L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p. 80, il quale sembrerebbe dedurre dalla formulazione del titolo del Teodosiano (così come dal corrispondente titolo del *Codex Iustinianus Qui bonis cedere possunt*) che si possa appoggiare l'idea di una limitazione nell'accesso all'istituto, riservato unicamente ai debitori colpiti da eventi sfortunati. La maggior parte degli studiosi, seguendo Mommsen e Krüger nelle rispettive edizioni del *Codex Theodosianus*, accoglie la data del 14 ottobre del 379. Diversa è invece la posizione di O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste*, cit., p. 89 s. e p. 260, e di A.H.M. JONES, J.R. MARTINDALE, J. MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, I, Cambridge, 1971, p. 149, per i quali la costituzione sarebbe del 14 ottobre del 382. In tal senso v. anche O. ROBINSON, *Fire prevention at Rome*, in *RIDA*, 24, 1977, p. 385.

⁽⁸²⁾ Questo, almeno, secondo la dottrina maggioritaria. Per F. WOESS, *Personalexecution*, cit., p. 485 ss. la *cessio bonorum*, almeno in origine, non avrebbe evitato l'*infamia* del debitore.

⁽⁸³⁾ In materia di *cessio bonorum* si riveda la letteratura citata alla nota 12.

patrimoniale, connotato dal *favor debitoris*⁽⁸⁴⁾, ma che oggi viene considerato da alcuni studiosi sotto una luce differente: la *cessio bonorum* non avrebbe rappresentato un mero *auxilium* per il debitore, ma sarebbe comunque stata volta a vantaggio dei creditori, e avrebbe comportato, talvolta, conseguenze disastrose per i debitori che ad essa accedevano⁽⁸⁵⁾.

Crediamo che di questa differente concezione della *cessio bonorum* sia necessario tenere conto nell'esegesi del testo. Testo che ha dato luogo a differenti letture e a divergenti opinioni. A partire dalla tipologia di debitori cui è dedicato.

Secondo un filone dottrinale cui appartiene anche Gotofredo, solo i debitori del fisco sarebbero i destinatari della costituzione⁽⁸⁶⁾. Per altri, invece, essa riguarderebbe tanto i debitori del fisco quanto i debitori privati⁽⁸⁷⁾, e ciò anche in forza dell'*Interpretatio* che la correda, nella quale sembrerebbero richiamate entrambe le categorie di debitori⁽⁸⁸⁾.

Noi crediamo sia nel giusto chi limita ai debitori fiscali il campo di applicazione della costituzione. Anzitutto, come è già stato evidenziato da taluni⁽⁸⁹⁾, la costituzione è rivolta al *comes sacrarum largitionum*, ossia al funzionario che vigilava sulla riscossione delle tasse in denaro, in oro e in argento⁽⁹⁰⁾, e questa ci sembra una traccia importante del fatto che Graziano

⁽⁸⁴⁾ V., per esempio, M.W. FREDERIKSEN, *Caesar, Cicero and the problem of debt*, in *Journal of Roman Studies*, 56, 1966, p. 128 ss.

⁽⁸⁵⁾ Si veda V. GIUFFRÈ, *Profili politici ed economici della cessio bonorum*, cit., p. 3 ss.; W. PAKTER, *The Mystery of cessio bonorum*, cit. p. 323 ss.; G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza*, cit., p. 5.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. anzitutto J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, Lipsiae, 1736, p. 445. Fra i moderni, M. VOIGT, *Über die Geschichte*, cit., p. 119; M. WLASSAK, s.v. *Cessio bonorum*, cit., c. 1996, per il quale Graziano per la prima volta concederebbe ai debitori del fisco la possibilità di accedere alla *cessio bonorum*, dalla quale precedentemente erano esclusi; F. WOESS, *Personalexecution*, cit., p. 505 s.; G. DONATUTI, s.v. *Cessio bonorum*, cit., p. 63 (che parla di estensione ai debitori fiscali della possibilità di accedere alla *cessio bonorum*); L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., p. 221 (seppure in maniera dubitativa); W. PAKTER, *The Mystery of cessio bonorum*, cit., p. 330 ss.; S. SEGURA, *La cessio bonorum*, cit., p. 35.

⁽⁸⁷⁾ Così per esempio S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, cit., p. 141; P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., p. 428 e p. 420. J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, cit., p. 445, richiama nel suo commento anche una risalente interpretazione del testo secondo cui esso sarebbe rivolto tanto ai debitori fiscali quanto ai debitori privati.

⁽⁸⁸⁾ Int. ad CTh. 4,20,1: *Nullus, qui aut fiscali debito, aut privato probatur obnoxius, sed si aurum, argentum, vel mobile quodcumque debuerit, ob hoc se credit a debito excusandum, quod dicas de rebus suis se facere cessionem, sed poenis adflictus quaecumque debuerit cogatur exoluere: nisi forte huiusmodi persona sit, quae se probet omnem substantiam suam, aut naufragio, aut latrocinio, aut incendio, aut cuiuslibet maioris violentiae impetu perdidisse.*

⁽⁸⁹⁾ M. WLASSAK, s.v. *Cessio bonorum*, cit., c. 1996.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. M. WLASSAK, s.v. *Cessio bonorum*, cit., c. 1996. Sulle competenze del

si occupi qui di debitori fiscali, ai quali si riferirebbero dunque le parole *debitor vel alienae rei in auro atque argento diversisque mobilibus retentator ac debitor*⁽⁹¹⁾.

Veniamo ora al contenuto del provvedimento.

Numerosi studiosi hanno sostenuto che con la costituzione in oggetto Graziano avrebbe sottolineato alcuni limiti della *cessio bonorum*. In particolare, il testo indicherebbe un prerequisito per l'applicazione della *cessio bonorum*: la cessione dei beni ai creditori, con i conseguenti benefici, sarebbe stata possibile solo se il debitore interessato si fosse trovato nell'impossibilità di adempiere per eventi non controllabili⁽⁹²⁾.

Per alcuni studiosi, addirittura, la costituzione in oggetto (che sarebbe l'unica testimonianza giuridica a contenere tracce di un prerequisito della *cessio bonorum*⁽⁹³⁾) richiamerebbe una disposizione già presente nella *lex Iulia de bonis cedendis*, provvedimento con cui l'istituto sarebbe stato introdotto⁽⁹⁴⁾; per altri, invece, si tratterebbe di una novità proveniente da Graziano⁽⁹⁵⁾.

comes sacrarum largitionum si rinvia in particolare a E. STEIN, *Histoire du bas-empire*, I, Amsterdam, 1968 (trad. di J.R. Palanque), p. 115 ss.; A.H.M. JONES, *Il tardo impero romano (284-602 d.C.)*, I, Milano, 1974 (trad. di E. Petretti), p. 639 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, V, Napoli, 1975, p. 428 ss.

⁽⁹¹⁾ Per J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, cit., p. 445 l'espressione in discorso non avrebbe a che fare con i debitori privati, come altri autori ad anche l'*Interpretatio* propongono: "His enim verbis indicari censeo omnes, qui quocumque genere sacris, privatisque largitionibus quid aliud, quam tributa, veluti arcae vinariae reliquia, fisci rationibus debent". Gotofredo richiama inoltre un brano di Agostino, *De serm. Dom.* 16,50, in cui si parla di un debitore del fisco descritto con le parole *librae auri debitor fisci*, al quale viene applicata dal prefetto *Ancindinus* una *immanis custodia*, accompagnata dalla minaccia di morte. Gotofredo richiama inoltre una costituzione di Teodosio, su cui torneremo (cfr. *infra*, p. 85 ss.), relativa alla cessione dei beni dei debitori del fisco.

⁽⁹²⁾ Già in M. VOIGT, *Über die Geschichte*, cit., p. 119, traspare l'idea del prerequisito della sfortuna per l'applicazione della *cessio bonorum*. L'A. infatti sostiene che la costituzione prevede l'esecuzione personale per chi si trova in uno stato di insolvenza colpevole: "...die Personalexecution für die Fälle verschuldeter Insolvenz von Neuem eingeführt von Gratian. Valentin. und Theod....". Cfr. inoltre M. WLASSAK, s.v. *Cessio bonorum*, cit., c. 1996; F. WOESS, *Personalexecution*, cit., 505 s.; G. DONATUTI, s.v. *Cessio bonorum*, cit., p. 63 (che parla di estensione ai debitori fiscali della possibilità di accedere alla *cessio bonorum*); L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., p. 221; S. SEGURA, *La cessio bonorum*, cit., p. 35. Per la letteratura più risalente, v. L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p. 55, nota 1.

⁽⁹³⁾ Nè nel Digesto, nè nel *Codex Iustinianus* risulterebbero infatti tracce del fatto che la cessione dei beni ai creditori sarebbe stata possibile solo per i debitori sfortunati. Su questa circostanza, v. specialmente L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p. 85, e W. PAKTER, *The Mystery of cessio bonorum*, cit. p. 328 ss.

⁽⁹⁴⁾ In tal senso, M. WLASSAK, s.v. *Cessio bonorum*, cit., c. 1996, seguito da F. WOESS, *Personalexecution und cessio bonorum*, cit., p. 498 ss.

⁽⁹⁵⁾ In tal senso L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p.85.

Chi ritiene che il prerequisite della 'sfortuna' sia stato introdotto addirittura dalla *lex Iulia* vede, inoltre, un filo conduttore tra il provvedimento di Graziano ed un passo del *De beneficiis* di Seneca⁽⁹⁶⁾, in cui si richiamano il *latrocinium*, l'*incendium*, ed in generale il *casus tristior* quali elementi che scuserebbero un debitore. Il passo conterrebbe, per questi autori, una prova del fatto che la *lex Iulia de bonis cedendis* — alla quale Seneca avrebbe pensato nel *De beneficiis* — avrebbe distinto tra debitori sfortunati e debitori insolventi per motivi loro imputabili, riservando solo ai primi la *cessio bonorum*⁽⁹⁷⁾.

Insomma, secondo il richiamato filone dottrinale nel testo di Graziano - sarebbe presente una limitazione dell'applicazione della *bonorum cessio*, possibile unicamente per i debitori insolventi per cause incolpevoli, esemplificate nel testo dal *latrocinium*, dal *naufragium*, dall'*incendium*⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁶⁾ Si tratta di *ben. VII, 16,3: Quid? Tu tam imprudentes iudicas maiores nostros fuisse, ut non intellexerent iniquissimum esse eodem loco haberi eum, qui pecuniam, quam a creditore acceperat, libidini aut aleae absumpsit, et eum, qui incendio aut latrocinio aut aliquo casu tristiore aliena cum suis perdidit? Nullam excusationem receperunt, ut homines scirent fidem esse utique praestandam; satius enim erat a paucis etiam iustam excusationem non accipi quam ab omnibus aliquam temptari*. Su questo brano di Seneca si veda O. MILELLA, "Casus" e "vis maior" in *Sen., Ben. 4.39.3-4; 7.16.3*, in *Labeo*, 33, 1987, p. 272 ss.

Il contesto in cui è inserito il brano è il seguente: Seneca ed il suo interlocutore (probabilmente *Aebutius Liberalis*, dedicatario dell'opera) discutono su quando si possa dire che un beneficio ricevuto è stato restituito. Il filosofo distingue la situazione di colui il quale non compie alcuno sforzo per restituire il beneficio ricevuto da quella di chi, pur essendosi sforzato in tal senso, non riesce nell'impresa. Nell'ambito delle argomentazioni svolte circa questo problema, Seneca richiama i *maiores*, i quali, pur avendo ben presente la differenza tra un debitore inadempiente perché ha dilapidato il suo patrimonio ed un debitore che invece è stato colpito da eventi sfortunati, non controllabili, non avrebbero operato alcuna distinzione sul piano pratico. Non avrebbero dunque scusato in alcun modo i debitori sfortunati, al contrario di quanto accadrebbe, invece, nell'età di Seneca.

Alcuni studiosi hanno dunque letto in queste parole un riferimento al fatto che la cessione dei beni, al tempo di Seneca, era possibile unicamente per i debitori colpiti da eventi sfortunati. Ma non è possibile, in primo luogo, sostenere con certezza che Seneca, parlando dei *maiores*, abbia in realtà in mente un confronto con quanto avviene nel suo tempo. Ancora, se anche si accetta l'idea che il filosofo stia comparando, circa la situazione dei debitori, i due momenti diversi, non c'è nessun appiglio per poter sostenere che stia pensando all'istituto della *cessio bonorum*. La sensazione è che egli rimanga su di un piano filosofico, speculativo, e che non sia possibile identificare con certezza un istituto giuridico cui Seneca starebbe pensando. Infine, il richiamo, tanto nel passo del *De beneficiis* quanto nella costituzione di Graziano all'*incendium* e al *latrocinium* potrebbe essere una coincidenza.

⁽⁹⁷⁾ Per altri studiosi, invece, non sarebbe possibile individuare un filo conduttore tra il brano di Seneca e la costituzione di Graziano. Il richiamo delle espressioni *naufragium* e *latrocinium* sarebbe solo una coincidenza. In tal senso, v. L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p. 53.

⁽⁹⁸⁾ Bisogna segnalare che per alcuni studiosi l'accesso alla cessione dei beni solo

A noi pare invece che altro sia il significato del testo di Graziano, così come evidenziato da un'opinione che ci risulta essere rimasta abbastanza isolata⁽⁹⁹⁾: il testo di Graziano non indicherebbe un prerequisito per l'applicazione della *cessio bonorum*, ma affronterebbe un diverso problema.

Graziano non distinguerebbe cioè fra debitori che possono e debitori che non possono fare la *cessio bonorum*. L'imperatore si occupa del debitore *bonorum cessionem faciens*, e dunque di chi effettua la cessione dei beni, rivolgendogli un monito: sappia il debitore che fare la *cessio bonorum* non implica la completa liberazione dal debito (*ne quis omnino vel fisci debitor vel alienae rei in auro atque argento diversisque mobilibus retentator ac debitor bonorum faciens cessionem liberum a repetitione plenissima nomen effugiat*)⁽¹⁰⁰⁾. Anzi, il debitore può essere costretto a pagare anche con il ricorso ai *supplicia* (*sed ad redhibitionem debitae quantitatis congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur*), nei quali si può leggere un riferimento all'esecuzione personale.

Ed è proprio questo il punto in cui si innesta il richiamo agli eventi non controllabili: il *naufragium*, l'*incendium* ed il *latrocinium*, avvenimenti che rendono non applicabile al debitore i *supplicia*⁽¹⁰¹⁾. Il soggetto che, effettuata la cessione dei beni ai suoi creditori senza averli soddisfatti per l'intero, dimostri che il suo patrimonio è andato perduto per eventi di tal genere, eviterà l'esecuzione personale (*nisi forte propriorum dilapidationem bonorum aut latrocinii abrogatam aut fortasse naufragiis incendioque conflata vel quolibet maioris inpetus infortunio atque dispendio docuerit adflictam*).

Questa crediamo essere l'interpretazione più soddisfacente del testo. Anzitutto, essa risulta maggiormente aderente alla costruzione logico formale della costituzione. Nel provvedimento infatti non ci pare si possa scorgere l'intento di richiamare (o addirittura di introdurre) una limitazione alla possibilità di fare la *cessio bonorum*. Graziano sembrerebbe più che altro

per i debitori incolpevoli costituirebbe una novità riconducibile proprio a Graziano, e riguarderebbe non solo i debitori del fisco (cui si rivolge il testo) ma anche i debitori privati: così L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p. 53 s.

⁽⁹⁹⁾ Si tratta dell'opinione espressa da W. PAKTER, *The Mystery of cessio bonorum*, cit., p. 330 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Il principio per cui il debitore che fa la cessione dei beni ai creditori non è comunque liberato, a meno che non abbia soddisfatto il creditore per l'intero, è già espresso in un rescritto di Alessandro Severo, accolto in C. 7,71 *Qui bonis cedere possunt*: C. 7,71,1. Imp. Alexander A. Irenaeo. *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sint liberati. in eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem*. PP. x k. Dec. Maximo II et Aeliano cons.

Da questo punto di vista, dunque, i due testi risulterebbero compatibili. Vedremo più avanti quali invece le differenze rilevabili fra le due costituzioni (cfr. *infra* p. 88 ss.)

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. W. PAKTER, *The Mystery of cessio bonorum*, cit., p. 328.

mettere in guardia il debitore che pratica la cessione dei beni (*bonorum cessionem faciens*), avvisandolo del rischio che comunque corre.

Spunti per una esegesi di tal genere provengono inoltre dal commento di Gotofredo alla costituzione, commento in cui non si trova cenno a prerequisiti che l'istituto della *cessio bonorum* avrebbe richiesto.

La legge è stata emanata, secondo Gotofredo, con l'intento di prevenire abusi da parte di quei debitori che, *bonis cedentes*, ritenevano di essere completamente liberati. La *cessio bonorum*, al contrario, sottolinea l'umanista, non comporta una globale *securitas* per il debitore, il quale potrà ancora venire costretto all'adempimento, a meno che non possa dimostrare che l'incapacità di onorare il debito è dipesa da eventi non controllabili⁽¹⁰²⁾. Solo tale prova conduce alla *securitas* per il debitore che ha già usufruito della *cessio bonorum*: "...probatio nempe casus maioris post cessionem factam in eo qui bonis cedit, hac l. requiritur...deinde securitas plena ei tribuitur"⁽¹⁰³⁾.

Che cosa sia la *securitas* di cui parla Gotofredo è difficile a dirsi: non ci sono elementi per spingersi a sostenere che il debitore fosse completamente liberato dal debito. L'ipotesi più probabile è che il debitore che forniva la prova dell'evento evitava i *supplicia*, e quindi l'esecuzione personale.

In definitiva, il significato del testo di Graziano potrebbe essere differente da quello evidenziato dalla dottrina maggioritaria: nel provvedimento non sarebbero individuati limiti soggettivi per la *cessio bonorum*, ma sarebbe prevista la compatibilità della *cessio bonorum* con l'esecuzione personale, con l'eccezione dei debitori colpiti dalla sfortuna, che siano in grado di dimostrare gli eventi sfortunati⁽¹⁰⁴⁾. I debitori avrebbero dunque evitato nell'immediato il rischio dell'esecuzione personale, che però non sarebbe stato eliminato completamente. Sarebbero rimasti comunque alcuni benefici discendenti dalla cessione dei beni: il debitore avrebbe evitato l'*infamia* e si sarebbe visto riconoscere un congruo periodo di tempo per riprendersi dal punto di vista economico.

Ulteriore prova di ciò, pensiamo, potrebbe emergere dalla lettura di una costituzione di Teodosio, poco meditata in dottrina, nella quale si rinviene una costruzione molto simile a quella presente nel testo di Graziano:

CTh. 10,16,4. Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AA. Florentio, Proc. Palestinae. Nemo susceptor, vel exactor, vel debitor fisci dumtaxat, cessionem bonorum faciens, intentionem publicae

⁽¹⁰²⁾ Si veda J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, cit., p. 445.

⁽¹⁰³⁾ Sono le parole di J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, cit., p. 445.

⁽¹⁰⁴⁾ Come sottolinea J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, cit., p. 445, ciò che sarebbe riservato ai debitori colpiti da eventi non controllabili sarebbe il *beneficium* della liberazione dall'esecuzione personale.

necessitatis evadat: sed omnes omnino, quos fisci nostri esse constiterit debitores, ad solutionem ea severitate quam vigor iudiciarius postulat, urgeantur. Dat. VIII. Kal. Septemb. Constantinop. Arcad. A.I. et Bautone Coss. (a. 385).

Nel testo in discorso, proveniente dal titolo *De fisci debitoribus*, e dedicato ai debitori pubblici (si parla infatti di *susceptor, exactor, debitor fisci*), si afferma che il debitore del fisco *bonorum cessionem faciens* non si sottrae in forza di ciò a quanto dovuto, ma può essere spinto all'adempimento dalla *severitas quam vigor iudiciarius postulat*. Pensiamo, seguendo Gotofredo⁽¹⁰⁵⁾, che nel testo si dica che l'applicazione della *cessio bonorum* non evita, per il debitore, la possibilità di una qualche forma di esecuzione personale, non completamente esclusa⁽¹⁰⁶⁾. Nella costituzione — simile, nella struttura, a quella di Graziano — non c'è alcun richiamo ad eventi quali il *naufragium*, il *latrocinium*, l'*incendium*, ma la soluzione appare essere la stessa, quella dell'affiancarsi di cessione dei beni e, se necessaria, esecuzione personale⁽¹⁰⁷⁾. Gotofredo sottolinea, commentando il provvedimento in discorso, che Graziano e Teodosio sarebbero stati ispirati dalla medesima *mens*⁽¹⁰⁸⁾: l'idea, cioè, che la cessione dei beni potesse essere accompagnata, in determinati casi, dalla esecuzione personale.

Come dicevamo poco sopra, a noi sembrano nel giusto coloro i quali ritengono che la costituzione di Graziano riguardi solo i debitori del fisco (come d'altra parte quella successiva di Teodosio). Nello stesso tempo, però, non si può completamente escludere che il principio espresso, secondo cui la cessione dei beni non esclude del tutto il rischio dell'esecuzione personale, sia applicabile tanto ai *debitores publici* quanto ai debitori privati⁽¹⁰⁹⁾. E questo potrebbe costituire il motivo del mancato inserimento del testo nella compilazione giustiniana, nella quale parrebbe invece espressa l'idea contraria,

⁽¹⁰⁵⁾ J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, III, Lipsiae, 1738, p. 508.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, III, cit., p. 508: "Cessionis bonorum beneficium...(quo videl. debitores carceris, verberumque periculo liberantur...".

⁽¹⁰⁷⁾ Il provvedimento di Teodosio rappresenterebbe un irrigidimento rispetto alla disciplina emergente dal testo di Graziano, perché eliminerebbe la possibilità di ricorrere alla prova degli eventi sfortunati per evitare i *supplicia*.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, III, cit., p. 509.

⁽¹⁰⁹⁾ Così, per esempio, L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p. 54, e nota 1, pur aderendo l'Autore all'idea che nella costituzione di Graziano sia menzionato un requisito per l'applicazione della cessione dei beni, ossia la sfortuna del debitore. Per J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, cit., p. 445, per i debitori privati la cessione dei beni avrebbe invece completamente escluso il rischio dell'esecuzione personale.

ossia che la *cessio bonorum* esclude l'applicazione dell'esecuzione personale⁽¹¹⁰⁾.

È infine opportuno accennare ad un altro problema emergente dal testo di Graziano. Come si è visto, l'imperatore afferma che la *cessio bonorum* non evita completamente il rischio dei *supplicia*, caratterizzati da *congrua et dignissima acerbitas*. Che cosa si cela dietro all'espressione ora riportata? Risulta difficile determinare a che cosa corrispondano i *supplicia* richiamati nel provvedimento: si può però ipotizzare, seguendo ancora una volta il commento di Gotofredo, che il richiamo sia ai *tormenta* ed anche al carcere, con ogni probabilità pubblico se si ammette che il provvedimento si rivolga ai *debitores fisci*⁽¹¹¹⁾.

Da questo punto di vista, il provvedimento confermerebbe dunque quanto si diceva nei paragrafi precedenti: l'esecuzione personale appare più viva che mai, ed il suo impiego legittimo⁽¹¹²⁾. Questo almeno con riferimento ai

⁽¹¹⁰⁾ Ciò si ricaverebbe da C. 7,71,1 di Alessandro Severo, su cui v. p. 88 ss.

⁽¹¹¹⁾ J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, cit., p. 445. Per quanto riguarda CTh. 10,16,4, con riferimento al *vigor iudiciarius*, v. ID., *Codex Theodosianus*, III, cit., p. 508: "Quinimo eos ad solutionem vigore iudiciario seu congrua et dignissima poena seu severitate urgeri iubet".

⁽¹¹²⁾ Per F. WOESS, *Personalexecution und cessio bonorum*, cit., p. 502 ss. la costituzione di Graziano provverebbe la permanenza in età tarda dell'esecuzione personale, ma per un differente motivo: aderendo lo studioso all'idea che la *cessio bonorum* potesse essere ammessa solo in caso di debitori colpiti da eventi incontrollabili, il motivo della permanenza in età tarda dell'esecuzione personale sarebbe legato proprio all'impossibilità, per numerosi debitori, di effettuare la cessione dei beni ai creditori.

Un altro testo che per l'autore tedesco provverebbe la permanenza dell'esecuzione personale è un testo di Leone: C. 1,3,32(33),6. *Praeterea nullus executor vexare contumeliis clericos ullos, nullis impulsionebus molestare, nullis exprobare conviciis aut corporalibus injuriis fatigare conetur*. Nel testo si vietano *contumelie* perpetrate nei confronti dei chierici: per Woess si tratterebbe di atti connessi all'esecuzione personale, ambito nel quale verrebbe quindi previsto un vero e proprio privilegio nei confronti dei chierici. Ma che il testo di Leone abbia che fare proprio con l'esecuzione personale è difficile da dimostrare. Nella letteratura più antica la costituzione viene infatti riferita non all'esecuzione bensì al momento della citazione dei convenuti nei processi. Così sembrerebbe trarsi dalla lettura di J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius in Codicem Justinianum*, I, Coloniae Allobrogum, 1771, p. 28: "Agit de apparitore citante Clericum, quod a contumeliis debeat abstinere, contra faciens cingulo et patrimonio mulctandus: cuius ratio est manifesta in dignitate scilicet citandi". Si veda inoltre D. GOTHOFREDUS, *Corpus iuris civilis*, II, Lugduni Batavorum, 1663, p. 15, il quale, nello spiegare questo punto della costituzione di Leone, richiama il momento della citazione del convenuto.

Nella letteratura moderna le posizioni paiono essere più sfumate, e si ammette che il divieto di *contumelie* nei confronti dei chierici riguardi non solo il momento della citazione dei convenuti ma anche quello dell'esecuzione. Se si accetta questa prospettiva, allora dal testo possiamo ricavare l'idea della permanenza dell'esecuzione personale, alla quale vengono applicate restrizioni quando gli esecutati siano dei chierici. È difficile pronunciarsi sul significato del brano. Significativo, secondo noi, è che nel provvedi-

debitori fiscali che, con ogni probabilità, venivano detenuti in prigioni pubbliche⁽¹¹³⁾.

6. Esecuzione personale nella compilazione giustiniana: le costituzioni provenienti dall'età classica e postclassica

Come si diceva, per l'età giustiniana la permanenza dell'esecuzione personale appare abbastanza sicura: vedremo immediatamente che la compilazione ne contiene tracce significative. Alcune delle testimonianze che ci accingiamo ad esaminare affrontano il tema solo incidentalmente, trattando di profili diversi, ed in particolar modo della *cessio bonorum*⁽¹¹⁴⁾.

mento l'imperatore Leone si rivolge agli *executores*, soggetti incaricati, pare, di svolgere le citazioni (sulla funzione e la natura dell'*executor* si rinvia alle considerazioni di L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 275, nota 24. L'A. aderisce all'idea, già presente in autori più lontani nel tempo, che con questa espressione si indichi un impiegato del tribunale incaricato di effettuare le citazioni).

Non si può del tutto escludere, comunque, un riferimento al momento esecutivo (così, come già detto Woess, L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 132, nota 2. La posizione di Woess è richiamata da A.D. MANFREDINI, *Debitori pubblici e debitori privati*, cit., p. 305, nota 4) forse anche patrimoniale (le *contumeliae* avrebbero cioè potuto accompagnare anche l'esecuzione sul patrimonio del soggetto. In materia di esecuzione patrimoniale si segnala un altro provvedimento dell'imperatore Leone, C. 1,12,6,3-7, su cui rinviamo particolarmente alle considerazioni di A.D. MANFREDINI, *Debitori pubblici e privati*, cit., pp. 310 ss).

⁽¹¹³⁾ È invece difficile pronunciarsi sulla situazione dei debitori privati. Se si aderisce all'idea, derivante dall'esame delle costituzioni poco sopra viste, che non vi siano tentativi legislativi di eliminare l'esecuzione personale attraverso la carcerazione privata, sotto il diretto controllo del creditore, si può allora ipotizzare che, anche durante il basso impero, i creditori potessero tenere presso di sé i debitori condannati. D'altra parte, almeno per il IV secolo, ciò potrebbe trovare sostegno in alcuni brani provenienti dall'opera di Ambrogio, per alcuni studiosi riferibili proprio all'esecuzione dei debitori (cfr. L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volkrecht*, cit., p. 452). Fra questi, per esempio, *De Tobia* 7,26; 9. Per J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römischen Reich*, cit., p. 156 s., nel basso impero si affermerebbe invece la prigione pubblica. L'A. cita, a sostegno di tale idea Ambr. *Nab.* 5,21; Ambr. *De Tobia*, 10,36. In particolare, da questo passo, in cui Ambrogio narra della pratica diffusa per cui i creditori trattenevano presso di sé il cadavere del debitore, emergerebbe che prima della morte i debitori si trovavano nelle prigioni pubbliche (su questo brano di Ambrogio, cfr., da ultimo, G. PURPURA, *La "sorte" del debitore oltre la morte*, cit., p. 8 ss). Bisogna però sottolineare, crediamo, che da questi passi è molto difficile comprendere se la carcerazione sia utilizzata con funzione esecutiva o di custodia cautelare.

⁽¹¹⁴⁾ Bisogna segnalare anche una costituzione di Caracalla, in materia di *actio iudicati*, che per F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 105, conterrebbe indizi del possibile cumulo di esecuzione personale e patrimoniale dei debitori. La costituzione è stata accolta nel *Codex Iustinianus*, in C. 5,39 *Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt*: C. 5,39,1. Imp. Antoninus A. Septimo.

Esaminiamo, prima di tutto, una costituzione di Alessandro Severo del 223 d.C., proveniente da C. 7,71 *Qui bonis cedere possint*:

C. 7,71,1. Imp. Alexander A. Irenaeo. Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sint liberati. in eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem. PP. x k. Dec. Maximo II et Aeliano cons.

Con il rescritto si afferma che i debitori che effettuano la cessione dei beni non sono da considerarsi liberati: la loro posizione debitoria si mantiene inalterata, a meno che con la *cessio bonorum* il creditore sia soddisfatto per l'intero. E questo perchè, dice l'imperatore, la cessione dei beni serve solo ad evitare la carcerazione dei debitori, contro i quali evidentemente è stata pronunciata una sentenza di condanna (*iudicati*).

Il testo severiano testimonia anzitutto la permanenza, in età giustiniana, dell'esecuzione personale, e l'utilizzo del carcere come strumento per la realizzazione della stessa⁽¹¹⁵⁾.

Nella costituzione, inoltre, è detto che la carcerazione dei soggetti *iudicati* poteva essere evitata con la *cessio bonorum*: anzi, questa conseguenza viene descritta dall'imperatore come l'unico *beneficium* discendente dalla cessione dei beni. I debitori devono sapere — è detto chiaramente — che la *cessio bonorum* non implica la liberazione dal debito nel caso in cui i creditori non siano stati soddisfatti per l'intero.

Come si è visto, l'idea della permanenza della responsabilità del debitore

Iuliana, cuius tibi curatores condemnati sunt, si vicesimum quintum annum aetatis egressa est, actio iudicati utilis adversus ipsam bonaque eius exercenda est. nam tutores curatoresque finito officio non esse conveniendos ex administratione pupillorum adulescentiumque saepe decretum est. Nel rescritto si dice che, nel caso in cui sia condannato il curatore, l'*actio iudicati* deve comunque essere esercitata contro il soggetto sottoposto a curatela, nel caso di specie una certa *Iuliana*, non essendo più possibile convenire i tutori o i curatori terminato il loro *officium*. Come si diceva poco sopra, nella costituzione è stato visto un riferimento all'esecuzione personale nel punto in cui si parla di un'*actio iudicati* concessa *adversum ipsam*. A noi sembra però difficile sostenere tale idea. Ci pare più probabile che queste parole indichino che la legittimata passiva dell'*actio iudicati* è *Iuliana*, e non il suo curatore. Cfr. J. CUJACIUS, *Recitationes Solemnes in Lib. IX Codicis*, in *Opera*, IX, cit., 866; J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius in Codicem*, I, cit., p. 500. Si vedano inoltre le parole di D. Gotofredo, dalle quale si può forse trarre conferma alla nostra idea: D. GOTHOFREDUS, *Corpus Iuris Civilis*, II, cit., p. 173, nota 5: "Condemnato tutore minoris, minor convenitur iudicati actione...non ipse tutor. sententia fertur quidam in tutorem: at non in eum fit executio, in eum inquam, hoc est, ejus bona". Gotofredo parrebbe dire che l'esecuzione avviene nei confronti del minore, ma sui suoi beni, non su di lui.

⁽¹¹⁵⁾ V. particolarmente F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 94 e 107.

era espressa anche nella costituzione di Graziano in materia di cessione dei beni: l'imperatore sembrava infatti ricordare al debitore *cessionem bonorum faciens* che non avrebbe raggiunto una globale *securitas*, ma che avrebbe comunque risposto, anche in futuro, nel caso in cui i creditori non fossero stati completamente soddisfatti. In quel testo era prevista, secondo l'interpretazione che ne abbiamo dato, la possibilità l'esecuzione personale venisse applicata anche ai debitori *bonis cedentes* ⁽¹¹⁶⁾.

Alessandro Severo, e con lui Giustiniano che riprende il suo provvedimento, sembrano invece porre in alternativa i due mezzi: chi sceglieva la *cessio bonorum* era esentato dal rischio della carcerazione ⁽¹¹⁷⁾.

Questo ci sembra essere il significato ricavabile dal testo, che contribuirebbe a spiegare il perché dell'esclusione dalla compilazione giustiniana della costituzione di Graziano in materia di *cessio bonorum*, portatrice dell'idea opposta.

A prescindere dai rapporti fra esecuzione personale e *cessio bonorum*, l'elemento che a noi appare estremamente importante nel testo in esame è il richiamo alla possibilità dell'esecuzione personale sui soggetti *iudicati*, espressa in maniera estremamente chiara.

Nel *Codex* sono accolti anche quei testi di età postclassica visti precedentemente, di Costantino ⁽¹¹⁸⁾ e di Costanzo ⁽¹¹⁹⁾ in materia di debitori fiscali.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. *supra*, p. 83 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Altro problema dibattuto in dottrina, e di cui è opportuno dare brevemente conto, è quello della possibilità per il debitore già sottoposto ad esecuzione personale di liberarsi effettuando la *cessio bonorum*. Alcuni studiosi hanno richiamato per sostenere questa possibilità D. 50,16,48 (O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927, p. 412; contrario è M. WLASSAK, s.v. *Cessio bonorum*, cit., c. 1997). Altri ancora hanno fatto leva su M.Chrest 71, in cui si legge di Aurelius Sarapion che chiede di essere liberato dall'incarcerazione facendo la cessione dei beni ai creditori: ma secondo alcuni, tale papiro si riferirebbe all'incarcerazione con funzione preventiva, non esecutiva. Sul problema, rinviamo a S. SEGURA, *La cessio bonorum*, cit., p. 59.

⁽¹¹⁸⁾ C. 10,19,2. Imp. Constantinus ad populum. *Nemo carcerem plumbatarum-que verbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum reperta supplicia in debitorum solutionibus vel a perversis vel ab iratis iudicibus expavescat. carcer poenaliū, carcer hominum noxiorum est officialium et cum denotatione eorum iudicum, quorum de officio coercitores esse debebunt, qui contra hanc legem admiserint. securi iuxta praesidem transeant solutores: vel certe, si quis tam alienus ab humano sensu est, ut hac indulgentia ad contumaciam abutatur, contineatur aperta et libera et in usu hominum constituta custodia militari. Si in obdurata nequitia permanebit, ad res eius omnemque substantiam exactor accedat, solutionis obsequio cum substantiae proprietate suscepto. Qua facultate praebita omnes fore credimus prouiores ad solvenda ea, quae ad nostri usus exercitus pro communi salute poscuntur.* DAT. Kal. Feb. Constantino A. VI et Constantio Caes. Cons. (a. 320)

⁽¹¹⁹⁾ C. 10,21,2. Imp. Constantinus A. Restituto praesidi Sardiniae. *Satis sit debitorem annonarum ad solvendi necessitatem capione pignorum conveniri.* D. VIII

La loro presenza nella compilazione giustiniana accanto al testo di Alessandro Severo potrebbe confermare la lettura che di esse avevamo dato precedentemente: gli imperatori, con quei provvedimenti, non avrebbero inteso abrogare l'esecuzione personale dei *debitores fiscali*, ma si sarebbero occupati in un caso del divieto di carcerazione preventiva degli stessi, mentre nell'altro avrebbero suggerito il ricorso all'esecuzione personale solo qualora non fosse possibile l'esecuzione patrimoniale.

7. *Tracce dell'esecuzione personale nelle costituzioni di Giustiniano: C. 7,71,7; C. 7,71,8; Nov. 135.*

Vediamo ora due costituzioni di Giustiniano, da cui si può trarre conferma della permanenza dell'esecuzione personale. Anch'esse provengono dal titolo *Qui bonis cedere possunt*, e trattano dunque di alcuni aspetti della cessione dei beni ai creditori.

La prima, indirizzata a Giuliano prefetto del pretorio, è dedicato alla possibilità, per i figli di famiglia, di accedere alla *cessio bonorum*:

C. 7,71,7. Imp. Iustinianus A. Iuliani pp. Cum et filii familias possint habere substantias, quae patribus adquiri vetitae sunt, nec non peculium vel castrense vel quod patre volente possident, quare cessio bonorum eis deneganda sit? Cum, etsi nihil in suo censu hi qui in potestate sunt parentum habeant, tamen, ne patiantur iniuriam, debet bonorum cessio admitti. Si enim et pater familias admittendus est propter iniuriarum timorem ad cessionis flebile veniens adiutorium, quare filii familias utriusque sexus hoc ius denegamus? cum apertissimi iuris est et inter patres familias et alieno iuri subiectos, si quid postea eis pinguius accesserit, hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo avelli. D. k. Mart. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (a. 531).

Nella costituzione Giustiniano ammette che anche i figli di famiglia possano fare la cessione dei beni ai creditori, e questo, a quanto pare, anche nel caso in cui *qui in potestate sunt nihil in suo censu habeant*⁽¹²⁰⁾.

120. DEC. Thessalonicae Constantio VI et Constante III AA. Cons. Come si era già rilevato (cfr. nota 42), nella versione giustiniana il provvedimento viene attribuito a Costantino anziché a Costanzo, e viene meno ogni riferimento all'esecuzione personale. Rimane solo un accenno alla *pignoris capio*.

(120) Cfr., sul punto, S. SEGURA, *La cessio bonorum*, cit., p. 22, secondo cui la disposizione si basa sull'idea che comunque il figlio di famiglia erediterà dopo la morte del *pater*.

Al di là della disciplina specifica contenuta nel provvedimento, ciò che maggiormente interessa è che tale possibilità viene riconosciuta ai sottoposti affinché evitino una conseguenza ben più grave, definita con il termine *iniuria*: *ne patiantur iniuriam, debet bonorum cessio admitti*. Ancora, si parla di *iniuria* per indicare ciò che anche il padre di famiglia fugge grazie al *fleBILE adiutorium* rappresentato dalla cessione dei beni⁽¹²¹⁾. L'*iniuria* indica, con ogni probabilità, forme di esecuzione personale⁽¹²²⁾, evitabili tramite il ricorso alla *cessio bonorum*. E ci pare che nel provvedimento sia accolto il medesimo principio già presente nel rescritto di Alessandro Severo: il ricorso alla cessione dei beni ai creditori implica il venire meno del rischio dell'esecuzione sulla persona⁽¹²³⁾.

Difficile è determinare che cosa si celi dietro la parola *iniuria* impiegata per identificare l'esecuzione sulla persona del debitore. Forse la carcerazione⁽¹²⁴⁾, ma anche i *tormenta* che ad essa potevano accompagnarsi.

Tracce dell'esecuzione sulla persona del debitore si intravedono in un altro provvedimento giustiniano, sempre in materia di *cessio bonorum*.

Si tratta di una costituzione indirizzata al prefetto del pretorio Giovanni, di cui interessa il *principium*:

C. 7,71,8 *pr.* Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Cum solito more a nostra maiestate petitur, ut ad miserabilis cessionis bonorum homines veniant auxilium et electio detur creditoribus vel quinquennale spatium eis indulgere vel bonorum accipere cessionem, salva eorum videlicet existimatione et omni corporali cruciatu semoto: quotidie dubitabatur, si quidam ex creditoribus voluerint quinquennales dare indutias, alii autem iam nunc cessionem accipere velint, qui audiendi sunt.

Viene qui affrontato il caso in cui alcuni fra i creditori vogliono optare per la cessione dei beni, mentre altri preferiscono la concessione al debitore di

⁽¹²¹⁾ Sulla visione negativa, in Giustiniano, dell'istituto della *cessio bonorum*, cfr., per tutti, W. PAKTER, *The Mystery of cessio bonorum*, cit., p. 323 ss.

⁽¹²²⁾ In tal senso, v. F. VON WOESS, *Personalexecution und cessio bonorum*, cit., p. 505; L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p. 91, nota 1; S. SEGURA, *La cessio bonorum*, cit., p. 57.

⁽¹²³⁾ Diversamente da quanto si era scorto nella costituzione di Graziano ripresa in CTh. 4,20,1 (e non accolta invece nella compilazione giustiniana), nella quale, con ogni probabilità, era prevista la possibilità di cumulo fra la *cessio bonorum* e l'esecuzione personale (identificata con l'*acerbitas suppliciorum*).

⁽¹²⁴⁾ Con riferimento al testo giustiniano richiamano il carcere J. CUJACIUS, *Recitationes Solemnes in Lib. VII Codicis*, in *Opera*, IX, cit., 752; J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius in Codicem*, II, cit., p. 748.

una dilazione quinquennale. L'intervento di Giustiniano mira dunque a risolvere il problema, suggerendo come le controversie in materia debbano essere decise.

A noi appare rilevante il fatto che, ancora una volta, si richiama il rischio dell'esecuzione personale, rischio che può essere evitato solo tramite il ricorso alla *cessio bonorum*. L'imperatore infatti ricorda che la cessione dei beni ai creditori comporta che i debitori evitino da un lato l'*infamia*⁽¹²⁵⁾, dall'altro *omnis corporalis cruciatus*, espressione con cui si indicano senza dubbio forme di esecuzione dirette alla persona del debitore⁽¹²⁶⁾. Come abbiamo rilevato per il testo precedente, non risulta facile definire con precisione quale possa essere il contenuto dei *cruciatus*: forse il carcere, definito con tale espressione già in costituzioni del basso impero⁽¹²⁷⁾, ma anche vessazioni di diverso genere.

Infine, ulteriori indizi della permanenza, in età giustiniana, dell'esecuzione personale sui debitori, si ritrovano nella Novella 135, promulgata durante il consolato di Belisario⁽¹²⁸⁾.

Anche tale intervento ha per oggetto l'istituto della *cessio bonorum*, e in dottrina ha suscitato interesse soprattutto per il profilo ad essa relativo.

Il provvedimento è stato ispirato dalla vicenda di un certo Zosario, provinciale della *Moësia*, oppresso da debiti privati e pubblici:

Praef.: “Ὅσα τὸ θεῖον ἐξευμενίζεσθαι ὑφ’ ἡμῶν προτρέπεται, ταῦτα ἐπὶ τοῖς ὑπηκόοις αὐξάνεσθαι τε καὶ διαλάμπειν ἀγωνιζόμεθα. Ζωσάριός τις ἐκ τῆς Μυσῶν ἐπαρχίας καθεστῶς σὺν δάκρυσι δεηθείς ἡμῶν ἐδίδαξεν, ὡς ἐπὶ

⁽¹²⁵⁾ Com'è noto, si tratta di uno dei vantaggi discendenti dalla *cessio bonorum*, richiamato anche in C. 2,11(12),11 di Alessandro Severo. Uno dei problemi sollevati da questo testo del 223 d.C. è quello relativo all'origine della regola: gli studiosi si chiedono, cioè, se l'eliminazione del rischio dell'*infamia* sia una caratteristica originaria della *cessio bonorum* o se sia stata introdotta successivamente. Sul punto, v. le considerazioni di L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p. 68; S. SEGURA, *La cessio bonorum*, cit., p. 47 s. V. inoltre *infra*, nota 133, la discussione a proposito del richiamo all'*infamia* nella Novella 135.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p. 91, nota 1; F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 107 ss.; S. SEGURA, *La cessio bonorum*, cit., p. 57 ss. Per altri autori, nella costituzione si direbbe invece che è vietata ogni forma di violenza nei confronti dei debitori: così, per esempio, B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 393. A noi sembra, però, che l'espressione utilizzata da Giustiniano nel testo (ossia *salva eorum videlicet existimatione et omni corporali cruciату semoto*) indichi le conseguenze della cessione dei beni: il debitore evita infamia ed esecuzione personale facendo la *cessio bonorum*. Ciò implica, secondo noi, che chi non faceva la cessione dei beni incorreva nel rischio dei *corporis cruciatus*.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. per esempio CTh. 11,7,3, p. 65 ss.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. S. SEGURA, *La cessio bonorum*, cit., p. 35.

χρήμασι δημοσίοις τε καὶ ἰδιωτικοῖς μεθοδεῖαν ὑπομένων ὑπὸ τῆς χώρας λαμπροτάτου ἄρχοντος ἐπὶ ὕβρει καὶ μόνη (οὐ γὰρ ἐπὶ τῶν χρημάτων πέπονθε περσεκουτίονος ἐπιδίδοσθαι λιβέλλους τῶν οἰκείων πραγμάτων αὐτοῦ) ὅπερ ἀδικώτατον καὶ τῶν ἐν κεφαλαίοις λυπηρῶν καθέστηκε. ποῦ γὰρ δίκαιον, τὸν ἅπαξ ἐκ τοῦ συμβεβηκότος καὶ οὐ ῥαθυμία παραδεδομένον ἐκτὸς τῶν αὐτοῦ γεγονότα αὐθις ἀσχήμονα τὸν βίον ἑαυτῷ περιτιθέναι, καὶ τῆς ἐφημέρου τροφῆς ὡς εἰκὸς τῆς τε τοῦ σώματος σκέπης ἕξω βιαίως καταστῆναι⁽¹²⁹⁾;

Par di capire che Zosario, a causa dei suoi debiti, avesse subito da parte del governatore provinciale numerosi fastidi. In particolare, sembrerebbe essere stato costretto ad effettuare la *cessio bonorum*, nonostante una situazione economica estremamente difficile. Giustiniano si chiede chi può essere in grado, dopo avere perso a causa di eventi sfortunati le proprie sostanze, di sopportare una vita piena di disonore, e di essere privato, con la violenza, di ciò che serve per le esigenze di tutti i giorni (ποῦ γὰρ δίκαιον, τὸν ἅπαξ ἐκ τοῦ συμβεβηκότος καὶ οὐ ῥαθυμία παραδεδομένον ἐκτὸς τῶν αὐτοῦ γεγονότα αὐθις ἀσχήμονα τὸν βίον ἑαυτῷ περιτιθέναι, καὶ τῆς ἐφημέρου τροφῆς ὡς εἰκὸς τῆς τε τοῦ σώματος σκέπης ἕξω βιαίως καταστῆναι;).

In queste parole è dunque riassunta la vicenda di Zosario: persi i suoi beni perché colpito dalla sfortuna, è stato costretto a compiere la *cessio bonorum*, cadendo così in una ulteriore spirale di povertà.

La *praefatio* conduce ad alcune riflessioni. Il testo è stato richiamato da quella parte della dottrina che assume gli eventi sfortunati quali prerequisito della *cessio bonorum*: la Novella confermerebbe ciò che si leggeva nella costituzione di Graziano, ossia che solo i debitori divenuti poveri per cause loro non imputabili avrebbero potuto godere del *beneficium* della *cessio bonorum*⁽¹³⁰⁾.

A noi sembra invece che nemmeno in questa costituzione, come già in

⁽¹²⁹⁾ Trad. lat. ed. Schoell-Kroll: *Quaecumque ad numen divinum a nobis placandum invitant, haec ut inter subiectos incrementa capiant et elucescant contendimus. Zosarius quidam ex Moesia provincia oriundus cum lacrimis nobis supplicavit docuitque se ob publicas et privatas pecunias a clarissimo provinciae praeside insidiis petitum esse per solam contumeliam (neque enim de pecuniis passus est libellos persecutionis rerum suarum datos): id quod iniustissimum et in primis acerbum est. Qui enim par est eum, qui semel fortuito eventu nec vero negligentiae deditus res suas amisit, denuo ignominiosam vitam amplecti, et victu quotidiano forte atque corporis tegimento per violentiam exui?*

⁽¹³⁰⁾ V. *supra*, paragrafo 4. Parlano di prerequisito della sfortuna per la possibilità della *cessio bonorum* confermato nella Novella 135: M. VOIGT, *Über die Geschichte*, cit., p. 119; M. WLASSAK, s.v. *Cessio bonorum*, cit., 1996; F. WOESS, *Personalexecution und cessio bonorum*, cit., p. 500 ss ; L. GUENON, *La cessio bonorum*, cit., p. 85 ss. Inoltre, B. BIONDI, s.v. *cessio bonorum*, cit., p. 137.

quella proveniente dal *Codex Theodosianus*, siano previsti limiti soggettivi per la cessione dei beni ai creditori.

Per meglio comprendere quanto detto sinora, leggiamo il capitolo primo:

Nov. 135,1: Ταῦτα μαθόντες καὶ τῷ κρείττονι τὸ χεῖρον διορθώσασθαι πρὸς θεραπείαν τοῦ τε ἀγαθοῦ τῶν ἀπάντων θεοῦ καὶ τοῦ μὴ τι θλιβερόν ἐπὶ ἡμῶν πολιτεύεσθαι προθυμηθέντες θεσπίζομεν. μηδενὶ ἐξεῖναι τῶν ἐνδοξοτάτων ἢ μεγαλοπρεπεστάτων ἀρχόντων ἐκστασίῳ πράγματος χάριν ἀνάγκην ἐπάγειν τινὶ τῶν τὰς εὐθύνas ἐπὶ ταῖς εἰρημέναις χρείας (ἐπὶ χρήμασι τυχόν δημοσίοις ἢ ἰδιωτικοῖς) ὑπομενόντων, ἢ τοιουτοτρόποις αἰκισμῶν κεχρησθαι προφάσεσιν, ὡς ἂν αὐτοὺς τῆς τοῦ σώματος φειδομένους τιμωρίας αἰρεῖσθαι μᾶλλον τὴν ἰδίων στέρησιν δέχεσθαι, καὶ μὴ σὺν τῷ τῆς ἀπορίας ζυγῷ καὶ τῷ τῆς ἀσχημοσύνης πιέζεσθαι μέχρι θανάτου ὄνειδισμῷ. ὄρκον δὲ πρὸς τῶν προσκυνητῶν παρέχειν λογίων, ὡς οὐ τις αὐτῷ πρόφασις πραγμάτων χάριν ὑπολέλειπται ἢ χρυσίου, ὅθεν τὴν τοῦ χρέους ποιήσεται πλήρωσιν. εἰ δὲ δίκαια αὐτῷ τινα ὁ νόμος ἢ ἀπὸ κληρονομίας ἢ δωρεᾶς συγγενῶν δίδωσι κινητῶν ἢ ἀκινήτων πραγμάτων, καὶ τούτων ἐτι ἐντὸς μὴ κατέστη. ἀρμόζειν δὲ αὐτῷ φαίνεται, καὶ δυνατόν μέρος ἐξ αὐτῶν ἢ καὶ τὸ ὅλον τοῖς ὀφειλομένοις συνάξει (δίχα μέντοι τῶν τῆς γαμετῆς πραγμάτων, τῇ ἀληθείᾳ εἶπερ διαφέρει αὐτῇ), τοῦτο γίνεσθαι, καὶ ἄδειαν εἶναι τοῖς ὀφειλομένοις οικειοῦσθαι τὰς τοιαύτας ἀγωγὰς καὶ εἰς πρόσωπον τοῦ τότε τῶν δικαίων κυρίου τὰς ἐναγωγὰς ποιεῖσθαι, εἴτε ἄρρεστιν ὁ ὀφειλέτης εἴτε καὶ μὴ, καὶ εἰς πρόσωπον αὐτοῦ ἀπλῶς εἰπεῖν τοῦ ὑπευθύνου ἐπὶ τῇ τοιαύτῃ ἐναγωγῇ ἢ ἐκδικήσει τῶν πραγμάτων καθεστάναι ⁽¹³¹⁾.

Giustiniano, partendo dal caso concreto narrato nella *praeformatio*, stabilisce che i debitori (tanto pubblici quanto privati) non possano essere costretti ad effettuare la *cessio bonorum*. Dal testo sembrerebbe di capire che frequente-

⁽¹³¹⁾ Trad. lat. ed. Schoell-Kroll: *Hoc comperto cum deteriora melioribus emendare cupiamus, ut et optimus omnium deus concilietur neve quid iniqui nostris temporibus usu veniat, sancimus nulli gloriosissimorum aut magnificentissimorum magistratuum licere cessionis bonorum gratia in angustias compellere quemquem eorum, qui de debitis quas diximus (pecuniis scilicet publicis vel privatis) conveniuntur, aut eiusmodi contumeliarum uti praetextibus, ut illi ad supplicium corporis evitandum malint rerum suarum potius ammissionem pati, ac non cum inopiae iugo etiam contumeliae probro ad mortem usque premi. Iusiurandum autem per adoranda evangelia praestet, nullam sibi facultatem reliquam esse in rebus aut auro, unde debito satisfaciatur. Si quae vero iura ei lex aut ex hereditate aut ex donatione cognatorum in mobilibus aut immobilibus rebus tribuat, earumque possessione nondum potitus sit, competere tamen ei videantur, ac possint creditores partem earum vel etiam totum colligere (exceptis tamen rebus uxoris, siquidem re vera ad eam pertineant): hoc fiat, atque liceat creditoribus eiusmodi actiones sibi vindicare, et ex persona eius qui tum iurium illorum dominus sit, actiones instituere, sive adsit debitor sive non adsit, et in personam ipsius debitoris, ut simpliciter dicamus, in eiusmodi actione vel rerum vindicatione substitui.*

mente i magistrati spingevano i debitori a cedere i beni ai creditori. E che i debitori si sottomettevano a tale procedura *ad supplicium corporis evitandum* (ὡς ἂν αὐτοὺς τῆς τοῦ σώματος φειδομένους τιμωρίας αἰρεῖσθαι) preferendo dunque la prospettiva della indigenza — cui conduceva la *cessio bonorum* — all'esecuzione personale.

Orbene, Giustiniano interviene stabilendo che i debitori che abbiano perduto ogni sostanza evitino tanto l'esecuzione personale quanto la *cessio bonorum* giurando ὡς οὐ τις αὐτῷ πρόφασις πραγμάτων χάριν ὑπολέλειπται ἢ χρθσίου, ὅθεν τὴν τοῦ χρέους ποιήσεται πλήρωσιν.

Viene inoltre deciso che i creditori possano eventualmente rifarsi sui beni che arrivino al debitore per via ereditaria o per donazione, ed esercitare azioni nei confronti dei debitori del loro debitore (¹³²): Εἰ δὲ δίκαια αὐτῷ τινα ὁ νόμος ἢ ἀπὸ κληρονομίας ἢ δωρεᾶς συγγενῶν δίδωσι κινητῶν ἢ ἀκινήτων πραγμάτων, καὶ τούτων ἔτι ἐντὸς μὴ κατέστη. ἀρμόζειν δὲ αὐτῷ φαίνεται, καὶ δυνατόν μέρος ἐξ αὐτῶν ἢ καὶ τὸ ὅλον τοῖς ὀφειλομένοις συνάξει (δίχα μέντοι τῶν τῆς γαμετῆς πραγμάτων, τῇ ἀληθείᾳ εἴπερ διαφέρει αὐτῇ), τοῦτο γίνεσθαι, καὶ ἄδειαν εἶναι τοῖς ὀφειλομένοις οἰκειοῦσθαι τὰς τοιαύτας ἀγωγὰς καὶ εἰς πρόσωπον τοῦ τότε τῶν δικαίων κυρίου τὰς ἐναγωγὰς ποιεῖσθαι, εἴτε πάρεστιν ὁ ὀφειλέτης εἴτε καὶ μὴ, καὶ εἰς πρόσωπον αὐτοῦ ἀπλῶς εἰπεῖν τοῦ ὑπευθύνου ἐπὶ τῇ τοιαύτῃ ἐναγωγῇ ἢ ἐκδικήσει τῶν πραγμάτων καθεστάναι.

Non ci pare che il provvedimento confermi l'idea che solo i debitori colpiti dalla sfortuna potessero ottenere il beneficio della cessione dei beni. Ci sembra anzi che la *cessio bonorum* venga qui descritta in termini negativi (¹³³), non come beneficio ma quasi come una imposi-

⁽¹³²⁾ Su questo punto della Novella, cfr. le considerazioni di F. SITZIA, *L'azione nelle Novelle di Giustiniano*, in *BIDR*, 98-99, 1995-1996, p. 187.

⁽¹³³⁾ Alcuni hanno tratto dal provvedimento giustiniano l'idea che la *cessio bonorum* comportasse in realtà una situazione di umiliazione per i debitori che ad essa si accostavano. Si vedano in particolare J. CUJACIUS, *Novellarum expositio*, in *Opera*, X, Prati, 1840, 752, e J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, cit., p. 445. Entrambi richiamano un passo della Nov. 4, provvedimento con cui, com'è noto, è stato introdotto da Giustiniano l'istituto della *datio in solutum necessaria*. Tramite questo rimedio i creditori erano costretti ad accettare in luogo dell'adempimento beni immobili dei debitori. Sulla Novella 4 v., per tutti, la trattazione di A. SACCOCCIO, *La c.d. datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistica*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 14, 2002, p. 18 ss. dove si parla della *cessio bonorum* come di una procedura esecutiva che implica una *infamia facti*.

Bisogna segnalare che parte della lettura avrebbe visto nella Novella 135, invece, un richiamo all'idea che la *cessio bonorum* comportasse l'*infamia* dei debitori che di essa facevano uso, sulla base del punto della Novella in cui si dice *ut illi ad supplicium corporis evitandum malint rerum suarum potius ammissionem pati, ac non cum inopiae iugo etiam contumeliae probro ad mortem usqui premi*. In particolare, alcuni studiosi propongono di correggere il testo sopprimendo la negazione: cfr. la discussione in L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p. 93, nota 1. Ancora, secondo ZACHARIAE, *Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*, X, *Execution und Gant*, in

zione⁽¹³⁴⁾, e che Giustiniano intenda opporsi alla sua applicazione proprio nei confronti di quei debitori che abbiano perso tutto, offrendo loro la via d'uscita del giuramento⁽¹³⁵⁾. Insomma, la sfortuna sarebbe qui, più che altro, il prerequisito grazie al quale i debitori eviterebbero tanto la *cessio bonorum* quanto l'esecuzione personale⁽¹³⁶⁾.

Al di là di questi profili relativi alla cessione dei beni ai creditori, è opportuno segnalare il riferimento giustiniano all'esecuzione personale, definita con l'espressione *supplicium corporis*, nella quale con ogni probabilità si può vedere un richiamo alla carcerazione e a forme di tortura che l'accompagnavano⁽¹³⁷⁾.

È infine il caso di rilevare che nella Novella 135 l'esecuzione personale parrebbe assumere una coloritura ancor più drammatica che nelle altre fonti sin qui esaminate: essa viene infatti descritta come una conseguenza terribile in cui i debitori possono incappare, e che li spinge a preferire la cessione dei beni, pur avendo quest'ultima esiti dolorosi.

ZSS, 8, 1887, p. 234, il procedimento descritto nella Novella 135 non sarebbe la *cessio bonorum*, che implicava il beneficio, per il debitore, di fuggire l'*infamia*: si tratterebbe di un'altra procedura, rivolta solo ai debitori fiscali (del fisco o della *res privata* dell'imperatore). Contrario è L. GUENOUN, *loc.ult.cit.*

⁽¹³⁴⁾ Nota W. PAKTER, *The Mystery of cessio bonorum*, cit., p. 333, che nella Novella "Justinian treats *c.b.* as if it were a form of involuntary bankruptcy in his own or at any other time". Lo studioso dunque evidenzia che nella Novella la *cessio bonorum* viene descritta come un istituto che parrebbe più che altro imposto dai giudici ai debitori.

⁽¹³⁵⁾ Sul giuramento in questa Novella giustiniana v., fra tutti, L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, cit., p. 85, nota 2.

⁽¹³⁶⁾ In tal senso, v. già J. CUJACIUS, *Novellarum Expositio*, in *Opera*, X, cit., 752: "Verum eos qui non suo, sed fortunae vitio decoxerunt, hac Novella Justinianus liberat tam suppliciiis quam cessionis necessitate, dummodo jurent se pares non esse solvendo, id est, si ejurent bonam copiam". Cuiusmodi dunque sostiene che con la Novella 135 Giustiniano abbia dato ai debitori falliti per eventi sfortunati la possibilità di evitare esecuzione personale e cessione dei beni. Ritene che la sfortuna non sia qui prerequisito della *cessio bonorum* W. PAKTER, *The Mystery of cessio bonorum*, cit., p. 333: "...he concludes that victims of misfortune should not be forced into *c.b.*, precisely because this would deprive them of their last assets".

⁽¹³⁷⁾ J. CUJACIUS, *Novellarum Expositio*, in *Opera*, X, cit., 752, commentando il punto in cui Giustiniano attribuisce il giuramento quale mezzo con cui il debitore può evitare cessione dei beni ed esecuzione personale, richiama a tal proposito il *carcer* e le torture: "...sicut hac Nov. Qui ejurant bonam copiam, id est se non esse solvendo, liberantur carcere cruciatuque omni corporis, imo et cessionis ignominia".

8. Giustiniano ed il divieto di carcerazione privata

Nella compilazione sono dunque presenti testi che confermerebbero la permanenza dell'esecuzione personale sui debitori in età giustiniana. È ora opportuno prendere in considerazione una costituzione dedicata al divieto di carcerazione privata, per verificare, come si era già fatto per le testimonianze del periodo postclassico, il suo significato ed il suo campo di applicazione. La costituzione di Giustiniano che stiamo per esaminare è affiancata, nel Codice, da testi postclassici di cui si è già trattato. In primo luogo, dal testo di Costantino dal quale abbiamo tratto l'idea di un divieto di carcerazione che non ha a che fare con l'esecuzione dei debitori, ma con chi propone appello⁽¹³⁸⁾. Ancora, è presente il provvedimento di Zenone, che conosciamo solo nella redazione giustiniana⁽¹³⁹⁾. Da tale costituzione, come si ricorderà, era emersa l'idea che l'imperatore non vietasse la carcerazione dei debitori *iudicati*, ma disciplinasse una situazione diversa, quella dei funzionari che tenevano, in luoghi privati, soggetti *publice accusati*⁽¹⁴⁰⁾. Manca invece la legge di Teodosio del 389 d.C.⁽¹⁴¹⁾.

La costituzione che interessa, del 529 d.C., proviene da C. 9,5 *De privatis carceribus inhibendis* e, al pari di quelle ora richiamate, è stata considerata da molti studiosi afferente l'esecuzione personale dei debitori. In particolare, per questi autori essa avrebbe confermato — contro le

⁽¹³⁸⁾ C. 7,62,12. Imp. Constantinus A. ad Catullinum. *Minime fas est, ut in civili negotio libellis appellatoriis oblati aut carceris cruciatus aut cuiuslibet iniuriae genus seu tormenta vel etiam contumelias perferat appellator, absque his criminalibus causis, in quibus, etiamsi possunt provocare, eum tamen statum debent obtinere, ut post provocationem in custodia, si fideiussoris idonei copiam non habent, perseverent.* D. III non. Nov. Trevisis. Acc. XV k. Mai. Hadrumeto Volusiano et Anniano cons. (a. 314). Cfr. p. 70, nota 52.

⁽¹³⁹⁾ C. 9,5,1 Imp. Zeno A. Basilio pp. *Iubemus nemini penitus licere per Alexandriam splendidissimam civitatem vel Aegyptiacam diocesan aut quibuslibet imperii nostri provinciis vel in agris suis aut ubicumque domi privati carceris exercere custodiam, viro spectabili pro tempore praefecto Augustali, et viris clarissimis omnium provinciarum rectoribus daturis operam semperque futuris in speculis, ut saepe dicta nefandissimorum hominum adrogantia modis omnibus opprimatur. 1. Nam post hanc saluberrimam constitutionem et vir spectabilis pro tempore Augustalis et quicumque provinciae moderator maiestatis crimen procul dubio incursum est, qui, cognito huiusmodi scelere laesam non vindicaverit maiestatem: primatibus insuper officiorum eiusdem criminis laqueis constringendis, qui simulatque noverint memoratum interdictum facinus in quocumque loco committi, proprios iudices de opprimendo nefandissimo scelere non protinus curaverint instruendos. 2. Nam illud perspicuum est eos qui hoc criminum genus commiserint pro veterum etiam legum et constitutionum tenore tamquam ipsius maiestatis violatores ultimo subiugandos esse supplicio.* D.k. Iul. Constantinopoli Longino vc. Cons. (a. 486).

⁽¹⁴⁰⁾ V. *supra*, p. 76 ss.

⁽¹⁴¹⁾ CTh. 9,11,1.

tendenze opposte della prassi — il divieto di esecuzione personale del debitore nelle carceri private. Per taluni il provvedimento avrebbe ribadito l'idea che l'esecuzione del debitore poteva avvenire solo in carceri pubbliche⁽¹⁴²⁾.

In realtà, crediamo che anche per questa costituzione giustiniana possano essere svolte considerazioni simili a quelle avanzate per i testi del basso impero.

Anzitutto, la legge appartiene ad un più ampio provvedimento di Giustiano, redatto in lingua greca e frazionato in varie parti, collocate in differenti rubriche del *Codex Iustinianus*⁽¹⁴³⁾; di ciò bisogna tenere conto, crediamo, procedendo nell'esegesi.

Vediamo:

C. 9,5,2. Αὐτοκράτωρ Ἰουστινιανὸς Α. Μηνᾶ ἐπάρχῳ πραιτωρίων. Ἰδιωτικὰς φθλακὰς πᾶσι τρόποις ἐν πόλεσιν ἢ ἐν κώμαις ἀπαγορευόμεν καθίστασαι... Ἡ διάταξις κελεύει μὴ γίνεσθαι ἰδιωτικὰς φυλακὰς τοὺς δὲ τοῦτ πράττοντας ὑποκεῖσθαι καὶ ἐγιτιμίῳ καὶ διάγειν ἐν τῇ δημοσίᾳ φρουρᾷ τοσαύτας ἡμέρας, ὅσας δῆποτ' ἂν γέγονεν ὁ ἐγκλεισθεὶς ἐν τῇ γενομένη παρ' αὐτῶν φυλακῇ, ὅποιας ἂν εἴησαν τύχης ἢ ἀξίας, ἐκπίπτειν δὲ καὶ τῆς δικῆς τῆς ἀρμοζούσης αὐτοῖς κατὰ τῶν ἀγκλεισθέντων, προνοία τοῦ ἐπισκόπου καὶ τοῦ ἄρχοντος. Εἰ δὲ ῥαθυμήσει ὁ ἄρχων, ὑφίσταται. D. XV k. Febr. Constantinopoli Decio cons. (a. 529)⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. TH. MUTHER, *Sequestration und Arrest*, cit., p. 344 nota 1; H. HORTEN, *Personalexecution*, II, cit., p. 57 ss., la cui idea è ripresa da F. WOESS, *Personalexecution und cessio bonorum*, cit., p. 490 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 311; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., p. 222 s.; G. LONGO, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., p. 721; E. BETTI, *Processo civile*, cit., p. 1120; P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., p. 430 s.; I. BUTI, *La cognitio extra ordinem*, cit., B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit, p. 393 nota 223; J.-U. KRAUSE, *Gefangnisse im Römischen Recht*, cit., p. 61; da ultimo G. PURPURA, *La "sorte" del debitore oltre la morte*, cit., p. 9 nota 118.

⁽¹⁴³⁾ Oltre a C. 9,5,2 si tratta di C. 9,4,6; C. 9,47,26; C. 1,4,22; C. 1,4,23. La redazione in lingua greca del provvedimento ha condotto a numerose difficoltà di trasmissione dello stesso, con la necessità di *restitutiones* attraverso le fonti bizantine: si veda, in relazione a questo problema, R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 192, e nota 60. Per Bonini (*op. cit.*, p. 194) l'ordine originale delle disposizioni doveva essere: C. 9,4,6 e C. 1,4,22; C. 9,5,2 insieme a C. 1,4,23; C. 9,47,26. Sul punto si veda anche la posizione di M.A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva*, cit., p. 141 s.

⁽¹⁴⁴⁾ Trad. lat.: Imp. Iustinianus A. Menae pp. *Privatos carceres omnino in civitatibus vel in vicis constituere vetamus.— Constitutio iubet privatos carceres non constitui, eos autem qui hoc faciunt et poenae subiacere et in publico carcere tot dies peragere, quot in carcere ab ipsis constituto aliquis inclusos fuerit, cuiuscumque condicionis vel dignitatis sint, litem etiam eos perdere quae eis contra inclusos competat, cura episcopi et magistratus. Quod si magistratus hoc negleget, periculum tam bonorum quam salutis subit.*

Si diceva poco sopra che il testo di Giustiniano è stato letto da molti studiosi come un intervento che avrebbe colpito, nuovamente, l'esecuzione personale dei debitori nella forma della carcerazione privata⁽¹⁴⁵⁾.

A noi pare, invece, che il suo significato sia differente. È vero che la prima frase del testo, così come ci è pervenuto, parrebbe autorizzare l'idea di un divieto generalizzato di carceri private. Ma se si legge il resto della costituzione, emerge il fatto che Giustiniano aveva in mente una situazione ben precisa: la carcerazione preventiva di soggetti che debbono essere convenuti nel corso di un giudizio.

Si dice infatti che deve essere punito chi tiene in un carcere privato un'altra persona. La sanzione consiste in una pena non precisata, ma che pare potersi identificare con quella per il *crimen lesae maiestatis* già richiamata da Zenone⁽¹⁴⁶⁾. Oltre a ciò, Giustiniano stabilisce che chi viola tale provvedimento dovrà trascorrere in un carcere pubblico un numero di giorni pari a quelli vissuti nel carcere privato dal soggetto illegittimamente detenuto, e, ancora, ordina che i trasgressori perdano la lite intentata contro gli incarcerati (ἐκπίπτειν δὲ καὶ τῆς δικῆς τῆς ἄρμοζούσης αὐτοῖς κατὰ τῶν ἀγκλεισθέντων). Il tutto sotto il controllo dei vescovi e dei magistrati⁽¹⁴⁷⁾.

Orbene, proprio l'ultima disposizione richiamata getta luce, secondo noi, sul significato della costituzione: stabilire infatti che chi viola il provvedimento perderà la lite intentata contro gli incarcerati indica con chiarezza che si è in presenza di un processo non concluso, ancora in corso. Giustiniano non pensa dunque all'esecuzione personale del debitore⁽¹⁴⁸⁾ ma alla carce-

Le disposizioni di C. 9,5,2 sono riprese, in forma abbreviata, in C. 1,4,23, costituzione in parte gemina. Sul rapporto fra i due testi v. le considerazioni di R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 208 e nota 108.

⁽¹⁴⁵⁾ Si vedano ancora gli autori citati alla nota 142. Da segnalare che per R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 206, nota 102, non si può escludere l'afferenza del provvedimento giustiniano al fenomeno esecutivo.

⁽¹⁴⁶⁾ Così R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 207, nota 105. Altri autori ritengono invece che la costituzione di Giustiniano e quella di Zenone non si riferiscano alla medesima pena: così, per esempio, G. CHALON, *L'édit de Tiberius Julius Alexander: étude historique et exegetique*, Lousanne, 1964, p. 122; G. LONGO, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., p. 721, nota 5. La stessa idea è ripresa da M.A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative*, cit., p. 149.

⁽¹⁴⁷⁾ In generale, sui poteri di controllo dei vescovi nella legislazione giustiniana cfr. A. BANFI, *Habeant illi iudices suos. Studi sull'esclusività della giurisdizione ecclesiastica e sulle origini del privilegium fori in diritto romano e bizantino*, Milano, 2005, p. 281 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Per alcuni studiosi, come per esempio per R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 206, nota 102, e per M.A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva*, cit., p. 150, le norme giustiniane potrebbero riferirsi non solo alla carcerazione preventiva, ma anche al carcere privato con funzione esecutiva. A noi sembrerebbe invece che la prospettiva del testo sia più limitata, e che Giustiniano abbia a cuore, nel provvedimento in questione, la regolamentazione della carcerazione preventiva.

razione preventiva che spesso si verificava a carico di soggetti coinvolti in procedimenti penali o civili⁽¹⁴⁹⁾, stabilendo che essa non possa avvenire in luoghi privati.

Anche altri punti della più ampia legge da cui proviene questo frammento sono dedicati alla carcerazione preventiva. Basti pensare a C. 9,4,6, (collocato nel titolo *De custodia reorum*), testo nel quale si stabilisce, anzitutto, che la carcerazione preventiva non possa verificarsi se non sotto il controllo di alcuni magistrati cittadini e provinciali o dei *defensores civitatis*, e con l'interessamento dei vescovi, che dovranno recarsi a visitare i detenuti, accertando la loro posizione giuridica e la causa della detenzione stessa⁽¹⁵⁰⁾.

Ancora, nel testo si distinguono differenti situazioni in cui è applicata la carcerazione preventiva: si parla degli schiavi, per i quali essa non può durare più di venti giorni. Si accenna, ancora, all'ἐλεύθερος, all'uomo libero incarcerato διὰ χρηματικόν, ossia per una causa pecuniaria, stabilendo la liberazione dello stesso nel caso possa fornire dei garanti, o, in caso contrario, la sua detenzione per un massimo di trenta giorni, entro i quali il processo dovrà essere concluso⁽¹⁵¹⁾. Infine, ulteriori disposizioni sono dettate da Giustiniano per la carcerazione preventiva di soggetti in attesa di un giudizio criminale⁽¹⁵²⁾.

In definitiva a noi pare, considerato anche il contesto generale da cui proviene, che la costituzione giustiniana sia dedicata solamente alla carcerazione preventiva. Giustiniano non vieta dunque, con questo provvedimento, l'esecuzione personale nelle carceri private.

⁽¹⁴⁹⁾ Sulla carcerazione preventiva, con riferimento anche all'età tarda e giustiniana, v. le considerazioni di R. TAUBENSCHLAG, *L'emprisonnement dans le droit gréco-égyptien*, in *Opera minora*, II, Warszawa, 1959, p. 715 ss. (per la documentazione papirologica); G. PUGLIESE, *Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale romano*, in *Scritti giuridici scelti*, II, Roma, 1985, p. 617 ss.; M.A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative in materia di carcerazione preventiva*, cit., p. 140 ss.; inoltre, A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 220 ss., con trattazione della nostra costituzione. Ancora, sul carcere con funzione preventiva si vedano le considerazioni di V. NERI, *I marginali*, cit., p. 419 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Questo il contenuto di C. 9,4,6, *pr.* -1, per la cui esegesi dettagliata rinviamo a R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 194 ss.

⁽¹⁵¹⁾ È stata individuata una certa affinità tra queste disposizioni giustiniane e l'editto di Archelao cui abbiamo accennato poco sopra (cfr. nota 56). Si tratta di Ed. XXVIII, nel quale, come si è detto, si tratta della carcerazione preventiva di soggetti chiamati in un giudizio civile e che non possano prestare idonee garanzie. Per i rapporti tra l'editto e la costituzione di Giustiniano cfr. M.A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva*, cit., p. 148, la quale (pur ammettendo la difficoltà di stabilire quale dei due provvedimenti sia più risalente) ipotizza che Ed. XXVIII rappresenti un'applicazione concreta e particolare di C. 9,4,6, indirizzata proprio al prefetto del pretorio.

⁽¹⁵²⁾ In C. 9,4,6,4-7. Per l'analisi dettagliata di queste disposizioni si rinvia nuovamente a R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 197 ss.

9. Esecuzione personale in età giustiniana: carcerazione pubblica o carcerazione privata?

Dalle costituzioni giustiniane analizzate si fanno strada due considerazioni: in primo luogo, l'esecuzione sulla persona del debitore appare ben testimoniata per questa età. Ancora, non risulterebbe alcun provvedimento volto ad impedire esplicitamente la carcerazione privata dei debitori giudicati.

Ciò premesso, dobbiamo ora porci una domanda: in età giustiniana l'esecuzione personale avveniva nel carcere pubblico o in luoghi privati, nei quali il debitore era lasciato in balia del creditore?

Nelle costituzioni esaminate, l'esecuzione personale viene richiamata tramite il riferimento al *carcer*⁽¹⁵³⁾, all'*iniuria*⁽¹⁵⁴⁾, e ad *omnis corporalis cruciatus*⁽¹⁵⁵⁾. Ancora, nella Novella 135 si parla di *supplicium corporis*. Tutte queste espressioni veicolano l'idea che il debitore condannato potesse subire la perdita della libertà e supplizi corporali, senza però nulla dire circa la spettanza di tali trattamenti: pubblica o privata? Dello Stato o dei creditori?

Si tratta di un problema di difficilissima risoluzione. Le fonti non sono per nulla chiare, e non permettono, crediamo, di assumere sicure posizioni sulla questione. A fronte di queste difficoltà, rimane solo la strada della congettura.

Che la carcerazione dei debitori *iudicati* potesse avvenire unicamente in prigioni pubbliche è idea presente, oltre che in parte della dottrina moderna⁽¹⁵⁶⁾, anche nella letteratura antica. Per Cuiacio, ma anche per J. Gotofredo, il potere del creditore sul debitore, stabilito già nelle XII Tavole, sarebbe progressivamente caduto in desuetudine, per non lasciare traccia⁽¹⁵⁷⁾.

Secondo Cuiacio, venuta meno l'antica disciplina dell'*addictio*, il termine *carcer* — presente, come si è visto, nel rescritto di Alessandro Severo — indicherebbe la prigione pubblica, mentre l'espressione *vincula* si riferirebbe alla detenzione privata⁽¹⁵⁸⁾. Anche J. Gothofredus, con riferimento alla costituzione di Teodosio del 389 d.C.⁽¹⁵⁹⁾ afferma che la detenzione

⁽¹⁵³⁾ Ciò avviene nel rescritto di Alessandro Severo riportato in C.7,71,1.

⁽¹⁵⁴⁾ Così in C. 7,71,7.

⁽¹⁵⁵⁾ Questa è l'espressione che si legge in C. 7,71,8 *pr.*

⁽¹⁵⁶⁾ Si riveda, fra tutti, P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., p. 430 s.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. particolarmente J. CUJACIUS, *Recitationes Solemnes in Lib. VII Codicis*, in *Opera*, IX, cit., 752.

⁽¹⁵⁸⁾ Quest'idea è espressa in J. CUJACIUS, *Recitationes Solemnes in Lib. VII Codicis. Ad. Tit. LXXI Qui bonis cedere possunt*, in *Opera*, IX, cit., c. 420.

Sulla terminologia *carcer/vincula* v. le considerazioni di A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 19 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ CTh. 9,11,1, su cui cfr. *supra*, p. 72 ss. Si veda ancora J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, IV, cit., p. 85

privata dei debitori presso i creditori sarebbe caduta da molto tempo in disuso (e questo sarebbe dunque il motivo per cui quel testo non avrebbe a che fare con l'esecuzione personale per debiti). Per Donello (il cui pensiero abbiamo riportato trattando della costituzione di Diocleziano⁽¹⁶⁰⁾), l'antico regime delle XII Tavole, che implicava l'asservimento del debitore *iudicatus* nei confronti del creditore, sarebbe stato abrogato: e di questa disciplina sarebbe rimasta solo la possibilità che "...debitor conjici in carcerem" nel caso di mancanza di beni per l'esecuzione patrimoniale⁽¹⁶¹⁾: non è improbabile che per *carcer* Donello intenda la prigione pubblica, dato che il regime più risalente, che prevedeva un diretto potere del creditore sul debitore sarebbe venuto meno.

L'idea che il debitore fosse detenuto in prigioni pubbliche parrebbe dunque trovare sostegno nella letteratura più risalente.

Ma a fronte di questa visione, accolta come si diceva anche nella moderna dottrina, sussiste comunque taluna flebile traccia della possibilità che in età giustiniana esistesse una esecuzione personale lasciata in qualche modo al controllo dei creditori.

Anzitutto, bisogna porre mente al fatto che la parola *carcer*, contrariamente a quanto sostenuto da Cuiacio, non si riferisce solo alle prigioni pubbliche, ma anche a quelle private. Si ricorderà che nel Teodosiano vi è il titolo *De privatis carceribus*, e che nel Codice di Giustiniano nel titolo *De privatis carceribus inhihendis* è presente un testo di Zenone in cui si vieta la *custodia privati carceris* di determinati soggetti, probabilmente *publice accusati*⁽¹⁶²⁾. Le fonti qui richiamate testimoniano dunque l'esistenza di luoghi privati, chiamati *carcer*, in cui determinate persone venivano detenute.

Crediamo che la presenza di tale termine nelle fonti di nostro interesse — in particolare nel rescritto di Alessandro Severo — non possa costituire dunque indice sicuro della detenzione dei debitori *iudicati* solo in carceri pubbliche⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. p. 63 ss.

⁽¹⁶¹⁾ Così H. DONELLUS, *Commentarii ad Libros Codicis Justinianum*, cit., p. 170.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. CTh. 9,11 e C. 9,5. Sulla possibilità di riferire la parola *carcer* tanto a carceri pubbliche quanto a carceri private v. A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 19 ss. Sul fenomeno della carcerazione privata nel suo complesso rinviamo, ancora una volta, a O. ROBINSON, *Private Prisons*, cit., p. 389 ss.

⁽¹⁶³⁾ Come si è già visto, nella Glossa è presente un riferimento al rescritto utile per effettuare qualche riflessione circa la carcerazione dei debitori giudicati. I medievali mettono infatti in relazione la costituzione di Alessandro Severo secondo cui chi fa la *cessio bonorum* evita la carcerazione, con la costituzione di Diocleziano in materia di *liberi*. Si dice nella Glossa che in apparenza fra i due testi vi sarebbe un contrasto. Ma questo contrasto si potrebbe venire meno, se si considera il fatto che la carcerazione di cui parla Alessandro Severo avverrebbe *ex autoritate iudicis* (cfr. ACCURSIUS, *Glossa in Codicem*, cit., p. 477, *glossa in ad C. 7,71,1*). Noi crediamo che se

Nonostante il nostro lavoro sia dedicato all'esecuzione personale nelle costituzioni imperiali, risulta opportuno, crediamo, accennare brevemente anche ad alcuni passi accolti del Digesto, il cui significato è abbastanza oscuro, ma dai quali si potrebbe trarre qualche indizio della presenza, anche in età giustiniana, di forme di detenzione privata dei debitori giudicati.

Si tratta, in particolare modo, di un frammento delle *Regulae*⁽¹⁶⁴⁾ di Licinio Rufino proveniente da D. 42,1 *de re iudicata et de effectu sententiarum*, che ora leggiamo:

D. 42, 1, 34 (Licinnius Rufinus libro tertio decimo regularum). Si victum vel stratum inferri quis iudicato non patiat, utilis in eum poenalis actio danda est vel, ut quidam putant, iniuriarum cum eo agi poterit.

Nel passo si puntualizza la necessità del mantenimento del *iudicatus* cui debbono essere forniti *victus* e *stratus*⁽¹⁶⁵⁾. La violazione di tale obbligo implica la possibilità dell'esercizio di un'*actio poenalis utilis* oppure dell'*actio iniuriarum* contro chi impedisce ciò. Da notare l'espressione *ut quidam putant*, da cui traiamo l'idea che vi fosse un certo dibattito giurisprudenziale in materia⁽¹⁶⁶⁾.

Il brano si riferirebbe alla situazione del soggetto *addictus* il quale, nel periodo che trascorrevva presso il creditore, avrebbe dovuto ottenere da questi i mezzi per la sua sopravvivenza⁽¹⁶⁷⁾. Quello del mantenimento dell'*addictus* era un problema molto sentito, tanto che già nelle XII Tavole era previsto che il creditore provvedesse al sostentamento del debitore, a meno che il debitore non preferisse vivere del suo⁽¹⁶⁸⁾.

a proposito del provvedimento di Alessandro Severo viene richiamato anche quello di Diocleziano, con ogni probabilità ciò accade perché la carcerazione di C. 7,71,1 poteva essere privata; poteva cioè avvenire anche sotto il controllo del creditore, e non per forza, come parte della dottrina sostiene, in prigioni pubbliche.

⁽¹⁶⁴⁾ Su cui v. P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, 1966, p. 85 s.

⁽¹⁶⁵⁾ Sul significato dei termini *victus* e *stratus*: D. 50,16,43 (Ulpianus libro quinquagesimo octavo ad edictum). Verbo 'victus' continentur, quae esui potuique cultuique corporis quaeque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque victus habere vicem Labeo ait; D. 50,16,45 (Ulpianus libro quinquagesimo octavo ad edictum). In '*stratu*' omne vestimentum contineri quod iniciatur Labeo ait... Sul significato dei termini *victus* e *stratus* v., fra tutti FR. WYCISK, *Alimenta et victus dans le droit romain classique*, in *RHD*, 50, 1972, p. 205 ss. Sul titolo 50,16 del Digesto cfr. M. MARRONE, *Le significaciones di D. 50,16 ("De verborum significacione")*, in *SDHI*, 60, 1994, p. 583 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. sul punto L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., p. 148.

⁽¹⁶⁷⁾ F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 91 s.; M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*, 73, 1970, p. 325, nota 15; L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., p. 148)

⁽¹⁶⁸⁾ La regola in questione si legge in tab. III,4: *Si volet suo vivito. Ni suo vivit*,

Risulta estremamente difficile pronunciarsi sul valore che il passo, collocato in D. 42,1 *de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*, assume all'interno della compilazione giustiniana. Non si può escludere completamente che, anche in prospettiva giustiniana, si ricollegli alla possibilità, per i creditori, di tenere presso di sé i debitori *iudicati*⁽¹⁶⁹⁾, ai quali doveva essere garantito un certo trattamento⁽¹⁷⁰⁾.

Un altro brano dal quale si potrebbe trarre qualche traccia della carcerazione privata dei debitori in età giustiniana proviene da D. 4,6 *ex quibus causa maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur*:

D. 4,6,23 *pr.* (Ulpianus libro duodecimo ad edictum). Ait praetor: "inve vinculis esset, secumve agenda potestatem non faceret". Haec persona merito adiecta est: fieri enim poterat, ut quis in vinculis praesens esset, vel in publica vel in privata vincula ductus: nam et eum qui in vinculis est, si modo non sit in servitute, posse usu acquirere constat. Sed et is qui in vinculis est si defendatur, cessat restitutio.

Ulpiano affronta il problema relativo a chi doveva essere considerato *in vinculis* in vista della possibilità di applicazione della *restitutio in integrum*. Il

qui eum vinctum habet, libras farris endo dies dato. Cfr. su questo versetto (che proverebbe tra l'altro il fatto che l'*addictus* manteneva la capacità giuridica) L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., p. 105, nota 45.

⁽¹⁶⁹⁾ J. CUJACIUS, *In Tit. XVI de verborum signific. Lib. L Digest. Recitationes Solemnes*, in *Opera*, VI, Prati, 1838, 1644, che commenta D. 50,16,43 e 45, con richiami al passo di nostro interesse, sembra attribuirgli un valore storico. La disciplina emergente dai passi del Digesto sarebbe in desuetudine, non più applicata: "...tum soluti sunt debitores vinculis et operis, et coguntur aliis rationibus iudicato satisfacere, quam servitiis... Sed ius vetus erat, ut vincirentur et necerentur, ad quem partem juris pertinet haec lex, et duae sequentes...". Cuiacio richiama anche un altro brano, D. 50,16,48 (Gaius libro ad edictum praetoris urbani titolo 'qui neque sequantur neque ducantur'). '*Solutum*' non intellegimus eum, qui, licet vinculis levatus sit, manibus tamen tenetur: ac ne eum quidem intellegimus solutum, qui in publico sine vinculis servatur. Il passo, secondo parte degli studiosi, sarebbe relativo all'esecuzione personale del debitore. In particolare, per O. LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., p. 412 n. 1 e 2, l'editto richiamato da Gaio sarebbe relativo a quei soggetti che, pur essendo *addicti*, sarebbero rimasti liberi dal carcere. Secondo F. WOESS, *Personalexecution*, cit., p. 498 ss., il titolo gaiano riguarderebbe la situazione degli *addicti* che accedono alla *cessio honorum*. Per F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 91 s., l'editto richiamato si riferirebbe a soggetti che non subivano l'*addictio*, e che erano dunque esclusi dalla esecuzione personale. Ma si vedano sul passo, più recentemente, B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio ad edictum praetoris urbani*, Milano, 1975, p. 200, e A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 63, che ci pare riferirlo alla custodia preventiva.

⁽¹⁷⁰⁾ Diversa la posizione di J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römischen Reich*, cit., p. 155, per il quale il passo riguarderebbe l'obbligo del creditore di provvedere al mantenimento del debitore nel carcere pubblico.

giurista precisa che un individuo che si trovasse in catene (pubbliche o private), poteva “acquistare”, purchè non fosse uno schiavo; dunque avrebbe anche potuto difendersi, e per questo motivo non gli sarebbe stato concesso il rimedio restitutorio⁽¹⁷¹⁾. In dottrina il frammento ulpiano è stato frequentemente richiamato per la ricostruzione della situazione giuridica dell'*addictus* in età classica: sulla base dell'affermazione del giurista si sostiene l'idea che il soggetto sottoposto ad esecuzione personale e caduto sotto la sfera di controllo del creditore conservava la sua capacità patrimoniale⁽¹⁷²⁾.

Bisogna chiedersi quale sia il significato del passo in ottica giustiniana: e non si può completamente escludere, crediamo, che esso sia stato accolto nella compilazione con un qualche valore pratico, proprio perché continuavano a verificarsi casi di carcerazione privata, presso i creditori, dei debitori *iudicati*⁽¹⁷³⁾, di cui era necessario chiarire la posizione giuridica.

ABSTRACT

The essay deals with personal execution of the debtor in postclassical times and in Justinian's age. As the author has seen from the analyzed texts, private prisons is not excludable. Some texts considered by scholars as connected to the abolition of private prisons for debtors seem to be related to other situations, and in particular to pre-trial custody.

Principal texts: C. 4,10,12; CTh. 11,7,3; CTh. 11,7,7; CTh. 4,20,1; CTh. 9,11,1; C. 9,5,1; C. 9,5,2; Nov. 135.

Si tratta della permanenza dell'esecuzione personale dei debitori in età postclassica e giustiniana. Dalle fonti analizzate non si può escludere la carcerazione privata dei debitori. Alcuni testi che la dottrina ha ricollegato all'abolizione della carcerazione privata per debiti riguarderebbero infatti altre situazioni, ed in particolare la custodia cautelare.

Testi principali: C. 4,10,12; CTh. 11,7,3; CTh. 11,7,7; CTh. 4,20,1; CTh. 9,11,1; C. 9,5,1; C. 9,5,2; Nov. 135.

⁽¹⁷¹⁾ Per l'analisi del passo v. A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 34.

⁽¹⁷²⁾ In tal senso si veda F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., p. 93, e L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., p. 105, nota 45.

⁽¹⁷³⁾ A proposito del passo, bisogna segnalare che A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 34, afferma che tra i soggetti che si sarebbero potuti trovare legittimamente in *vincula privata* vi sarebbero stati anche i debitori sottoposti ad esecuzione personale, come era d'altra parte già previsto nelle XII Tavole. Nello stesso tempo, però, l'A. precisa che “l'uso del carcere privato contro i debitori insolventi era molto antico, come documentano le XII Tavole, e anche in epoca tardoimperiale si riuscì solo a sostituire al carcere privato quello pubblico”.

GIOVANNI TUZET

SUL POSSIBILE MOTO DELLA MACCHINA

Les erreurs du mécanicien ne doivent s'imputer à la machine.
(Paul Valéry)

1. – La metafora del diritto come “macchina” è fra le più infelici che mai siano state utilizzate. Che il diritto sia una macchina, che il suo funzionamento sia assimilabile a quello di una macchina, che le norme o gli operatori del diritto ne siano gli ingranaggi, sono rappresentazioni del diritto non solo erronee ma anche inopportune da un punto di vista giuridico, politico e morale.

Tale metafora infelicissima è stata utilizzata in particolare da esponenti del Realismo giuridico scandinavo (corrente di pensiero che peraltro lo scrivente trova assai apprezzabile per diversi aspetti), con l'intento di rappresentare il diritto come meccanismo sociale e di mettere in luce la pressione psicologica che esso è capace di esercitare⁽¹⁾. Se anche la metafora coglie in questo senso qualcosa di reale e di notevole, essa è del tutto fuorviante per molti altri aspetti. Vero è che il diritto è un artefatto umano, simile in questo a una macchina; ma non vero è che il suo funzionamento sia equiparabile a quello di una macchina e che i suoi operatori o le sue parti siano equiparabili ad ingranaggi. Per il semplice motivo che *qualsiasi applicazione del diritto richiede ad ogni passo una condotta da parte di soggetti capaci di autocontrollo e quindi responsabili*. Perciò la metafora è non solo erronea ma anche inopportuna se produce o può produrre una forma di deresponsabilizzazione in capo agli operatori del diritto. A maggior ragione

⁽¹⁾ Vedi specialmente A.V. LUNDSTEDT, *Legal Thinking Revised*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1956; A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958 (trad. it. *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 1990). Cfr. S. CASTIGNONE, *Diritto, Linguaggio, Realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995, parte prima in particolare; per Lundstedt, secondo Castignone, «la costituzione psicofisica degli uomini, la loro situazione e i loro bisogni rendono necessaria e possibile la creazione della macchina del diritto per regolare la vita associata mediante l'impiego delle sanzioni» (p. 111).

se si considera la presunta “macchina della giustizia”, il cui funzionamento è del tutto umano e i cui atti toccano nel vivo gli interessi e l’esistenza degli individui.

Si tratta di un artefatto intellettuale, sociale e normativo: il diritto non è un artefatto materiale come un martello o un telefono, non è una macchina, bensì una creazione intellettuale socialmente riconosciuta come tale e la cui funzione principale è quella di guidare la condotta⁽²⁾. Il suo funzionamento non segue in maniera automatica un’accensione, la pressione di un pulsante d’avvio. Richiede invece degli *atti* da parte di soggetti responsabili, delle condotte suscettibili di essere corrette o scorrette, suscettibili di applicare o meno le norme che i soggetti hanno il dovere o la facoltà di applicare. Certo, come vedremo, anche una macchina può compiere errori. Ma si tratta di errori la cui natura è completamente diversa da quella di un atto illegittimo, di un abuso di potere, della violazione di una norma.

Queste semplici considerazioni meritano di essere approfondite filosoficamente e lo faremo a partire da due brani di Ludwig Wittgenstein non particolarmente noti. Si tratta di due brani delle peraltro celeberrime *Ricerche filosofiche*. Essi precedono di poco i famosi brani sul “seguire una regola”. Che essi conducano a tale questione (del “seguire una regola”), che siano indicativi della sua soluzione (se ve n’è una), o che semplicemente vi diffondano una luce preliminare, sono questioni che lasceremo ai lettori.

Ma si badi: prima di giungere alle nostre conclusioni sulla metafora del diritto come macchina sarà necessario percorrere un faticoso cammino attraverso gli impervi brani di Wittgenstein. Si spera che ciò non sia invano.

2. – I passi in questione sono i §§ 193 e 194 della prima parte delle *Ricerche filosofiche*. Oltre che complessi, sono brani di una certa lunghezza rispetto alla media dell’opera, che notoriamente è costituita di parti piuttosto brevi. Il loro tema comune è quello di una macchina e del suo movimento, ma non il movimento presente di una macchina osservata nell’atto di funzionare: piuttosto, il movimento *futuro* di una macchina⁽³⁾. Prima di analizzarli è

⁽²⁾ Su alcuni di questi aspetti mi permetto di rinviare a G. TUZET, *The Social Reality of Law*, in “Analisi e diritto 2007”, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione. Cfr. D. CANALE, *La precomprensione dell’interprete è arbitraria?*, in “Ars Interpretandi”, vol. 11, 2006, pp. 327-370, § 4 su un approccio pratico all’ontologia. Colgo l’occasione di questa nota per ringraziare D. Canale di alcuni rilievi critici.

⁽³⁾ Per un commento analitico di tali brani vedi G.P. BAKER, P.M.S. HACKER, *Wittgenstein. Rules, Grammar and Necessity. Analytical Commentary on the Philosophical Investigations*, vol. 2, Blackwell, Oxford, 1985, pp. 117-125. Nell’amplissima bibliografia sul filosofo viennese, cfr. fra gli altri D. MARCONI (a cura di), *Guida a Wittgenstein*, Laterza, Roma-Bari, 1997, nonché S. KRIPKE, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Blackwell, Oxford, 1982.

bene dire per quale ragione l'autore ne parli (anche se non la approfondiremo).

Il problema da cui muove Wittgenstein è quello dell'intendere un'espressione linguistica: se sia possibile afferrarne l'impiego "in un colpo solo", come le nostre intuizioni sembrano ammettere (§ 191). Il paradosso è che intendere un'espressione vuol dire comprenderne il significato ma poiché il significato di un'espressione sta nel suo uso, intenderla significherebbe afferrarne completamente l'uso — in particolare l'uso futuro — e non si vede come qualcosa del genere sia possibile. La soluzione del problema starebbe allora nella connessione fra comprensione del significato e regole d'uso apprese nella pratica (§ 197): l'apprendimento delle regole d'uso ci fa comprendere completamente il significato di un'espressione senza che ciò implichi la pretesa di averne afferrati tutti gli impieghi futuri. Infatti questi ultimi sono causalmente determinati, mentre il significato di un'espressione è grammaticalmente determinato (§§ 195 e 199).

Nel § 193, per illustrare il punto, Wittgenstein utilizza la metafora di una macchina e dei suoi movimenti. Come il moto di una macchina sembra esservi già contenuto prima ancora di essere operato, così l'uso di un'espressione sembrerebbe già contenuto in quest'ultima. Se consideriamo una macchina come simbolo del suo modo di funzionare, essa «sembra già avere in sé il suo modo di funzionare»⁽⁴⁾. Questo sembra voler dire che le parti della macchina non possano muoversi in altro modo che secondo "il suo modo di funzionare". Con ciò, rileva Wittgenstein, sembriamo dimenticarci della possibilità che le sue parti si pieghino, si spezzino, fondano: che in qualche modo non si muovano secondo "il suo modo di funzionare". Pur se egli non usa questi termini, chiamiamo allora "regolari" e "patologici" i movimenti della macchina a seconda che siano o meno conformi al suo "modo di funzionare"⁽⁵⁾. Ora, prosegue Wittgenstein, nel momento in cui ci fosse richiesta una predizione sull'*effettivo* comportamento di una macchina, non ne trascureremmo i movimenti "patologici". Vi è dunque, conclude Wittgenstein, una *macchina-simbolo* alla cui immagine abbiamo imparato ad associare, derivandole, le immagini dei movimenti "regolari", e vi è una *macchina reale* cui non ci meravigliamo di associare dei movimenti "patologici".

⁽⁴⁾ Ci avvaliamo dell'edizione italiana a cura di M. Trinchero, L. WITGENSTEIN, *Ricerche filosofiche* (1953), Einaudi, Torino, 1999. Cfr. ID., *Osservazioni sopra i fondamenti della matematica* (1956), trad. di M. Trinchero, Einaudi, Torino, 1988, parte I, §§ 118-130.

⁽⁵⁾ Si noti che per "regolare" non intendiamo qualcosa di statistico ma un predicato che designa gli stati di cose che estrinsecano la funzione per cui la macchina è stata creata (o modificata). Cfr. J. DOKIC, P. ENGEL, *Ramsey. Vérité et succès*, Puf, Paris, 2001, pp. 80-83. In una diversa prospettiva, cfr. G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, Puf, Paris, 1966, nonché P. NERHOT, *L'ipotesi perduta della legge*, Cedam, Padova, 1994, cap. primo.

3. – Una puntualizzazione che potremmo fare in primo luogo è sul tema del brano: si tratta meno del funzionamento di una macchina che del *movimento* di una macchina — se è vero che il suo movimento comprende i movimenti regolari come i movimenti patologici, mentre il suo funzionamento si limita ai movimenti regolari. Si direbbe che il funzionamento è una possibilità di movimento, e non viceversa (il “modo di funzionare” è una possibilità del moto, e non viceversa). Si direbbe allora che il movimento è un concetto primario rispetto al funzionamento.

Eppure, insistono certi commentatori, si tratterebbe di cose diverse: Wittgenstein nota che il movimento di una macchina reale è determinato causalmente, mentre quello di una macchina come simbolo (del suo modo di funzionare) è determinato da una “forma di descrizione”⁽⁶⁾. La determinazione grammaticale, si sostiene, è diversa dalla determinazione causale.

Ad ogni modo, come ha giustamente osservato Rosa Calcaterra commentando questi brani e lo statuto delle regole d’uso, «Wittgenstein vuol mostrare che le regole funzionano, e persino “esistono” come tali, proprio in virtù della loro reiterata applicazione in modi determinati e collettivamente condivisi, non già in quanto costituirebbero una sorta di “macchina logica” contenente *a priori* e in modo definitivo i meccanismi del proprio impiego»⁽⁷⁾.

4. – Detto questo, si potrebbe avanzare una domanda di tenore semiotico, che riguarda la caratterizzazione della macchina come *simbolo*. Se (i) la macchina è il simbolo del suo modo di funzionare; se (ii) il simbolo è un tipo di segno; e se (iii) ogni segno “sta per qualcos’altro” (secondo la definizione tradizionale di segno); allora (iv) è legittimo chiedere “per cosa stia” la macchina come simbolo.

La risposta non sembra difficile: se è simbolo del suo modo di funzionare, sta appunto per il suo modo di funzionare. Ma non è altrettanto facile dire a che titolo si possa parlare di un “modo di funzionare”. Notiamo, con Wittgenstein, che non sembra trattarsi di movimenti attuali (che osserviamo in atto), ma di movimenti futuri. Allora, a che titolo parliamo di un “movimento futuro”? Ammettiamo che ogni segno “stia per un oggetto”⁽⁸⁾. Se così fosse, un certo modo di funzionare sarebbe configurabile come oggetto della macchina-sim-

⁽⁶⁾ G.P. BAKER, P.M.S. HACKER, *op. cit.*, p. 119.

⁽⁷⁾ R.M. CALCATERRA, *Pragmatismo: i valori dell'esperienza*, Carocci, Roma, 2003, p. 64.

⁽⁸⁾ Pensiamo alla semiotica di C.S. PEIRCE, *Prolegomena to an Apology for Pragmatism* (1906), ora nei suoi *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1931-1958, vol. 4, §§ 530-572. Cfr. C. TIERCELIN, *Wittgenstein et Peirce*, in *La philosophie autrichienne*, éd. par M. Ouelbani, Université de Tunis, Tunis, 2000, pp. 46-74. Su Wittgenstein e Peirce, v. anche R. RORTY, *Pragmatism, Categories, and Language*, in “The Philosophical Review”, vol. 70, 1961, pp. 197-223, nonché R. FABBRICHESI LEO, *Peirce and Wittgenstein on Common Sense*, in “Cognitio”, vol. 5, 2004, pp. 180-193.

bolo. Ma che tipo di oggetto sarebbe? Non si tratterebbe di un oggetto presente, attuale, abbiamo detto. Si tratterebbe piuttosto di un oggetto futuro, di un oggetto *possibile* — anche se Wittgenstein, si può obiettare, ne preferirebbe una configurazione in termini di attività — «tendiamo a paragonare i movimenti futuri della macchina, nella loro determinatezza, a oggetti che stanno in un cassetto e che ora tiriamo fuori» (§ 193).

5. — La distinzione delle due macchine (*macchina-simbolo* e *macchina reale*) sembra allora delinearci sulla distinzione fra i movimenti *possibili* della macchina-simbolo e i movimenti *effettivi* della macchina reale. I movimenti possibili della macchina-simbolo sono i suoi movimenti regolari, quelli per cui essa è stata concepita e realizzata. Quelli che ne esercitano la funzione (il suo “modo di funzionare”). Ma riconosciamo che la macchina reale *può anche non funzionare*. Oltre ai movimenti regolari (la macchina che funziona) si possono verificare dei movimenti patologici (la macchina che funziona male o non funziona). Dunque fra i movimenti della macchina reale, come abbiamo detto, sono da comprendere i movimenti patologici. E non è impossibile immaginare una situazione ulteriore. Immaginiamo che in seguito a un particolare problema la macchina non sia in grado di effettuare *alcun movimento*. Dunque, non sembra potersi negare che fra le possibilità ad essa relative vi sia anche quella del “blocco”. Ma che ruolo giocano queste eventualità rispetto alla macchina-simbolo? Non è plausibile pensare quest’ultima come qualcosa che può *non funzionare* o addirittura qualcosa che può *non muoversi*. Se ammettiamo che la macchina reale possa trovarsi nelle circostanze più svariate e imprevedute, non ammettiamo allo stesso modo che nella nostra “immagine” della macchina siano contemplate *tutte* le circostanze più strane e imprevedute. Il rischio sarebbe duplice: da un lato, quello di smarrire il movimento regolare della macchina; dall’altro, quello di inflazionarne i movimenti patologici.

Tuttavia, mentre i movimenti regolari sembrano facilmente definibili a partire dalla funzione della macchina, ci si può chiedere se quelli patologici siano analogamente circoscritti o invece si estendano in maniera indefinita e vadano da quelli più prevedibili a quelli meno prevedibili e altamente improbabili. Su questo, crediamo, avranno un peso determinante le considerazioni “economiche” e pragmatiche, così da farci tralasciare i movimenti patologici la cui probabilità o la cui rilevanza risulti bassa o scarsa. Si potrebbe concludere che è un errore escludere dai movimenti della macchina reale i movimenti patologici, ma che l’errore opposto è quello di cercarne una determinazione esaustiva. Mentre i movimenti regolari sono determinabili con precisione: se non lo fossero, non sapremmo perché una macchina è tale. Non sapremmo di che cosa è simbolo ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Quando poi ci si trovi al cospetto di una macchina sconosciuta, si tratterà di *abdurne* la funzione.

Resta però un problema serissimo: se lo statuto del “modo di funzionare” è quello di un movimento possibile caratterizzante la macchina, qual è lo statuto di un “movimento possibile” e cosa ci autorizza a parlarne?

6. – Proprio il § 194 esplicita e affronta la questione del *possibile*, nel merito dei possibili movimenti della macchina. Prima di giungervi, però, Wittgenstein compie una mossa che può sembrare sorprendente. Seguendo le nostre intuizioni diremmo che i movimenti possibili sono dei movimenti futuri, ma nelle ultime righe del § 193 Wittgenstein dice piuttosto che i movimenti della macchina-simbolo devono, in un senso misterioso, essere già *presenti* nella macchina. Siamo portati a chiederci pertanto come avvenga che siano “presenti” nella macchina quei movimenti (regolari) che avranno luogo nel futuro, se avranno luogo. La questione è ricondotta da Wittgenstein al *modo* in cui parliamo delle macchine. «Quando pensiamo che la macchina abbia già in sé, in qualche modo misterioso, i suoi possibili movimenti? — Bene, quando filosofiamo. E che cosa ci induce a pensare così? Il modo e la maniera in cui parliamo delle macchine» (§ 194). È allora possibile una risposta alla domanda sul senso (misterioso?) in cui i movimenti regolari sono già “presenti” nella macchina, o la domanda è in sé viziata? Una replica terapeutica noterebbe che la domanda nasce da evoluzioni linguistiche — le «onde del linguaggio» capaci di altezze sorprendenti (§ 194). Le espressioni come “possibilità di movimento” non sarebbero che i prodotti dei modi in cui impieghiamo certe parole (il gioco linguistico della possibilità, si direbbe — ma si potrebbe sospettare maliziosamente che anche un gioco linguistico abbia in sé “il suo modo di funzionare”).

La possibilità di movimento è distinta dal movimento ma anche dalle mere condizioni fisiche del movimento, dice Wittgenstein (§ 194). Egli mette in guardia dal trasferire sul piano ontologico delle caratteristiche grammaticali. Ma allora — si potrebbe chiedere su questa base — la possibilità non è altro che una costruzione grammaticale? Certe forme e certi usi del nostro linguaggio prevedono che si possa parlare di possibilità ma a queste non corrisponde e non può corrispondere nulla di reale?

Simili conclusioni sembrano irrealistiche e contrarie a buon senso, nonostante si presentino come terapeutiche. Ad esse si potrebbe replicare che i movimenti della macchina-simbolo sono in questa presenti come delle *possibilità reali*⁽¹⁰⁾. Non sarebbero delle “mere possibilità” (i movimenti patologici provocati da condizioni varie), bensì delle “possibilità reali” (i movimenti che potremmo predicare veridicamente della macchina-simbolo, cioè i movimenti che corrispondono al suo funzionamento, i movimenti

⁽¹⁰⁾ Ancora (qui per l’elaborazione della distinzione modale fra mera possibilità e possibilità reale), il nostro riferimento è C.S. PEIRCE, *Issues of Pragmaticism* (1905), ora in ID., *Collected Papers*, cit., vol. 5, §§ 438-463.

regolari). La loro predicazione suonerebbe più o meno in questo modo: se la macchina venisse azionata così-e-così, allora si muoverebbe così-e-così (funzionerebbe così-e-così). Ove condizionali di questo tipo fossero veri, tali movimenti sarebbero le *possibilità reali* della macchina⁽¹¹⁾.

7. – In più, nonostante i passi che abbiamo citato, nel § 194 sono offerti alcuni spunti di grande interesse sulla determinazione dello statuto della possibilità, e con essa del movimento, regolare e patologico, della macchina. Vi è una possibilità di movimento in capo alla macchina o è solo un modo di parlare che associamo alla nostra immagine della macchina? Lo statuto della possibilità di movimento è invero problematico, non coincidendo né con un movimento effettivo né con la mera condizione fisica del movimento. La possibilità del movimento è un'ombra del movimento? — chiede Wittgenstein. È qualcosa come l'immagine incorporea di un certo movimento? Wittgenstein osserva che parliamo più facilmente della possibilità di “questa cosa”, che non di “quella cosa” o grazie a “quella condizione”. Ne consegue che la possibilità è «qualcosa di molto vicino alla realtà» (§ 194). In questa formula di Wittgenstein potrebbe trovarsi conferma che il movimento regolare costituisce la possibilità reale di una macchina. Ma Wittgenstein fa piuttosto intendere che si possa trattare di fraintendimenti linguistici. Allora lo statuto stesso della possibilità sarebbe frutto di un fraintendimento linguistico? Dire di qualcosa che è possibile, è operare una costruzione linguistica che non ha un equivalente nel mondo e di seguito fraintenderla e ipostatizzarla? Di certo, non ha un equivalente rispetto a ciò che *esiste*. Ma potrebbe averne rispetto a ciò che è *reale*. Qui ed ora non *esiste* il movimento che la macchina potrebbe compiere. Ma è *reale* che la macchina potrebbe compiere un determinato movimento (se attivata nel giusto modo, nelle giuste condizioni, ecc.).

8. – La considerazione che la possibilità è “qualcosa di molto vicino alla realtà” si misura rispetto al ruolo giocato dalle *immagini*. Per l'esattezza, Wittgenstein dice che le possibilità sembrano essere più vicine alla realtà di quanto lo siano le immagini; infatti di un'immagine ha senso dubitare se sia di un oggetto o di un altro, mentre di una possibilità non ha senso chiedersi se sia di un movimento o di un altro⁽¹²⁾. Però, tanto è difficile ragionare di

(11) Non sarebbero dei movimenti necessari in senso forte, ma tutt'al più dei movimenti *condizionalmente* necessari: se la macchina venisse azionata in certo modo e non vi fossero condizioni ostative, necessariamente si muoverebbe in certo modo.

(12) «Potremmo, è vero, dubitare che quella determinata condizione fisica renda possibile questo movimento, ma non discutiamo mai se *questa cosa* sia la possibilità di questo o di quel movimento: “dunque la possibilità del movimento sta in una relazione singolarissima col movimento stesso; in una relazione più stretta di quella

possibilità di cui l'immagine non ci è disponibile, quanto ci è facile predicare di un'immagine la possibilità. In entrambi i brani, Wittgenstein ricorda che parlando della macchina ci riferiamo all'*immagine* che ne abbiamo. In modo analogo, quando parliamo di possibilità del movimento ci riferiamo all'*immagine* del movimento. D'altro canto, si potrebbe dire, anche l'immagine è un segno, pur con i caratteri specifici che un'immagine può avere rispetto ad altri tipi di segno — *idem* per il simbolo⁽¹³⁾ — e con ciò si dovrebbe ricondurne il principio di funzionamento a quello fondamentale del segno, che "sta per un oggetto". (Si noti che qui si parla di "oggetto" in senso lato e che un segno potrebbe stare anche per un oggetto immaginario, se si trattasse di un oggetto dai caratteri sostanzialmente stabili ancorché fantasiosi). Le stesse considerazioni sul simbolo valgono sull'immagine: se sono segni, sono segni che stanno per un oggetto, attuale o possibile. Se un qualche oggetto non ne fosse determinabile, l'immagine sarebbe viziata, come ogni presunto segno di cui manchi il designato. Il segno *funziona* se esprime ciò per cui "sta".

Ciò non significa peraltro che le immagini siano sempre portatrici di senso. Anzi. Ispirandoci a un altro brano delle *Ricerche filosofiche*⁽¹⁴⁾, pensiamo a un uomo stilizzato lungo una superficie obliqua — scende o sale? Due risposte sono possibili.

(A) L'immagine è per molti versi indeterminata, quindi non ha senso porre la domanda ove non siano dati gli elementi di determinazione che permetterebbero di risponderci. Se fosse più determinata, ossia più dettagliata, probabilmente si potrebbe capire se la figura stia salendo o scendendo.

(B) Se è vero che l'uomo stilizzato sta *o* salendo *o* scendendo, l'immagine è stata estratta da una *sequenza*. Il limite della domanda è perciò quello di pretendere la ricostruzione di una sequenza a partire da *un solo* momento di essa. Inoltre, come si è detto al punto precedente, tale unico momento è rappresentato in maniera fortemente indeterminata, di modo da non dare indizi per rispondere. Ma una sequenza pur minimale di immagini fortemente indeterminate potrebbe offrire la risposta: se ad esempio si rappresentasse l'uomo con la stessa indeterminatezza ma se ne mostrassero, tenendo fisso lo sfondo, *due* immagini che lo ritraggono in tempi diversi ma prossimi (poniamo t_1 e t_2) allora si capirebbe immediatamente, dalla posizione della figura, se essa stia salendo o scendendo.

tra l'immagine e il suo oggetto"; infatti si può dubitare se si tratti dell'immagine di questo oppure di quell'oggetto» (§ 194). Cfr. G.P. BAKER, P.M.S. HACKER, *op. cit.*, p. 123.

⁽¹³⁾ Che del simbolo si debba dare una connotazione perspicuamente logica, e dell'immagine una connotazione psicologica, o altre connotazioni in entrambi i casi, non tocca il punto del loro comune *funzionamento* segnico.

⁽¹⁴⁾ Si tratta di un brano che non ha uno specifico numero di paragrafo e che nell'edizione da noi utilizzata si trova a p. 75.

Secondo la risposta (B), sarà possibile stabilire se la figura della prima immagine in t_1 scenda o salga la superficie obliqua, solo se sarà fornita una seconda immagine che rispetto alla stessa superficie rilevi in t_2 una differente posizione della figura. Il punto filosofico su cui si concentra questa seconda risposta è chiaro: non c'è *sensu* se non in una dimensione temporale⁽¹⁵⁾. Vale anche per la macchina: ha senso costruirla *ora* per un movimento *futuro*.

9. – A prescindere dai brani di Wittgenstein, a questo punto, dovremmo sottolineare che nessuna macchina ha dei movimenti regolari che non siano *finalizzati* a qualcosa. Abbiamo detto che i movimenti possibili espressi dalla macchina-simbolo sono i suoi movimenti regolari, quelli per cui la macchina è stata concepita e realizzata. Quelli che ne esprimono il “modo di funzionare”. Tanto una macchina è *tecnicamente* apprezzabile, quanto *meglio* di altre realizza un certo fine. «Si potrebbe dire che una macchina ha incorporato, nel suo disegno, buona parte delle decisioni sul modo più efficiente di ottenere un certo risultato che nel caso di un attrezzo sono lasciate alla valutazione di chi lo impiega»⁽¹⁶⁾. Così, il movimento tecnicamente migliore è quello che realizza nel modo più vantaggioso il fine per cui la macchina è stata concepita e costruita. (I criteri di vantaggiosità possono naturalmente variare a seconda delle esigenze, e in principio non v'è ragione perché si escludano considerazioni di ordine estetico o morale, a fianco delle considerazioni latamente “economiche”).

Ma la macchina-simbolo e la macchina reale viaggiano su binari separati? Non è possibile che la realtà della seconda influenzi in qualche modo la logica della prima? Se consideriamo una macchina divenuta incapace di svolgere la propria funzione, quali possibilità reali possiamo veridicamente riconoscerle? E se invece di una macchina costruita avessimo a che fare con una macchina “naturale”? Anch'essa avrebbe un proprio “modo di funzionare”?

10. – Seguono quattro casi di “macchine problematiche” (dove il primo e il secondo presentano il problema della trasformazione del patologico in regolare; il terzo e il quarto, il problema della riduzione del possibile all'attuale⁽¹⁷⁾).

⁽¹⁵⁾ Wittgenstein lo riconosce nelle stesse *Ricerche filosofiche*, al § 663 della prima parte.

⁽¹⁶⁾ M. RICCIARDI, *Artefatti, intenzione e imposizione di funzioni*, in P. Di Lucia (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2003, pp. 109-123, p. 111. Cfr. P. WEISS, *An introduction to a Study of Instruments*, in “Philosophy of Science”, vol. 8, 1941, pp. 287-296.

⁽¹⁷⁾ Come esempio del programma filosofico di riduzione del possibile all'attuale, si può vedere il celebre N. GOODMAN, *Fact, Fiction, and Forecast* (1954), Fourth Edition, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1983, specialmente la parte II (*The Passing of the Possible*).

(1) Se la macchina fosse la macchina che sgranava le pannocchie alcuni decenni addietro e che da allora è ferma nel granaio? Ha ancora in sé il suo “modo di funzionare”? Ha la reale possibilità del suo movimento regolare? O per essa è più reale la possibilità di un movimento patologico? La vecchia impugnatura di legno non sembra capace di sopportare una nuova azione; anche se è in riposo da decenni, sembra sul punto di cedere, sembra *potersi spezzare* non appena la macchina sia messa in moto. Ma allora, in essa è più reale la possibilità del movimento patologico?

(2) Se fosse invece quella macchina che alcuni chiamano *corpo*? Avrebbe in sé determinati modi di funzionare, senza dubbio⁽¹⁸⁾. E potrebbe dirsi che sono in essa “presenti”, anche se non attualmente esercitati. Ma non le stesse e medesime possibilità si predicano *tout court* di un corpo. Infatti, quali sarebbero le possibilità di un corpo invecchiato? Non quelle di un corpo nel pieno del vigore, certo. E la domanda non vuole chiedere quali siano le patologie di un corpo invecchiato: vuole chiedere quali siano le *possibilità reali* di un corpo invecchiato. Cioè, quali siano le possibilità “regolari” del corpo non più giovane (del corpo-simbolo di un funzionamento limitato ed ampiamente esposto al “patologico”).

Se poi ci fosse obbiettato che queste domande non sono che evoluzioni od onde linguistiche — e fraintendimenti — cosa dire di certe nostre pratiche come il raccomandare una *cura* ad un corpo che sembra avere delle possibilità di incorrere in una patologia o vi è già incorso? Se raccomandiamo una cura *ex ante*, non crediamo che il corpo abbia delle *reali possibilità* di incorrere in un male? Quando la raccomandiamo *ex post*, non crediamo che abbia delle *reali possibilità* di vincerlo?

Infine — di un corpo sta per lasciarci, cosa diciamo?

(3) Se invece fosse quella macchina chiamata “macchina di Turing”? E se fosse quella macchina che chiamiamo “computer”? Sono macchine che hanno il loro “modo di funzionare”, senza dubbio⁽¹⁹⁾. Quando diciamo di una macchina di questo tipo che è in grado di eseguire certe istruzioni che hanno una certa forma (i programmi), non diciamo che ha la *possibilità* di effettuare certi “movimenti”, ovvero certe “operazioni”? E se la macchina non

⁽¹⁸⁾ In un’ottica giuridica si può vedere A. PUNZI, *L’ordine giuridico delle macchine. La Mettrie, Helvétius, D’Holbach: l’uomo-macchina verso l’intelligenza collettiva*, Giappichelli, Torino, 2003. Su Helvétius, cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e felicità: la teoria del diritto in Helvétius*, Edizioni di Comunità, Milano, 1979.

⁽¹⁹⁾ Come sarebbe stato *progettato e realizzato* il computer se le disposizioni a funzionare in una certa maniera si riducessero a termini usati per classificare delle entità *attuali*? Ma cfr. N. GOODMAN, *op. cit.*, p. 49; la strategia generale di Goodman è quella di tradurre gli enunciati sul possibile in enunciati sull’attuale, di cui i primi sarebbero le “proiezioni” – vedi in particolare pp. 55, 57. Su macchine e computabilità, cfr. M. FRIXIONE, D. PALLADINO, *Funzioni, macchine, algoritmi: introduzione alla teoria della computabilità*, Carocci, Roma, 2004.

avesse “in sé” il proprio modo di funzionare, perché non potremmo utilizzarla per tutt’altro scopo, o addirittura per lo scopo esattamente contrario (come se potessimo usare una forbice per unire delle parti)? Se non altro, dovremmo dare ragione dell’eventuale fallimento. — Il fallimento, beninteso, non implicherebbe *a contrario* la sussistenza di certe possibilità reali presso la macchina, ma obbligherebbe a decretarne un’incapacità (che lo spirito scientifico chiederebbe di spiegare).

(4) Infine, come si sa, anche la mente (o il cervello) potrebbe essere una macchina sofisticata. Ammettiamo che si tratti di un’entità di cui sono veridicamente predicabili i soli “movimenti” attuali — ad esempio i soli ragionamenti effettivamente elaborati e non delle ipotetiche “capacità di ragionamento”. Sarebbe una posizione convincente? Non possiamo non constatare che vi sono certi “movimenti” che sono “spontaneamente” esercitati, altri che sono appresi ed esercitati, altri che non riescono ad essere appresi né di conseguenza esercitati. Come dare ragione del fatto che la mente riesce ad apprendere e compiere alcune attività, e che altre attività riesce a compierle a fatica, e che altre non riesce a compierle in alcun modo? (Banalmente, si può dare il caso che la mente, o il cervello, non riesca ad eseguire una determinata operazione eseguibile da un computer, né di fatto riesce a bruciare benzina, ma inversamente sa fare cose che un computer o un motore non fanno, ad esempio creare e apprendere un linguaggio).

Se la macchina non avesse in sé alcun modo di funzionare, e se fosse caratterizzata dai *soli* movimenti effettivi, che compie attualmente, potremmo restare stupiti nel vedere che *non realizza* un certo movimento che cerchiamo di farle eseguire, e potremmo ritentare infinite volte di farglielo eseguire, e potremmo fallire per altrettante volte; se non facciamo qualcosa del genere, è perché abbiamo la piena cognizione che la macchina è creata o affinata per certi movimenti (i movimenti regolari) che soddisfano una certa funzione; e se abbiamo l’accortezza di prevenirne i guasti è perché abbiamo la piena cognizione che la macchina è soggetta a possibili movimenti patologici, e perché teniamo a che la macchina continui a svolgere la propria funzione.

Le istruzioni ci indicano come attivarla. «Se il manuale di istruzioni di una macchina [...] ci dice di girare una manopola o di premere un bottone, esso fa affidamento sul fatto che la manopola e il bottone possano essere, rispettivamente, ruotati e premuti, ma anche sul fatto che quei movimenti producano gli effetti desiderati nella macchina, nonché su una quantità di altre cose»⁽²⁰⁾. Se non ci fossero dei *possibili effetti*, che senso avrebbero le regole d’uso, le istruzioni?

⁽²⁰⁾ W. ZELANIEC, *Sull’idea stessa di regola costitutiva*, in P. Di Lucia (a cura di), *Ontologia sociale*, cit., pp. 155-179, pp. 170-171.

11. – Il problema può essere sintetizzato nelle seguenti ipotesi alternative. La prima ipotesi è che una macchina non abbia “in sé” alcun modo di funzionare; la seconda è che lo abbia. Se una macchina non avesse “in sé” alcun modo di funzionare, potremmo farne ciò che vogliamo; ma l’esperienza ci dice che non è così — malgrado i nostri tentativi, la macchina resta incapace di certi movimenti. Se invece avesse “in sé” uno o più modi di funzionare, si potrebbe pensare che non potremmo utilizzarla che per tali attività, come se le sue parti non si potessero muovere altrimenti — «come se non potessero far nulla di diverso» (§ 193). Ma la prima ipotesi è falsificata dall’esperienza — come abbiamo detto — e la seconda è messa in dubbio dal fatto che possiamo affinare o potenziare una macchina fino a farle acquistare capacità nuove (senza che diventi un’altra macchina — si pensi un braccio meccanico, o magari un corpo atletico); ancor di più è messa in dubbio dal fatto che certe “macchine”, ammesso che siano tali, sono capaci di crescita e di sviluppi sorprendenti (si pensi magari al cervello, o al computer). Quindi, se entrambe le ipotesi fossero falsificate, sarebbe difficile non pensare a un’ipotesi intermedia come la seguente: la macchina ha “in sé” determinati modi di funzionare che comunque sono suscettibili tanto di accrescimenti quanto di perdite, secondo le possibilità dell’ingegno che crea la macchina o la sviluppa e secondo le necessità fisiche cui la macchina è vincolata ed esposta.

12. – Torniamo a questo punto, finalmente, alla nostra questione iniziale: quella del diritto come macchina. Cosa dirne alla luce delle considerazioni svolte?

Fra i suoi commentatori, Baker e Hacker⁽²¹⁾ mettono in rilievo un’altra analogia considerata da Wittgenstein (oltre a quella fra movimento di una macchina e uso di un’espressione): dalla considerazione che un certo giudice punisce inesorabilmente inferiamo che la Legge punisce inesorabilmente; questo è un esempio di “superlativo filosofico” (§ 192), come lo sarebbe l’idea di necessità logica. (Il fatto che gli uomini ragionino in certo modo non comporta alcuna “necessità logica”; la necessità logica è per Wittgenstein da intendere come necessità *grammaticale*).

A prescindere dal problematico statuto della necessità logica, una cosa è certa: inferire che la Legge punisce inesorabilmente a partire dal fatto che un certo giudice punisce inesorabilmente è del tutto scorretto⁽²²⁾. Lo è per varie

(21) G.P. BAKER, P.M.S. HACKER, *op. cit.*, pp. 114-116.

(22) Questo ovviamente non significa che sia corretta l’analogia fra macchina ed espressione contestata da Wittgenstein. Contro l’analogia fra i movimenti di una macchina e i significati di un’espressione si può sottolineare che i movimenti di una macchina non dipendono dall’intenzionalità allo stesso modo in cui ne dipendono i significati delle parole.

ragioni, una delle quali è che il soggetto della conclusione (la Legge) è di natura diversa dal soggetto della premessa (il giudice). Eppure, i Realisti scandinavi hanno utilizzato la metafora del diritto come macchina. Wittgenstein nega che l'uso di un'espressione sia assimilabile al movimento di una macchina. Mentre i realisti affermano che il funzionamento del diritto lo sia. «Intentare una causa è come premere il bottone che mette in moto il meccanismo del diritto»⁽²³⁾.

Ma se quanto abbiamo detto è corretto, il diritto è altra cosa. Gli errori in cui possono incorrere i giudici o le autorità applicative del diritto non sono gli errori di una macchina: sono errori *normativi*. Sono errori costituiti dal fatto che non viene realizzato ciò che *avrebbe dovuto essere* in base ad una norma; sono errori provocati dalla debolezza, dalla disattenzione, dall'incuria, dalla malafede, dalla corruzione degli operatori del diritto, i quali avrebbero potuto evitarli o porvi rimedio con una maggiore attenzione, intelligenza, correttezza; sono errori intenzionali nel senso che dipendono da atti umani come il giudicare e il sanzionare; sono errori che sollevano pertanto una forma di responsabilità in capo a chi li commette. Nulla di ciò è vero per gli errori delle macchine e i movimenti patologici su cui ci siamo soffermati sin qui. Una macchina reale può rompersi o fondere. Ma nessuno razionalmente la considera responsabile. Ovviamente possono esserlo i suoi manutentori, o coloro che dovevano occuparsene, avviarla o spegnerla in una determinata circostanza. E si può dire che un movimento patologico non è ciò che la macchina "dovrebbe fare", ma questo non significa imputarvi una responsabilità. Analogamente, un guasto può essere la causa di un incidente o di un danno, ma altra cosa è la sua responsabilità⁽²⁴⁾. — E si può dire che una legge è causa di effetti sociali, ma i loro responsabili sono piuttosto i promotori o sostenitori della legge.

E cosa dire della macchina descritta nel racconto di Kafka intitolato *Nella colonia penale*? Il carattere a dir poco inquietante della macchina, il fatto che serva ad eseguire condanne atroci, il fatto che «al condannato viene scritto sul corpo coll'erpice il comandamento che ha violato»⁽²⁵⁾, il fatto che per il giudice che decide e aziona la macchina «la colpevolezza è sempre fuori discussione»⁽²⁶⁾, non confermano in verità che il male o il bene del diritto dipendono solo e soltanto dagli uomini che lo pongono e lo amministrano?

⁽²³⁾ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 167.

⁽²⁴⁾ Vedi ad es. A. BERNARDI, *La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzionatori*, in "Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia", anno XVI, 2003, pp. 1-45, p. 38 sulla morte di un uomo, locatario di un immobile, per avvelenamento da ossido di carbonio causato da una caldaia difettosa.

⁽²⁵⁾ F. KAFKA, *Racconti*, a cura di E. Pocar, Mondadori, Milano, 1970, p. 290.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 291. Però nel finale del racconto la macchina ha un movimento patologico che sembra il segno di una nemesi.

In sintesi: vi è una specifica normatività del diritto e una generale normatività dei fenomeni intenzionali⁽²⁷⁾. Le tesi cosiddette “disposizionaliste”, secondo cui seguire una regola è avere una disposizione a seguirla, trasformano in descrittivo ciò che è prescrittivo. Perciò Wittgenstein rifiuta l’analogia fra uso di un’espressione e moto di una macchina e dal canto nostro troviamo giusto rifiutare quella fra applicazione del diritto e moto di una macchina⁽²⁸⁾. Ma se guardiamo alle cose (macchine comprese), le tesi disposizionaliste sembrano molto più appetibili.

13. – Ciò che qui abbiamo chiamato “possibilità reali” si legano a quelle che dalla filosofia contemporanea sono chiamate “disposizioni” o “proprietà disposizionali”⁽²⁹⁾. La disposizione a sciogliersi se sciolto nell’acqua è propria dello zucchero. Un bicchiere in vetro ha la proprietà disposizionale della fragilità. E se ne può trovare un esempio interessante nello stesso Wittgenstein, benché questi non sembri incline a riconoscerlo sul piano ontologico. «La procedura, consistente nel mettere un pezzo di formaggio sulla bilancia e nello stabilire il prezzo secondo il peso indicato dalla bilancia, perderebbe ciò che ha di essenziale, se si desse spesso il caso che i pezzi di formaggio aumentassero o diminuissero improvvisamente di volume e di peso senza alcuna causa evidente» (§ 142). Da questo passo, ancora nelle *Ricerche filosofiche*, potrebbe evincersi che gli oggetti in questione, bilancia e formaggio, hanno delle disposizioni determinanti per la procedura in questione. Se ci fosse la *reale possibilità* di un’improvvisa variazione di peso nel formaggio, non avrebbe senso venderlo a peso. Se ci fosse la *reale possibilità* di un’improvvisa alterazione nella bilancia stessa, non avrebbe senso utilizzarla a tale scopo.

⁽²⁷⁾ «The relation of meaning and intention to future action is *normative*, not *descriptive*» (S. KRIPKE, *op. cit.*, p. 37).

⁽²⁸⁾ Cfr. *ivi*, pp. 32-37; ma anche M. DUMMETT, *Wittgenstein’s Philosophy of Mathematics*, in “Philosophical Review”, vol. 68, 1959, pp. 324-348, p. 331; M. MESSERI, *Seguire la regola*, in D. Marconi, *Guida a Wittgenstein*, cit., pp. 151-191, pp. 168-171; A. VOLTOLINI, *Normatività innaturalizzabile*, in “Epistemologia”, vol. 21, 1998, pp. 137-142; nonché, in ambito giuridico, M. BARBERIS, *Seguire norme giuridiche, ovvero: cos’avrà mai a che fare Wittgenstein con la teoria dell’interpretazione giuridica?*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, anno XXXI, 2002, pp. 245-273.

⁽²⁹⁾ Cfr. D.M. ARMSTRONG, C.B. MARTIN, U.T. PLACE, *Dispositions: A Debate*, ed. by T. Crane, Routledge, London and New York, 1996; S. MUMFORD, *Dispositions*, Oxford University Press, Oxford, 1998. Viene discusso se le disposizioni coincidano con determinate proprietà disposizionali di un oggetto o se queste ultime diano luogo a differenti disposizioni; o ancora se le proprietà disposizionali siano riducibili a proprietà categoriche.

La nostra esperienza pratica ci offre un'infinità di esempi analoghi. Perché beviamo acqua anziché cianuro? Prendiamo un bicchiere d'acqua e un bicchiere di cianuro. Non abbiamo bevuto da nessuno dei due, dunque non abbiamo un'esperienza attuale dei loro effetti sul nostro organismo. Tuttavia, ci guardiamo bene dal considerarli equivalenti fino al momento in cui li avremo esperiti, poiché attribuiamo al primo la disposizione a disserterci e al secondo la disposizione ad avvelenarci.

14. – Ciò vale anche in campo giuridico quando si tiene conto di capacità, disposizioni, possibilità reali dei soggetti o delle situazioni su cui intervenire normativamente o rispetto a cui valutare delle responsabilità⁽³⁰⁾.

Se si vuole evitare l'irrazionalità, o l'irragionevolezza, o l'inadeguatezza, il diritto non può non tenere conto delle possibilità reali, delle disposizioni degli oggetti su cui verte la sua regolazione.

A ben vedere, il linguaggio del diritto è ricco di espressioni che designano o presuppongono possibilità, disposizioni, capacità, facoltà. Alcuni esempi basteranno a indicare l'ampiezza di tale fenomeno. La capacità a delinquere (art. 133, II c., c.p.), la pericolosità sociale (art. 203 c.p.), i delitti di comune pericolo (artt. 422-452 c.p.) per il diritto penale. Le varie capacità come la capacità di donare (art. 774 c.c.) o quella di testare (art. 591 c.c.), la facoltà di godere della cosa in usufrutto (art. 981 c.c.), la possibilità di vendere cose future (art. 1472 c.c.) per il diritto civile; ma anche nozioni base come la capacità giuridica (art. 1 c.c.) e la capacità d'agire (art. 2 c.c.)⁽³¹⁾. Si tratta di possibilità e di capacità giuridicamente relevantissime. Rilevanti al punto che senza alcune di esse non avrebbe senso una regolazione della condotta. Che senso avrebbe un diritto penale senza soggetti capaci di delinquere? Che senso avrebbe un diritto civile senza soggetti capaci di agire? E ancora: che senso avrebbe produrre regole per la condotta se tale condotta non fosse *possibile*? Che senso avrebbe prescrivere delle sanzioni se queste non fossero *possibili*? Si considerino queste immaginarie norme giuridiche:

- (1) Chi volerà da Marte a Saturno, dovrà pagare un pedaggio di € 1.000.
- (2) Chi vilipenda la bandiera, dovrà interrompere la propria coscienza per 1 mese.
- (3) Chi cammini sulle acque, dovrà risarcire i pesci che ne subiscano un danno.

⁽³⁰⁾ Anche in campo politico ed economico. Un esempio è A. SEN, *Commodities and Capabilities*, North-Holland, Amsterdam, 1985.

⁽³¹⁾ Per non parlare delle misure cautelari nel diritto processuale o delle misure cui è tenuto l'imprenditore per tutelare la salute dei lavoratori (temi entrambi molto dibattuti in questi tempi).

La prima è insensata in quanto la circostanza antecedente non è (per ora) possibile. La seconda è insensata perché non si vede come un soggetto potrebbe interrompere intenzionalmente la propria coscienza per un mese. La terza è insensata poiché sia l'antecedente sia il conseguente normativo non sono possibili, in quanto nessun uomo può camminare sulle acque e nessun pesce è capace di essere risarcito.

Ma non è tutto. Si pensi a certe recenti misure contro il terrorismo, come il *Terrorism Act* emanato nel Regno Unito nel 2000, l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act* del 2001 o il *Prevention of Terrorism Act* del 2005. Anche prima di tali date erano possibili certe condotte. Il fatto che siano diventate più probabili ha fatto emanare gli atti? Inoltre il diritto rende possibili quegli atti e fatti istituzionali che costituisce. Come si potrebbe essere titolari di un diritto di usufrutto se non esistessero norme che costituiscono tale fattispecie? Diverse capacità, si potrebbe obiettare, non esistono indipendentemente dalle norme che le ascrivono ai soggetti. Ma avrebbe senso ascrivere la capacità di testare a un pesce?

Ora cosa comporta tutto ciò?

15. – Le norme giuridiche sono sensate solo se regolano qualcosa di possibile⁽³²⁾. In che senso di "possibile"? Ontologico e pratico. Si considerino i seguenti enunciati:

- (a) È possibile, in un mondo diverso dal nostro, che Basilio sia immortale.
- (b) È possibile che domani piova.
- (c) È possibile che Teodoro sia stato avvelenato.
- (d) È possibile che Fortunato si dia alla fuga.

La parola 'possibile' non sembra significarvi la medesima cosa. In (a) si dice che in un mondo possibile diverso da quello attuale l'individuo denotato da 'Basilio' ha il carattere dell'immortalità; si tratta di una possibilità meramente logica. In (b) si tratta invece di una possibilità ontologica, cioè di qualcosa che può accadere in questo mondo. Anche i successivi esempi sono di possibilità ontologiche, ma con delle differenze. In (c) si tratta di una possibilità di tipo epistemico, di un problema di conoscenza, di un'ipotesi su un fatto accaduto e che non conosciamo. Mentre in (d) si tratta della possibilità pratica che si verifichi un fatto non ancora accaduto.

⁽³²⁾ In fondo, si tratta del principio già kantiano secondo cui "dovere implica potere". Su tale principio, in particolare cfr. G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963, pp. 108-111. Sulla nozione di "mondi possibili" nella filosofia contemporanea si può vedere P. CASALEGNO, *Filosofia del linguaggio*, Carocci, Roma, 1998, cap. 5. Cfr. in particolare S. KRIPKE, *Naming and Necessity*, Blackwell, Oxford, 1980.

Le norme giuridiche sono sensate quando i loro antecedenti fattuali vertono su qualcosa di ontologicamente possibile (come l'avvelenamento di qualcuno, il vilipendio della bandiera, il trascorrere di un lasso di tempo) e i loro conseguenti normativi su qualcosa di non solo ontologicamente ma anche praticamente possibile (come risarcire un danno, scontare una pena detentiva, esercitare una facoltà).

16. – Dunque, benché sia irriducibile a qualche disposizione, la normatività del diritto non può essere indipendente dalla realtà, in quanto una norma giuridica non avrebbe senso se non regolasse qualcosa di ontologicamente e praticamente possibile. Le possibilità *deontiche* come capacità, facoltà e permessi sono sensate se regolano delle possibilità reali.

Lo mostra, pur in altro contesto, un'altra notissima tesi di Wittgenstein. Si tratta della chiusa del *Tractatus* (cioè della sua proposizione 7). Quella che segue è una traduzione che ne dà Amedeo G. Conte: «Su ciò, di cui non si può parlare, si deve tacere»⁽³³⁾. La proposizione presenta soprattutto due ordini di problemi:

- (1) *cosa* è ciò di cui si dovrebbe tacere giacché non se ne può parlare? — se lo si può identificare, la proposizione viene contraddetta (dal momento che se ne parla sensatamente, avendolo identificato); se non lo si può identificare, il doverne tacere è un truismo (di ciò che non si sa e non si può sapere, non si dice propriamente nulla)⁽³⁴⁾;
- (2) “non-potere” e “dovere” devono avervi significati diversi se non si vuole che la proposizione abbia un esito tautologico — “su ciò di cui non si può parlare, non si può parlare”, oppure “su ciò di cui non si deve parlare, non si deve parlare”.

⁽³³⁾ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus* (1921), ed. it. a cura di A.G. Conte, Torino, Einaudi, 1998, p. 109. Nel testo tedesco, il verbo qui tradotto come “dovere” è il verbo *müssen*, che come è noto si contrappone al verbo *sollen*, giacché il secondo ha un carattere *deontico* e il primo un carattere *ontico*; tuttavia, si può sostenere che Wittgenstein abbia introdotto volutamente un'ambiguità, che forse è consigliabile non violare; se invece si propendesse per il significato ontico, la proposizione 7 diverrebbe una tautologia, che d'altronde potrebbe avere una giustificazione pragmatica – come quando si ripete qualcosa a chi non sembra o non vuole capire. Per numerosi esempi di traduzione della proposizione 7 e per i relativi problemi concettuali, cfr. A.G. CONTE, *Forme di Wittgenstein*, ivi, pp. vii-xlviii, pp. xi-xiii, nonché ID., *Fenomeni normativi: un'indagine non-filosofica*, in “Analisi e diritto 2006”, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 75-90, pp. 85-86. Sulla questione vedi anche, fra gli altri, H. PUTNAM, *Pragmatism. An Open Question*, Blackwell, Oxford, 1995, p. 40.

⁽³⁴⁾ In breve: ha senso dire di non dire ciò che non si può dire? Se non si può per necessità, non ha senso; se non si può per opportunità, significa che comunque si può dire. Su truismi e tautologie, cfr. P. NERHOT, *La fenomenologia della filosofia analitica del linguaggio ordinario*, Cedam, Padova, 1998, p. 377 ss.

Pertanto una prima parafrasi non-tautologica potrebbe esserne la seguente: il “non-poter-parlare” rappresenta un’impossibilità ontologica, mentre il “dover-tacere” rappresenta una prescrizione negativa (che propriamente sia un divieto, un consiglio, o un programma, qui poco importa: importa il suo carattere deontico, il suo significare qualcosa come “su ciò di cui non si può parlare, impegniamoci a tacere”).

Ma avrebbe senso prescrivere di non parlare di ciò di cui ontologicamente non si può parlare? Allora una seconda parafrasi non-tautologica della proposizione potrebbe essere questa: l’impossibilità rappresentata dal “non-poter-parlare” è un’impossibilità di carattere epistemico, risultante in qualcosa come “su ciò che non sappiamo, dobbiamo tacere”; è vero che la proposizione così parafrasata incontra il senso comune, come è vero che arresterebbe la ricerca ove fosse applicata in maniera sistematica — se da sempre fosse stata applicata, avrebbe impedito qualsiasi conoscenza. Quale interpretazione darne allora? Tutte le possibili parafrasi della proposizione comportano delle diverse inferenze da cui trarla o da trarne⁽³⁵⁾. Qui non siamo in grado di indicarne una come quella senz’altro corretta. Ma la parafrasi in cui la prescrizione negativa è collegata a un’impossibilità epistemica (ma pur sempre a una possibilità ontologica) sembra più sensata di quella in cui la prescrizione è collegata a un’impossibilità ontologica. E il medesimo principio vale per ogni genere di norme, comprese quelle del diritto.

In conclusione la normatività del diritto è indipendente dalla realtà, in quanto il diritto non è una macchina riducibile a un insieme di movimenti o disposizioni; ma vi è anche dipendente in quanto una norma giuridica non avrebbe senso se non regolasse qualcosa di ontologicamente e praticamente possibile. In cosa consista però questa insensatezza e in cosa questa parziale dipendenza delle norme dalla realtà, è arduo a dirsi.

ABSTRACT

The paper asks whether it is correct to represent the law as a sort of machinery. It provides an analysis of some remarks made by Wittgenstein on the issue whether the use of a word is analogous to the movement of a machine: as Wittgenstein denies that it is such, here it is denied that the law is such, for it has a normative character. However, the paper denies that the normativity of the law can be independent from reality, since a legal norm could not make sense if it would not regulate something possible from an ontological and practical point of view.

⁽³⁵⁾ Per una semantica inferenziale in ambito giuridico, cfr. D. CANALE, *Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico*, in “Ragion pratica”, n. 25, 2005, pp. 301-334; D. CANALE, G. TUZET, *On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?*, in “Ratio Juris”, vol. 20, 2007, pp. 32-44.

Questo scritto si chiede se sia corretto rappresentare il diritto come una macchina. A tal fine analizza alcuni brani di Wittgenstein in cui è discusso se l'utilizzo di un'espressione linguistica sia analogo al moto di una macchina: così come Wittgenstein nega che lo sia, qui si nega che lo sia il diritto, in virtù del suo carattere normativo. D'altro canto, l'articolo nega che la normatività del diritto sia indipendente dalla realtà, in quanto una norma giuridica non avrebbe senso se non regolasse qualcosa di ontologicamente e praticamente possibile.

ENRICO MAESTRI

VITA CONTRO LIBERTÀ.
SCELTE TRAGICHE E AUTONOMIA PERSONALE
NEL PENSIERO BIOETICO DI RONALD DWORKIN

“Perché, al di là di ogni morale, c'è in me, fortissimo e potentissimo, il senso della santità della vita, davvero di ogni singola vita. Quando si tratta di questo, ogni attacco, per brutale e raffinato che sia, è destinato a fallire”

E. Canetti, La tortura delle mosche

“I nostri piedi affondano ancora nella melma biologica, anche quando alziamo la testa nell'aria della consapevolezza”

J. Huxley, Il sistema umanistico

SOMMARIO — *Premessa* — “Bios” versus “Zoé” — Individuare un “Common Ground” — *Che cosa è sacro I: una sacralità ad hoc* — *Che cosa è sacro II: il valore intrinseco* — *Il bruco e la farfalla* — *Ritorno a “Bios” versus “Zoé”*.

Premessa — La nozione del “valore della vita” soffre di un forte grado di ambiguità e di complessità semantica. Nel dibattito etico e specialmente in quello bioetico, che hanno a che fare con questioni di vita e di morte, si invoca spesso il valore della vita. Le discussioni sull'aborto, sull'eutanasia, sul suicidio, sulla fecondazione artificiale, sulla ricerca delle cellule staminali embrionali e così via implicano una determinazione dei criteri conoscitivi e pratici che attribuiscono valore alla vita.

Se si afferma che la vita è un valore in ogni condizione, significa che esiste una soggettività⁽¹⁾, la quale ritiene di assegnare un valore al bene-vita in ogni

⁽¹⁾ Osserva Francesco Viola che “una soggettività è il destinatario specifico del valore come qualità relazionale. Senza soggettività non vi sono valori, perché non sarà possibile intenzionare l'astratto, ma senza modelli ideali non vi potrà essere alcuna soggettività pensante”; cfr. F. VIOLA, *Oggettività e verità dei valori morali*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 1/2001, p. 10 (periodico reperibile on-line).

condizione. Al contrario, è possibile presupporre, a seconda della teoria etica adottata, che la vita subisca un processo di gerarchizzazione valoriale, attraverso la rilevanza di fattori determinanti il valore della vita in specifiche condizioni.

Nella discussione bioetica, spesso, vengono avanzate queste domande: quanto vale la mia vita in una data condizione? Vale la pena di continuare a vivere in certe condizioni? Le risposte a queste ed analoghe domande indicano che il valore della vita viene gerarchizzato rispetto al verificarsi di determinate condizioni esistenziali.

Tra coloro i quali hanno approfondito le questioni bioetiche — dall'aborto all'eutanasia —, partendo dall'idea centrale della sacralità della vita umana, deve essere annoverato il filosofo Ronald Dworkin.

La complessità e l'originalità del pensiero bioetico di questo filosofo americano si reggono su una premessa normativa generale secondo la quale le argomentazioni bioetiche sarebbero, in ultima istanza, argomenti vertenti sulla natura della tutela da attribuire al valore della vita⁽²⁾. Questa tesi avrebbe il vantaggio di solidificare un terreno sabbioso come quello bioetico poiché cementerebbe le singole questioni bioetiche su un *Common Ground* condiviso nello spazio pubblico: nessuna persona ragionevole, ad avviso di Dworkin, può contestare l'intuizione primitiva umana secondo la quale la vita ha un valore intrinseco ed oggettivo per (quasi) tutti gli esseri umani.

Lo scopo primario di questo contributo è quello di proporre una riflessione critica sulle modalità di articolazione e di giustificazione adottate da Dworkin per costruire la sua tesi generale.

Devo segnalare, prima d'iniziare l'analisi dell'*argomento di Dworkin*, che le mie riflessioni non avranno ad oggetto il diritto fondamentale alla vita, la titolarità di questo diritto, il diritto della donna ad abortire e i limiti dell'aborto: ciascuno di questi problemi è strettamente connesso all'assunto generale secondo cui la vita è sacra. Ma ritengo che per l'economia di questo scritto sia opportuno soffermarsi sulle implicazioni e sui problemi di chiarificazione che derivano solo dall'*argomento di Dworkin*.

(²) Questo punto viene opportunamente sottolineato da Sebastiano Maffettone, il quale tenta, però, di ridimensionare la tesi dworkiniana sulla sacralità della vita, affermando che questa idea può essere sostituita, "se si preferisce una maggiore prudenza semantica, dal fatto che la maggior parte di noi assegna alla vita un notevole valore e intende assicurarle quindi un'adeguata tutela". Ma Dworkin non afferma mai che la vita è di notevole valore, ma ribadisce innumerevoli volte che la vita umana è sacra. L'operazione di relativizzazione semantica proposta da Maffettone svuota di significato l'argomento di Dworkin, indipendentemente dal fatto che Dworkin riesca effettivamente a spiegare perché la vita umana debba essere considerata sacra.

Cfr. S. MAFFETTONE, *Il valore della vita. Un'interpretazione filosofica pluralista*, Mondadori, Milano, 1998, p. 57.

“Bios” versus “Zoé” — Nel saggio *L'etica e la buona morte*, Massimo Reichlin, filosofo morale e bioeticista, afferma che “nessun filosofo ha mai ritenuto la vita fisica un bene di valore tale da non potere essere posto a rischio, o anche sacrificato, per un valore spirituale più alto”⁽³⁾.

Nella contemporaneità occidentale il rispetto della vita umana si fonda su un principio derivato da considerazioni più fondamentali, moralmente rilevanti, rispetto al criterio vitalistico della sussistenza della mera vita biologica. Come è stato fatto notare da Maurizio Mori⁽⁴⁾, l'affermazione del pluralismo etico contemporaneo ha prodotto l'abbandono del paradigma monista cristiano (ed in particolare cattolico) che prevedeva la coestensività (ma non l'identità) tra vita naturale e vita personale, riconfigurando l'antico dualismo tra *zoé* e *bios* all'interno di un generale modello filosofico ed epistemologico (indicato efficacemente da Umberto Eco con l'espressione metaforica di “Rubicone morale”), in cui è presente una costante ossessione della cultura filosofica occidentale a segnare i confini tra essere e dover essere, tra corpo e mente, tra natura e cultura, tra necessità e libertà, tra fatto e valore, tra comprensione e spiegazione, tra descrizione e prescrizione, tra diritto e morale.

Il rifiuto di pensare che “il mondo dell'essere” esprima valori anche in bioetica viene confermato da un filosofo intuizionista come Frankena secondo il quale “it is doubtful that anyone ever really believed that *mere living* is good or worth doing in the sense of holding either that life is good in itself, no matter how it is qualified, even if it is painful and vicious, or that mere living is so, even if or when it is unconscious and contains no pleasure or pain, hope or fear, aspiration or achievement”⁽⁵⁾.

⁽³⁾ M. REICHLIN, *L'etica e la buona morte*, Edizioni di Comunità, Torino, 2002, p. 45.

⁽⁴⁾ Cfr. M. MORI, *La bioetica: la risposta della cultura contemporanea alle questioni morali relative alla vita*, in C. A. VIANO (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, p. 193 dove si legge: “in particolare la nuova cultura che si sta diffondendo in Occidente esclude un aspetto che nella cultura tradizionale era centrale, e cioè la concezione del mondo che vede l'universo come una *grande catena dell'essere* ordinata secondo un piano cosmico, per cui l'uomo è al vertice della creazione e il corpo umano è dotato di una intrinseca teleologia naturale”.

Noto soltanto che Mori mette sullo stesso piano due modi diversi di concepire come moralmente rilevante la vita biologica umana. Il primo è teologico, il secondo è naturalistico, e non sono certo che quest'ultimo faccia parte di una superata concezione etica.

⁽⁵⁾ W. K. FRANKENA, *The ethics of respect for life*, in O. TEMKIN, W. K. FRANKENA, A. H. KADISH, *Respect for life*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1977, p. 29.

In particolare, secondo la tesi centrale, che si impone presso i filosofi di impostazione utilitaristica⁽⁶⁾, la vita biologica, cioè il mero "essere vivi" (*being alive*), rappresenta la condizione strumentale per "avere una vita" (*having life*) significativa e pienamente realizzata sul piano personale.

Questa tesi, che radicalizza l'antico dualismo tra sacralità della vita e qualità della vita, è sviluppata, in modo paradigmatico, dalla teoria morale di James Rachels, il quale afferma l'opportunità morale di distinguere nettamente la vita biologica dalla vita biografica⁽⁷⁾.

Il punto d'attacco dell'argomentazione di Rachels consiste nel far proprio il principio di simmetria morale, originariamente avanzato da Michael Tooley⁽⁸⁾, in forza del quale vi sarebbe equivalenza morale tra un atto diretto ad uccidere e l'omissione di un atto in grado di salvare la vita, perché il risultato a cui pervengono le due azioni è il medesimo.

Se, dunque, non vi è differenza morale tra *uccidere e lasciar morire*, anche se sotto il profilo psicologico del senso comune (o intuitivo) può essere ritenuta più riprovevole la prima azione, ne segue che l'eutanasia, attiva o passiva, volontaria od involontaria, deve essere permessa in quei casi in cui la morte non appare un male per la persona che muore.

Non è, perciò, moralmente significativo che il medico lasci morire il paziente interrompendo le cure o che lo uccida con una iniezione, ciò che conta è stabilire se la morte del paziente costituisca oppure no un beneficio per lui.

Ma, per poter asserire che la morte non sempre è un male per chi la riceve, Rachels ritiene che si debba distinguere in maniera radicale tra *l'essere vivi*, cioè vivere in senso meramente biologico, e *avere una vita*, cioè essere il soggetto di una biografia, di una storia personale, di un'esperienza di senso.

⁽⁶⁾ Si veda P. SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Il Saggiatore, Milano, 1996; H. KUHSE, *The Sanctity of Life Doctrine in Medicine. A critique*, Clarendon Press, Oxford, 1987; J. HARRIS, *The Value of Life*, Routledge, London, 1985. Ma vedi anche R. M. HARE, *Essays on bioethics*, Clarendon Press, Oxford, 1993; il terzo capitolo di J. RAZ, *I valori tra attaccamento e rispetto*, Diabasis, Reggio Emilia, 2003.

⁽⁷⁾ Il mio riferimento a James Rachels deriva dalla constatazione, comunemente accettata nella letteratura bioetica, che la sua posizione teorica rappresenta in modo esemplare la dicotomia tra disponibilità ed indisponibilità della vita, tra sacralità e qualità della vita. Questa dicotomia, se riletta nella prospettiva dell'etica e del linguaggio dei diritti, contrappone il diritto alla vita al diritto alla libertà personale.

⁽⁸⁾ M. TOOLEY, *Aborto e infanticidio*, in G. FERRANTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Introduzione alla bioetica*, Liguori, Napoli, 1992, pp. 25-55. Il principio descritto viene chiamato da Tooley principio di simmetria morale di azione e di omissione. Con esso Tooley pretenderebbe di dimostrare che è falsa la tesi secondo cui l'obbligo di astenersi dall'uccidere è più importante dell'obbligo di salvare vite. Secondo Tooley, a parità di motivazioni identiche, le due azioni sono moralmente identiche.

Rachels afferma che “essere vivi in senso biologico è relativamente poco importante. La nostra vita, al contrario, è immensamente importante; è la somma delle nostre aspirazioni, decisioni, attività, progetti e relazioni umane”⁽⁹⁾.

Questa tesi implica che il tradizionale divieto di uccidere intenzionalmente deve essere reinterpretato da cima a fondo. Ciò che ha valore è la vita biografica umana, cioè l'insieme delle esperienze che il soggetto include nel suo racconto esistenziale⁽¹⁰⁾, ed è verso questo tipo *qualificato* di vita che vale il divieto assoluto di non uccidere e il più generale principio della sacralità della vita.

Quando, invece, una vita umana non ha o perde “alcune capacità mentali piuttosto sofisticate”⁽¹¹⁾, che la rendevano una vita biografica, allora la regola “non uccidere” non ha alcun senso. “Se lo scopo della regola — osserva Rachels — contro le uccisioni è la protezione della vita, possiamo osservare che in alcuni casi uccidere non implica la distruzione di una vita. Una persona in coma irreversibile, o un bambino con malformazioni tali da impedirgli uno sviluppo adeguato, non è il soggetto di una vita. [...] In tali casi la regola che vieta di uccidere non ha senso”⁽¹²⁾.

L'essere vivi è importante se, e solo se, consente di avere una vita, di essere *vite* in senso biografico. Se questo non è possibile, perché l'essere vivi manca della “capacità cruciale” di vivere una vita, allora “è indifferente per il soggetto di tale vita vivere o morire”⁽¹³⁾.

Di fronte a corpi umani viventi, quali vegetali umani, neonati malformati, malati terminali e vite subnormali⁽¹⁴⁾, la morte non può essere considerata un male perché non preclude la capacità di vivere, cioè la realizzazione di possibilità, di desideri, di opportunità.

Pertanto, è ammissibile l'eutanasia (sia essa volontaria, involontaria o non volontaria) quando essa non preclude alcuna possibilità per lo sviluppo della vita biografica⁽¹⁵⁾.

⁽⁹⁾ J. RACHELS, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Sonda, Torino, 1989, p. 11.

⁽¹⁰⁾ Si veda un interessante articolo, apparso nel numero monografico di *The Journal of Ethics* dedicato al pensiero di Rachels, che ricostruisce la genesi e lo sviluppo del concetto di vita biografica elaborato da Rachels; cfr. W. RUDDICK, “*Biographical Lives revisited and extended*”, in *The Journal of Ethics*, 9, 2005, pp. 501-515.

⁽¹¹⁾ J. RACHELS, *op. cit.*, p. 40.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 35.

⁽¹³⁾ Ivi, p. 33.

⁽¹⁴⁾ Questi quattro tipi di vita sono esattamente quelli citati da Rachels nel suo saggio quali esempi di vita “solo” biologica.

⁽¹⁵⁾ “Dove la vita biografica di una persona è finita, o dove non esistono prospettive di vita biografica, non c'è scopo a insistere perché venga conservata la

Il concetto di vita moralmente rilevante è, dunque, solo quello biografico; l'essere vivi è una condizione necessaria ma non sufficiente affinché la vita abbia valore⁽¹⁶⁾; l'essere "umani vivi" non ha alcun significato morale, ciò che conta non è l'appartenenza ad una specie biologica, ma il possesso di determinate caratteristiche individuali, "che rende gli esseri moralmente speciali" siano essi uomini, canidi o extraterrestri.

Come si può facilmente arguire, si tratta di un'impostazione teorica ancorata ad un rigidissimo dualismo, tanto da sfiorare (o forse realizzare) una forma di dualismo manicheo (da un lato il bene, dall'altro il male), che comporta, però, nel processo di ripensamento del valore della vita, una *reifificazione* della vita biologica⁽¹⁷⁾; si tratta di un'immaginazione filosofica in cui le facoltà cognitive superiori e quelle emotive finiscono per essere una sorta di "spettro nella macchina"⁽¹⁸⁾ del corpo umano; si tratta però, a mio avviso, anche di una inaccuratezza epistemica nello stabilire se i segni vitali non giustifichino la presenza di una sostanza vivente, la carne dell'uomo, che forse è, biologicamente e filosoficamente, qualcosa di più di un minerale, di una roccia o di un extraterrestre.

C'è, peraltro, da rilevare una contraddizione paradossale rispetto all'assunzione della tesi generale: si afferma, infatti, che il dato biologico non ha rilevanza morale, ma il giudizio normativo, secondo il quale un soggetto non ha più una vita biografica, deriva proprio dalla constatazione fattuale di un encefalogramma piatto che conferma la perdita (o l'assenza) della coscienza.

Se il *gap* tra fatti e valori giustifica la distinzione tra vita biologica e vita biografica, allora Rachels è costretto a dimostrare come sia possibile che un dato scientifico determini un valore. Questo tentativo viene sviluppato da Rachels in un suo saggio dal titolo *Creati dagli animali*, in cui la tesi dell'importanza di rispettare lo *status* morale degli animali non umani si

vita biologica. Questo principio porta all'accettazione dell'eutanasia non-volontaria così come di quella volontaria"; J. RACHELS, *op. cit.*, p. 188.

(16) Vedi anche W. Frankena, secondo il quale "it is true that life is, at least while we are on earth, a necessary condition of our enjoyment or achievement of value or disvalue"; cfr. W. K. FRANKENA, *op. cit.*, p. 29; J. Raz, per il quale l'esistenza umana appare come una "precondizione del bene, solitamente un bene condizionato [...] il valore dell'essere, o rimanere in vita dipende dal contenuto della medesima vita, contenuto che può renderla buona, cattiva o indifferente"; cfr. J. RAZ, *op. cit.*, pp. 69-70.

(17) A parere di Anne MacLean, "So from the standpoint of value or worth an individual being is treated in the bioethical account as a *reified* life; what he is (a man, a dog), as opposed to the kind of life he can lead, is irrelevant to his moral status or standing"; cfr. A. MACLEAN, *The Elimination of Morality. Reflections on Utilitarianism and Bioethics*, Routledge, London, 1993, pp. 127-128.

(18) Parafraso qui l'accusa che Ryle mosse tre secoli dopo al dualismo di Cartesio. Il suo saggio rappresenta un classico della filosofia della mente: G. RYLE, *Lo spirito come comportamento*, Einaudi, Torino, 1955.

basa sulla conoscenza fattuale scaturita dalla teoria dell'evoluzione di Darwin.

La risposta di Rachels è questa: “nel fornire ragioni non si è obbligati a sostenere che i fatti comportano logicamente il giudizio di valore, si deve solo sostenere che essi forniscono buone ragioni perché si accetti il giudizio”⁽¹⁹⁾.

Se questa risposta è accettabile, come io penso che sia, allora la *Legge di Hume*, (secondo la quale da fatti non si possono inferire valori) invocata dallo stesso Rachels per non dare rilevanza morale alla vita biologica, non è più in grado di giustificare il suo stesso argomento.

O si ammette sempre e in tutti i casi in discussione che la *Legge di Hume* è superabile se si forniscono buone ragioni oppure si dichiara la cogenza della *Legge di Hume* nelle argomentazioni morali.

Se si segue la prima ipotesi allora non vale la radicale dicotomia di Rachels perché essa si appoggia sulla *Legge di Hume*. Se si segue la seconda ipotesi non vale il secondo argomento di Rachels secondo il quale le buone ragioni (come quelle degli animalisti) possono superare la *Legge di Hume*. Se poi si decide di cambiare strategia argomentativa e di giustificare la dicotomia *zoé/bios* sulla base di “buone ragioni”, resta salva la possibilità che anche Rachels incorra nella “ghigliottina di Hume”, da lui stesso invocata per negare valore alla mera sussistenza della corporeità umana.

La narrazione filosofica di Rachels è, dunque, una reiterata affermazione che il valore della vita deriva non da ciò che uno è, ma da ciò che uno dovrebbe iniziare o dovrebbe continuare ad essere: le capacità o le qualità essenziali che l'uomo esprime (o ha) sono i parametri che rendono la sua vita degna di essere vissuta. In Rachels, come poi in tutta la bioetica utilitaristica radicale, alberga un'ontologia del valore che condiziona la vita umana dall'essere di valore solo in modo funzionale⁽²⁰⁾.

Lo slittamento del concetto di vita verso quello trascendentale e non-naturalistico di persona, che questo tipo di bioetica invita a compiere (come peraltro fa anche la bioetica cattolica)⁽²¹⁾ forse perde di vista la possibilità che esista uno spazio biofilosofico in cui indagare le *qualità inerenti* alla vita biologica, cioè *che cosa* rende sostanziale e non modale (o funzionale) la

⁽¹⁹⁾ J. RACHELS, *Creati dagli animali. Implicazioni morali del darwinismo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994, p. 113.

⁽²⁰⁾ Osserva in modo critico Francesco Viola che la concezione di Rachels è operativa, nel senso che “i sostenitori della concezione operazionale valorizzano la vita solo se di fatto può esercitare certe potenzialità e avere determinate opportunità”; cfr. F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Bari-Roma, 1997, p. 36.

⁽²¹⁾ La tesi secondo la quale la bioetica laica e la bioetica cattolica non possono fare a meno del concetto moralmente rilevante di persona è opportunamente argomentata e criticata nel saggio di R. ESPOSITO, *Terza persona*, Einaudi, Torino, 2007.

dignità dell'essere umano; l'opzione contraria conferma il modello dicotomico ma finisce irreversibilmente per approfondire il solco tra natura umana e persona: "il fenomeno culturale a cui assistiamo — osserva Viola — è quello della separazione della persona dalle sue basi naturali, cioè dall'uomo. [...] Il diffondersi di una concezione non naturalistica della persona, per cui essa non è legata a determinati soggetti o ad una specie naturale [...] si accompagna con la sua desoggettivizzazione" (22).

Se la strategia argomentativa di Rachels è finalizzata a radicalizzare la dicotomia tra vita biologica e vita biografica (23), quella adottata da Ronald Dworkin nel suo saggio *Il dominio della vita* appare (almeno di primo acchito) un tentativo di riconciliare modi opposti di considerare moralmente significativa la vita umana nelle questioni bioetiche.

Il suo punto d'attacco è sorprendente e ha lo scopo di neutralizzare posizioni teoriche che fino ad allora si pensavano diametralmente opposte (24).

Dworkin, inserendosi nel dibattito relativo alla liceità dell'aborto e dell'eutanasia, ritiene, adottando un'argomentazione morale coerentista, che esista "un'interpretazione laica, così come una religiosa, dell'idea che la vita umana è sacra" (25). A parere di Dworkin la vita è sacra o inviolabile in quanto essa ha un valore intrinseco e non strumentale.

Accogliere l'affermazione secondo cui la tesi centrale nel dibattito sull'aborto riguarda il valore intrinseco della vita, permetterebbe, secondo Dworkin, di rendere coerente un ventaglio non solo di posizioni conservatrici (*conservatives*), ma anche di quelle liberali. Osserva Dworkin che "finché la disputa è posta in termini di opposizione, le due parti non possono discutere insieme, perché non hanno niente su cui discutere, niente per cui essere ragionevoli. Gli uni pensano che il feto umano sia già un soggetto morale, un

(22) F. VIOLA, *La specificità dell'uomo e i diritti degli animali*, in Fondazione Rui 70, 1998, p. 4; testo reperibile on-line.

(23) La dicotomia rachelsiana viene difesa e assiomatizzata da Maffettone che parla di "Vita 1" per intendere la versione naturalistica della vita e di "Vita 2" per intenderla in "termini culturalistici"; cfr. S. MAFFETTONE, *Il valore della vita*, op. cit., p. 302ss.

(24) Caterina Botti nel suo libro *Bioetica ed etica della donna*, che considero un contributo tra i più significativi della letteratura bioetica italiana, osserva che Dworkin "assume un'impostazione apparentemente molto diversa: egli sostiene che si debba riconoscere da parte di tutti un valore intrinseco alla vita umana a ogni suo stadio"; C. BOTTI, *Bioetica ed etica delle donne. Relazioni, affetti e potere*, Zadig, Milano, 2000, p. 61.

(25) R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994, p. 270. D'ora in avanti citerò questo saggio con la sigla DV seguita dal numero della pagina da cui traggio la citazione riportata nel testo.

bambino non nato, fin dal momento del concepimento. Gli altri pensano che un feto appena concepito sia un mero insieme di cellule sotto la direzione non di un cervello, ma solo di un codice genetico, non ancora un bambino, non più di quanto un uovo appena fecondato sia una gallina. Nessuna delle due parti in conflitto può offrire un argomento che l'altra sia costretta ad accettare" (26).

L'argomento coerentista se adottato, come Dworkin ritiene di fare, permetterebbe di uscire da questa *impasse*. Dworkin usa la metodologia coerentista per saggiare se nel dibattito sull'aborto o sull'eutanasia i principi morali presupposti siano adeguati alle credenze e alle risposte di senso comune che vengono avanzate nel dibattito deliberativo. Così, ad avviso di Dworkin, è coerente con una credenza ampiamente accolta nella discussione pubblica affermare che la vita umana è sacra ma che al feto non spetti la tutela del diritto alla vita: "la credenza che il principio corretto sia quello del valore intrinseco della vita umana è coerente con un ampio numero di credenze accettate; è coerente con la credenza che l'aborto non debba essere legalmente vietato, in virtù del giudizio largamente condiviso, per cui ciascuno deve poter decidere con la propria coscienza su questioni di valore" (27).

Individuare un "Common Ground" — Il punto di partenza è, dunque, quello di far proprio il punto di vista secondo il quale "la grande maggioranza delle persone che hanno forti convinzioni riguardo all'aborto, liberali quanto conservatori, crede, almeno intuitivamente, che la vita di un organismo umano abbia valore intrinseco in qualsiasi forma si manifesti, anche in quella estremamente poco sviluppata di un embrione appena impiantato nell'utero" (28).

Questa affermazione è importante perché dimostra innanzitutto che Dworkin (almeno *prima facie*) si distacca nettamente dalla tesi dicotomica di Rachels e ribadisce che il principio di sacralità della vita è ancora in grado di coagulare attorno a sé, cioè attorno ad un minimo comun denominatore — la vita di ciascun organismo umano —, quella complessità di forme di vita e quella eterogeneità dei beni morali che contraddistinguono il pluralismo etico della società occidentale contemporanea (29).

(26) Ivi, pp. 12-13.

(27) E. BACCARINI, *Questions of Life and Death*, Research Support Scheme, Praha, 2000, p. 30.

(28) DV, p. 94.

(29) È opportuno mettere in evidenza che, in una piccata replica a Massimo Reichlin, sostenitore della tesi secondo la quale l'espressione "bioetica laica" non è in grado di rappresentare una pluralità di bioetiche laiche non necessariamente fondate sul concetto di qualità della vita, Giovanni Fornero sostiene la correttezza metodo-

Egli, infatti, non afferma che la vita umana ha valore se e solo se sorregge un piano di autorealizzazione di ciascuna esistenza personale, ma, alla stregua del modo laico e non teistico di intendere il principio di sacralità della vita, sostiene che dove si ha vita umana, ovviamente nella forma di un organismo umano individuale ed indipendentemente dal suo grado di sviluppo, si deve riconoscere ad essa un valore intrinseco, senza la necessità sia di reperire il criterio giustificativo di tale valore esternamente da essa sia di attenersi alle decisioni convenzionalmente assunte da altri. Ad avviso di Dworkin, infatti, “quasi tutti condividiamo l’idea che la vita umana ha un valore intrinseco oggettivo del tutto indipendente dal suo valore personale per ognuno”⁽³⁰⁾.

Sembrirebbe (il condizionale è d’obbligo, come apparirà chiaro in seguito), dunque, che Dworkin abbia deciso di non seguire la strada tracciata dai filosofi, i quali ritengono di dare valore alla vita solo se di essa si può trattare di persona morale in termini ontologici o essenzialistici, poiché tutti i tentativi di rispondere alla domanda su “chi (o che cosa) è persona morale” sono sfociati in una discussione metafisica dalla quale si è prodotta una paralisi deliberativa circa le ragioni per agire nei dilemmi bioetici.

Dal “pantano metafisico”, assolutamente non questionabile⁽³¹⁾, l’uscita di sicurezza consiste nell’aggirare una controversia che può rivelarsi in ultima

logica insita nella dicotomia bioetica laica e bioetica cattolica indicando proprio in Dworkin l’esempio di un filosofo laico che solo apparentemente ritiene che la qualità della vita non sia un parametro ineludibile e decisivo per connotare la bioetica, perché finisce poi per eleggere il criterio biografico-qualitativo come decisivo nelle scelte di vita e di morte.

In effetti, tutto lo sforzo argomentativo di Dworkin è teso a convincere della familiarità dell’idea della sacralità della vita, del suo essere un luogo comune intelligibile a tutti: la convinzione che esistano entità che hanno valore sacro, indipendentemente dall’utilità che se ne ricaverebbe usandole.

La nota opposizione dworkiniana all’utilitarismo etico trova qui, sul terreno bioetico, una connessione concettuale: la tutela della vita umana intesa come aspettativa etica pubblica, non può essere rappresentata in termini di interessi bensì in termini di valore intrinseco. Rimane, pur sempre il problema di capire se veramente la tesi di Dworkin rappresenti la via mediana attraverso la quale superare l’*impasse* tra bioetica laica e bioetica cattolica o non sia, piuttosto (anticipando in parte le conclusioni della mia riflessione) un raffinato *escamotage* retorico per dissimulare, dietro il concetto di bene premorale intrinseco, una nozione di sacralità *ad hoc* in cui la fonte del valore non è né intersoggettiva né oggettiva, bensì soggettiva e quindi, in ultima istanza, giustificata sulla base di un interesse personale da parte del soggetto umano che possiede un grado tale di autonomia che gli consente di farlo valere.

Sulla discussione tra Reichlin e Fornero, rinvio a M. REICHLIN, *Cattolico e laico: i limiti di una dicotomia abusata*, e a G. FORNERO, *Risposte ai critici*; in *Bioetica*, 1, 2007, pp. 83-92, 112-136.

⁽³⁰⁾ DV, p. 91.

⁽³¹⁾ Secondo lo “Stand-Off Principle”, avanzato da Judith Thomson, è assolutamente equivalente in termini metafisici dire che il feto è persona o dire parimenti che non lo è: l’aborto sarebbe comunque moralmente lecito.

analisi trascendente, facendo appello al semplice senso comune, cioè al convincimento primitivo⁽³²⁾ che tutti gli esseri umani possiedono, secondo il quale la vita di ogni essere umano ha un valore inviolabile.

Il tentativo dworkiniano di elaborare una soluzione ecumenica⁽³³⁾, che renda cioè “possibile una responsabile ricomposizione giuridica della controversia, che non offenda e non screditi alcun gruppo che ognuno possa accettarla mantenendo il pieno rispetto di sé”⁽³⁴⁾, si basa su una presupposizione, che ad avviso di Dworkin può essere accettata da tutti, su una sorta di *idea innata ontico-normativa*, molto astratta, la cui genericità è facilmente riconoscibile e accettabile da chiunque si identifichi nella tradizione di una comunità di uomini eguali e liberi⁽³⁵⁾.

L'affermazione, secondo la quale la vita umana è sacra o inviolabile (i due aggettivi sono sinonimi per Dworkin) perché ha un valore intrinseco, viene ribadita in modo reiterato dal filosofo americano: l'invulnerabilità della vita umana rappresenta a suo avviso la premessa ineludibile — *the Common Ground* — per trattare in senso pratico le questioni bioetiche.

Se la vita umana esprime una sorta di valore condiviso, allora significa che questa idea non è connessa “a una specifica visione religiosa o teologica del mondo”⁽³⁶⁾ e va quindi ripensata escludendo che in essa siano presenti accenti misterici. La vita è un prodotto tanto dell'investimento della natura quanto di quello della cultura: essa è una costruzione, ad un tempo, naturale ed umana. La sua invulnerabilità non discende dal suo carattere radicalmente sacrale in senso teologico, come una realtà che l'uomo non possiede ma da

⁽³²⁾ Dworkin, in una intervista rilasciata nel 1994, afferma: “I think we all possess a conviction that the life of each member of our species has intrinsic, or, as some prefer, sacred value”; vedi R. DWORKIN, *Tyranny at the two edges of life: a liberal view*, in “Magazine: New Perspectives Quarterly”, Winter, 1994, p. 1.

⁽³³⁾ La strategia di Dworkin viene chiamata da John A. Robertson “overall strategy”, mentre Christopher Belshaw la definisce “reconciliation project”; si veda J. A. ROBERTSON, *Autonomy's Dominion: Dworkin on Abortion and Euthanasia*, in *Law and Social Inquiry*, 1994, p. 459; C. BELSHAW, *Abortion, Value and the Sanctity of Life*, in *Bioethics*, 2, 1997, p. 131.

⁽³⁴⁾ DV, p.13.

⁽³⁵⁾ Si tratta di mettere in pratica una strategia argomentativa con la quale si intende creare una premessa comune condivisa da tutti. Si noti che questo metodo argomentativo viene usato spesso da Dworkin. Come ha messo bene in evidenza Aldo Schiavello, analizzando la teoria del diritto di Dworkin (*Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*), questo modo di procedere tenta fin da principio di rassodare un terreno che appare insidiosamente friabile: Dworkin, ad esempio, lo utilizza quando sostiene la tesi dell'*Equal Concern and Respect* per articolare i punti chiave della sua teoria politica.

⁽³⁶⁾ G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Bruno Mondadori, Milano, 2005, p.162.

cui è posseduto, essendo la sua vita una partecipazione a quella di Dio. Né il valore sacrale della vita deriva dal principio accolto dalla tradizione filosofica del diritto naturale, secondo il quale a nessuno è lecito porre termine intenzionalmente alla vita di un innocente sia attraverso un atto commissivo sia attraverso un atto omissivo finalizzati a quello scopo⁽³⁷⁾.

Una tesi di questo tipo, sostenuta ad esempio dal perfezionismo morale di John Finnis e in generale dalla corrente del personalismo ontologico, conferendo alla vita umana un valore intrinseco ed incommensurabile sulla base di un assoluto morale inderogabile la cui fonte è la razionalità pratica umana, connette al tema della sacralità quello della titolarità del diritto alla vita. La vita è sacra perché è sempre *per* qualcuno e *di* qualcuno.

E' *per* qualcuno in quanto non si dà qualcosa, a cui riconosciamo un valore in sé e per sé, se non in una relazione che vale per qualcuno. Ed è *di* qualcuno perché la vita umana permette epistemicamente il concetto di valore, perché essa sola dà l'idea concettuale del valore conoscibile attraverso l'alternativa vita/morte in capo ad un essere umano vivente.

Dworkin, al contrario, attribuisce al concetto di sacralità un più ampio spettro di significanza normativa fondandolo su una forma ormai raggiunta e consolidata di consenso sociale, che il filosofo americano esprime con la proposizione di "obiezione indipendente". Chi sostiene questa obiezione, che Dworkin chiama anche "spiegazione o fondazione indipendente", al contrario di coloro che avanzano la tesi dell'"obiezione derivata", cioè la questione se il feto sia o no persona morale e sia titolare del diritto alla vita⁽³⁸⁾, crede che "un feto sia una creatura umana che vive e si sviluppa e che sia una cosa intrinsecamente cattiva, una sorta di vergogna cosmica, che la vita umana a qualsiasi stadio sia deliberatamente soppressa"⁽³⁹⁾.

In forza di questa credenza sociale condivisa, che non rinvia alla forza cogente di un ipotetico diritto naturale razionale, "non c'è incoerenza a condannare l'aborto moralmente se ci si basa sulla spiegazione indipendente: è profondamente sbagliato, ed intrinsecamente e deliberatamente, porre fine a una vita umana. Questa concezione è coerente ed in linea con

⁽³⁷⁾ Sia la versione neoclassica sia quella neoscolastica delle teorie filosofiche del diritto naturale intendono il principio "Non uccidere intenzionalmente un essere umano innocente" come un principio assoluto, inviolabile ed inalienabile.

Su questo modo classico di intendere il principio della sacralità della vita, rinvio alla interessante lettura di B. W. MILLER, *A Time to Kill: Ronald Dworkin and the Ethics of Euthanasia*, in *Res Publica*, 1, 1996, pp. 31-61. Ringrazio l'Autore per avermi inviato l'articolo.

⁽³⁸⁾ La tesi, secondo la quale il feto ha diritti ed interessi alla stessa stregua degli esseri umani nati, ad avviso di Dworkin, "presuppone e deriva dei diritti e degli interessi che tutti gli esseri umani, inclusi i feti, si assume che abbiano"; cfr. DV, p. 14.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 17.

la grande tradizione di libertà e di coscienza delle democrazie pluraliste”⁽⁴⁰⁾.

Non per questo, però, la “concezione indipendente” ammette la possibilità empirica e quindi la rilevanza morale secondo cui il feto abbia qualche diritto da far valere contro chicchessia: la sua vita è sacra, e lo è “quando inizia la sua vita biologica, anche prima che la creatura della cui vita si tratta abbia movimento o sensazioni o interessi o diritti”⁽⁴¹⁾, ma l’obiezione è appunto *indipendente*, secondo Dworkin, proprio perché non dipende né presuppone particolari diritti morali, *in primis* il diritto alla vita. Affermare che la vita umana è sacra non significa, secondo Dworkin, ammettere che tutti gli esseri umani siano titolari del diritto alla vita; “sacralità della vita” e “diritto alla vita” sono due proposizioni normative che stanno su due piani diversi: l’una non implica l’altra⁽⁴²⁾.

Si tratta di un passaggio critico del pensiero bioetico di Dworkin: cosa implica, infatti, l’affermazione che la vita è sacra indipendentemente dal fatto che qualcuno o qualcosa abbia diritti o interessi da (farsi) proteggere? Sarebbe logico allora affermare che la vita è sacra anche se non c’è nessuno a cui portare rispetto? Quale situazione soggettiva favorevole viene attribuita ad ogni organismo umano (si badi, non ad un qualsiasi organo umano: una mano, un braccio, ecc.), a cui, per credenza comune, predichiamo la sacralità della vita, ma a cui neghiamo in qualche modo diritti ed interessi propri? Non è una contraddizione affermare che la vita è sacra ma al tempo stesso negare che essa possa denotare, per il semplice fatto di essersi manifestata, chi ne è il beneficiario? O la vita è solo qualcosa tra le tante altre cose di cui l’uomo può disporre? Ma se così fosse essa allora non sarebbe in alcun modo sacra, oppure è sacra solo nel limitato senso che lo è per colui che soggettivamente la porta in sé: è sacra soggettivamente, ma non perché essa abbia valore intrinseco. Ma allora, se si accetta la tesi di Dworkin, a chi spetta e in base a quali criteri valutare che solo alcuni esseri umani sono sacri, ma altri non lo sono?

Si potrebbe pensare che, ad avviso di Dworkin, a tutte queste domande non si è in grado di rispondere se ci si appella ad un criterio meramente biologico poiché, né per coloro che ritengono che il feto sia una persona né per coloro che lo ritengono un mero *blob* di cellule, “non c’è alcun fatto biologico che aspetti di essere scoperto, né alcuna cruciale analogia morale

⁽⁴⁰⁾ Ivi, pp.18-19.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 15.

⁽⁴²⁾ Dworkin ritiene che il diritto di abortire si fonda sulla differenza cruciale tra interessi individuali e valore intrinseco: è evidente per Dworkin che il feto non è portatore di alcun interesse vitale. Cfr. R. DWORKIN, *Abortion*, in *Commentary*, 3, 1994, p. 2.

che aspetti di essere inventata, che possa risolvere la questione”⁽⁴³⁾ della negazione o della affermazione della “tesi derivata”.

In questo senso, Dworkin accoglie senza riserve la tesi non-cognitivistica in forza della quale non ci può essere alcuna correlazione tra fatti di natura biologica dell’organismo umano e il comportamento morale: da un lato sta il fatto biologico, dall’altro lato sta il senso individuale e storico del vivere; da un lato sta il principio fattuale della specie, dall’altro lato sta l’individuo morale; da un lato stanno i segni vitali umani, dall’altro lato stanno le funzioni, le proprietà razionali e cognitive moralmente rilevanti. Sotto il profilo della soggettività: da un lato stanno gli esseri umani, individui biologici, e dall’altro lato stanno le persone, cioè soggetti a cui spettano i diritti morali, che non necessariamente sono esseri appartenenti alla specie *Homo sapiens sapiens*.

La vita umana e non umana moralmente significativa appartiene a qualcuno che ha qualcosa di più della mera appartenenza onto-biologica ad una specie naturale.

Ma, stando al ragionamento di Dworkin, se la “tesi derivata” non permette di dire che il feto è persona in quanto organismo umano, allo stesso modo però non permette di affermare che il feto non è persona in quanto mero *cluster* di cellule, perché non c’è alcun fatto biologico rilevante in tal senso, perché l’irrelevanza morale del fatto biologico vale per entrambe le versioni della “spiegazione derivata”, sia per quella positiva (“il feto è persona”) sia per quella negativa (“il feto non è persona”).

Se, dunque, si afferma che è impossibile dire che il feto ha il diritto alla vita attraverso una via di giustificazione biologica, nemmeno però gli si può negare, per la stessa via, il diritto alla vita: biologicamente la questione è irrilevante.

Il problema per Dworkin rimane: nemmeno lui ha rispettato l’argomento della irrilevanza biologica nel discorso morale. Come dimostrerò in seguito, la capacità di avere interessi in senso psicologico, in quanto condizione necessaria per avere diritti morali, secondo una versione della *choice theory* elaborata da Joel Feinberg⁽⁴⁴⁾ e collegata all’approccio psicologico della teoria dell’identità personale, trova il suo fondamento, ad avviso di Dworkin, nell’argomento secondo il quale è persona quell’entità che dimostra di avere almeno uno sviluppo mentale senziente: si tratta quindi di fare ricorso ad un criterio fattuale e biologico, non morale⁽⁴⁵⁾, a meno che non si creda che un

⁽⁴³⁾ DV, p. 13.

⁽⁴⁴⁾ J. FEINBERG, *Abortion*, in T. REGAN (ed.), *Matters of life and death. New Introductory Essays in Moral Philosophy*, Random House, NY, 1980, pp. 183-217

⁽⁴⁵⁾ Ciò che intendo mettere in evidenza non è tanto il problema generale dello status ontologico della soggettività morale, quanto invece il fatto che Dworkin, lungi dal non affrontare la questione metafisica della personalità del feto, finisce per

criterio psicologico-mentalista non sia riconducibile al criterio biologico cerebrale, mentre è sicuramente vero che tutti i tratti mentali superiori, come la coscienza, l'autocoscienza e la memoria possono essere riportati a tratti cerebrali⁽⁴⁶⁾.

La "tesi indipendente" rimane l'unica ipotesi plausibile: il rispetto sacrale della vita è un valore intrinseco, iniziale, da tutti accettato in via preliminare e in maniera auto-evidente. Perché si accetta comunemente l'idea della sacralità della vita? Perché la vita umana è sacra?

Occorre, dunque, specificare che cosa è *naturalmente* o *umanamente* sacro e a quali precise condizioni si può affermare che un valore è da considerare intrinseco. La risposta di Dworkin a questi due quesiti si presenta molto articolata e viene tratteggiata lungo alcuni assi di riflessione in cui si intersecano concetti di filosofia morale, di teoria del diritto costituzionale ed anche nozioni di neuro-embriologia. A questa complessa esposizione saranno dedicati i prossimi tre paragrafi.

Che cosa è sacro I: una sacralità ad hoc — In generale, si può osservare che l'idea della inviolabilità (o sacralità) della vita umana è connessa a due tesi moralmente forti. La prima tesi afferma il costante ed uguale valore della vita lungo il decorso del tempo biologico-naturale. In quest'ottica si nega la problematizzazione del rapporto tra vita e tempo attraverso la dicotomia "tempo biologico" e "tempo storico o narrativo"⁽⁴⁷⁾, che ricalca per le implicazioni bioetiche il dualismo rachelsiano tra vita biologica e vita biografica.

ripetere e ribadire alcune tesi presentate, pochi decenni prima di lui, da Peter Singer, secondo il quale è persona solo chi è in grado di soffrire e di gioire, e da Michael Tooley, secondo il quale è persona colui che esprime la capacità cognitiva dell'autocoscienza. In questa sede, mi limito a mettere in evidenza la connessione dapprima negata e poi invece argomentata da Dworkin tra lo *status* di persona (questione metafisica) e il principio della sacralità della vita (questione normativa).

Per quanto riguarda invece i tipi di persona – persona filosofica, persona pratica e persona costituzionale – che Dworkin elabora riconvertendo l'argomento filosofico-morale della sacralità della vita in un argomento di natura giuridico-costituzionale, rinvio alla lettura di V. OSTUNI, *Il dialogo sull'aborto è ancora lontano. Una critica a Ronald Dworkin*, in *Bioetica*, 4, 2000, pp. 660-673.

⁽⁴⁶⁾ Scrive Giovanni Boniolo, epistemologo e filosofo, che "possedere certe caratteristiche psicologiche non è né necessario né sufficiente per l'identità umana [...]. Non si possono avere coscienza, autocoscienza, memoria e in generale le funzioni mentali superiori senza possedere la corrispondente giusta attualizzazione della plasticità cerebrale"; cfr. G. BONIOLO, *Dalla persona all'individuo: una soluzione filosofica a partire dal fondamento biologico*, in G. BONIOLO, G. DE ANNA, U. VINCENTI, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Bompiani, Milano, 2007, p. 49

⁽⁴⁷⁾ La relazione concettuale tra tempo e qualità della vita, in contrapposizione con le tesi esposte da Nagel in *Questioni mortali*, viene approfondita da J. RAZ, op.cit., pp. 69-110.

Rispetto a quest'ultima prospettiva, la tesi del costante valore temporale della vita umana non ammette che si operino distinzioni o scomposizioni qualificative della vita in diverse forme di vita e che si basino le "decisioni sul prolungamento o l'accorciamento della vita di una persona su giudizi di qualità della vita" (48).

Da questa tesi deriva, dunque, il principio dell'obbligazione presuntiva di preservare la vita umana in qualsiasi situazione essa versi.

La versione massimalista di questo principio è stata interpretata come una forma estrema di vitalismo. Secondo questa interpretazione, l'astensione da ogni riferimento relativo alla qualità della vita conseguente ai trattamenti, a cui sono stati sottoposti i pazienti, finisce per attribuire valore solo alle funzioni biologiche vitali, senza tenere in alcun conto il valore della dignità e dell'esistenza narrativa della persona. Scrive Amnon Goldworth: "For if human life has absolute or infinite value, it trumps every other socially acknowledged value, and we are then morally obliged to do whatever is necessary to protect and prolong each and every human life no regard for the satisfaction of other social goods" (49).

In realtà, questa critica tende a considerare il principio indicato come una regola sovraordinata e diretta: la vita biologica è intesa come un mero stato di funzionamento umano; non si tiene conto se il prolungamento della vita costituisca o no un benessere per l'individuo in questione.

Ma al di là del fatto che questo principio, che tutela il prolungamento della vita indipendentemente da un giudizio sulla sua qualità, implica, comunque, una differenza tra causare la morte e lasciare che la natura faccia il suo corso, cioè "tra intendere un certo effetto e limitarsi a prevedere che si realizzerà, tra sottrarre a un paziente mezzi ordinari e sottrargli mezzi straordinari" (50).

In questo senso, parlavo di obbligazione presuntiva, perché la vita umana, nelle situazioni critiche di malattia, deve essere sempre preservata, a meno che il trattamento medico non sia totalmente inefficace o aggravi la situazione già di per sé critica nella quale versa il paziente. In questi casi il trattamento deve essere sospeso, altrimenti si verserebbe in un'ipotesi di accanimento terapeutico.

Coloro che criticano, invece, questo principio spostano l'asse della discussione sul valore della vita in riferimento al solo aspetto narrativo. Ciò che conta è ancora la persona spogliata della sua carnalità, della sua corporeità: l'affermazione, secondo la quale ogni persona ha lo stesso valore biografico,

(48) P. CATTORINI, M. REICHLIN, *L'idea di vita in bioetica*, in *Filosofia e Teologia*, 1996, p. 304.

(49) A. GOLDWORTH, *The Real Challenge of Baby Doe: Considering the Sanctity and Quality of Life*, *Clinical Pediatrics*, 28, 1989, p. 121.

(50) M. REICHLIN, *L'etica e la buona morte*, op. cit., pp. 71-72.

implica che è falso sostenere che ogni vita biologica ha lo stesso valore. Di conseguenza il precetto “Non uccidere” è derivativo di una regola sovraordinante che, in quest’ottica, impone la non soppressione delle sole vite biografiche. In questo modo si traccia una linea netta là dove non è possibile tracciarla, perché la complessità bio-fisiologica del sistema vivente umano non permette un’operazione meccanicistica, in cui da una parte c’è un corpo senza vita e dall’altra parte c’è lo spettro qualificativo (l’essenza trascendente) che “vivifica” il corpo in determinate circostanze e a determinate condizioni⁽⁵¹⁾.

La seconda tesi, derivante dall’idea dell’invulnerabilità della vita umana, consiste nell’affermazione della norma “Non uccidere”.

Come scrive Viola, sull’accettazione della tesi morale, secondo la quale la vita ha un valore assoluto, inviolabile perché è un valore di per sé, senza bisogno di ulteriori qualificazioni, “si basa il diritto alla vita e l’imperativo categorico “Non Uccidere” che è una delle poche norme presenti in tutte le culture di ogni tempo e paese”⁽⁵²⁾. La norma negativa “Non uccidere” sancisce il riconoscimento universale del valore intrinseco della vita umana. Nelle prospettive deontologiche, questo imperativo categorico assume un valore inderogabile: in caso di conflitto morale tra il principio dell’illiceità assoluta dell’uccisione intenzionale e il principio di fare comunque il bene della persona (si pensi al caso tipico dell’eutanasia), deve prevalere sempre e comunque l’imperativo categorico “Non uccidere”, a prescindere dalle conseguenze. Senza entrare nel merito della distinzione tra dovere *prima facie* e dovere assoluto di non uccidere⁽⁵³⁾, è opportuno notare che quest’ultima declinazione è sostenuta da Finnis: il precetto “Non uccidere” è il principale se non l’unico dovere che ha carattere assoluto ed inderogabile⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ Ritengo che Massimo Reichlin colga nel segno quando afferma che questo dualismo “tra vita biologica e vita biografica è solo limitatamente applicabile all’esperienza concreta della malattia e della morte umane”, poiché se si ammettesse il dualismo corpo-mente si verificherebbe la situazione paradossale che, nel periodo precedente all’acquisizione delle funzioni mentali e per il periodo successivo alla loro perdita, saremmo di fronte ad una inverosimile macchina vivente e non ad una persona umana; Ivi, p. 103.

⁽⁵²⁾ F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti*, op. cit., p. 33.

⁽⁵³⁾ Su questo punto rinvio a M. MORI, *La bioetica: la risposta della cultura contemporanea alle questioni morali relative alla vita*, op. cit., pp. 186-198.

⁽⁵⁴⁾ John Finnis considera la vita uno dei sette valori fondamentali, cioè i beni ultimi, che ci permettono di agire moralmente. Questi beni configurano l’ideale della piena fioritura umana e consentono alla ragione umana di interpretarli come criteri per contrassegnare un’azione pratica come immorale. Infatti, si ha immoralità quando si agisce per danneggiare o sacrificare uno di questi beni ultimi. Scrive Finnis che “un primo valore fondamentale, corrispondente all’istinto di autoconservazione, è il valore della vita”. Cfr. J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 94-95.

In corrispondenza del bene fondamentale della vita, il precetto “Non uccidere” è dunque una norma assoluta, fondamentale ed incondizionata; e, come mette in evidenza Lalatta Costerbosa, “in questo senso non viene concesso alcuno spazio alla ponderazione tra più mali, ad esempio, nel caso dell’eutanasia, una vita di totale sofferenza per il paziente, da un lato e la sua morte, dall’altro [...]. Se la vita è autoconservazione, diviene immorale il suicidio, il suicidio assistito e ogni altra forma di eutanasia, così come le pratiche abortive”⁽⁵⁵⁾.

Finnis interpreta il valore sacrale della vita conferendogli un valore intrinseco, incommensurabile ed oggettivo, senza possibilità alcuna di poter fare eccezione a favore di scelte morali proporzionaliste in cui la scelta del male minore viene ponderata a detrimento del bene fondamentale della vita.

Pertanto, a suo avviso, la vita è un valore morale assoluto perché è la *qualificazione normativa* del fatto biologico di vivere ed è un bene in sé perché essa ha un valore e una finalità propria, cioè una dignità ontologica intrinseca⁽⁵⁶⁾.

Completamente opposta a Finnis è la via dworkiniana al riconoscimento del valore inviolabile della vita umana. Ma è anche la via che pone più problemi di coerenza interna, come si cercherà di dimostrare in seguito.

Dworkin contesta la tesi degli empiristi in base alla quale non esiste qualcosa che abbia valore intrinseco, affermando che è radicata nel senso comune la credenza secondo la quale esistano eventi ed oggetti aventi valore in se stessi; eventi ed oggetti che “onoriamo non perché servono ai nostri desideri o interessi ma per loro stessi”⁽⁵⁷⁾.

Qualcuno, però, potrebbe obiettare: come è possibile pensare che una vita sia sacra, se è ipotizzabile che questa vita non sia importante per qualcuno o importi a qualcuno? Si chiede Dworkin: “in che modo la continuazione di una vita può essere importante semplicemente in sé e per sé?”⁽⁵⁸⁾.

Questo interrogativo induce Dworkin a distinguere tra due tipi di entità che hanno valore intrinseco: le entità che hanno valore incrementale (più se ne ha, e meglio è) e le entità che hanno un valore sacro o inviolabile⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁵⁾ M. LALATTA COSTERBOSA, *Il diritto come ragionamento morale. Saggio sul giusnaturalismo contemporaneo e le sue applicazioni bioetiche*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, pp. 44-45.

⁽⁵⁶⁾ Su questo punto si veda in modo più approfondito le riflessioni svolte da F. VIOLA, *L'etica della qualità della vita: una valutazione critica*, in *Bioetica*, 1996, in part. pp. 93, 95-96, 104.

⁽⁵⁷⁾ DV, p. 95.

⁽⁵⁸⁾ Ibidem.

⁽⁵⁹⁾ Per un’analisi della distinzione del valore intrinseco rinvio alla lettura di A. KOHEN, *The Problem of Secular Sacredness: Ronald Dworkin, Michael Perry, and Human Rights Foundationalism*, in *Journal of Human Rights*, 5, 2006, pp. 235-256. Ringrazio il Prof. Kohen per avermi inviato il suo saggio.

Dworkin ritiene che la vita umana deve essere considerata una entità avente un valore intrinseco, che si realizza quando una cosa “è indipendente da ciò che alle persone capita di apprezzare, desiderare o avere bisogno, o da ciò che è bene per loro (nel testo originale: “something is intrinsically valuable if its value is independent of what people happen to enjoy or want or need or what is good for them”)”⁽⁶⁰⁾.

Ad avviso di Dworkin, dunque, l’affermazione della “tesi indipendente” secondo la quale la vita umana, anche nelle forme meno sviluppate, ha valore intrinseco, non implica la conseguenza che si debba garantire il maggior numero di vite possibili: intuitivamente tutti pensano che sia più grave la perdita di una vita di un bambino di pochi anni rispetto alla vita di un feto, nonostante il fatto che l’aspettativa di vita del feto sia più lunga. Questo però dimostra che il valore sacro della vita non si misura quantitativamente, ma qualitativamente. Il valore di una cosa è sacro se è predicabile in termini di qualità e non di quantità: non è tanto la perdita semplice di una vita che importa, quanto la perdita complessa (di passato e di futuro) che ha reso e rende quella vita una cosa sacra.

È pur vero che esistono cose che reputiamo sacre, ma la metrica morale su cui esse si fondano deriva da un loro progressivo incremento quantitativo; si pensi, ad esempio, al bene della conoscenza, ma per la vita umana non è così: “il segno distintivo del sacro” — ribadisce Dworkin — “come distinto da ciò che ha valore in senso incrementale, è che il sacro ha valore intrinsecamente perché esiste. È inviolabile a causa di ciò che rappresenta o incarna. Non è importante che vi sia un numero maggiore di persone. Ma, una volta che una vita umana è iniziata, è molto importante che si sviluppi e non sia distrutta”⁽⁶¹⁾.

La tesi della non-incrementalità del valore sacrale della vita appare discutibile almeno per tre ragioni.

La prima ragione è di carattere generale e consiste nell’osservare che Dworkin continua a presupporre che tutte le persone credano nella sacralità della vita; ma egli non argomenta e non chiarisce i limiti di una affermazione siffatta; continua a ribadire che la vita deve essere protetta perché è riprovevole che sparisca: si tratta di un argomento chiaramente tautologico.

⁽⁶⁰⁾ Questa seconda definizione del valore intrinseco, opposta a quella incrementale, sulla quale si appoggierebbe la dworkiniana sacralità della vita, ha costituito il nodo concettuale che ha suscitato più critiche. Una delle più rilevanti è stata articolata da M. PERRY, *The Idea of Human Rights*, OUP, Oxford, 1998.

Un’analisi critica della teoria del valore proposta da Dworkin, intesa come “intrinsic, nonincremental, objective value”, si trova in F. M. KAMM, *Ronald Dworkin on abortion and assisted suicide*, in *The Journal of Ethics*, 5, 2001, pp. 221-240.

⁽⁶¹⁾ DV, pp. 100-101.

La seconda ragione si pone perché non è affatto chiaro che il senso comune escluda il valore incrementale dalla sacralità della vita umana: non si tratta tanto di un giudizio di comparazione per cui la perdita, ad esempio, di uno scrittore affermato, che rende onore alla letteratura contemporanea, sia sentita più grave della perdita di un feto, quanto piuttosto che la perdita di ogni singola vita è la perdita di una vita che ha in sé un valore e una finalità.

Il giudizio morale è radicalmente diverso se si muove da una situazione di *aut-aut* in cui si deve decidere di salvare la vita della madre o del feto, rispetto invece ad una situazione in cui si deve decidere se è lecito sacrificare la sola vita del feto.

La terza ragione è determinata dal fatto che Dworkin, argomentando a favore di una graduazione della gravità nella perdita di una vita umana, abbandona il criterio della sacralità della vita per abbracciare quello della qualità della vita. Se esistono gradi diversi di frustrazione dell'investimento di una vita, talché la frustrazione più grave si registra quando l'investimento umano è stato più grande ed impegnativo, allora significa che è l'agente morale coinvolto in quel piano di vita che viene frustrato a sancire le condizioni che determinano il valore della vita stessa. Ma questa tesi, secondo la quale la moralità della vita coincide con la minimizzazione della frustrazione dell'investimento umano, non può coerentemente appartenere al "paradigma indipendente" secondo il quale la vita umana ha un valore intrinseco.

Dworkin tenta di avvalorare la tesi della minimizzazione della frustrazione della vita umana affermando che non solo i liberali ma anche i conservatori, essendo questi più sensibili alla tesi della perdita semplice della vita umana, ammettono il giudizio normativo secondo cui la frustrazione dell'investimento umano creativo è più grave di quello meramente biologico. I conservatori, infatti, se ritenessero veramente che il feto è una persona morale ("tesi derivata"), non potrebbero giustificare né l'ipotesi di liceità dell'aborto nel caso in cui la donna fosse stata vittima di stupro né l'ipotesi di salvare la madre a discapito del feto qualora il parto esponesse la donna ad un serio pericolo di vita. Nel caso dello stupro, ad avviso di Dworkin, verseremmo nella situazione in cui il feto, persona morale, "dovrebbe essere costretto a rinunciare al proprio diritto a vivere e pagare con la propria vita gli errori di qualcun altro" (62). Nel caso di pericolo di vita della madre, l'aborto "non è moralmente e giuridicamente ammissibile che una terza parte quale è il medico uccida una persona innocente seppure allo scopo di salvare la vita di un'altra" (63).

Tutto questo dimostra la rilevanza morale della vita biografica, ammessa implicitamente anche da parte di coloro che si battono a favore della vita

(62) Ivi, p. 130.

(63) Ivi, p. 129.

umana biologica, in quanto la frustrazione della vita non si basa sul fattore della sua durata, quanto sulla integrità degli eventi creativi, naturali ed umani che hanno costituito la storia di quella vita umana complessivamente intesa.

Nonostante questa difesa ingegnosa, Dworkin non riesce a superare l'obiezione cruciale che gli è stata rivolta e che può riassumersi nei seguenti termini: è pur vero che la vita non può essere misurata sulla sua durata, perché essa esige comunque rispetto ed è riprovevole pensare che un anziano abbia un diritto alla vita più debole di quello di un giovane adulto; eppure il criterio della perdita complessa permette, in primo luogo, di misurare qualitativamente la vita secondo criteri anche di ordine economico, in secondo luogo, di operare una separazione diacronica netta tra tempo biologico umano (*zoé*) e tempo storico umano (*bios*) e, in terzo luogo, di distinguere vite degne di rispetto e vite che non lo sono.

Nel paradigma della sacralità di Dworkin non trova posto né il concetto kantiano di persona come fine in sé e quindi di un soggetto che non può mai essere sottoposto ad un giudizio di qualità relativa né il concetto cristiano di vita secondo il quale "non è il pensiero a darci accesso alla vita ma è la vita a permettere al pensiero d'accedere a sé, di provarsi e di essere infine ciò che è" (64).

Eppure Dworkin insiste nel ritenere la sacralità il "punto di soglia" tra i due poli: quello biologico e quello biografico, sforzandosi di evitare di obliterare completamente uno dei due. Nella dialettica e nel miglior equilibrio tra la ragione della biologia (*zoé*) e quella della biografia (*bios*) è possibile reperire una soluzione soddisfacente sulle questioni bioetiche (aborto, eutanasia, utero in affitto, ecc.) che sia condivisa dai liberali e dai conservatori (65).

Ad esempio, nel caso dell'aborto, situazione eticamente complessa, biologia e biografia possono confliggere.

Per Dworkin la "strategia della soglia", da lui ritenuta il modo corretto per dare sacralità alla vita umana, permette di considerare l'aborto moralmente lecito se gli investimenti vitali della madre (ad esempio un'occasione di carriera, la continuazione della scuola o un'indipendenza di vita) venissero frustrati a seguito della nascita del figlio oppure se non assicurassero una

(64) M. HENRY, *Incarnazione*, SEI, Torino, 2001, p. 129.

Se si volesse attualizzare in termini evolutivi la riflessione filosofica di Henry, si potrebbe dire che "nel genotipo si incarna la memoria della specie e nel fenotipo la memoria dell'individuo, ma quest'ultima è una memoria che non potrebbe esserci se non ci fosse la prima"; vedi G. BONIOLO, op. cit., p. 23.

(65) Sulla "prospettiva di conciliazione" tra liberali e conservatori, attraverso la doppia distinzione tra interessi critici personali e interessi esperienziali personali, e tra valore incrementale e valore intrinseco, si sofferma G. DEN HARTOGH, *The values of life*, in *Bioethics*, 1, 1997, pp. 43-66.

decente esistenza al figlio, in quanto la vita umana è il risultato non solo dello sviluppo dell'evoluzione naturale ma anche di quella culturale. In questo senso la fonte del valore intrinseco della vita umana dipenderebbe dal significato dato alla libertà di quell'atto procreativo che l'ha innescata. Il criterio biografico renderebbe in questo modo soggettiva la fonte del valore: questa sarebbe ricavata da un processo di interpretazione alla cui base però si ravvisa un valore morale superiore preconstituito (esso sì in quanto tale valore intrinseco) rappresentato dal valore dell'autonomia della persona morale.

Per converso, se è vero che la biografia conta, abortire soltanto perché si temono le conseguenze "estetiche" della gravidanza non è un argomento sufficiente per superare quello dell'annullamento di una vita, di un'esistenza umana, cioè dell'investimento vitale della creazione naturale: "l'aborto" — ammonisce Dworkin — "non è mai ammissibile per ragioni banali o frivole" (66).

La vita umana individuale è, dunque, un "miracolo" determinato dall'evoluzione naturale, affidato alle tradizioni culturali di vita e alla propria personale capacità creativa nell'elaborare il proprio piano di vita (67). Scrive Dworkin: "una cosa può diventare sacra attraverso la sua storia, come essa è venuta ad essere. Nel caso dell'arte l'inviolabilità non è associativa [come nel caso di ritenere sacra la bandiera nazionale; ndr.] ma genetica: non ciò che un dipinto simboleggia o ciò con cui è associato ma il processo che lo ha portato a diventare ciò che è lo rende degno di valore" (68).

Allo stesso modo, ogni vita umana è, secondo Dworkin, un investimento creativo della natura e dell'umanità. Dworkin propone metaforicamente una connessione significativa tra arte e vita: creazione artistica e creazione naturale si compenetrano nella vita umana. "Questa doppia base del sacro converge nel caso della salvezza della nostra specie, perché consideriamo di importanza cruciale la nostra sopravvivenza non solo biologica ma culturale: la nostra specie non deve solo vivere ma prosperare. Questa è la premessa di buona parte del nuovo interesse per la conservazione e per il fiorire di tradizioni culturali e artistiche" (69).

(66) DV, p. 45.

(67) Sulla differenza tra la concezione sostanziale del "piano di vita" in Dworkin e la concezione neutralista o proceduralista del "piano di vita" in Rawls in rapporto all'articolazione di un modello di liberalismo politico, rinvio a S. MAFFETTONE, *op. cit.*, p. 188, 196, 287, 314.

Segnalo un testo che esamina le implicazioni di politica pubblica derivanti dall'argomento dworkiniano della sacralità della vita: E. RAKOWSKI, *Reverence for Life and the limits of State Power: An Essay on Life's Dominion*, in *Ratio*, 1, 2001, pp. 33-64.

(68) DV, p. 102.

(69) Ivi, p. 105.

L'idea della vita come opera artistica è un punto cruciale nella concezione della sacralità per Dworkin, ma è anche quella che suscita le più forti perplessità, perché lascia all'autonomia personale (e quindi solo al lato culturale) la decisione di attribuire maggior peso agli investimenti di altri esseri umani (la madre o i genitori) rispetto a quelli naturali, biologici che determinano la creazione e lo sviluppo di una nuova vita.

Il punto decisivo dell'argomento di Dworkin è, dunque, quello in cui egli afferma che "ogni essere umano sviluppato è il prodotto non solo della creazione naturale, ma anche di quella forza creativa umana cui rendiamo omaggio onorando l'arte" ⁽⁷⁰⁾.

Nella prima parte di questo inciso, Dworkin sottolinea il fatto che la sacralità degli esseri umani deriva dall'essere la forma biologica più alta della vita. Tuttavia, nella seconda parte, egli sottolinea che il valore di ciascuna vita umana deriva anche da un atto creativo umano deciso deliberatamente. Ed è a questa forza creativa biografica che Dworkin dimostra di dare la sua preferenza: "una donna completa" — osserva Dworkin — "è qualcosa di simile ad un'opera d'arte per la sua personalità, la sua educazione [...], essa è il prodotto dell'intelligenza umana creatrice, in parte dei suoi genitori, in parte della cultura e anche attraverso la scelta che ha fatto una propria creazione" ⁽⁷¹⁾.

La sacralità allora è un prodotto della biologia dell'essere umano o è un prodotto degli esseri umani stessi? Osserva di nuovo Dworkin: "il miracolo naturale che commuove Levin inizia molto prima della nascita: inizia con l'identità genetica dell'embrione. Anche la seconda forma di creazione sacra, l'investimento umano distinto dall'investimento naturale, è all'opera quando la gravidanza è pianificata, perché la decisione deliberata dei genitori di avere e tenere il bambino è, ovviamente, creativa. Ogni bambino che sopravvive è plasmato, nel suo carattere e nelle sue capacità, dalle decisioni dei genitori e dalle tradizioni culturali della comunità. Parallelamente alla maturazione del bambino, in tutti i casi eccetto quelli patologici, le sue scelte creative ne determinano progressivamente pensieri, personalità, ambizioni, emozioni, relazioni e risultati. Egli crea la sua vita proprio come un artista crea il suo dipinto, o il suo poema" ⁽⁷²⁾.

Ho citato questo lungo passo perché esso è rivelatore dell'ambivalenza tra *zoé* e *bios*, ma non di un loro equilibrio ⁽⁷³⁾. La tesi della sacralità della vita,

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 113.

⁽⁷¹⁾ Ibidem.

⁽⁷²⁾ Ivi, p. 114.

⁽⁷³⁾ La difficoltà di determinare nella scelta critica il peso dell'investimento naturale, piuttosto di quello umano, è sottolineata da J. HARRIS, *Etica e embrioni*, in *Bioetica*, 1, 1998, pp. 32-33.

così articolata da Dworkin, appartiene a quelle concezioni che qualificano la vita sulla base della capacità delle persone di autodeterminarsi: il valore della vita non può essere oggettivamente intrinseco se lo si individua nella capacità individuale di percepire se stessi. Per questo ho parlato di una sacralità *ad hoc*, perché al di là della mera asserzione, Dworkin non argomenta a favore del bene della vita come valore in sé⁽⁷⁴⁾.

Inoltre, la tesi della sacralità della vita, secondo la quale l'investimento naturale e l'investimento umano (*Investment Thesis*) rappresentano le fonti del valore intrinseco di ogni vita umana, la creazione naturale e la creazione umana nella loro combinazione e nel loro intreccio rappresentano le due sorgenti del sacro, sottende un'idea pericolosa, che io reputo difficilmente accettabile da un punto di vista morale, perché la vita umana non può essere valutata alla stregua di un'opera d'arte attribuendo valore al progetto creativo e non al risultato raggiunto.

Così, afferma Dworkin, si può distruggere un'opera di Rembrandt, ma compiendo questo atto non si fa un danno agli interessi di Rembrandt, non si distrugge un valore personale poiché qui non è in gioco l'interesse diretto di nessuno, ma si produce un gravissimo torto all'arte in sé in quanto essa è considerata dal senso comune un valore intrinseco, umano e universale.

Analogamente si può dire per la perdita della vita di un feto, che non è la frustrazione di un valore personale o soggettivo della vita poiché, come Rembrandt, anche il feto non ha diritti ed interessi propri, ma rimane pur sempre una terribile profanazione del valore intrinseco della vita a condizione che i processi, che rendono sacra la vita, siano stati oltraggiati.

Ma se è la frustrazione dell'integrità della vita personale e non la semplice perdita a compromettere l'inviolabilità (cioè la sacralità) della vita umana, allora, conclude Dworkin, "un feto malformato è la tristezza di una creazione

⁽⁷⁴⁾ In Dworkin è completamente estranea una prospettiva che valorizzi il valore della vita come autoconservazione. In quest'ultimo senso, la vita rende al tempo stesso possibile e necessario il valore, perché gli stati delle cose, che oggettivamente promuovono la vita dell'essere vivente, sono un bene in sé. Il bisogno di sopravvivere è un fine che muove all'azione gli esseri viventi per difendere la vita come un bene in sé. Come è stato acutamente osservato da Hart, ne *Il concetto di diritto*, il fatto biologico, secondo il quale l'essere umano possiede il fine naturale di sopravvivere, fonda di per sé una prospettiva normativa, perché questo fatto-fine è un bene che si traduce nella regola-guida in forza della quale non ci è permesso di costruire la società sul modello di un "club di suicidi". Sulla base di questo argomento, che indico come "argomento di Hart", è possibile affermare un ridimensionamento della *is-ought question*, perché il fatto biologico della vita contiene in sé la propria norma che è il fine della sopravvivenza. Questo fine svolge una modalità normativa perché, da un lato, indirizza noi stessi a vivere, senza con ciò implicare la mancanza di libertà nelle nostre scelte, dato che la libertà fa parte della natura umana, e, dall'altro lato, impone il rispetto del fine della sopravvivenza da parte di tutti gli altri esseri umani.

umana biologica deforme; e se lasciato vivere la frustrazione e la distruzione di investimenti emotivi e personali fatti in quella vita dagli altri”⁽⁷⁵⁾.

Quello che rende criticabile questa conclusione non è tanto il sotteso darwinismo sociale, seppure edulcorato in versione liberale, che traspare dal ragionamento di Dworkin, quanto il fatto che, comparando il peso morale di un feto umano a quello di un’opera d’arte, la quale esige rispetto *pur non* essendo persona ma *come* se fosse una persona, si finisce implicitamente per affermare il principio del “rispetto della vita”, che è concetto normativo completamente diverso da quello della “sacralità della vita” ed, inoltre, si finisce per riproporre il quesito che si era tentato faticosamente di aggirare, cioè se l’embrione sia o no persona⁽⁷⁶⁾.

Che cosa è sacro II: il valore intrinseco — Sotto il profilo di una teoria generale del valore, si distinguono varie posizioni teoriche relative al significato di valore intrinseco: la più importante e forse la più discussa è stata quella avanzata da Moore nei *Principia ethica* del 1903 con l’argomento dell’isolamento assoluto: il bene ha un valore intrinseco, assoluto ed universale se e solo se, isolandolo da tutto ciò che lo circonda, continua ad essere un bene in sé e per sé. A superare questa prova non potranno mai essere quei valori che si ricavano dai risultati ottenuti in termini di utilità o di preferenza soggettiva dalle azioni degli uomini.

Diversamente da questi tipi di valori secondo i quali gli oggetti o gli eventi, da cui dipendono, sono valutati in termini di mezzi atti a conseguire uno scopo o in termini di esperienza soggettiva, il valore intrinseco di una cosa è predicabile quando quel valore è “indipendente da ciò che alle persone capita di apprezzare, desiderare o avere bisogno, o da ciò che è bene per loro”⁽⁷⁷⁾.

Dworkin, quindi, assume la nozione di valore intrinseco in modo fondazionale⁽⁷⁸⁾, non tenendo conto, però, che il riconoscimento del valore intrinseco, ad esempio della natura, dell’arte o della vita, sottintende l’assunzione della tesi secondo la quale “qualcosa è nell’interesse di qualcuno” e non che “qualcuno ha interesse (o un diritto) su quella cosa”, talché, se si interpretasse il senso del valore intrinseco sulla base della seconda proposizione, il valore intrinseco degraderebbe a mero valore strumentale. Ma è proprio questo che Dworkin fa, laddove ritiene, come si è visto, che è lecito

⁽⁷⁵⁾ DV, p. 123.

⁽⁷⁶⁾ Un articolo che cerca di dimostrare che l’argomento di Dworkin non riesce concettualmente a separare il valore della vita umana dal valore della persona umana, è quello di J. SAUGSTAD, *Abortion: The Relevance of Personhood. A Critique of Dworkin*, in *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 4, 1995, pp. 571-583.

⁽⁷⁷⁾ DV, p. 98

⁽⁷⁸⁾ Su questo tema, si veda J. HAROLD, *Between Intrinsic and Extrinsic Value*, in *Journal of Social Philosophy*, 1, 2005, pp. 85-105.

distruggere una vita qualora non corrisponda alle attitudini o agli investimenti di qualcuno: in questa ipotesi la cosa che viene sacrificata non può avere alcun valore intrinseco.

Il problema, ancora una volta, è dato dal fatto che Dworkin annuncia retoricamente una tesi generale, ma non fornisce in modo chiaro e coerente, rispetto a quanto asserito, il criterio di demarcazione fra ciò che ha valore intrinseco e ciò che non lo ha.

La contraddizione si fa palese quando Dworkin afferma che “l’aborto distrugge il valore intrinseco, la sacralità, l’inviolabilità della vita umana e dunque è un grave errore morale, a meno che il valore intrinseco di altre vite umane non venga distrutto se si prende una decisione contraria all’aborto”⁽⁷⁹⁾. Si tratta di una doppia proposizione che logicamente, rispetto alla concezione del valore intrinseco addotta da Dworkin, non è possibile far coesistere: se il valore intrinseco è indipendente da una qualsiasi giustizia morale, come è possibile che esso sia un valore in sé e, allo stesso tempo, sia di nessun valore per qualcuno?⁽⁸⁰⁾

Come è possibile che il valore di una cosa, che a sua volta non è di valore per nessuno, possa, se rispettato, distruggere il valore intrinseco di altre vite? È evidente che in questa ipotesi Dworkin ha in mente la possibilità di stabilire sia una scala di grandezza, cioè di commensurabilità tra valori intrinseci, sia il valore intrinseco del feto (o del paziente incompetente o del malato terminale) che è in qualche modo derivato e sempre secondario rispetto a quello legato ad una vita personale compiuta. Inoltre, se si ammette un giudizio di commensurabilità tra due beni identici che hanno valore di per sé, allora essi sono sottoposti ad un *pre-giudizio* che riconosce la possibilità che i rispettivi “interessi di benessere” vengano a collidere: ma la vita del feto (come di tutte le vite poste ai margini del cerchio di considerazione morale) non è portatrice, secondo la “tesi indipendente”, di alcun interesse. Pertanto, essa, pur appartenente a qualcuno o a qualcosa, diventa perdente in partenza: non ha interessi, non ha diritti, può essere sottoposta a giudizio di commensurabilità rispetto ad altre vite aventi lo stesso valore intrinseco ma aventi anche la possibilità di far valere un maggior peso morale in forza di un loro interesse, di un loro investimento o di un loro piano di vita.

Il problema, dunque, rimane ancora quello di capire come, nella tematizzazione proposta da Dworkin, sia concettualizzata l’analogia tra valore intrinseco e sacralità della vita. La tesi di Dworkin soddisfa l’affermazione

⁽⁷⁹⁾ DV, pp. 81-82.

⁽⁸⁰⁾ Si tratta di un problema classico della filosofia morale. In riferimento a ciò, Francesco Viola lo riassume in questi termini: “quando si parla di valore s’indica sempre qualcosa che è per un destinatario. Qualcosa vale per o ha valore per qualcuno. Il valore è una qualità relazionale e uno dei termini della relazione deve essere necessariamente un qualcuno”; cfr. F. VIOLA, *op. cit.*, p. 127.

secondo la quale il valore intrinseco è condizione necessaria e sufficiente perché si abbia il requisito della sacralità o inviolabilità della vita? Oppure si tratta solo, come mi sembra di aver dimostrato, di una condizione necessaria ma non sufficiente? Se così fosse, l'ambigua interpretazione di Dworkin lascerebbe aperta la questione secondo cui sono gli interessi concreti in gioco (gli investimenti vitali o gli interessi critici come li chiama Dworkin) i fattori che determinano la sacralità della vita umana.

Se l'idea di sacralità è predicabile solo laicamente e, quindi, solo come categoria antropologica, che trascende una particolare forma di sacralità cioè quella religiosa⁽⁸¹⁾, rimane pur sempre il problema di capire in che modo sia possibile parlare di sacralità di tutti gli esseri umani⁽⁸²⁾.

Se una effettiva conciliazione tra vita personale e vita biologica implica surrettiziamente che alla seconda venga riservata un ruolo sussidiario nei confronti della prima, allora significa che non esiste oggettivamente alcun valore intrinseco e che, di conseguenza, gli esseri umani vanno differenziati in ragione della loro capacità di dare un senso alla propria esistenza. Se il valore intrinseco non è interno al bene morale, ma è riconoscibile solo nel valore personale che ognuno è in grado di attribuirgli, allora ne consegue che la vita umana ha un valore strumentale e la sua dignità anziché essere di origine ontologica, come Kant ravvisava, ha un'origine operativa o modale: la dignità della vita non sta nel bene stesso della vita, ma nella volontà arbitraria del parlante. È proprio lungo questa via argomentativa che si consuma la separazione tra individuo umano e persona.

Il bruco e la farfalla — Si è messo in evidenza che Dworkin non considera coerente con il senso comune la “tesi derivata”, secondo la quale il feto è una persona morale titolare del diritto alla vita. Allo stesso modo, però, ritiene che sia inaccettabile la versione negativa della tesi: il feto è un grumo di cellule.

⁽⁸¹⁾ Scrive Dworkin che la sacralità di tutti gli esseri umani può essere considerata “a secular but deep philosophical belief”; cfr. R. DWORKIN, *Life is sacred. That's the easy part*, in *The New York Times Magazine*, 1993, p. 36.

⁽⁸²⁾ Si perviene, lungo questa via argomentativa, al giudizio critico secondo il quale la vita in generale ha valore intrinseco al pari dell'arte o della biodiversità naturale; ma le vite di quegli individui, che non hanno capacità di manifestare interessi sono vite che non hanno alcun valore intrinseco, nonostante Dworkin assicuri sacralità alla vita in ogni suo stadio. Anzi, esse sono sfregi alla fioritura completa di una vita umana.

In proposito si legga Rakowski, il quale afferma “Fortifying the suspicion that Dworkin himself attributes no significant intrinsic value to previsible fetal life is the absence of any discussion in *Life's Dominion* or elsewhere of whether or how this possible value ought to influence a pregnant woman's own decision making when the choice is hers”; cfr. E. RAKOWSKI, *Reverence for Life and the Limits of State Power*, in J. BURLEY (ed), *Dworkin and his Critics, with replies by Dworkin*, Blackwell, Oxford, 2004, p. 258.

Pertanto, ad avviso di Dworkin, qualsiasi tentativo di appellarsi a fatti biologici, per attribuire o per negare lo *status* morale di persona al feto (ma anche al paziente incompetente o al malato terminale incosciente), è destinato a fallire.

Dire che ogni vita umana ha un valore intrinseco ed inviolabile non significa, però, affermare che l'aborto e l'eutanasia sono moralmente sbagliati, perché sono scorretti o sbagliati "verso qualcuno" ⁽⁸³⁾. La posizione teorica di Dworkin diventa veramente ambigua su questo punto. Dworkin ha ribadito e chiarito molte volte che per vita umana egli intende un "organismo umano", oppure una "creatura umana", insomma un "essere umano". Ma, quando afferma che non c'è nessuno da tutelare in un atto abortivo o in un atto eutanasi, presuppone che esistano esseri umani, cioè creature viventi che non sono qualcuno ma solo qualcosa.

Una prima contraddizione, in cui incorre Dworkin per sostenere la "tesi indipendente", è questa: il feto è qualcosa, qualcosa di sacro ma non qualcuno. Ma è possibile *bio-logicamente* affermare che da qualcosa, dopo che si sono verificate una serie di circostanze, nasce qualcuno? Secondo Dworkin, il feto è una cosa che, se svilupperà dei propri tratti mentali, diventerà persona (allo stesso modo la persona che perde o nasce senza alcuni tratti mentali degrada in o rimane qualcosa): "è molto difficile dar senso all'idea" — scrive Dworkin — "che un feto ai primissimi stadi di sviluppo abbia interessi propri, in particolare l'interesse a non essere distrutto [...]: una farfalla è molto più bella di un bruco, ma non è *meglio* per il bruco diventare farfalla" ⁽⁸⁴⁾. Questa prima strategia argomentativa fa riaffiorare in tutta la sua evidenza il fatto che Dworkin non solo riprenda la questione se il feto è o no persona, ma la risolva anche propendendo per il "corno negativo" del problema (il feto non è persona).

Ma da *qualcosa* nasce *qualcuno*? Ma i fatti biologici non dovevano essere irrilevanti circa la risoluzione di chi è o non è persona?

Come scrive Robert Spaemann (alle cui intelligenti osservazioni mi riferisco) la persona è un organismo vivente: "la vita non può essere compresa come qualità di un essente, ma come l'essere di questo: vivere è l'essere del vivente. Le persone sono esseri viventi. Il loro essere è vivere, la loro individuazione si identifica con quella di un organismo vivente" ⁽⁸⁵⁾. La vita non è concepibile come una forma, la cui esistenza può aver luogo oppure no ⁽⁸⁶⁾; essa non è una caratteristica o una qualità che spetti o che non spetti, caso per

⁽⁸³⁾ DV, pp. 31-32.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, p. 20.

⁽⁸⁵⁾ R. SPAEMANN, *Personae. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 43.

⁽⁸⁶⁾ Ivi p. 70.

caso, ad un essere⁽⁸⁷⁾. La vita è l'essere della persona. Dove per "persona" si deve intendere il soggetto individuale, il cui unico criterio di riconoscimento deriva dalla sua appartenenza alla specie *Homo sapiens sapiens*.

La persona è, dunque, un organismo vivente. Con il termine "persona" si denota un'espressione sostanziale, perché con questa parola non si indica una qualità, un "qualcosa come così-e-così", bensì si indica qualcosa circa qualcuno, che è "già un determinato essere così-e-così"⁽⁸⁸⁾.

È un grave errore logico affermare, ad esempio, che i feti o i neonati sono persone potenziali, perché non esistono persone potenziali: *da qualcosa non si sviluppa qualcuno*. Non esiste qualcosa che appartiene alla natura dell'uomo successivamente all'uomo stesso. L'essere qualcuno, cioè l'essere persona, non è il risultato di uno sviluppo, ma è già la struttura caratteristica di uno sviluppo. E, dunque, il concetto di potenzialità può sorgere soltanto nel presupposto di un processo già compiuto di individuazione della personalità⁽⁸⁹⁾: è meglio *oggettivamente* (ed è assolutamente inconferente che non lo sia soggettivamente) per il bruco diventare farfalla, perché esso contiene già in sé una farfalla.

La farfalla non è un nuovo essere, pur morfologicamente differente dal bruco, è lo stesso bruco, anzi è il bruco in atto in quanto è l'attualizzazione delle sue potenzialità.

Anche Dworkin confonde la differenza tra l'effettiva potenzialità di diventare un individuo umano completo (l'embrione è già il nuovo individuo) e la potenzialità-probabilità di produrre un nuovo individuo o una nuova cosa (i gameti potrebbero diventarlo purché avvenga la fecondazione così come un'arancia potrebbe diventare una spremuta d'arancia); egli afferma, infatti, che senza aiuti esterni della madre e del medico ostetrico anche il feto non avrebbe possibilità di diventare un individuo adulto. La fallacia di questo argomento è palese, perché confonde la potenzialità intrinseca con la mera possibilità: nel caso dell'embrione, infatti, la potenzialità di dar luogo ad un uomo maturo è intrinseca, si realizza da sé, in quanto il suo essere è orientato verso quello specifico risultato, purché un qualche impedimento esterno non intervenga per impedirglielo. Quindi, non è grazie all'aiuto esterno della donna e del suo medico che il feto diventa adulto, ma è grazie al fatto che questi non decidano di interrompere un processo di formazione, intrinseco della natura ontologica dell'embrione e innescatosi (grazie ai gameti della donna e del suo partner) a partire dal momento della fecondazione⁽⁹⁰⁾. Tra il non interrompere un processo già teleologicamente orientato verso un fine

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 5.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 8.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, p. 239.

⁽⁹⁰⁾ Per una sistematica riflessione sul tema della potenzialità, rinvio a M. REICHLIN, *Aborto. La morale oltre il diritto*, Carocci, Roma, 2007, pp. 65-85.

preposto e il rendere possibile dall'esterno che un certo evento si verifichi c'è una differenza ontologica banale, eppure radicale.

Dworkin insiste nel dire che la corporeità biologica non possiede alcuna soggettività autonoma, "la presenza di un corpo umano vivente non dice nulla sulla presenza della persona" ⁽⁹¹⁾, eppure il filosofo americano veste i panni dello scienziato per giustificare la sua affermazione: il feto non è persona perché manca fino all'ultima fase gestazionale "di un substrato neurale per avere interessi di qualunque genere" ⁽⁹²⁾. La capacità di avere interessi entra in gioco molto tempo dopo, quando si è in grado di capire, di emozionarsi, di patire e di sperare. Tutto questo, afferma Dworkin, è inverosimile perché un feto anche alla 30^a settimana non è in grado di percepirlo.

Come è possibile misurare le esperienze di piacere e di dolore, il desiderio e la preferenza se non rifacendosi al soggetto, cioè a *quel soggetto* che vive quelle funzioni sensitive e razionali? A quali conoscenze scientifiche e neurofisiologiche fa riferimento Dworkin, per dimostrare le capacità funzionali rilevanti, capaci di differenziare il giudizio morale tra soggetti morali? Anche il riferimento alla razionalità, a parte il fatto che si tratta di una qualità nettamente diversa dalla sensibilità (Dworkin è vago anche sulla scelta del criterio mentale con cui legittimare la tutela morale), non chiarisce su quali basi può essere stabilito? Le neuroscienze descrivono le tappe dello sviluppo neurale e cerebrale dell'essere umano, ma non spiegano perché siano rilevanti per definire l'essere umano come persona. Non era questo che Dworkin affermava? Ma per primo non lo rispetta.

La seconda strategia argomentativa, contraddittoria rispetto alla prima e in generale alla "tesi indipendente" a cui Dworkin aderisce in partenza, è quella di affermare che il feto non è qualcosa, ma che è una individualità umana: "nessuno può negare" — ammonisce Dworkin — "che il feto sia un essere umano" ⁽⁹³⁾, ma "da questi fatti biologici non segue che un feto abbia anche diritti o interessi, né segue che un feto già incarna un valore intrinseco" ⁽⁹⁴⁾. Non c'è molto da aggiungere a questa ultima perentoria affermazione, se non che smentisce la plausibilità della "tesi indipendente" (il feto ha un valore intrinseco), poiché afferma in modo esplicito la divisione tra persona ed essere umano e svuota di significato l'invocazione di Dworkin che la vita umana è sacra ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹¹⁾ L. PALAZZANI, *Diritto e morale di fronte alla protezione della vita umana*, in *Persona y Derecho*, 46, 2002, p. 168.

⁽⁹²⁾ DV, p. 24.

⁽⁹³⁾ DV, p. 28.

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁵⁾ Osserva Goldblatt che "Dworkin's invocation of sanctity becomes meaningless"; cfr. M. GOLDBLATT, *Liberty, Logic & Abortion*, in *Philosophy Now*, 36, 2002, p. 3 (versione elettronica).

In questo modo, Dworkin aderisce alla teoria della separazione funzionale tra persona ed essere umano, sostenuta dal divisionismo bioetico di indirizzo liberale ed utilitarista. In particolare, difende la concezione cara ai dualisti, che tentano di giustificare la connessione necessaria tra il possesso di alcune facoltà mentali e l'averne degli interessi moralmente rilevanti. Per i sostenitori del dualismo bioetico, infatti, essere capaci di avere interessi è la condizione per assegnare lo *status* morale di persona. Il soggetto senziente o cosciente, in senso lato, ha interessi (o preferenze) e, quindi, ha anche il diritto morale alla vita. A questo proposito Dworkin osserva che "l'interesse entra in gioco non solo per la mia capacità di sentire, ma anche per un diverso e più complesso insieme di capacità: di star bene o non riuscirci, di sperare ed attendere, di patire delusioni e frustrazioni" ⁽⁹⁶⁾. Il criterio qualificativo del valore intrinseco o inviolabile della vita umana viene dunque reperito non tanto nella capacità attuale di provare dolore o gioia (si tratta della nota tesi avanzata da Peter Singer), quanto nella capacità di avere interessi, nel senso rilevante di essere un soggetto di stati coscienti, incluse esperienze e desideri. Quest'ultima è la tesi avanzata da Tooley ⁽⁹⁷⁾ nel 1972 in cui così si argomentava: "la concezione più plausibile del criterio per l'ascrizione del diritto alla vita è quella che si concentra sull'autocoscienza, cioè sulla capacità di desiderare di continuare ad esistere come soggetto di certi stati psicologici" ⁽⁹⁸⁾. Tutto ciò dimostra che, ad avviso di Dworkin, feti, neonati, bambini piccoli, handicappati mentali e individui affetti da varie forme di demenza o di incoscienza non sono persone e di esse può essere predicato un valore intrinseco solo in senso retorico e vacuo del termine ⁽⁹⁹⁾, perché il valore intrinseco del feto o di chi non ha o non ha più l'autocoscienza degrada ad una mera e semplice opzione di valore ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁶⁾ DV, p. 23.

⁽⁹⁷⁾ M. TOOLEY, op. cit.

⁽⁹⁸⁾ M. REICHLIN, op. cit., p. 51.

⁽⁹⁹⁾ Questo punto viene sottolineato severamente da Lalatta Costerbosa, la quale osserva che è "insensata la distinzione dworkiniana tra il valore intrinseco della vita e il valore intrinseco della vita per il paziente. Nella soluzione dworkiniana infatti l'argomento della sacralità della vita gioca a favore della legittimazione dell'eutanasia, perché il valore irriducibile della vita per l'individuo rende non negoziabile la rappresentazione individuale della vita e del senso conferito alla propria esistenza, sì che una scelta eutanassica consentirebbe fino in fondo di vivere in modo coerente rispetto a tale rappresentazione". È evidente che di una tale rappresentazione non si potranno avvalere quelle vite umane che attualmente (non potenzialmente o bio-ontologicamente) non possiedono una capacità mentale che permetta loro una tale autorappresentazione.

Cfr. M. LALATTA COSTERBOSA, op. cit., p. 44.

⁽¹⁰⁰⁾ Osserva Callahan che l'argomento della sacralità della vita proposto da Dworkin "is a sanctity of choice argument, not a sanctity of life view"; cfr. D. CALLAHAN, *The Sanctity of Choice*, in *Commonweal*, 1993, p. 24.

Ma che l'appello alla sacralità della vita fosse un espediente retorico per "raffreddare gli animi" nella veemente battaglia tra sostenitori *pro-choice* e sostenitori *pro-life* appariva chiaro fin dall'*incipit* del saggio *Il dominio della vita*. Che cosa significa, infatti, dire che "l'aborto, vale a dire uccidere deliberatamente un embrione umano in via di sviluppo, e l'eutanasia, vale a dire uccidere deliberatamente una persona per pietà, sono entrambe scelte di morte. In un caso si sceglie la morte prima che la vita abbia propriamente inizio, nell'altro dopo che la vita è finita" ⁽¹⁰¹⁾?

Aborto ed eutanasia sono due tipi speciali di omicidio, due particolari e paradossali scelte di morte, ma proprio per la loro paradossalità da esse si può inferire che la loro messa in pratica non lede la sacralità della vita. Come è possibile? Dworkin risponde in modo sibillino: l'aborto è un caso in cui si dà la morte ad una vita che non ha avuto ancora inizio e l'eutanasia è il sacrificio di una vita umana che è già finita. È evidente, dopo quanto ho cercato di mettere in luce, che queste due affermazioni sottendono la credenza culturalistica secondo cui la vita biologica umana non conta nulla moralmente. Ma *biologicamente* è possibile che esista una vita che non è ancora vita e che esista una vita che continua pur essendo morta? Ad avviso di Dworkin, la risposta a questa domanda è affermativa: due situazioni del genere si verificano continuamente. Allora il criterio che attribuisce peso morale alla vita umana è derivato (1) dall'insorgenza di proprietà essenzialiste (sensibilità, coscienza, ecc.) e (2) dal momento della nascita poiché il venire al mondo del neonato segna l'inizio *giuridico* della persona. Ma si tratta di due criteri completamente arbitrari: da un punto di vista morale e giuridico possono essere scelti purché si ammetta che da un punto di vista ontologico e filosofico restano opzioni meramente convenzionali; non valgono nulla perché non valgono per tutti, non stanno sullo stesso piano di un fatto empirico. La nascita, infatti, sancisce un evento di una vita umana che *era già* nella vita: *si viene al mondo perché alla vita si è già venuti* ⁽¹⁰²⁾. Il confine tracciato con la nascita è filosoficamente inaccettabile "in quanto oscura il fatto, peraltro banalmente vero, che un essere umano vive anche prima della nascita" ⁽¹⁰³⁾. Inoltre, se un qualsiasi fatto biologico umano è irrilevante da un punto di vista morale, non si vede perché

⁽¹⁰¹⁾ DV, p. 3.

⁽¹⁰²⁾ In questo senso si veda quello che afferma Henry: "Nascere non significa dunque, come s'immagina ingenuamente, venire al mondo nella forma di un corpo-oggetto, giacché allora non ci sarebbe nessun *individuo vivente*, tutt'al più l'apparizione di una cosa, di un corpo mondano soggetto alle leggi del mondo, che deriva le sue proprietà fenomenologiche – spazialità, temporalità, relazioni di causalità con l'insieme dei corpi – dall'apparire del mondo; privo tuttavia per principio di ciò che accade solo nella vita, ossia della possibilità originaria e trascendentale di provarsi paticamente in una carne": l'uomo non è mai venuto al mondo, è venuto nella vita. Cfr. M. HENRY, op. cit., p. 144.

⁽¹⁰³⁾ G. BONIOLO, op. cit., p. 7.

dovrebbe essere moralmente rilevante un evento biologico come la nascita. Se si accetta il criterio psicologico e culturalistico per attribuire moralità alla vita, allora è del tutto coerente (e anche più coraggioso) affermare senza timori che non essendo ipotizzabile nessun momento di discontinuità, che porti dallo zigote al neonato, e non essendo rilevante che il feto e il neonato siano appartenenti alla specie umana, mancando a loro la consapevolezza del sé (questa è la sola linea di demarcazione che conta) possono essere sottoposti ad aborto e ad infanticidio (faccio notare che i filosofi a cui Dworkin si richiama ammettono l'infanticidio: per Tooley è lecito entro i primi sette giorni dalla nascita, per Singer e Kuhse entro 28 giorni dalla nascita).

Non solo, ma se è la presenza di alcune proprietà funzionali o modali a dirimere a chi spetti la categoria di persona, si potrebbe convenire che la persona è quella entità che ha maturato appieno, ad esempio, il processo di sinaptogenesi perché solo allora è possibile acquisire tutti gli stati mentali superiori: questo processo ha il suo picco attorno ai due anni di vita e si stabilizza entro il primo decennio di vita del bambino. Ma per questa via, paradossalmente, si potrebbero aggiungere altri requisiti essenzialistici, ritenuti convenzionalmente importanti sotto il profilo morale: ad esempio, come ha sostenuto provocatoriamente Philip K. Dick, nel suo racconto *Le pre-persone* (1974), si potrebbe decidere di considerare persona chi riesce a risolvere un problema di algebra superiore.

Ebbene, non mi sembra che questa sia la via più promettente per costituire un programma laico di bioetica liberale.

Ritorno a "Bios" versus "Zoé" — Il problema della dicotomia *zoé/bios*, discriminante per scegliere moralmente, rimane intatto se il valore intrinseco della vita umana si costruisce in un continuo rimando tra oggettività biologica e soggettività culturale⁽¹⁰⁴⁾, se si attribuisce importanza morale agli investimenti, ad esempio, alle aspirazioni, alle aspettative di vita di una giovane donna che decide di abortire perché una nuova vita sconvolgerebbe il suo progetto, il suo "poema esistenziale", se, nelle fasi terminali della vita, le scelte tragiche a favore dell'eutanasia vengono fatte sulla base degli interessi critici (cruciali per Dworkin nel processo di valorizzazione della vita⁽¹⁰⁵⁾) anziché sui meri interessi individuali o esperienziali.

⁽¹⁰⁴⁾ Osserva G. Harman che non è nel bilanciamento che ritroviamo l'immagine esatta del processo valoriale della vita umana elaborato da Dworkin, ma piuttosto in una curva avente una traiettoria parabolica in cui l'apice è rappresentato dalla fioritura di giovani esseri umani: "a curve that has a positive value at conception or somewhat after, gradually living to a high point in the teen age years, then leveling off, and eventually declining in middle and old age"; cfr. G. HARMAN, *Three Trends in Moral and Political Philosophy*; testo reperibile on line su www.ephilosophers.com.

⁽¹⁰⁵⁾ Questo punto viene rimarcato da J. HARRIS, *op. cit.*, p. 40.

Per Dworkin, soltanto la realizzazione degli interessi critici è la condizione necessaria e sufficiente per attribuire valore intrinseco alla vita umana (lo schema è dunque strumentale: “la vita umana ha valore intrinseco, se...”). Gli interessi critici sono quelli che migliorano realmente la nostra vita. Gli interessi esperienziali sono, invece, quelli che realizziamo per fare esperienza. Ma tra i due tipi di interessi, qual è il peso morale che spetta agli interessi critici e agli interessi esperienziali in un processo deliberativo?

La contrapposizione tra interessi critici ed interessi esperienziali, sviluppata all’interno di un modello asimmetrico di investimento umano vitale, in cui è rilevante moralmente il consolidamento di una esistenza basata su un piano di vita presente e su una memoria di vita trascorsa, diventa, nell’ottica dworkiniana, un modo per riproporre il primato della qualità della vita. Dagli interessi critici, per Dworkin, dipende la fioritura della vita come *vita buona*, in un senso che travalica il mero piacere contingente ed approda a considerare la vita come *integrità*, cioè come narrazione coerente di una biografia⁽¹⁰⁶⁾. In una comunità liberale composta da soggetti eguali e liberi, nessuno, meno che meno lo Stato, può arrogarsi il diritto di costringere gli altri a scelte *oggettivamente* migliori: in uno spazio pubblico siffatto non c’è posto per nessuna forma, debole o forte, di paternalismo, ma è pur vero che l’applicazione dell’ipotesi di Dworkin, con la sua enfasi su concetti “quasi-perfezionistici” come quello di “interesse critico” e di “integrità”, non riesce a far quadrare il cerchio: la valorizzazione della vita come autorappresentazione individuale spinge fuori dalla considerazione morale e dallo spazio dell’etica pubblica il principio ecumenico della sacralità della vita.

In questo modo, infatti l’ecumenismo dworkiniano subisce un ulteriore slittamento verso l’approccio strumentale o qualitativo della vita umana: dopo aver infatti ricondotto il valore sacrale della vita alla fonte umana culturale, cioè alla possibilità di un investimento qualitativamente significativo o alla realizzazione di una esistenza personale *integrale*, la dualità tra interessi critici ed interessi esperienziali dimostra in maniera definitiva che la dicotomia *zoé/bios* non è stata superata da Dworkin, semmai è stata solo semanticamente aggirata⁽¹⁰⁷⁾.

Osserva in proposito Michael Perry: “Dworkin seems to be using *sacred* in what we can call a weak, or *subjective* sense — something (e. g. a human life) is sacred because, or in the sense that, it inspires awe in us and we attach great value to it — rather than in the strong, or *objective* sense —

⁽¹⁰⁶⁾ Si veda su questo punto la riflessione di S. SEMPLICI, *Bioetica. Le domande, i conflitti, le leggi*, Morcelliana, Brescia, 2007, pp. 199-202.

⁽¹⁰⁷⁾ Si segnala un articolo molto scettico sulla strategia ecumenica dworkiniana: L. BELSHAW, *Abortion, value and the sanctity of life*, op. cit., pp. 130-150.

something is sacred and therefore it inspires awe in us and we attach great value to it" (108).

Il punto più problematico dell'argomento di Dworkin resta, dunque, quello di collegare la tesi della sacralità della vita al contemporaneo contributo del senso soggettivo e di quello oggettivo di considerare un valore intrinseco la vita degli esseri umani.

L'idea della sacralità deriva per Dworkin dal fatto che la vita umana è di valore perché è il risultato di un contributo creativo sia della natura sia dell'umanità stessa (*self-creating*).

Scrivendo Dworkin che "l'idea della sacralità della vita umana è più complessa, e anche più aperta a differenti interpretazioni contrapposte" (109). In questo senso è plausibile, ad avviso del filosofo americano, sostenere che il prolungamento della vita di un paziente non più cosciente non contribuisce a realizzare "la meraviglia naturale della vita umana. [...] Questa è una concezione meno conservatrice perché nega che la morte biologica defraudi sempre la natura. Ma supponiamo anche di negare che il contributo naturale alla vita sia dominante e di insistere che il contributo umano è altrettanto importante. [...] Avremo allora una ragione molto più forte per negare che l'eutanasia offenda sempre la sacralità della vita: diremo allora che talvolta l'eutanasia difende questo valore" (110).

È vero che qualcuno potrebbe desiderare di essere messo in schiavitù, ma sotto il profilo della razionalità pratica e dell'intersoggettività pubblica la schiavitù non è un modello ideale per la realizzazione dell'essere umano, perché nega uno dei fondamenti morali dell'essere umano che è la libertà. Allo stesso modo, qualcuno potrebbe desiderare sotto il profilo soggettivo l'eutanasia, l'aborto o il suicidio assistito: per costui queste pratiche rappresentano un valore personale, ma la razionalità pratica ed intersoggettiva non può negare, se non al costo di negare se stessa, uno dei valori basilari dell'essere umano, che è la vita.

Se, dunque, l'argomento di Dworkin a favore di una concezione "secular sacredness of human life" si articola in termini così nettamente culturalistici, allora, non a torto, c'è chi pensa che anche l'argomento religioso, teologico, sia forse più convincente nel sostenere la sacralità della vita (111).

È pur vero che gli argomenti teologici sono poco o nulla spendibili nello spazio pubblico: le connotazioni valoriali della vita umana e della persona, attraverso la loro partecipazione alla natura e al disegno cosmico di Dio, sono poco comprensibili sotto il profilo filosofico-razionale, ma hanno il merito di

(108) M. PERRY, *op. cit.*, p. 28.

(109) DV, p. 296.

(110) Ivi, p. 297.

(111) Si veda in proposito R. STITH, *The Right to Death*, in *The New York Review of Books*, 6, 1991, testo in versione elettronica.

reperire la fonte della dignità della vita e della persona da un presupposto metafisico superiore, irriducibile ad una contingente e cangiante artificialità convenzionale umana.

Se la fonte del valore non si situa all'interno del bene stesso, cioè se il *bene in sé* si confonde con il *bene per me*, si rischia di accordare l'accettabilità morale con l'affermazione di Dworkin, secondo la quale l'eutanasia eviterebbe che vite non degne di essere vissute offendano la bellezza naturale della vita⁽¹¹²⁾. Ma chi decide che la vita di un paziente incompetente o di un malato terminale offende la creazione naturale della vita, se non chi ritiene che la vita sia importante solo dal punto di vista biografico?

Anche ammettendo, in accordo con Dworkin, che un progetto di vita deve tendere quanto più possibile ad una realizzazione ricca di valori (ma questo non è paternalismo?), in ogni caso esso "non dovrà rendere impossibile l'attuazione in qualche modo dei valori basilari per sé e per gli altri"⁽¹¹³⁾.

È una buona società liberale quella che permette che si possa indicare il punto qualificativo in presenza del quale una vita umana ha cessato di aver diritto di chiamarsi tale? Il caso di Terry Schiavo, al di là delle sue implicazioni giuridiche, non è stato l'esempio di una vita umana che offendeva la creazione naturale, ma è stata la vicenda in cui si toglieva il nutrimento vitale a chi non aveva più possibilità di farlo da sé. Sebastiano Maffettone ha giustificato la decisione dei giudici di porre termine al sostentamento di Terry affermando che essa "in fin dei conti viveva malissimo"⁽¹¹⁴⁾; questo modo di ragionare mi fa orrore, perché smettere di nutrire chi si affida a te, è un feroce tradimento, una profonda e terribile lacerazione di quel patto di solidarietà fondato sul presupposto che la carne comune di cui siamo costituiti ci consente di sentire e di essere sentiti, di toccare e di essere toccati, di amare e di essere amati.

La tesi di Dworkin, presentata in letteratura come una "terza via", che si propone di superare le "secche metafisiche ed ideologiche" della grande divisione tra monismo bioetico cattolico e dualismo bioetico secolare, in realtà dissimula nel suo iniziale monismo ecumenico un'intatta dicotomia:

⁽¹¹²⁾ Su questo punto si veda la densa critica che Rebecca Dresser rivolge a Dworkin; R. DRESSER, *Dworkin on Dementia. Elegant Theory, Questionable Policy*, in *The Hastings Center Report*, 6, 1995, pp. 32-38.

⁽¹¹³⁾ F. VIOLA, *Oggettività e verità dei valori morali.*, op. cit., p. 14. Qui Viola chiaramente si rifà alla tesi della fioritura umana di Finnis, ma si potrebbe sostenere la stessa tesi ricorrendo all'argomento del contenuto minimo del diritto naturale di Hart, secondo il quale il fondamento ultimo di ogni società umana non risiede nel beneficio individuale, ma nei bisogni fondamentali dell'uomo. Il primo di questi bisogni è l'autoconservazione della vita.

⁽¹¹⁴⁾ S. MAFFETTONE, *Bioetica, una questione simbolica*, in *Il Sole24Ore*, 7 ottobre 2007.

“l’enfasi sulla sacralità o sugli aspetti biografici dipenderà dalle circostanze, dal contesto, ma la bipolarità è ineliminabile”⁽¹¹⁵⁾. È vero che Dworkin rimarca la rilevanza etica del valore intrinseco della vita umana fin dal suo primo inizio e non soltanto quando è possibile constatarne una vita biografica o personale, come per Rachels; tuttavia resta il fatto che tale valore deriva dalla capacità di condurre una vita basata su “un’integrità e un’autenticità generale complessiva”⁽¹¹⁶⁾. Questo implica che il valore della vita — la sacralità della vita per Dworkin — è il risultato di un processo arbitrario e soggettivo tra interessi critici ed interessi di esperienza, tra investimenti umani (o culturali) ed investimenti naturali, che presuppone e non elimina la struttura dicotomica della bioetica odierna. Come scrive Maffettone, commentando la strategia ecumenica di Dworkin: “che cosa ci rende naturalisti, e che cosa ci spinge a essere invece culturalisti?”⁽¹¹⁷⁾

Nonostante la raffinata e articolata argomentazione, la tesi di Dworkin, come ho tentato di dimostrare, non è in grado di rispondere a questa domanda.

ABSTRACT

Ronald Dworkin has entered into the debate on the legality of abortion and euthanasia and he thinks, by accepting a moral coherentist reasoning, that there is a secular as well as a religious understanding of the idea that human life is sacred. In Dworkin’s opinion, life is sacred and inviolable because it has intrinsic, not instrumental, value. The assertion that the central argument in the debate on abortion and euthanasia is the intrinsic value of life would, according to Dworkin, render not only a range of conservative, but also liberal positions, coherent.

In fact, according to Dworkin, it is precisely in the dialectic, and in the optimum equilibrium between biological reason (*zoé*) and biographical reason (*bios*), in which it is possible to find a satisfactory and acceptable solution, that can be shared by both liberals and conservatives, to bioethical issues (for example: abortion, euthanasia, wombs for rent, etc).

Ronald Dworkin si inserisce nel dibattito relativo alla liceità dell’aborto e dell’eutanasia e ritiene, adottando un’argomentazione morale coerentista, che esista un’interpretazione laica, così come una religiosa, dell’idea che la vita umana è sacra. A parere di Dworkin la vita è sacra o inviolabile in quanto essa ha un valore intrinseco e non strumentale.

⁽¹¹⁵⁾ P. VINEIS, *Nel crepuscolo della probabilità. La medicina tra scienza ed etica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 115.

⁽¹¹⁶⁾ DV, p. 309.

⁽¹¹⁷⁾ S. MAFFETTONE, *Il valore della vita. Un’interpretazione filosofica pluralista*, op. cit., p. 60.

Accogliere l'affermazione secondo cui la tesi centrale nel dibattito sull'aborto e sull'eutanasia riguarda il valore intrinseco della vita, permetterebbe, secondo Dworkin, di rendere coerente un ventaglio non solo di posizioni conservatrici, ma anche di quelle liberali.

Secondo Dworkin, infatti, è proprio nella dialettica e nel miglior equilibrio tra la ragione della biologia (*zoé*) e quella della biografia (*bios*) che è possibile reperire una soluzione soddisfacente sulle questioni bioetiche (aborto, eutanasia, utero in affitto, ecc.), condivisa dai liberali e dai conservatori.

DANIELE RUGGIU

LA TEORIA DISCORSIVA DEI DIRITTI DI ROBERT ALEXY

– *La questione di razionalità in relazione ai diritti* –

1. *Premessa.*

Nel panorama delle elaborazioni giusfilosofiche contemporanee la “teoria discorsiva” di Alexy è forse quella che maggiormente ha posto la questione di razionalità nel campo dei diritti, cioè, del nesso cruciale che esiste tra razionalità e diritti, siano essi diritti fondamentali o diritti umani. Al cuore del diritto moderno sta, infatti, il problema della razionalità dell’applicazione del diritto. Questo problema si accentua, invece che attenuarsi, con la comparsa dei diritti, così strutturalmente atipici da rischiare di compromettere ogni pretesa di correttezza. Per questo la soluzione della questione della razionalità appare cruciale nel campo dei diritti. La “teoria del discorso” intende, appunto, formulare un diverso modello di razionalità al fine di fondare in modo saldo e sicuro una teoria dei diritti; e questo modello, al fine di garantirne maggiore rigore, dovrà essere sostanzialmente svincolato dalla storia, dalla pratica in cui i diritti si affermano e si evolvono. Solo attraverso il ricorso ad un insieme di regole razionali sarà allora possibile costituire all’interno del diritto un’idea di correttezza e, quindi, estenderla anche al campo dei diritti. Come questo sia possibile e con quali esiti è lo scopo di questo articolo.

2. *Razionalità e applicazione del diritto.*

In generale, l’entrata in crisi del modello di sussunzione logica a partire da premesse maggiori astrattamente formulate ha reso sempre più impellente la necessità di ridefinire i nostri parametri di razionalità. Il modello del sillogismo giudiziale non poteva che entrare in crisi non appena ci si è accorti che la vaghezza del linguaggio giuridico, la possibilità di conflitti tra norme, l’esistenza di lacune, la possibilità di decidere un caso particolare anche in senso

antitetico al dettato di una norma, impedivano di vedere la conclusione decisionale come una derivazione logica dalla premessa maggiore e da quella minore. Questo ha reso sempre più evidente l'aprirsi di singoli momenti valutativi nel ragionamento dei giudici⁽¹⁾. A ciò bisogna aggiungere una situazione di confusione metodologica dove non vi è accordo tra i giuristi sui metodi da applicarsi, né soprattutto sulla loro gerarchia. «Quando la decisione di un caso concreto non consegue logicamente da norme che devono essere presupposte (...) e neppure può essere motivata in modo rigoroso servendosi delle regole predisposte dalla dottrina del metodo giuridico, allora a colui che decide rimane uno spazio di azione all'interno del quale egli deve scegliere tra più soluzioni»⁽²⁾. L'esistenza di momenti di valutazione nel processo decisionale del giudice appare, dunque, una scelta pressoché obbligata. Ma questa conclusione, più che risolvere, non fa che segnalare il problema, cioè la questione ineludibile di quali siano i limiti di razionalità a cui deve essere sottoposto l'interprete, se si vuole evitare di concepire questi momenti valutativi come discrezionalità pura. Questo fatto non può non avere alla fine conseguenze dirette anche sull'applicazione dei principi su cui si incardinano le nostre costituzioni democratiche. Proprio i caratteri strutturali delle norme costituzionali che esprimono i diritti fondamentali, contrassegnate tanto da maggiore debolezza del dettato, quanto da una maggiore indeterminatezza, vengono ad amplificare i rischi di discrezionalità che già caratterizzano tutte le altre norme nel loro momento applicativo. La loro formulazione vaga e spesso ricca di termini valutativi che hanno più a che fare con l'espressione di valori che con la puntigliosa descrizione di fattispecie normative sembra amplificare enormemente le possibilità di valutazioni arbitrarie del tutto sganciate da criteri di razionalità rigorosi. Da questo punto di vista, è in ballo la stessa considerazione del processo di bilanciamento dei principi quale processo razionale *tout court*, cioè del metodo salito alla ribalta nelle corti costituzionali.

3. Razionalità e diritti.

Come già Dworkin aveva notato, nei nostri ordinamenti bisogna distinguere due tipi di norme: «quelle norme che costituiscono e organizzano la funzione legislativa, esecutiva e giurisdizionale»⁽³⁾, cioè l'intera articolazio-

⁽¹⁾ R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. e cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 7 ss.

⁽²⁾ Ivi, p. 9.

⁽³⁾ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, trad. it. di D. Canale, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 7, 2002, p. 131.

ne dello stato, e le «norme che limitano e guidano i poteri dello Stato»⁽⁴⁾ tra le quali bisogna annoverare, appunto, i diritti fondamentali. Con l'avvento degli stati democratici questa dicotomia di figure normative sembra aver assunto ormai carattere universale. In realtà, vi sono almeno due modi per considerare i diritti fondamentali: o li si concepisce «in senso stretto e tassativo», cioè come regole, o li si concepisce «in senso largo e comprensivo»⁽⁵⁾, cioè come principi. In base alla concezione stretta e tassativa, i diritti fondamentali non si differenziano sostanzialmente dalle altre norme del sistema giuridico, per quanto il rango costituzionale li collochi su un piano nettamente differente. I loro contenuti, inoltre, sono costituiti da diritti di importanza fondamentale (di qui anche il loro rango costituzionale) e formulati in modo particolarmente astratto. Ma da questi fatti non si fa discendere alcuna conseguenza strutturale. Si tratta pur sempre della stessa tipologia normativa. Da questo punto di vista, non sussiste tra diritti fondamentali e le altre regole alcuna differenza applicativa. Il metodo è lo stesso: la sussunzione.

In base alla concezione comprensiva e olistica, «le norme in cui trovano formulazione i diritti fondamentali non si limitano a difendere determinate posizioni soggettive dei cittadini nei confronti dello Stato»⁽⁶⁾. I diritti fondamentali, infatti, incorporano valori da cui mutuano la struttura e questa analogia strutturale tra principi e valori si manifesta nel fatto che essi tendono a collidere esattamente come i valori. Ma «la differenza fra regole e principi appare molto chiara nei conflitti tra principi e nei conflitti tra regole. Comune ai conflitti tra principi ed ai conflitti tra regole è il fatto che due norme, applicate indipendentemente l'una dall'altra, portano a risultati incompatibili, ovvero a due doveri giuridici contraddittori. Essi possono essere differenziati rispetto al modo in cui è risolto il conflitto»⁽⁷⁾. Da questo punto di vista, mentre le altre regole risolvono le loro antinomie *a livello astratto*, nel senso che una regola risulterà invalida o un'eccezione dell'altra, implicando, poi, l'operare del classico modello della sussunzione della fattispecie sotto la classe dei casi disciplinati dalla norma applicabile, il modello applicativo richiesto dai diritti fondamentali è quello che risolve il conflitto *a livello concreto*, cioè, il modello del bilanciamento.

Secondo Alexy, nella giurisprudenza costituzionale tedesca possono essere enucleati tre principi. Innanzitutto, la garanzia dei diritti fondamentali non può essere ridotta alla mera difesa dei diritti dei cittadini nei confronti delle ingerenze dello stato. I diritti fondamentali, poi, vengono a

(4) Ibidem.

(5) Ibidem.

(6) Ivi, p. 132.

(7) R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986, p. 77.

incorporare «anche un sistema obiettivo di valori»⁽⁸⁾ e valgono in tutti gli ambiti del diritto attraverso un processo di irradiazione che li ha resi praticamente “ubiqui”⁽⁹⁾. Infine, poiché «principi e valori sono strettamente affini»⁽¹⁰⁾, questa comune base strutturale li rende estremamente conflittuali: come i beni, i principi collidono e «un conflitto tra principi può essere dunque risolto soltanto ricorrendo al bilanciamento»⁽¹¹⁾. Questo perché i diritti fondamentali sono sostanzialmente principi di ottimizzazione. O meglio, si tratta di distinguere i “precetti che sono ottimizzati”, i nostri diritti, dai “precetti di ottimizzazione”, che si trovano ad un meta-livello strutturale⁽¹²⁾. I primi collidono e sono oggetto del bilanciamento. Indicano un ideale “dover essere” che attraverso il bilanciamento si trasformerà in un “effettivo dover essere”. I secondi, invece, sono precetti per l’ottimizzazione dei principi in conflitto tra loro e stabiliscono che il loro oggetto, cioè, i comandi che sono ottimizzati, debbano essere realizzati il più possibile. Questi precetti per l’ottimizzazione dei principi, in quanto precetti, non devono essere ottimizzati, ma solamente realizzati, al pari delle altre regole⁽¹³⁾. Questo significa che, più che due distinte figure deontiche, dobbiamo confrontare due distinti modelli applicativi per poter rispondere a quella che ci appare come la domanda chiave: «quale di queste due costruzioni teoriche conferisce maggiore razionalità alla giurisdizione costituzionale, quella che esige un bilanciamento o quella che richiede una sussunzione?»⁽¹⁴⁾

Su questo tema, va detto, si è svolto un interessante dibattito che ha visto confrontarsi direttamente Alexy e Habermas⁽¹⁵⁾. Il primo, fautore della tesi dell’affinità, il secondo, deciso sostenitore della distinzione tra principi e valori. Contro la tesi dell’affinità, Habermas aveva sollevato due obiezioni. Poiché i valori e principi sono strutturalmente diversi confonderli signifi-

⁽⁸⁾ Dalla famosa sentenza *Lüth* del 1958: BverfGE 7, 198 (p. 205).

⁽⁹⁾ Cfr. R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 134.

⁽¹⁰⁾ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 125.

⁽¹¹⁾ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 134. Anche se va detto che non si tratta di una affinità assoluta per Alexy.

⁽¹²⁾ R. ALEXY, *On Structure of Legal Principles*, in “Ratio Juris”, vol. 13, n. 3, 2000, p. 300.

⁽¹³⁾ Su questo e i problemi relativi cfr. T. DE DOMINGO PÉREZ, *Perché ottimizzare? Sulla base normativa del concetto di principio di Robert Alexy*, trad. it. di E. Pariotti, in “Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica”, 10, 2005, pp. 201 ss.

⁽¹⁴⁾ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 134.

⁽¹⁵⁾ Su questo cfr. G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, in “Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica”, 10, 2005, pp. 177-198.

cherebbe, ogni qualvolta entra in gioco un principio, far valere ragioni di “policy” mischiandole con ragioni che, invece, sono propriamente giuridiche. Inoltre, il meccanismo di applicazione dei principi, il bilanciamento, verrebbe, alla fine, fatto dipendere o dall'arbitrio o da mere abitudini applicative⁽¹⁶⁾. Concependoli in questo modo, cioè, si viene ad imprimere al diritto una deriva irrazionalistica. Bisognerà dunque domandarsi: il «bilanciamento è in sé qualcosa di irrazionale?»⁽¹⁷⁾

4. La tesi del “caso particolare”.

Secondo Alexy, l'interpretazione giuridica è razionale solo in quanto caso particolare dei criteri procedurali del discorso pratico generale e la stessa cosa vale per il bilanciamento. È la cd. *Sonderfallthese*, la tesi dell'argomentazione giuridica come caso particolare del discorso pratico. A fronte del fatto che le norme giuridiche non sono ragioni sufficienti per la soluzione di un caso, né gli argomenti giuridici istituzionalmente utilizzati nella giustificazione interna delle decisioni sembrano essere parimenti sufficienti, nel ragionamento giuridico si aprono inevitabili varchi valutativi. La “teoria del discorso” sostiene di poter individuare dei criteri che ne garantiscano la razionalità e ritiene che questi criteri non siano in realtà giuridici, ma siano del discorso pratico generale. L'indeterminatezza del linguaggio giuridico, lacune, antinomie normative e possibilità di svincolarsi dal significato letterale di un testo, impediscono che gli spazi lasciati aperti dalle norme siano completamente annullati dal legislatore. «È ragionevole perciò l'introduzione di forme e regole particolari proprie dell'argomentazione giuridica, la loro istituzionalizzazione come scienza giuridica, e la loro collocazione nel contesto dei precedenti»⁽¹⁸⁾. In questo modo, l'argomentazione giuridica resta dipendente dalle regole del discorso pratico generale e si inserisce a pieno titolo nel modello della sussunzione. Dal punto di vista del discorso pratico è possibile, così, elaborare un sistema di 28 regole articolato in 5 gruppi (regole fondamentali⁽¹⁹⁾), di

⁽¹⁶⁾ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Mein, 1992; trad. it. di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 309.

⁽¹⁷⁾ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 136.

⁽¹⁸⁾ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., trad. it. cit., p. 226.

⁽¹⁹⁾ Le *regole fondamentali* che sono condizione di possibilità di ogni comunicazione linguistica in cui si possa parlare di verità e correttezza sono: quella di non contraddizione, la sincerità nel discorso, la coerenza, l'universalizzabilità delle proprie proposizioni che devono potersi estendere a tutte le situazioni simili, la

ragione⁽²⁰⁾, dell'onere di argomentazione⁽²¹⁾, di giustificazione e di transizione) e in un sistema di forme argomentative attraverso le quali è possibile raggiungere un consenso razionale. Solo rispettando queste regole è possibile raggiungere un consenso qualificato, cioè razionale, un consenso che una volta raggiunto è sempre possibile mettere in discussione. Da questo punto di vista, il consenso non è dato da un mero incontro di volontà, da un evento psicologico, ma dal rispetto delle condizioni pragmatiche di razionalità su cui ogni argomentazione deve poggiare per potersi dire corretta. È poi possibile fare un'analisi dei diversi argomenti utilizzabili, analisi che può essere formalizzata logicamente. Il più importante è il modello sillogistico. È in questo contesto che dovremo poi considerare la questione dei limiti di razionalità del procedimento di bilanciamento dei principi. Come si vede, però, in ambito giuridico le regole di ragione non valgono. «Nelle discussioni giuridiche non può essere affrontata qualsiasi questione»⁽²²⁾. Sussiste tutta una serie di limitazioni ai diritti delle parti nel processo; il giudice non si trova in posizione paritaria, né tanto meno lo è l'imputato nel processo penale; vi sono limiti di rilevanza degli argomenti proponibili, termini fissati per legge, oneri della prova, regole sull'inversione dell'onere della prova, regole per la costituzione di parte civile. Ma anche le regole fondamentali hanno una validità limitata: non tutti i parlanti sono obbligati alla sincerità, lo sono i testimoni, non l'imputato. Nessuno può essere obbligato ad autoincriminarsi. Il linguaggio in ambito giuridico è spesso ambiguo, polisemico, ma spesso l'uso di significati specialistici è permesso assieme all'uso di termini comuni. I significati delle parole possono variare a seconda dell'ambito e del contesto in cui li si usano.

5. *La fondazione della razionalità nel modello della sussunzione.*

Le regole e le forme dell'argomentazione pratica generale servono a far funzionare razionalmente il modello sillogistico di applicazione delle regole

chiarezza dei termini usati che devono essere usati sempre negli stessi significati. Cfr. *ivi*, pp. 149 ss.

⁽²⁰⁾ Le *regole di ragione*, che stabiliscono le condizioni di razionalità di tutti i discorsi garantendone l'imparzialità, si basano tutte sulla regola che impone sempre di giustificare quanto si dice. Sono: la regola della libertà nella discussione (tutti possono prendere parte ai discorsi), chiunque può problematizzare qualunque affermazione, introdurre di nuove, esprimere proprie opinioni, desideri, bisogni, infine, non vi possono essere costrizioni tra i partecipanti nell'esercizio dei propri diritti nella partecipazione al discorso. Cfr. *ivi*, pp. 153 ss.

⁽²¹⁾ Le più importanti sono il principio di eguaglianza dei parlanti e il cd. principio d'inerzia di Perelman, secondo cui chi propone una nuova soluzione ha l'onere di argomentarla.

⁽²²⁾ *Ivi*, p. 170.

attraverso l'impiego di argomenti razionali. L'insieme di questi argomenti servirà a garantire il passaggio dalle premesse sino alla soluzione del caso. Si deve, allora, distinguere una giustificazione interna che garantisce un passaggio, che sia logico, dalle premesse sino alla conclusione, dalla giustificazione esterna delle singole premesse del sillogismo. Anche per la giustificazione interna vigono una serie di regole dell'argomentazione giuridica (come quella secondo cui alla base di un giudizio deve essere utilizzata almeno una norma universale ecc.) e sarà possibile darne una formulazione logica⁽²³⁾. Nella giustificazione esterna delle premesse utilizzeremo i diversi canoni ermeneutici (grammaticale, storico, sistematico ecc.), oltre che una serie di regole, come quella che impone il vincolo del testo di legge e della volontà del legislatore. Normalmente, però, perché possa operare il sillogismo, sarà necessario ricorrere ad una serie di regole che servono a trasformare la norma universale che rappresenta la premessa maggiore in una norma di volta in volta più concreta che avvicini progressivamente la fattispecie astratta a quella concreta⁽²⁴⁾. E in questi casi si dovrà formulare una serie di premesse intermedie sino a raggiungere la conclusione⁽²⁵⁾. È proprio in questo contesto che si apre quella parte creativa dell'accertamento del diritto. Poiché le regole individuate valgono pur sempre solo per la giustificazione interna, è soprattutto nella scelta delle premesse che si gioca la partita della razionalità del giudizio, cioè, nell'ambito della giustificazione esterna⁽²⁶⁾. Nella giustificazione esterna, le premesse possono essere costituite da norme positive, da proposizioni empiriche relative a questioni di fatto (la descrizione giuridica di un caso), da premesse che non sono né proposizioni empiriche, né regole del diritto positivo (es. massime di esperienza). A queste diverse tipologie di premesse corrispondono diversi metodi per la loro giustificazione. Ciò che ci vuole dire Alexy, è che, in un modo o nell'altro,

(23) La forma più semplice di giustificazione interna è data dal sillogismo e può essere così formalizzata:

(1) $(Tx \rightarrow ORx)$, cioè, per ogni x se x è un soldato, allora deve dire la verità.

(2) Ta , cioè, il signor $M.$ è un soldato.

(3) ORa , cioè, il signor $M.$ deve dire la verità.

Dove T indica un qualsiasi predicato complesso (in questo caso la qualità dell'essere soldato). O indica l'operatore deontico è *obbligatorio*. Quindi: per qualunque soldato è obbligatorio. R indica un qualsiasi predicato complesso che esprime ciò che l'interessato deve fare. È il contenuto di una regola R : dire la verità.

(24) Cfr. *ivi*, pp. 178 ss. L'idea di ridurre le premesse attraverso la formulazione di premesse intermedie si trova già in K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1977 (7 ed.); trad. it. di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970.

(25) R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., trad. it. cit., p. 181.

(26) *Ivi*, p. 182.

per la costruzione delle premesse bisogna sempre fare ricorso alle regole e alle forme dell'argomentazione pratica generale. In particolare, poiché la dottrina svolge una serie di funzioni in grado di semplificare l'attività della giurisprudenza, fornendole modelli e metodi di soluzione, grazie al fatto che non risente di vincoli temporali né personali e che alla fine tutti gli argomenti dogmatici utilizzabili possono essere ricondotti alle regole e alle forme dell'argomentazione pratica generale, allora, davvero possiamo dire che i momenti di scelta aperti nel giudizio rispondono a criteri razionali. «L'argomentazione pratica generale costituisce dunque il fondamento dell'argomentazione giuridica»⁽²⁷⁾. Il collegamento fondativo della razionalità giuridica sulla razionalità pratica generale ha, però, una conseguenza. Nel caso in cui oggetto di applicazione attraverso il modello razionale della sussunzione fosse una legge irrazionale o ingiusta, si correrebbe il rischio di contraddire la tesi del caso particolare, perché la correttezza razionale della decisione giuridica deriverebbe dall'applicazione razionale di una legge irrazionale (o ingiusta). In questo caso, secondo Alexy, la legge non potrebbe applicarsi se non si vuole vanificare la razionalità discorsiva⁽²⁸⁾. In questo senso, le regole del discorso razionale si comporterebbero esattamente come la legge di natura rispetto al diritto ingiusto. La legge ingiusta non è diritto.

6. *La fondazione della razionalità nel modello del bilanciamento.*

Recuperato il modello sillogistico di applicazione delle regole e rifondato, quindi, razionalmente sulla base delle regole dell'argomentazione pratica generale, dovremo fondare anche le basi della razionalità e della correttezza del modello di bilanciamento dei principi visto il ruolo ormai assunto dalle corti costituzionali⁽²⁹⁾. Nel diritto costituzionale tedesco il bilanciamento è soltanto una parte di quanto richiesto da un principio più comprensivo, il "principio di proporzionalità". Questo è a sua volta costituito da tre sottoprincipi, ovvero dai criteri di "adeguatezza", "necessità" e "proporzionalità". Tutti e tre i principi richiamati danno espressione all'idea di ottimizzazione. I diritti fondamentali in quanto principi costituiscono, cioè, dei precetti di ottimizzazione, ovvero delle norme, che prescrivono che qualcosa venga realizzato nella misura maggiore possibile⁽³⁰⁾. I precetti di ottimizzazione

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 224.

⁽²⁸⁾ Ivi, pp. 269-270.

⁽²⁹⁾ G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, cit., p. 193.

⁽³⁰⁾ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 137; ID., *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 75.

consentono, poi, che i principi si realizzino in maniera ottimale. Per quanto riguarda i due principi di adeguatezza e di necessità si tratta qui di ottimizzare la sentenza in rapporto alle circostanze di fatto. Il *principio di adeguatezza* vieta, in sostanza, di utilizzare mezzi che possano violare un diritto fondamentale, senza realizzare uno dei diritti o degli scopi a cui tali mezzi servivano. Il criterio di adeguatezza si limita a riprodurre l'idea paretiana di ottimizzazione. Per quanto riguarda il *principio di necessità*, si tratta di un criterio che richiede che se un diritto fondamentale rischia di essere limitato dall'impiego di un certo mezzo realizzativo di un altro diritto fondamentale, si dovrà scegliere il mezzo meno lesivo, a meno che questo non minacci la realizzazione di un terzo diritto fondamentale. Nel caso in cui non sia possibile scongiurare una limitazione a carico di altri diritti fondamentali, si dovrà ricorrere al bilanciamento tra beni in conflitto. Il bilanciamento costituisce l'oggetto del terzo principio, il *principio di proporzionalità*. Si tratta di un criterio che chiarisce cosa significhi ottimizzare una decisione in rapporto alle possibilità offerte dalle circostanze di fatto. Esso coincide con la cd. "legge del bilanciamento"⁽³¹⁾ che evidenzia come il processo di ottimizzazione di un principio che entra in collisione con un altro si risolva sostanzialmente in un bilanciamento. Questo avviene in tre momenti distinti. In un primo momento va determinato il grado di non realizzazione o di violazione di un certo diritto fondamentale. In un secondo momento, si tratterà di determinare il peso associato al principio concorrente e l'importanza della sua realizzazione. Infine, bisognerà verificare se l'importanza riconosciuta alla realizzazione del principio concorrente giustifichi il mancato soddisfacimento o la violazione del primo principio.

Habermas aveva contestato che, confondendo la natura dei principi con quella dei valori in caso di conflitto, qualunque ragione avrebbe potuto essere sostenuta attraverso argomenti di "policy". Habermas avrebbe ragione se non si potesse formulare alcun giudizio razionale in relazione all'intensità della violazione o della limitazione di un principio, in relazione al suo grado d'importanza e, infine, in relazione al rapporto che si instaura tra i due giudizi precedenti⁽³²⁾. È possibile, invece, far emergere la tessitura razionale che articola tanto il giudizio relativo all'intensità di una violazione, quanto il giudizio che ne stabilisce il grado di importanza. Tra una limitazione assoluta nel godimento di un diritto e l'estremo opposto è sempre possibile indivi-

⁽³¹⁾ Cfr. R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 138. La legge stabilisce che: *«Quanto più alto è il grado di non realizzazione o di violazione di un certo principio, tanto maggiore deve essere l'importanza associata alla realizzazione del principio concorrente»*

⁽³²⁾ *Ibidem*: «Se si prescinde dal controllo di adeguatezza e di necessità, i diritti fondamentali, in quanto principi, consentirebbero in tal caso qualunque soluzione giudiziale».

duare tutta una serie di gradazioni intermedie, realizzando una scala di intensità composta dai gradi “leggero”, “medio”, “grave”. Se consideriamo un caso in cui in conflitto vi siano beni non quantificabili economicamente, il discorso potrebbe cambiare ⁽³³⁾. Alexy ci vuole dimostrare che non è così ⁽³⁴⁾. Proprio attraverso questo modello di quantificazione triadica della gravità delle violazioni, la razionalità del giudizio può dirsi salva e, quindi, può essere respinta anche la seconda obiezione di Habermas ⁽³⁵⁾. Se, da una parte, non si può contestare che le sentenze dei giudici si basino su precedenti giurisprudenziali, che sarebbero nella prospettiva di Habermas standard frutto della mera abitudine, dall'altra, non si basano esclusivamente su di essi, ma anche sulla correttezza, cioè, sull'applicazione di una serie di criteri di giudizio. Anzi, si potrebbe parlare di un giudizio avvenuto in maniera irriflessa solo quando non avvenisse per via argomentativa, cosa che, invece, Alexy ci mostra non essere. I casi di bilanciamento sono sempre ampiamente argomentati. È possibile, a questo punto, operare un ulteriore salto nell'analisi del processo di quantificazione del peso dei principi, dandone una rappresentazione razionale, cioè formalizzata.

Abbiamo visto che tutte le gradazioni della misura del non adempimento, della limitazione o della violazione di un principio sin qui considerate seguono uno schema triadico: “leggero”, “medio”, “grave” (l, m, g). Bisogna, ora, fare una prima pulizia terminologica. Piuttosto che far riferimento di volta in volta al non adempimento o alla limitazione di un principio, sarà meglio parlare sempre di intensità di intervento su quel principio. Usiamo P_i come variabile per tutto ciò la cui violazione tramite non adempimento o limitazione diviene oggetto del giudizio costituzionale, cioè il principio P_i , mentre l'intensità dell'intervento su P_i può essere definita come IP_i . Va detto, poi, che gli interventi sui principi sono sempre concreti. La prima valutazione riguarderà, dunque, l'intensità dell'intervento IP_i che potrà risultare l, m, g (ovvero “leggera”, “media”, “grave”) nelle circostanze particolari del caso e la indicheremo con IP_iC . A questa intensità dovremo dunque dare un valore I_i . Quindi $I_i = IP_iC$, cioè diciamo che l'intensità dell'intervento sul principio P_i ha un valore definito. Al peso astratto possiamo dare un valore GP_i che possiamo sintetizzare per maggiore comodità con G_i , che acquisterà rilevanza se il peso astratto dell'altro principio concorrente si differenzia da quello di P_i . Il secondo oggetto di valutazione nel giudizio di bilanciamento è costituito dal grado d'importanza del soddisfacimento dell'altro principio. «Quanto

⁽³³⁾ R. ALEXY, *La quantificazione del peso nel bilanciamento*, trad. it. di D.S. Winkler e D. Canale, in “Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica”, 10, 2005, p. 101.

⁽³⁴⁾ L'autore fa il caso della sentenza *Titanic*: BVerfGE, 86, 1. Cfr. R. ALEXY, *La quantificazione del peso nel bilanciamento*, cit., trad. it. cit., pp. 101 ss.

⁽³⁵⁾ Ivi, pp. 103-104.

importante sia il soddisfacimento del principio concorrente dipende sia dall'intensità della limitazione dell'altro principio, qualora non gli venisse data la precedenza, sia dal suo peso astratto»⁽³⁶⁾. Così, per stabilire l'intensità dell'intervento ci si deve domandare quanto incida, ad esempio, il divieto di manifestare la propria opinione conseguente alla condanna al risarcimento dei danni morali per diffamazione. Per determinare l'importanza da attribuire alla difesa del diritto alla personalità del soggetto diffamato sarà necessario considerare quanto il mancato intervento sulla libertà di opinione, ritenendo non diffamatorio il comportamento, andrebbe a discapito della dignità della persona diffamata⁽³⁷⁾. Dunque, l'importanza concreta del principio concorrente P_j si misura su quanto intensamente incide su quel principio il non intervento sul principio P_i . Il concetto di importanza concreta di P_j è, allora, identico al concetto di intensità d'intervento su P_j in seguito all'ipotizzato non intervento su P_i . Quindi anche qui vale l'equivalenza $IP_j C = I_j$. Il terzo passaggio consiste nel mettere in relazione le due valutazioni qui fatte. Nel caso in cui ci troviamo di fronte a due grandezze incommensurabili (la condanna al risarcimento dei danni morali per diffamazione, per esempio, e la lesione derivante dalla diffamazione), l'incommensurabilità si genera non appena si abbandoni quel punto di vista unitario dato dalla correttezza costituzionale, cioè, quando un'interprete possa sostenere in un caso una violazione e in un altro uguale al primo la ritenga insussistente⁽³⁸⁾. Conseguentemente, chi ritiene che non sia possibile individuare un punto di vista comune, data l'incommensurabilità delle grandezze in questione, deve ritenere impossibile poter configurare come discorso razionale le valutazioni operate dalla corte costituzionale attraverso il bilanciamento. Ma oltre al punto di vista unitario, vi è un altro elemento che garantisce la commensurabilità ed è costituito dalla elaborazione di una scala di valori del tipo l, m, g (ovvero "leggera", "media", "grave"). Si tratterà di confrontare l'intensità di intervento sui due principi P_i e P_j sulla base della scala di valori l, m, g . A questa scala di valori è possibile dare una graduazione, ad esempio, da 1 a 3. E con l'aiuto di questi numeri si può stabilire una formula che esprime il peso di un principio in una circostanza concreta, cioè il suo peso concreto, come una differenza. Ciò nonostante, una caratteristica importantissima non viene colta se si utilizza la mera serie aritmetica 1, 2, 3⁽³⁹⁾. La cosa emerge non appena si passi al modello della serie geometrica con i valori da 1 a 4, cioè $2^0, 2^1, 2^2$. In questo modello le distanze aumentano progressivamente, cosa che permette di cogliere anche tipologie di illecito esorbitanti, senza limiti. Qui

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 107.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 108.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 110.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 114.

emerge il fatto che «i principi sui quali l'intensità d'intervento aumenta acquistano progressivamente una forza maggiore (...) [mentre] (...) diminuisce quanto più si interviene sul principio limitandone la piena realizzazione»⁽⁴⁰⁾. Emerge, cioè, un nucleo intangibile di quei principi. Il carattere geometrico della graduazione porta a definire il peso concreto di P_i non attraverso una sottrazione, come avverrebbe con l'uso della serie aritmetica, ma attraverso un quoziente, un rapporto. Si tratta, ora, di esprimere questo rapporto tra i diversi valori considerati per ciascun principio P_i e P_j . Ciò può avvenire facendo dipendere il peso concreto dei principi da tre coppie di fattori: l'intensità, i loro pesi astratti e il grado di attendibilità delle ipotesi circa l'avvenuta o la mancata realizzazione di ciascuno nel caso si adotti la misura in questione. Ciascuno di questi fattori contribuirà a determinare il peso di almeno due beni in conflitto e per questo la quantificazione del peso dipenderà da tre coppie di fattori che saranno indicati solo nel caso in cui le coppie siano diseguali, perché altrimenti si neutralizzerebbero. Vista l'importanza della seconda coppia di fattori (data dal grado di attendibilità della previsione empirica sugli effetti del provvedimento in questione), possiamo esprimere la seguente "legge del bilanciamento": *Quanto più pesante è un intervento su un diritto fondamentale, tanto maggiore deve essere il grado di attendibilità delle premesse su cui si regge l'intervento. L'attendibilità della previsione empirica relativa agli effetti del provvedimento sulla realizzazione di P_i e sulla non realizzazione di P_j nel caso concreto, può essere indicata con S_i e S_j . Quindi la nostra formula completa per la quantificazione del peso nel bilanciamento potrà essere scritta in questo modo:*

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Normalmente, però, ci troviamo di fronte a più principi coinvolti dal medesimo fatto, che si ha quando uno stesso provvedimento viola contemporaneamente più principi. Il che significa che il principio P_i sarà bilanciato coi principi P_j e P_n . La cosa interessante è che se, insieme al diritto fondamentale P_i , rispetto al quale si svolge il giudizio della corte, sono coinvolti anche altri principi, ci troveremo di fronte ad una «cumulazione [che] porta inevitabilmente all'olismo dei diritti fondamentali.Tutti i principi contrari alla misura oggetto di giudizio attaccherebbero congiuntamente tutti i principi favorevoli a tale misura. Il diritto fondamentale la cui violazione è oggetto di giudizio, non sarebbe più l'unico combattente in campo ma soltanto l'avanguardia di una truppa ben più numerosa»⁽⁴¹⁾. In

⁽⁴⁰⁾ Ibidem; ID., *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 147.

⁽⁴¹⁾ R. ALEXY, *La quantificazione del peso nel bilanciamento*, cit., trad. it. cit., p. 122 nt. 39.

questo caso il peso concreto del diritto fondamentale violato consisterebbe nel peso di questo principio entro l'intero sistema della costituzione. La formula che rappresenti il caso di questa "magnifica battaglia" sarà allora:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_{i+} \dots \dots I_m \cdot G_m \cdot S_m}{I_j \cdot G_j \cdot S_{j+} \dots \dots I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

Ad essa dovrà essere dato il nome di "formula ampliata per la quantificazione del peso nel bilanciamento". In conclusione, quando si tratta di graduare le violazioni dei diritti fondamentali, di quantificare il peso e di eseguire il bilanciamento, si può notare, attraverso le nostre formule razionali, che essi si rafforzano proporzionalmente alla intensità degli attacchi che subiscono dalla misura presa in esame. «In questo modo, essi mostrano una sorta di nucleo intangibile. Tale nucleo costituisce la "paratia antincendio" di cui parla Habermas la quale dovrebbe, invece, crollare inesorabilmente qualora accettassimo la tesi del bilanciamento»⁽⁴²⁾. Ma così non è e viene a cadere anche quest'ultima obiezione.

7. La giustificazione dei diritti umani attraverso le regole del discorso.

Come è facile immaginare, le regole della "teoria del discorso" sono anche in grado di farci spiccare quel salto dai diritti fondamentali ai diritti umani e di affrontare direttamente la questione della loro universalità. Si tratta di una elaborazione che appartiene, per sua esplicita ammissione, al campo delle teorie kantiane sui diritti umani, che è poi quello delle teorie liberali, distinguendosi in tal senso da quella aristotelica, hobbesiana e nietzscheana che ne sono in qualche modo antagoniste⁽⁴³⁾. La teoria kantiana si caratterizza per fondarsi tanto sul principio di universalità quanto sul principio di autonomia. Il primo principio afferma che tutti gli esseri umani devono avere certi diritti. Invece, il principio di autonomia muove contemporaneamente tanto nel senso dell'autonomia privata, della libera scelta del proprio piano di vita, quanto nel senso dell'autonomia pubblica, che presuppone, invece, la connessione di diritti umani con le istituzioni democratiche. A partire dalle regole della razionalità del nostro argomentare, è possibile concludere che il nostro campo pratico deve essere articolato su una sicura dotazione di diritti garantiti a tutti, quali condizioni procedurali del discorso a cui tutti intendono partecipare. Ad un primo livello, dunque, le regole del discorso dovranno

⁽⁴²⁾ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., pp. 143-144.

⁽⁴³⁾ R. ALEXY, *Discourse Theory and Human Rights*, trad. ingl. di S. Gaschke, K. Block, in "Ratio Juris", vol. 9, n. 3, 1996, p. 209.

fondare le regole del discorso pratico generale. Mentre solo in un secondo momento potranno fondare la giustificazione dei diritti umani nel campo delle nostre azioni sulla base di un triplice argomento che fa leva sulla autonomia, sul consenso e sulla democrazia. Per quanto riguarda il momento di fondazione delle regole del discorso, va detto che il discorso è razionale nella misura in cui le condizioni dell'argomentazione pratica razionale sono realizzate. Queste sono le cd. regole fondamentali che servono a realizzare l'imparzialità del discorso, scopo che si realizza solo se libertà ed eguaglianza nel discorso sono garantite, cioè, se valgono le cd. regole di ragione (ognuno ha il diritto di partecipare ai discorsi, di problematizzare le proprie affermazioni, di introdurre qualunque affermazione ecc.)⁽⁴⁴⁾. «A livello di argomentazione queste regole esprimono l'idea liberale di universalità e di autonomia»⁽⁴⁵⁾. Il che significa, anche, che la "teoria del discorso" è tutt'altro che neutrale e si colloca perfettamente all'interno della tradizione liberale⁽⁴⁶⁾. Nella "teoria del discorso" il consenso deve dipendere innanzitutto dai propri argomenti e deve sussistere una connessione necessaria tra l'idea di consenso universale e l'idea di correttezza e validità morale⁽⁴⁷⁾.

Abbiamo detto che la "teoria del discorso" non pretende di essere neutrale perché riconosce di avere chiare origini liberali. Ma sarà anche universale? Contro l'idea della non-neutralità della teoria del discorso è stato obiettato che non è possibile fornire alcuna giustificazione o fondamento della posizione liberale perché la morale non può essere fondata sulla morale a pena di un vizio di circolarità. La "teoria del discorso" non potrebbe godere di universalità, per questo sarebbe sufficiente una spiegazione di come il discorso morale si evolva e di perché gli individui vi prendano parte⁽⁴⁸⁾. Alexy ritiene, invece, che la spiegazione evolutiva sia tutt'altro che soddisfacente e che questo vizio possa essere evitato muovendo da una argomentazione dell'universalità della "teoria del discorso" che si componga delle seguenti tre parti: un argomento trascendentale, un argomento che fa leva sulla massimizzazione dell'utilità individuale, e una premessa empirica circa il generale interesse dell'uomo alla correttezza, che permetta di connettere i primi due argomenti.

Se partiamo, per semplicità, dal campo delle asserzioni, chi fa un'asserzione veicola intersoggettivamente una pretesa di verità. Non compie questa asserzione secondo regole proprie, che valgono solo per lui. La sua asserzione

⁽⁴⁴⁾ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., trad. it. cit., pp. 153 ss.

⁽⁴⁵⁾ R. ALEXY, *Discourse Theory and Human Rights*, cit., p. 211 [traduzione mia].

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 212.

⁽⁴⁷⁾ Ibidem.

⁽⁴⁸⁾ La tesi è di Carlos Nino in C.S. NINO, *Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 114.

viene fatta sulla base di regole intersoggettivamente date per essere riconosciuta come tale. Non dice: “fuori piove, ma non ci credo” contraddicendosi. Ma questo significa anche che la sua pretesa di verità è anche intersoggettivamente giustificabile. Questa giustificabilità della sua asserzione lo fa entrare a pieno titolo nel campo dell’argomentazione razionale. Ma, allora, chi fa un’asserzione presuppone pure l’uguaglianza del suo interlocutore. Come se potesse, ad un tempo, asserire qualcosa e dire che, vista la bassa intelligenza del suo interlocutore, non ritiene di giustificarla. Con questa asserzione deve, poi, presupporre la libertà del suo interlocutore. Non potrebbe dire che se la sua ragione non convince il suo interlocutore questo è, che so..., licenziato. Presupporrebbe, infine, l’universalizzabilità della sua asserzione. Non potrebbe dire che la ragione fornita è una buona ragione, una volta che si siano estromessi dal discorso gli interlocutori A, B e C. Principio di uguaglianza, autonomia e universalità vigono, allora, nella “teoria del discorso”⁽⁴⁹⁾. La “teoria del discorso” gode, però, anche del carattere dell’universalità. Se apparteniamo in certa misura al genere umano e non siamo malati di mente, o viviamo in completo isolamento, dobbiamo riconoscere che le nostre argomentazioni si basano su regole e che le regole sono quelle che abbiamo appena descritto. Il che non disconosce per niente il fatto che le forme di vita siano infinitamente varie e differenti tra loro. Ma a fronte di questa infinita varietà, la “teoria del discorso” cerca di individuare le basi potenziali della razionalità umana, ne indaga, per così dire, la natura, e, in questo senso, può dirsi vicina alla tradizione del diritto naturale⁽⁵⁰⁾. È in questo senso che affermiamo l’universalità della “teoria del discorso”. Una volta individuato con l’argomento trascendentale le idee di libertà, eguaglianza e universalità come condizioni procedurali dell’argomentazione retta dalle regole del discorso, la “teoria del discorso” mostra come l’osservanza delle regole del discorso risponda senz’altro alla massimizzazione dell’utilità. Il riconoscimento universale dell’autonomia e dell’uguaglianza dei propri interlocutori serve a massimizzare la nostra utilità nel lungo periodo. A questa premessa kantiana è possibile aggiungere nella nostra argomentazione una premessa empirica circa il generale interesse umano alla correttezza, che rappresenta, per così dire, il momento hobbesiano della nostra riflessione⁽⁵¹⁾. Infatti, chiunque entri nel discorso per mere ragioni strategiche dovrebbe riconoscere l’uguaglianza e la libertà degli altri partner del discorso o dovrebbe quantomeno fingere di riconoscerle per non vanificare l’interesse degli altri interlocutori. Questa giustificazione, con uno escamotage machiavellico, ci fornisce una validità obiettiva delle regole del discorso.

⁽⁴⁹⁾ R. ALEXY, *Discourse Theory and Human Rights*, cit., p. 216.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 218.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 219.

Una volta fondate le regole del discorso sulle regole del discorso pratico generale, si tratterà di giustificare i diritti umani alla luce della “teoria del discorso”. Le regole del discorso sono solo regole del linguaggio. Osservarle significa solo trattare il proprio interlocutore da pari, in modo eguale. Per poter passare dalle regole del discorso alle regole dell’azione si richiedono, quindi, delle ulteriori premesse. Qui intervengono tre giustificazioni tra loro complementari che possono fungere da premesse per la nostra conclusione a favore dell’universalità dei diritti umani: l’argomento dell’autonomia, l’argomento del consenso e l’argomento della democrazia. L’argomento dell’autonomia dice che chiunque prenda parte seriamente a un discorso presuppone sempre l’autonomia dei suoi partner, il che esclude il diniego di certi diritti umani. Infatti, chi prende parte seriamente al discorso, non è solo interessato alla mera correttezza della propria argomentazione, per cui è disposto a rispettare l’autonomia del proprio interlocutore solo sino a quando non è sicuro di aver ragione e, poi, passa alle maniere forti. Chi è *seriamente* interessato al discorso è interessato a convincere, a risolvere i conflitti attraverso un consenso generato e controllato discorsivamente, cioè accoglie anche il principio di autonomia. Correttezza e autonomia, dunque, si presuppongono⁽⁵²⁾. Finché rimane aperta la possibilità della riflessione sulla correttezza delle nostre proposizioni normative, è possibile escludere il prodursi di errori morali nel discorso. Correttezza e autonomia risultano, così, strettamente connesse⁽⁵³⁾. Anche chi non riconosca il valore dell’autonomia, deve almeno fingere di riconoscerla, se non vuole far venire meno l’interesse di tutti gli altri interlocutori. Il che legittima il nostro principio di autonomia⁽⁵⁴⁾. Esso corrisponde al generale diritto di libertà che può essere definito come il diritto di decidere per sé ciò che è giusto e buono e di comportarsi di conseguenza. Si tratta, allora, di passare dal diritto di libertà al sistema di tutti gli altri diritti umani. O si dice che tutti questi diritti non sono altro che un caso speciale del diritto di libertà e concettualmente contenuti in esso, o si dice che certi diritti sono i necessari mezzi per agire autonomamente. Entrambe queste operazioni conducono a giustificare tanto l’autonomia privata quanto quella pubblica. Il diritto di libertà le abbraccia entrambe. I diritti che appartengono, così, al gruppo dei diritti di

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 223.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 224.

⁽⁵⁴⁾ Un despota, ad esempio, che si stancasse di fornire ragioni e facesse improvvisamente ricorso alla forza bruta rischierebbe di compromettere nel lungo periodo il proprio vantaggio personale. Di qui “il dilemma del tiranno”: perché il terrore mascherato dagli argomenti è meglio della forza bruta, ma aprirsi all’argomentazione significa anche rischiare di smascherare il proprio bluff. L’autonomia negata in pratica dal tiranno deve essere presupposta nella propaganda, altrimenti nessuno lo seguirebbe.

libertà, come la libertà di espressione, di associazione, di stampa, di voto universale, segreto, libero e eguale, vengono a reggersi sull'autonomia. In questo modo, i diritti direttamente giustificati appartengono al novero di quelli che servono a sviluppare i diritti in un processo di formazione politica dell'opinione e volontà in un modo corretto e legittimo, sulla base della "teoria del discorso". E in questo modo il cerchio, aperto con l'argomento dell'autonomia, si chiude.

I diritti umani possono essere giustificati anche attraverso l'argomento del consenso. Sulla scia di Habermas, un sistema di diritti deve contenere solo quei diritti che tutti i cittadini non possono non riconoscersi reciprocamente se vogliono regolare legittimamente la loro convivenza mediante il diritto. La legittimità giuridica viene così a dipendere dal consenso universale. Questo argomento esprime sostanzialmente il principio del discorso secondo cui una norma incontra il consenso universale soltanto se la conseguenza della sua osservanza generale può essere accettata da tutti. Il principio del discorso nel momento in cui viene connesso al diritto comporta che il principio della democrazia e un certo sistema di diritti a protezione dell'autonomia privata e di quella pubblica non sono altro che due facce della stessa medaglia. Da questo punto di vista, l'argomento del consenso ricalca esattamente l'argomento dell'autonomia. In realtà, se si guarda bene, l'argomento del consenso integra quello dell'autonomia introducendo un elemento nuovo: l'imparzialità e, con esso, l'uguaglianza. Si tratta di due aspetti che stanno alla base della concezione liberale dei diritti umani. Il sistema di diritti che si regge sul consenso universale di tutti i cittadini non deve prendere parte a favore di alcuno, e, cioè, deve trattare tutti da eguali. In un discorso in cui libertà ed eguaglianza vigono, l'imparzialità rappresenta un risultato necessario, il che significa che è vero almeno nelle condizioni ideali. Una volta che ci si faccia guidare dalla libertà e dall'eguaglianza, e viga la razionalità discorsiva, una distribuzione diseguale di diritti umani non sarebbe possibile⁽⁵⁵⁾. I diritti umani devono, quindi, essere universalmente distribuiti. Ma poiché nessuno ha mai partecipato ad un discorso ideale, si potrebbe ipotizzare anche che la maggioranza per massimizzare il benessere o la pace rinunci spontaneamente ai propri diritti a favore di una élite di uomini di intelligenza superiore o con altre caratteristiche uniche. Il fatto è che una diseguale distribuzione di diritti, come, ad esempio, una diseguale distribuzione del diritto di voto tra diverse classi o ceti, verrebbe a compromettere conseguentemente anche la stessa autonomia. Chiunque valuti positivamente l'autonomia politica, come per il diritto di voto, deve per forza valutare negativamente una distribuzione diseguale di questo, cioè una distribuzione diseguale non sarebbe in grado di essere accettata da tutti.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 229.

L'eguale distribuzione di diritti, la loro universalità, risulta, dunque, l'esito del discorso ideale⁽⁵⁶⁾.

L'argomento del consenso ci ha condotto all'eguaglianza di diritti e, in tal modo, al principio di universalità da cui eravamo partiti. A questo punto si apre il terzo e ultimo argomento della "teoria del discorso" a favore dei diritti umani, che è quello della democrazia. Innanzitutto, vale la premessa che il principio del discorso può essere realizzato, anche se in modo solo approssimativo, attraverso l'istituzionalizzazione di procedure democratiche per la formazione della volontà e dell'opinione pubblica. La seconda premessa afferma che la democrazia in cui si realizzano le condizioni di razionalità del discorso è possibile solo se sono validi i fondamentali diritti politici e questi possono essere esercitati con *chance* sufficientemente eguali. La terza premessa afferma che questi elementari diritti politici presuppongono la validità e la realizzazione di un certo numero di elementari diritti umani. A questi appartengono, senz'altro, il diritto alla vita, il diritto ai mezzi di sussistenza, ad una certa educazione. Se queste tre premesse sono vere si dovrà concludere che «chiunque è interessato alla correttezza e alla legittimità deve essere interessato alla democrazia. Chiunque è interessato alla democrazia deve essere interessato agli elementari diritti umani»⁽⁵⁷⁾. E in questo modo, con l'ulteriore argomento della democrazia, la "teoria del discorso" viene ad integrare gli altri due dell'autonomia e del consenso. Ma ha anche rivolto il suo sguardo dai diritti umani alle procedure e alle istituzioni in grado di affermarli, sino a cogliere una inseparabile connessione tra diritti e democrazia costituzionale sulla base della "teoria del discorso".

8. Conclusioni.

La teoria dei diritti di Alexy si caratterizza tra le tante emerse nel corso del dibattito intorno ai diritti per la sua coerenza e l'elaborato impianto teorico con cui sostiene l'idea della razionalità del diritto. Due le tesi principali tra loro strettamente connesse: quella della affinità tra principi e valori, e la cd. *Sonderfallthese*, la tesi del "caso speciale" del discorso giuridico. Su di esse si regge, poi, la soluzione della questione dell'universalità dei diritti e l'affermazione del nesso diritti-democrazia. Ci sono però delle difficoltà. Habermas non ha tutti i torti quando rileva che i valori, nel momento in cui sono assunti da un ordinamento, mutano la loro dimensione assumendo una struttura deontologica. I diritti umani, nel momento in cui vengono inseriti in un ordinamento, acquistano il carattere della giuridicità dei diritti fundamenta-

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 232.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 233 [traduzione mia].

li, sebbene senza smarrire la loro origine valoriale. La tesi dell'affinità così come formulata nella "teoria del discorso" serviva a riaffermare quell'istanza di razionalità che la tesi del caso particolare vorrebbe fondare. Ma nella sua prospettiva i principi vengono fatalmente a spostarsi sul versante della morale, ponendo in secondo piano quello giuridico. Se si può dire, vi è nella prospettiva di Alexy una "vicinanza di scopo" tra il modello del bilanciamento e il modello della sussunzione: nel momento in cui il diritto denuncia la propria insufficienza, le regole del discorso pratico generale e della morale entrano in soccorso garantendo quella razionalità e quella correttezza del ragionamento giuridico. Per questo il modello del bilanciamento, al pari del modello della sussunzione, può essere tradotto logicamente attraverso l'esplicitazione di tutta una serie di regole e formule. Non è altro che la conferma dell'appartenenza dei principi al piano della morale, cioè delle regole del discorso pratico generale⁽⁵⁸⁾. La questione della tesi del "caso particolare" appare, però, davvero il punto debole di tutto l'impianto teorico. Dire che alle insufficienze del diritto vengono in soccorso le regole del discorso pratico generale, più che fondare l'istanza di razionalità la indebolisce, perché, se di correttezza si deve parlare nel diritto, questa deve essere soprattutto giuridica, o non è. Una correttezza presa in prestito, da questo punto di vista, non è una correttezza. Che senso ha dire che un'applicazione è corretta giuridicamente perché si è fatto ricorso a criteri e regole estranei al diritto? Chi si affida al diritto ha bisogno di sapere che il suo caso verrà deciso utilizzando regole e criteri *giuridici* e non facendo ricorso ad altri tipi di regole. E non a caso Alexy deve dire che le regole del discorso pratico generale possono essere raccolte in un codice, cioè, ha bisogno di "giuridificare" la morale⁽⁵⁹⁾. Spostando la questione della razionalità esternamente al diritto, al di là della sua storicità, si genera un punto di crisi. Sostenere una tesi del genere significa indebolire, non rafforzare, né tanto meno fondare, l'istanza razionale interna al diritto. Se alcuni criteri propri della razionalità pratica rilevano nell'ambito del diritto, come il principio di universalizzabilità, rilevano proprio in quanto giuridici, non perché rispondenti ad un sistema esterno di razionalità. L'idea di trattare in modo simile casi simili è, in altri termini, un'idea prima di tutto giuridica. È, caso mai, il diritto ad essere un

⁽⁵⁸⁾ In questo senso anche T. DE DOMINGO PÉREZ, *Perché ottimizzare? Sulla base normativa del concetto di principio di Robert Alexy*, cit., trad. it. cit., p. 203: «La teoria dei principi è lo strumento che permette di connettere il sistema giuridico alla moralità».

⁽⁵⁹⁾ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., trad. it. cit., p. 149: «Nel caso in cui questi difetti possano essere eliminati, dovrebbe essere possibile produrre un giorno qualcosa di simile ad un codice della ragion pratica. Un tale codice sarebbe la raccolta e la formulazione esplicita delle regole e delle forme dell'argomentazione pratica razionale».

caso esemplare della razionalità umana⁽⁶⁰⁾. Ad esempio, come spiegare il fatto che le regole di ragione e parte delle regole fondamentali, che dovrebbero esprimere le condizioni di possibilità di ogni discorso, non valgono per quanto riguarda il diritto? Se il diritto non avesse regole proprie, queste dovrebbero valere. Ma così non è.

Vi è, poi, un'altra questione connessa. Il sistema di regole e forme dell'argomentazione giuridica elide irrimediabilmente il piano sostanziale della razionalità del discorso⁽⁶¹⁾. Un argomento è razionale non solo perché non si contraddice, è particolarmente chiaro, sincero, si è disposti a universalizzare le situazioni a cui si riferisce ecc., ma anche perché è pertinente col discorso, risulta rilevante rispetto al contesto, esprime originalità di contenuti, cioè perché *ciò* che sostiene risulta, non solo formalmente, razionale. E questo è quanto accade nel diritto, dove esistono regole per la rilevanza e l'ammissibilità di prove, testimoni, per l'introduzione di argomenti nuovi ecc., appunto, per impedire che vengano introdotti argomenti estranei all'economia del processo. In questo senso, l'ancoraggio del modello sillogistico alla regole e alla forme del discorso, non elimina affatto il problema dell'interpretazione. Dietro ogni variabile (come ad esempio, le variabili che esprimono i principi nel bilanciamento), si aprono problemi interpretativi che implicano sempre delle scelte da parte dell'interprete e che dovranno avvenire alla luce di criteri che possano dirsi giuridici, se si vuole parlare di correttezza giuridica. Modello sillogistico e bilanciamento sembrano, dunque, garantire più una fuoriuscita dalla razionalità giuridica che contribuire a fondarne una. Insomma, il discorso giuridico appare un caso troppo specifico per essere *solo* un caso particolare del discorso pratico generale. Da questa impostazione della tesi del "caso particolare", derivano diverse conseguenze che appaiono problematiche. Una, visto il ruolo che viene a svolgere la dogmatica, poiché permette l'accesso delle regole e delle forme del discorso pratico nel diritto, è quella di una non adeguata valutazione dell'attività che svolge la giurisprudenza nei nostri ordinamenti. I diritti vengono, infatti, a fondarsi soprattutto sull'attività giurisprudenziale. L'altra è la tesi della legge irrazionale o ingiusta. Una legge sbagliata resta pur sempre una legge. Con l'avvento dei diritti umani non sono più tanto le singole leggi a divenire ingiuste, ma gli ordinamenti. Una legge sbagliata resta, da questo punto di vista, pur sempre una legge, se passa il vaglio della corte costituzionale che esplicita i nostri parametri di giustizia condivisi. Ormai vi è un criterio di legittimità sulla cui base valutare gli ordinamenti che riconoscano o meno i diritti umani.

⁽⁶⁰⁾ È questa ad esempio una classica tesi dell'ermeneutica filosofica. Cfr. H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1960; trad. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Fratelli Fabbri Editori, Milano, 1983 (2 ed.), p. 376 ss.

⁽⁶¹⁾ Cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1990, p. 18.

Ma torniamo ai principi. I diritti fondamentali, in quanto principi, sono “precetti ottimizzati”, il che implicherebbe, sempre a livello strutturale, l’esistenza di un “precetto per la loro ottimizzazione” nel caso di conflitto⁽⁶²⁾. Si tratta di una sorta di “regola nascosta” che sancirebbe la precedenza di quel principio in quel caso concreto⁽⁶³⁾. Il che escluderebbe automaticamente il modello della sussunzione e farebbe subentrare il modello del bilanciamento, attraverso il quale i principi verrebbero ottimizzati. Anche il modello del bilanciamento, però, non sembra del tutto a posto. La tesi dell’affinità tra principi e valori comporta la tesi dell’intrinseca conflittualità dei diritti⁽⁶⁴⁾ che il bilanciamento tende a risolvere. Di qui l’idea, in caso di cumulo di principi, della “grande battaglia finale”. A parte la problematicità del bilanciamento di un numero indeterminato di principi e dell’idea di pareggio (che cosa dovrebbe avvenire in questo caso?), come è possibile che questi principi siano intrinsecamente conflittuali se poi sono solidalmente validi e agiscono in solido? Quando nel bilanciamento vengono graduati, non se ne sancisce la vittoria o la caduta nella polvere, ma li si misura relativamente alle circostanze del caso, sul piano della loro storicità. Il bilanciamento, in altri termini, si conclude sempre con una riaffermazione di validità. L’idea di graduazione dei diversi principi che si ha nel bilanciamento non sembra corrispondere tanto all’idea di un conflitto in senso weberiano, che aprirebbe più ad un confronto tra vincitori e vinti. Da questo punto di vista, Habermas non ha tutti i torti. Se i principi in seguito al bilanciamento restano validi, l’opera di quantificazione non sembra tanto essere in sintonia con l’idea di uno scontro, quanto con l’idea di una ridefinizione dei confini concettuali dei diritti nel momento in cui concorrono. L’idea del conflitto, insomma, appare più fuorviante di quanto non sembri a prima vista⁽⁶⁵⁾. Anche l’idea del peso astratto non regge, per quanto così di primo acchito plausibile. Perché bilanciare ciò che è già in par-

⁽⁶²⁾ R. ALEXY, *On Structure of Legal Principles*, cit., p. 300.

⁽⁶³⁾ Di “regola nascosta” parla M.E. DE CARVALHO DANTAS, *Un approccio alla dinamica dell’applicazione di regole e principi*, trad. it. di E. Pariotti, in “Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica”, 10, 2005, p. 210.

⁽⁶⁴⁾ T. DE DOMINGO PÉREZ, *Perché ottimizzare? Sulla base normativa del concetto di principio di Robert Alexy*, cit., trad. it. cit., pp. 206-207: «la tesi del conflitto – il pilastro della distinzione di Alexy tra regole e principi e chiave per spiegare il precetto di ottimizzazione come caratteristica interna ai principi – non è tanto il risultato di un approccio strettamente analitico-strutturale, quanto piuttosto l’esito di un approccio “conflittualista” basato su tesi normative».

⁽⁶⁵⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992., pp. 13-14.

tenza bilanciato, soprattutto, se è, poi, solo il peso concreto che conta? È proprio dalla mancanza di una gerarchia interna che scaturisce la necessità del bilanciamento⁽⁶⁶⁾. La formulazione della formula del bilanciamento, lasciando in ombra i contenuti dei diritti divenuti mere variabili, riduce, allora, la quantificazione ad una opera solitaria dell'interprete, ad un calcolo in solitudine, da compiersi ogni volta di nuovo come un'eterna fatica di Sisifo. Una volta sganciata dalla storicità, emerge una razionalità troppo scarna, che non risponde alle presupposizioni che continuamente si istituiscono nell'opera delle corti.

Veniamo, infine, ai diritti umani. L'universalità dei diritti si regge attraverso un'argomentazione che intreccia autonomia, consenso e democrazia sull'universalità della "teoria del discorso". Centrale è l'idea che l'universalità di diritti collegati ad una ben precisa tradizione morale possa essere fondata sulla "teoria del discorso" e sfuggire all'obiezione di circolarità, secondo cui una concezione morale non può a sua volta fondarsi su una morale. La razionalità discorsiva dotata di universalità permette di sfuggire a questa caduta argomentativa. Interessante è notare come tutti i diritti umani possano essere ricondotti alla libertà, o quale caso speciale di essa, o quali mezzi necessari alla sua realizzazione. Questo, però, da una parte, pone il problema del contenuto del diritto di libertà, che viene rinviato *tout court* alla "teoria del discorso" (cioè esternamente alla sua pratica che ne costituisce la sua giuridicità), dall'altra, quello di quali altri diritti siano possibili in questo modello. Ciò significa che, se anche i diritti sociali e gli altri diritti di terza e quarta generazione venissero presi in considerazione, essi, o potrebbero contribuire, al pari degli altri, a definire il concetto di libertà e, allora, saremmo forse al di fuori di una concezione liberale della libertà, o resterebbero fuori, e allora non è più vero che siamo riusciti a fondarne l'universalità perché, qualora determinati valori fossero esclusi *a priori* da questo sistema di diritti, non è più vero che tutti potrebbero acconsentirvi. Infatti, una volta riconosciuto il carattere di priorità dell'autonomia, non è più vero che tutti i partecipanti al discorso si trovano su un piano di parità e viene a contraddirsi il postulato dell'universalità. Da questo punto di vista, una volta riconosciuto il carattere liberale della nostra giustificazione, dobbiamo concludere o che la concezione liberale non è sufficiente, perché non riesce a spiegare tutti i diritti, o che non è più liberale, perché, una volta inclusi, è divenuta qualcosa di diverso da quel che doveva essere.

(⁶⁶) Cfr. *ivi*, p. 170.

ABSTRACT

This text intends to analyse the attempt of Robert Alexy's discourse theory to found the rationality of law, and, in particular, to extend the rationality question to the field of rights. According to this analysis, this text shows how the idea of having recourse to an "external" rationality of law, beyond its practice and its historicity, raises problems with regard to the application of law, to the balancing of principles, and to the building of human rights universality.

Questo testo intende analizzare il tentativo della "teoria del discorso" di Robert Alexy di fondare la razionalità del diritto, e, in particolare, di estendere la questione di razionalità al campo dei diritti. Alla luce di questa analisi esso mostra come l'idea di far ricorso ad una razionalità "esterna" al diritto, al di là della sua pratica e della sua storicità, crei dei problemi sia in relazione all'applicazione del diritto, sia in relazione al bilanciamento dei principi, sia in relazione alla costruzione dell'universalità dei diritti umani.

IVAN POZZONI

LIBERTÀ E DIRITTO PENALE NELLA RIFLESSIONE DEL PRAGMATISMO ANALITICO ITALIANO

1. *Postulati della scienza positiva ed il diritto penale*

È obiettivo del mio contributo mostrare come Mario Calderoni ⁽¹⁾ – nato a Ferrara nel 1879 – nell'intera sua riflessione culturale, tra diritto e filosofia, sia riuscito ad essere notevole cassa di risonanza, benché oggi dimenticata, dell'acceso dibattito giusfilosofico ottocentesco sulla finalità delle sanzioni del diritto criminale e sui momenti di attribuzione/ esecuzione/ determinazione del delitto, tanto caro alla attuale dottrina criminalistica; dotato di interessi assai orientati al diritto, l'autore ferrarese si accosta a nozioni di confine (tra filosofia, scienza del diritto, scienze sociali), come volontà, causalità, libertà, difesa o tutela, e cerca di mettere sotto esame, con rigore e creatività, i metodi del diritto criminale. Rimandando ad altri testi e ad altre occasioni un'accurata definizione del «pragmatismo analitico» italiano ⁽²⁾, ai

⁽¹⁾ Mario Calderoni nasce a Ferrara nel 1879. Fino alle scuole secondarie studia a Firenze e si laurea in Diritto nel 1901 all'Università di Pisa; collabora alle riviste il "Regno" ed il "Leonardo". Nel 1909, ottiene la libera docenza in morale a Bologna e, nel 1914 si ritrasferisce a Firenze, dove tiene un corso sulla "Teoria Generale dei valori". A causa di un drammatico esaurimento mentale, il nostro autore non termina il corso, e, abbandonata la docenza, trascorre a Rimini l'estate del 1914; tornato in autunno a Firenze e annunciata una continuazione del corso muore a soli 35 anni, ad Imola, il 14 Dicembre del 1914. D'ora in avanti i riferimenti testuali a Calderoni saranno indicati in base a M. CALDERONI, *Scritti*, Firenze, La Voce, 1924, voll. I e II; e i riferimenti testuali a Vailati saranno indicati – a meno di avviso contrario – in base all'edizione curata da M. Quaranta G. VAILATI, *Scritti*, Bologna, Forni, 1987, voll. I-II-III.

⁽²⁾ Più che alle anacronistiche distinzioni tra «pragmatism» (James) e «pragmaticism» (Peirce), tra «pragmatismo metodologico» e «pragmatismo ideologico», o tra «pragmatismo logico» e «pragmatismo magico» – diffuse dalla dottrina italiana del secolo scorso in Santucci (1963), Garin (1966), Toraldo di Francia (1983), Dal Pra

fini di introdurre uno studio innovativo sulla statura culturale di Mario Calderoni e Giovanni Vailati⁽³⁾ è necessario orientare la nostra visuale su aree tematiche dei nostri due autori considerate di minore interesse dalla dottrina moderna, come diritto e scienze sociali. Prosecuzione anonima e concretizzatrice della narrazione vailatiana su morale e diritto⁽⁴⁾, la tesi di laurea di Mario Calderoni intitolata *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale* (1901)⁽⁵⁾ introduce un'analisi culturale ricchissima di riferimenti al diritto e immersa nello scenario storico del conflitto ottocentesco tra determinismi ed indeterminismi. Il dibattito tra scuola classica italiana (classici) e Positivisti sulle condizioni teoretiche del diritto criminale evidenzia il tentativo «conciliazionista» calderoniano di mediare tra due diversi modi di intendere libertà, sanzione e metodo scientifico, ricorrendo ad un uso attento della ri-definizione⁽⁶⁾ tanto caro a Vailati e all'intera analitica novecentesca. Per G. Ponti – nell'interessante introduzione storica al suo *Compendio di Criminologia*⁽⁷⁾ – scuola classica del diritto criminale (Carmi-

(1984) e Demartis (1995)–, è conveniente attribuire alla tradizione di ricerca vailatiana e calderoniana una nuova dimensione nella continuità coi nuclei teoretici essenziali dell'analitica novecentesca (I. POZZONI, *L'analitica moderata di Giovanni Vailati*, in A.Di Giovanni (a cura di), *Ricerche sul pensiero italiano del Novecento*, Bonanno, Roma, pp. 2007, 15-46). Per una definizione calderoniana della tradizione di ricerca sua e di Vailati si consulti M. CALDERONI, *Le varietà del Pragmatismo*, in "Leonardo", II, Novembre 1904, [vol. I, 209-222].

⁽³⁾ Giovanni Vailati nasce a Crema nel 1863. Di nobili natali, studia con i Padri Barnabiti inizialmente a Monza e successivamente a Lodi; sostiene l'esame di licenza liceale a Lodi e si iscrive alla facoltà di matematica dell'università di Torino. Laureatosi in matematica, collabora nel 1891 alla "Rivista di matematica" diretta da Peano e l'anno successivo diviene assistente di Calcolo infinitesimale all'Università di Torino. Tra il 1896 ed il 1899 tiene tre corsi di storia della meccanica. Nel 1899, volendo dedicarsi con massima libertà ai suoi vasti interessi, abbandona la carriera universitaria e chiede di entrare nella scuola secondaria; è docente nel liceo di Pinerolo (1899), a Siracusa (1899), a Bari (1900), a Como (1901-1904) e a Firenze. In Toscana inizia a collaborare assiduamente al "Leonardo" e nel novembre del 1905 è nominato, su richiesta di Salvemini, membro d'una Commissione reale destinata alla riforma delle scuole secondarie. Nel 1908, mentre è a Firenze, si ammala; trasferitosi a Roma, vi muore la sera del 14 Maggio 1909.

⁽⁴⁾ La tesi della manchevolezza storiografica di una ricostruzione delle *weltanschauungen* vailatiane scisse dall'attività continuatrice e concretizzatrice di Calderoni è sostenuta in I. POZZONI, *Calderoni erede e continuatore della tradizione di ricerca vailatiana*, in "Annuario del centro Studi Giovanni Vailati", Crema, Centro Studi Giovanni Vailati, 2003, pp. 55-78.

⁽⁵⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, tesi di laurea, Firenze, Ramelli 1901, [vol. I, 33-167].

⁽⁶⁾ Per un'esauritiva analisi della semiotica calderoniana si consulti il mio I. POZZONI, *Pragmatismo logico, senso e contesto. I dilemmi linguistici nella riflessione filosofica calderoniana*, in "Información Filosófica", Roma, fasc. 2 (2006), pp. 5-28.

⁽⁷⁾ Cfr. G. PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, Cortina, 1999, pp. 81-84 e 95-99.

gnani, Rossi, Carrara) e Positivisti (Ferri, Lombroso, Garofalo) calcano nuclei teoretici alternativi: i classici italiani – rievocati dalle moderne tendenze neo-classiche del *Justice Model for Corrections* statunitense⁽⁸⁾ – caratterizzano il loro *point of view* nei confronti del diritto criminale in base a tali assunzioni: a) riconoscimento del «libero arbitrio», b) considerazione della sanzione come «tutela» e c) rivendicazione del delitto come entità astratta; i Positivisti – sulla scia dell'antiformalismo tedesco (Jhering) e francese (Gény) o dei moderni ius-realismi statunitense e scandinavo⁽⁹⁾ – investono su a) riconoscimento di un nesso di necessità causale tra delitto e circostanze ambientali, b) considerazione della sanzione come «difesa sociale» e c) rivendicazione del delitto come mero fatto (Durkheim). Pescando dalla metodica analitica lo strumento della ri-definizione – mutuato dal maestro Vailati⁽¹⁰⁾ e riassunto con estrema abilità nella recensione al volume *I presupposti filosofici della nozione del diritto* di Del Vecchio⁽¹¹⁾ – e senza mai dimenticare debiti e radici del «pragmatismo analitico» italiano⁽¹²⁾, Calderoni avvia un tentativo di «conciliazione» tra scuola classica e Positivisti, in cui «[...] la riflessione sul libero arbitrio e il diritto di punire costituisce la

(8) Per un esame riassuntivo del neo-classicismo americano si consulti S. CIAPPI-A. COLUCCIA, *Giustizia criminale*, Milano, FrancoAngeli, 1997, pp. 17-29; in A. VON HIRSCH, *Doing Justice: the choice of punishments*, New York, Hill & Wang, 1976 v'è di esso una ricostruzione diretta e minuziosa.

(9) Cfr. A. TANZI (a cura di), *L'antiformalismo giuridico*, Milano, Cortina, 1999.

(10) Cfr. M. CALDERONI, *Il Pragmatismo e i vari modi di non dir niente*, in "Rivista di Psicologia applicata", V, 4, Luglio- Agosto 1909 (in collaborazione con G. Vailati), [II, 160]; costui scrive: «E invece appunto perché il non senso, come l'errore, tendono a rinascere continuamente come le erbe nei campi, che il pensatore e lo scienziato, simili in questo a falciatori, sentono ad intervalli il bisogno di sospendere il loro lavoro per rispiantare e riaffilare i loro strumenti che, dal lavoro stesso, sono resi di tanto in tanto incapaci di servir al loro scopo».

(11) Cfr. M. CALDERONI, *La filosofia e il diritto*, in "Leonardo", III, 2, Ottobre-Dicembre 1905, [vol.I, 277-278]; Calderoni sostiene che «[...] molte questioni si aggirano appunto nel sapere se, dati certi caratteri comuni o divergenti fra certi oggetti e certi altri, convenga far rientrare gli uni e gli altri nella classe designata dal concetto, o mutare, mediante opportuni processi di generalizzazione o restrizione, il concetto stesso. Varie volte, nel cammino della scienza, si sono scoperti casi nuovi, che presentavano solo una parte dei caratteri comuni agli oggetti fin qui denotati dal concetto, o possedendoli tutti, ne possedevano altri fin allora esclusi: onde la necessità [...] di precisare il contenuto dei concetti e il significato delle parole, sia estendendolo, sia restringendolo [...]».

(12) Pur sottolineando un'avversione atavica calderoniana nei confronti della Scuola Positiva del Diritto Penale, non è scorretto asserire come Vailati e Calderoni siano stati *trait d'union* italiani tra Positivismi ottocenteschi e neo-Positivismo moderno (I. POZZONI, *Positivismi, pragmatismo logico e neo-positivismo. Il problema del meta-discorsivo*, in "Il Contributo", Roma, Aracne, XXVIII, num. 1/2, 2006, pp. 93-110).

premessa per affrontare con un chiaro apparato concettuale l'ulteriore questione dei metodi di studio del diritto penale»⁽¹³⁾, attraverso un'esauritiva ridiscussione dei binomi libertà/ causazione (momento di attribuzione del delitto), tutela/ difesa (momento di esecuzione della sanzione) e metodo astratto/ concreto (momento di determinazione del delitto). Prima d'indicare distinzioni di contenuto tra i due contendenti dottrinari, il nostro autore riconosce che

due sono i punti teorici fondamentali nei quali la scuola positiva si pone come avversaria alla classica. L'uno è rappresentato dalla questione del libero arbitrio, l'esistenza del quale la scuola "classica" postula come fondamento della imputabilità, mentre è dall'altra scuola negata. L'altro punto è la "giustificazione" del diritto di punire, che l'una pone nella giustizia, l'altra nell'utilità, nella necessità in cui si trova la società di difendersi dai suoi nemici⁽¹⁴⁾.

1.1. Libertà e causazione

Nei *Postulati* il nostro autore si accoda al cammino vailatiano sulla strada della definizione di «libero arbitrio»⁽¹⁵⁾, riconnettendo in modo indissolubile i termini "libertà", "volontà" e "causalità" nell'asserzione che

se noi ricerchiamo qual è la ragione dell'interesse e della passione di cui la questione del libero arbitrio è stata in ogni tempo l'oggetto, non ci sarà difficile vedere ch'essa sta principalmente nell'enorme importanza pratica del problema della responsabilità. L'intima connessione fra questo e la libertà del volere è insieme un dato del senso comune, un risultato della riflessione filosofica, e un prodotto dell'evoluzione del diritto [...] Una conveniente trattazione del tema della responsabilità non potrebbe quindi andar disgiunta da una discussione, per quanto sommaria, della celebre questione detta del "libero arbitrio"⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Cfr. P. BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, in "Rivista critica di storia della filosofia", Firenze, La Nuova Italia, Luglio- Settembre, 1979, p. 318.

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol.I, 41-42].

⁽¹⁵⁾ Due sono i testi dell'autore cremasco atti ad influenzare in maniera sensibile idee e intuizioni calderoniane in merito alla nozione di «libero arbitrio»: G. VAILATI, *Alcune osservazioni sulle questioni di parole nella storia della scienza e della cultura*, Torino, Bocca, 1899, [vol.II, 49-74] e G. VAILATI, "M.J.Monrad. Die menschliche Willensfreiheit und das Böse" *Leipzig, Jamasen, 1898*, in "Archivio di Psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale", XIX, 5/6, 1898, [vol.I, 181-182].

⁽¹⁶⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 44].

Per Calderoni il binomio libertà/ causazione è una delle matrici del conflitto culturale tra scuola classica e Positivisti⁽¹⁷⁾: mentre i secondi sembrano accostarsi ad una visione deterministica della società e del mondo, orientata a riconoscere l'annichilimento dell'autonomia individuale e dell'etica tradizionale, i classici avanzano una visione indeterministica, attenta ad individuare nell'azione umana una decisiva interruzione della catena causale. L'antitesi teoretica moderna tra determinismo⁽¹⁸⁾ ed indeterminismo⁽¹⁹⁾ trova radici storiche anche nel confronto ottocentesco sulla causalità tra scuola classica e Positivisti.

Si tratta infatti di sapere se "l'uomo possa determinarsi da sé ad agire in un modo piuttosto che in un altro, se possa scegliere liberamente il male ed il bene, e se perciò possa essere ritenuto responsabile dei propri atti" [...] Secondo l'opinione più generale, la questione «se l'uomo possa determinarsi ad agire» si identifica con quella della causalità nelle umane azioni: se cioè all'uomo, in quanto è dotato della facoltà di *volere*, sia applicabile il principio di causalità⁽²⁰⁾.

(17) Cfr. *ivi*, cit., [vol.I, 39]; Calderoni scrive: «La scienza tende a concepire i fenomeni come svolgentisi gli uni dagli altri secondo leggi fisse e costanti, fornite dal carattere della *necessità*; mentre la morale e il diritto li considerano come atti a mutarsi e trasformarsi docilmente sotto la mano dell'uomo, dotato di volontà e *libertà*. Di qui un dissidio che, apparente o reale che sia, ha ad ogni modo fatto credere esservi fra i risultati della scienza ed i postulati della morale un'insanabile contraddizione, ogni progresso dell'una dovendo segnare una restrizione ed un abbassamento dell'altra».

(18) La definizione tayloriana secondo cui una situazione di "determinismo" si abbia nel momento che «[...] in the case of everything that exists, there are antecedent conditions, known or unknown, given with that thing could not be other than it is [...]» (R. TAYLOR, *Metaphysics*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1974, p. 39) è riadattata nei termini delle conclusioni einsteiniane dalla formula «[...]all events in the physical world have causes except those subatomic events falling within the realm of quantum mechanics [...]» (D. J. O'CONNOR, *Free will*, New York, Anchor Books, 1971, p. 55).

(19) Per O'Connor è libertario chi sostiene che « [...]certain features of my conscious states, in particular my choices, do not have such an invariant association with brain states [...]» (D. J. O'CONNOR, *Free will*, cit., p. 102). La matrice storica dell'indeterminismo moderno è rintracciabile nella definizione aristotelica «[...] volontario è ciò il cui principio risiede nel soggetto, il quale conosce le condizioni particolari in cui si svolge l'azione» (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Milano, Rizzoli, 1996, p. 135).

(20) Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 45]. Le citazioni calderoniane sono mutate dal monumentale *Cours de l'histoire de la philosophie* di Victor Cousin.

A detta del nostro autore è sostenuto dalla scuola classica un orientamento indeterministico secondo cui «l'uomo solo [...] sfugge alla legge di necessità che governa tutti quanti gli altri esseri»⁽²¹⁾, combattuto da coloro che «[...] facendosi forti di tutto il movimento scientifico moderno ed asserendo l'impero della causalità anche nel campo delle umane azioni»⁽²²⁾ comunicano una visione deterministica dell'azione. Poiché «il linguaggio ha un valore essenzialmente sociale, quasi direi pubblico, e a nessun singolo è lecito farlo variare arbitrariamente»⁽²³⁾, Calderoni mediante un'attenta analisi semantica nei confronti dei termini "libertà" e "causalità" arriva a sostenere l'insensatezza del binomio teorico libertà/ causazione, scrivendo che

la fusione del problema del fatalismo con quello della "causalità delle umane azioni" è stata ed è prevalentemente favorita dalla non sufficiente accuratezza nell'accertare che cosa si intende dire colle parole causa, necessità, libertà [...]⁽²⁴⁾.

La *vagueness* del termine "libertà" ha derivazione storica, avendo assunto esso vocabolo accezioni diverse nell'evoluzione della cultura: a) libertà come volizione e b) libertà come volizione incausata⁽²⁵⁾. La cultura ellenica classica introduce una concezione rudimentale di volizione, indirizzata a connotare in senso indeterministico la nozione di libertà⁽²⁶⁾. Distaccandosi dalle discussioni antiche su bene e felicità⁽²⁷⁾, è la scolastica medioevale – a detta di Calderoni⁽²⁸⁾ – ad attribuire senso di volizione incausata al termine

⁽²¹⁾ Cfr. *ibidem*, cit., [vol.I, 45].

⁽²²⁾ Cfr. *ibidem*, cit., [vol.I, 45].

⁽²³⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol.I, 51].

⁽²⁴⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 60-61].

⁽²⁵⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 63]; costui sostiene che «la nostra opinione è che il problema della libertà è uno solo. Ed è il problema della volontarietà».

⁽²⁶⁾ Nell'*Etica Nicomachea* di Aristotele è scritto: «costretto è ciò la cui norma è fuori del soggetto, tale essendo l'azione in cui chi introduce una attività o chi la subisce non ha alcun concorso: è il caso del vento che lo trascini o di uomini che lo subordinino al loro controllo» (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., p. 131).

⁽²⁷⁾ Per alcuni studiosi l'etica antica è eterno ritorno – attraverso città e individuo – alla divinità, sulla strada del bene (M. IVALDO, *Storia della filosofia morale*, Roma, Editori Riuniti, 2006, pp. 9-45); secondo altri è cammino incentrato sull'antitesi tra «vita buona» ed eudaimonismo (A. DA RE, *Filosofia Morale*, Milano, Mondadori, 2003, pp. 1-33; M. ONFRAY, *Le sagesses antiques* (2006), trad.it. *Le saggezze antiche*, Roma, Fazi, 2006); altri ancora ne sottolineano il carattere di «democraticità» nelle relazioni statali storiche (J. ROHLS, *Geschichte der Ethik* (1991) trad.it. *Storia dell'etica*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 33-99). Più che nel mondo antico, i temi dell'autonomia e della volontà rimediano massimo interesse nel medioevo cristiano.

⁽²⁸⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 62]; il nostro autore sostiene: «per comprender [...] occorre considerare che

«libero arbitrio»; essa nuova definizione di libertà si convalida alla luce della necessità culturale di addurre motivazioni in merito all'esistenza del male. Calderoni scrive che

per farsi un'idea di come sia sorta e si sia radicata l'opinione che alla possibilità di una imputazione morale sia necessaria una libertà consistente nell'indipendenza di ogni causalità, bisogna tener conto della parte importantissima rappresentata dal "problema del libero arbitrio" nella teologia cristiana [...] La divinità è anzitutto concepita come "spiegazione" suprema dell'universo, come suprema verità, ed è considerata come la causa prima ed il sostrato essenziale di tutti i fenomeni [...] la divinità personifica e rappresenta il principio e la sanzione morale suprema, il *fine* di ogni esistenza, la sua giustificazione⁽²⁹⁾;

dove tutto derivi da Dio, ciascuna azione dannosa scaturirà in ultima istanza dalla natura divina, evidenziando una relazione diretta tra Dio e male. Per motivare l'esistenza del male nella realtà effettiva del mondo senza attribuirlo alla divinità, la scolastica medioevale riconverte l'ontologia di Platone all'uso di dimostrare come esistano diverse aree d'universo: una vicina a Dio, e caratterizzata dall'ordine ed armonia divine; un'altra distante da Dio, caratterizzata da disordine e casualità⁽³⁰⁾. Libertà è intesa come arbitrio incausato, nel tentativo umano di non ricondurre immoralità e male alla divinità:

insomma, fu soprattutto la difficoltà di conciliare l'esistenza troppo evidente del male nel mondo, colla credenza, troppo preziosa, nella prescienza e nella giustizia divina, quella che rese necessaria l'introduzione di un'ipotesi che, come questa del libero arbitrio, sgravasse da una parte il creatore dalla taccia di aver creato un mondo imperfetto e pieno di miserie di ogni genere, e dall'altra attribuisse a queste il carattere di punizioni o espiazioni, provocate e rese necessarie dalle disubbidienze e dai peccati degli uomini⁽³¹⁾.

Dal rifiuto di attribuire validità alla nozione di volizione incausata e rilevando come ciascuna azione umana sia causata, la scienza moderna arriva

per lungo tempo, specialmente sotto l'influsso del pensiero teologico, fu creduto che l'indipendenza dalla causalità costituisse effettivamente l'"essenza" dell'atto volontario [...] La parola libertà poteva dunque per tutto questo tempo "connotare" indifferentemente l'attributo della volontarietà e quello della mancanza di causalità».

⁽²⁹⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 60-61].

⁽³⁰⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 80]. Calderoni scrive: «Il dualismo [...] si fa manifesto: da una parte Dio e la "natura" che [...] aspira alla perfezione; dall'altra una potenza avversa, sia essa il caso, la materia, la volontà umana od uno spirito maligno, il demonio».

⁽³¹⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 82].

a sostenere l'inesistenza del «libero arbitrio»; il nostro autore asserisce che

per noi, che siamo oggi portati a vedere nella apparente assenza di cause determinanti piuttosto un segno della nostra ignoranza che non dell'irregolarità della natura, tale concetto di una irredimibile contingenza può non parere accettabile. La parola *contingenza*, se rimanesse nel nostro vocabolario filosofico, non designerebbe se non quei fatti che, per la complessità e il numero delle loro cause [...] ci è impossibile, allo stato attuale delle nostre cognizioni, di prevedere [...] In questo senso – nel senso di una maggior complessità di cause- si può dire, senza timore di sollevare contestazioni, che le azioni volontarie rientrano nella contingenza. Ma oggi in generale, per la nostra educazione scientifica, siamo poco disposti ad ammettere che vi sia una porzione dell'universo, ove la legge e l'ordine non estendano il loro dominio [...] ⁽³²⁾,

ravvisando una netta contraddizione tra volizione incausata della scolastica medioevale e totalitarismo causale delle moderne scienze naturali o sociali. Per descrivere i meccanismi storici d'irrimediabile intersecazione dei concetti di volontà e causalità nella definizione di «libero arbitrio», Calderoni ammette che

[...] la parola volontà poteva [...] connotare indifferentemente l'attributo della volontarietà e quello della mancanza di causalità. Ma quando cambiò il modo di considerarla la natura dell'azione volontaria; quando si suppose o si credette dimostrato che anche di essa potevano rintracciarsi le cause; ne venne che chi al nome libertà faceva corrispondere soprattutto il secondo degli attributi si credette poter affermar legittimamente che l'uomo non fosse libero, e conseguentemente anche che non fosse neppur responsabile delle proprie azioni ⁽³³⁾.

Il senso del termine “causalità” – come nel caso della “libertà” – non è univoco nella storia della scienza; tale nozione sottende due accezioni in momenti storici diversi: a) misteriosa costrizione dell'antecedente sul conseguente e b) successione uniforme tra accadimenti. L'intendere “causazione” come misteriosa costrizione esercitata dall'antecedente sul suc-

⁽³²⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 78-79]; Vailati – nella recensione al Monrad del 1899– sostiene: «Fu soprattutto la difficoltà di conciliare l'esistenza, troppo evidente, del male nel mondo, colla credenza, troppo preziosa, nella prescienza e nella giustizia divina, che rese necessaria l'introduzione di un'ipotesi che, come questa del libero arbitrio, sgravasse da una parte il creatore dalla taccia di aver creato di *motu proprio* un mondo imperfetto e pieno di miserie d'ogni genere, e dall'altra attribuisse a queste il carattere di “punizioni” o “espiazioni” provocate e rese necessarie dalle disobbedienze e dai peccati degli uomini» (G. VAILATI, “M.J.Monrad. Die menschliche Willensfreiheit und das Böse” Leipzig, Jamasen, 1898, cit., [vol.I, 181].

⁽³³⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 62].

cessivo, senza tenere conto delle intuizioni humeiane⁽³⁴⁾ e milliane⁽³⁵⁾, è – insieme all'ammissione dell'identificazione scolastica tra libertà e volizione incausata – motivo del dissenso della scienza moderna meno accorta nei confronti della nozione di «libero arbitrio». Nella sua difesa del «libero arbitrio» Calderoni aderisce alla celebre definizione milliana – contenuta nel *System of Logic* – della causazione come mera successione tra accadimenti, sostenendo che

molti non credono affatto – egli dice – e pochissimi sentono praticamente che non v'è nella causalità nulla oltre ad una invariabile, certa ed incondizionale successione. Pochi sono coloro ai quali la semplice costanza di successione appaia un vincolo di unione abbastanza stringente per un rapporto di natura così speciale come quello di causa ed effetto. Anche se la ragione lo ripudia, l'immaginazione conserva il sentimento di una connessione più intima, di un qualche strano legame o misteriosa costrizione esercitata dall'antecedente sul conseguente⁽³⁶⁾;

nella trattazione culturale di costui, si conciliano accostamento alla concezione aristotelica di volizione e visione accorta della causalità⁽³⁷⁾. La diatriba tra scuola classica e Positivisti viene ridimensionata. Nella loro critica alla versione scolastica di libertà come volizione incausata, i Positivisti non intaccano la reale concezione della scuola classica, orientata all'accettazione della visione aristotelica di libertà (volizione causata da stati interni); Calderoni si incammina sulla strada corretta scrivendo che

(34) Hume asserisce: «[...] it is universally allowed that matter, in all its operations, is actuated by a necessary force and that every natural effect is so precisely determined by the energy of its cause, that no other effect, in such particular circumstances, could possibly have resulted from it [...] beyond the constant conjunction of similar objects and the consequent inference from one to the other, we have no notion of any necessity or connection [...]» (D. HUME, *An inquiry concerning human understanding*, in T.H.Green- T.H.Grose (a cura di), *The philosophical works / David Hume*, Aalen, Scientia, 1964, IV, p. 67).

(35) J.S.Mill scrive sulla nozione di “causazione”: «Crediamo che ciascuno stato attuale dell'intero universo ad ogni istante sia effetto dello stato di esso all'istante antecedente; cosicché chi conosca tutti gli agenti che esistano al momento attuale [...] potrebbe predire l'intera storia successiva dell'universo, a meno che non si manifestasse una nuova decisione idonea a controllare l'universo stesso» (J.S. MILL, *System of Logic*, Longmans, London, VIII, 1904, pp. 226-227).

(36) Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 67].

(37) Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 65], dove è scritto «Se ora interroghiamo l'uso popolare, se ci domandiamo che cosa vogliamo dire quando diciamo di essere liberi di scegliere questo piuttosto che quel corso d'azioni, vediamo che in ogni caso ci riferiamo alla nostra facoltà di *volere* una cosa piuttosto che un'altra, e di eseguire la nostra determinazione volontaria».

quando si scopre l'errore, cioè si riconosce che una data proprietà non è affatto caratteristica di un dato oggetto, una scelta si impone: o si mantiene il nome di prima a quel gruppo di oggetti, rifiutando d'ora innanzi la definizione che se ne dava mediante quella proprietà; o si seguita a ritenere quella proprietà essenziale all'applicabilità del nome, affermando così che il tal gruppo di oggetti non merita più tal nome⁽³⁸⁾.

Perché non continuare a ritenere essenziale l'attributo dell'incausazione, nel caso del «libero arbitrio»? Perché nell'*everyday life* la distinzione scientifica tra atti liberi e non liberi è da considerarsi irrinunciabile.

La distinzione fra atti liberi e non liberi è una distinzione che ci serve continuamente nelle vicissitudini quotidiane. Tutti noi profferiamo continuamente giudizi sulla libertà nostra o l'altrui, valutiamo l'innocenza o la colpevolezza di questo o di quell'individuo, ne ricerchiamo le scuse, le attenuanti o le aggravanti, senza mai aver ragionato se le nostre affermazioni implicano la negazione della causalità [...] Sarebbe assurdo il pensare che tali giudizi siano privi di senso, e che i termini corrispondenti meritino addirittura di essere cancellati dal nostro vocabolario scientifico⁽³⁹⁾.

Prendendo in considerazione una connotazione inconsistente di libertà, i *diktat* della scienza moderna meno accorta in merito all'inesistenza del «libero arbitrio» smarriscono validità teoretica sul cammino della critica nei confronti della scuola classica; Calderoni – sulle orme del James di *The Dilemma of Determinism* – rimarca la necessità di un tentativo di riconciliazione tra determinismo ed indeterminismo idoneo a neutralizzare eventuali obiezioni alla nozione classica di libertà come volizione causata, salvando il valore del «libero arbitrio» nella distinzione tra atti volontari ed involontari caratteristica dell'*everyday life*.

1.2. Libertà e sanzione.

La diatriba tra Positivisti e scuola classica trova una seconda radice teoretica nel binomio tutela/ difesa sociale (momento di esecuzione della sanzione). Mentre i classici attribuiscono enorme valore alla nozione di «tutela» dell'offeso e dell'offensore nell'ordinamento⁽⁴⁰⁾, è introdotta dai

⁽³⁸⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 59]. Per Calderoni, tra mantenere il nome rifiutando la definizione e continuare a ritenere l'attributo essenziale, è raccomandabile decidere in funzione del mantenere il nome rifiutando la definizione.

⁽³⁹⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 63-64].

⁽⁴⁰⁾ Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, Il Mulino, 1993, § 611, p. 404: «[...] io ravviso il principio fondamentale del giure punitivo nella

Positivisti un'innovativa definizione di sanzione come «difesa sociale»⁽⁴¹⁾. Nel tentativo di dimostrare che «[...] molte controversie si potrebbero evitare, se chi combatte una dottrina si proponesse sul serio di comprenderla completamente, e se, anziché scegliere questa o quell'affermazione staccata di questo o di quell'autore, per avere facile giuoco di demolirla, si curasse di considerare la teoria avversa nella sua coerenza logica e nella sua forma più accettabile [...]»⁽⁴²⁾, Calderoni subordina i termini “difesa sociale” ad esauritiva analisi, nell'asserzione che

la posizione assunta dalla scuola positivista di fronte a quella classica [...] è nettamente utilitaria. Essa pretende bandire dalle proprie considerazioni ogni idea di merito o di demerito, si propone di fare astrazione da ogni fine etico, e pretende di fondare la necessità della pena nel solo criterio della pericolosità del delinquente, convertendo quindi il diritto di punire nella semplice necessità o utilità per la società, simile in questo a

necessità di difendere i diritti dell'uomo: ravviso nella giustizia il limite del suo esercizio; nella pubblica opinione il moderatore della sua forma»; e in nota «La tutela giuridica è evidentemente una formula essenzialmente diversa dalla formula della tutela sociale [...] la formula difesa sociale dà alla punizione un principio tutto materiale, e lo pone in balia delle fluttuanti e spesso esorbitanti esigenze dell'utile. Ma nella formula della tutela giuridica, il limite della giustizia è congenito, intrinseco, inseparabile, perché quando l'autorità deve difendere il diritto, si dice che lo deve difendere così nell'offeso come nell'offensore». Mario Cattaneo - successivamente ad un'attenta analisi della letteratura secondaria su Carrara - scrive: « il significato più autentico del ragionamento svolto da Carrara sulla funzione della pena, e riassunto nella formula tutela giuridica, consiste nell'attribuire a questo istituto giuridico il carattere di sanzione, consistente in una perdita o menomazione dei propri diritti, rivolta a chi ha violato i diritti altrui [...] la tutela giuridica non è tutela o difesa purchessia, ma ha il compito di tutelare i diritti individuali, sia nell'offeso, sia nell'offensore» (M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del Diritto Penale*, Giappichelli, Torino, 1988, p. 151).

⁽⁴¹⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 136]. Calderoni riassume i tratti della teoria della «difesa sociale» nella visione del Florian (*Trattato di Diritto Penale*): «[...] gli scopi della pena sono tre: a) porre il delinquente nella impossibilità materiale di nuocere; b) cercare che il delinquente non ricada nel delitto [...]; c) trattenere gli altri dal delitto mediante la minaccia e l'intimidazione. Nella dottrina però dei positivisti è notevole la sfiducia rispetto a quest'ultimo fine [...]»; Enrico Ferri, scrive «E noi, invece, partendo dalla osservazione dei fatti, siamo giunti alla conclusione ben diversa e ben più feconda di risultati, che la prevenzione, anziché essere l'accessorio, deve diventare il principale presidio dell'ordine sociale, data la minima efficacia delle pene ad impedire i delitti [...] pur scendendo nel campo dei fatti ed assorgendo pure al concetto di prevenzione sociale, trascurarono in gran parte quelle leggi fisio-psicologiche sui fattori naturali del delitto, che sole possono dar modo di regolare efficacemente l'attività umana e ritennero pur sempre, in definitiva, come principale mezzo di prevenzione le pene stesse» (E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, UTET, vol. I, 1929, pp. 545-548).

⁽⁴²⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 138-139].

qualsiasi organismo vivente nella natura, di difendersi da chi ne minaccia l'esistenza o il benessere⁽⁴³⁾,

smascherando i fondamenti utilitaristici della concezione etica del Positivismo. Pur se tacciata di invalidità teoretica, la nozione di «difesa sociale» dei Positivisti – a detta del nostro autore – nasconde sensi molto simili al concetto di «tutela» caratteristico della scuola classica italiana del diritto criminale; «difesa sociale» e «tutela» condividono caratteristiche semantiche comuni. Benché nasca da decise istanze di rifiuto del «libero arbitrio», l'idea di «difesa sociale» nel suo utilitarismo riconosce a ciascun individuo idoneità e volontà a determinare coerenti orientamenti d'azione; Calderoni asserisce che

la negazione del libero arbitrio lascia impregiudicata ogni questione di morale umana e sociale. Ma anche se ciò non fosse [...] avverrebbe ad ogni modo per essere stato dimostrato che sia per l'uomo impossibile proporsi *qualunque* fine ed attuarlo; non soltanto i fini morali in particolare. Non solo il *bene* morale, ma anche l'*utile* dovrebbe essere bandito dal campo delle giustificazioni; la parola stessa giustificazione cesserebbe anzi di aver qualsiasi significato⁽⁴⁴⁾,

scindendo con cura utilitarismo e determinismo, nel momento in cui esistenza di attività umane orientate sia condizione necessaria all'utilità della «difesa sociale». Entrambi i concetti non riescono a rinunciare all'ideale del «libero arbitrio», identificando unicamente nell'individuo colui che determini i fini (retti o utili) dell'azione. Poiché «la società negli organi che la rappresentano o sono creduti rappresentarla, si difende contro l'azione che viola quei principi ch'essa ritiene indispensabile siano rispettati»⁽⁴⁵⁾, «tutela» e «difesa sociale» sono entrambe reazioni della società contro chi abbia violato il diritto in via antecedente; e, infine, coi medesimi sistemi di motivazione, sono entrambe critiche nei confronti delle ulteriori tradizionali teorie della sanzione nel moderno diritto criminale (retribuzione morale; intimidazione mediante esecuzione; emenda). Contro chi desideri restituire male (sanzione) a male (delitto) nell'enunciazione di una concezione retributivista del diritto criminale⁽⁴⁶⁾, è comune a scuola classica e Positivisti una

⁽⁴³⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 125]. Per un'esaustiva trattazione dell'utilitarismo da Bentham ad Harsanyi si consulti l'ottimo contributo C.A. VIANO, *L'utilitarismo*, in C.A.Viano (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Torino, Bollati, 1990, pp. 34-58.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 126].

⁽⁴⁵⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 130].

⁽⁴⁶⁾ Cfr. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, Hamburg, Meiner, 1922, p. 161; Kant arriva a sostenere che è dovere di una comunità in via di scioglimento uccidere tutti i rimanenti condannati a morte, scrivendo in un celebre brano della sua *Metafisica dei Costumi*: «Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstim-

critica di discrezionalità:

un tal giudizio richiede un giudice onniveggente ed infallibile [...] Nel fatto, siccome la giustizia terrena è amministrata da uomini atti ad ingannarsi ed a peccare, la teoria del perfetto adattamento del castigo al demerito è stata la fonte dei peggiori abusi. Essa è quella, che, abbandonando al giudice una discrezione illimitata, è stata uno dei più validi sostegni del sistema inquisitorio di procedura⁽⁴⁷⁾,

condivisa dalla cultura del Novecento⁽⁴⁸⁾. Nei confronti di chi consideri l'esecuzione della sanzione come unico incentivo all'astensione dal delitto nell'enunciazione di una visione intimidativo-esecutiva del diritto criminale⁽⁴⁹⁾ («teoria dell'esemplarità della pena»), è viva in entrambi i casi un'accusa di assurdità

mung auflöste [...] müsste der letze in Gefängnis befindliche Mörder vorher hingegerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind [...]». Sull'asse retributivista Platone/ Kant/ Hegel si instradano tra ottocento e novecento rilevanti uomini di diritto italiani: Rossi (P. Rossi, *Traite de droit penal*, trad.it. *Trattato di diritto penale*, Milano, Borroni e Scotti, 1852, p. 159), Filomusi Guelfi (F. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, Jovene, VI, 1910, p. 65) e Bettiol (G. BETTIOL, *Diritto Penale – Parte Generale*, Padova, CEDAM, XII, 1986, p. 803).

⁽⁴⁷⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 133].

⁽⁴⁸⁾ Pur se «even the most faithful adherents of utilitarian doctrine must have felt tempted at times to acknowledge the simple claim that it is right or just that on who has intentionally inflicted sufference on others shold himself be made to suffer. I doubt if anyone, reading the records of Auschwitz or Buchenwald, has failed to feel the powerful appeal of this principle» (H.L.A. HART, *Law, liberty and morality*, London, Oxford University Press, 1963, p. 59), dall'intellettualismo socratico alla modernità sono assestate dure critiche razionalistiche all'idea di retribuzione morale: nel nome della brutalità irrazionale della vendetta (Hommel/ Grolman/ Schopenhauer/ Del Vecchio) o nel nome della natura meramente umana della retribuzione (Barth/ Rahner/ Noll/ Martini).

⁽⁴⁹⁾ Cfr. T. HOBBS, *Leviathan*, London, Everyman's Library, XXVI, 1957, p. 164; Hobbes scrive «a punishment, is an evill inflicted by publike authority on him that hath done, or omitted that which is judged by the same authority to be a transgression of the law: to the end that the will of men may there by the better be disposed to obedience». E Pufendorf – nel *De jure naturae et gentium*– sostiene: «Ceterum genuinus poenarum finis est praecautio laessionum; quae provenit, si vel in melius emendetur, qui peccavit, aut alii ejus exemplo, ne deinceps velint peccare, vel si ita coerceatur qui peccavit, ut non possit deinceps peccare» (S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, Francofurti & Lipsiae, Officina Knochiana, III, § IX, 1759, p. 173). Questa concezione è accolta in maniera moderata in Italia dal Cattaneo: «Se la pena oltrepassa il limite richiesto all'esempio, diviene inutile strazio [...] E l'ideale modello sarebbe una pena che apparisse alli occhi della moltitudine con tutti li orrori d'un inferno, quantunque nel secreto della realtà riservasse pure al paziente un paradiso» (C. CATTANEO, *Alcuni scritti del dottor Carlo Cattaneo*, Milano, Borroni e Scotti, 1846, p. 129).

[...] la teoria della esemplarità potrebbe legittimare anche la condanna del pazzo e di chi ha agito per forza maggiore, e perfino quei giudizi contro gli animali e le cose che furono comuni nel Medio Evo⁽⁵⁰⁾,

senza contare ch'essa rischierebbe d'introdurre il valore della condanna dell'innocente⁽⁵¹⁾ come incentivo verso la comunità a non commettere reati. Contro chi desideri rieducare il reo allontanandolo dalla vita criminale nell'enucleazione di una concezione emendativa⁽⁵²⁾, è condivisa da «tutela» / «difesa sociale» una critica d'incertezza:

L'emenda del reo [...] viola l'esigenza che la pena sia *certa*, nonché l'altra ch'essa sia spiacevole e dolorosa. L'emenda non potrebbe ottenersi se non coi buoni trattamenti [...]⁽⁵³⁾,

non ritenuta tuttavia valida dai valori accolti dall'articolo 27 della Costituzione italiana, che recita «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»⁽⁵⁴⁾. Calderoni converte tali affinità di contenuti tra «tutela» e «difesa

⁽⁵⁰⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 134].

⁽⁵¹⁾ Benché nel mondo britannico ed americano vi sia un recente ritorno di stima nei confronti della *deterrence* (Benn e Peters/ Hart/ Rawls), nella cultura continentale la seconda massima del *kategorische-imperativ* kantiano introdotta dalla *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* conduce un autore secondario come Mancini a sottoscriverne validità e correttezza contro i rischi della condanna dell'innocente: «Tutte le pene [...] per le quali l'uomo cessa di essere uomo, quelle che distruggono interamente la personalità fisica o morale dell'uomo, van dalla ragione riprovate. Ne vale contrapporre a questo argomentare la considerazione del bene pubblico [...]» (P.S. MANCINI, *Lettera seconda*, in T.Mamiani- P.S.Mancini, *Fondamenti della filosofia del diritto e singolarmente del diritto di punire*, Torino, Cassona, 1853, pp. 152-153).

⁽⁵²⁾ Cfr. K. ROEDER, *Sul fondamento e sullo scopo della pena in riguardo alla teoria dell'emenda*, in "Rivista Penale", II, 4, 1875. L'autore tedesco – contro Carrara – inizia sostenendo «noi ci siamo sforzati di sradicare [...] l'infelice idea che la pena debba essere, per sua natura, un male [...]» (p. 274), e continua scrivendo «[...] vien fatto del bene laddove si offrano al colpevole i mezzi esterni per la trasformazione fondamentale della sua opinione contraria al diritto [...]» (p. 278). La «scuola correzionista» tedesca trova echi neoidealisticici nella nostra nazione, nel momento in cui si ammetta che «Difendere il diritto vuol dire difenderlo là dove soltanto può realizzarsi e cioè nella coscienza umana: punire significa instaurare nella coscienza del reo un livello superiore, renderlo consapevole del suo errore, fargli riconoscere la superiorità del diritto da lui violato. Punire significa redimere» (U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Firenze, Sansoni, III, 1974, pp. 30-31).

⁽⁵³⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 135].

⁽⁵⁴⁾ La dottrina sottolinea come esistano tentativi moderni indirizzati a circoscrivere tale carica rivoluzionaria dell'art. 27 com. 3 (G. FIANDACA -E. MUSCO, *Diritto*

sociale» in adiacenza semantica, sostenendo che

nel fatto, se la difesa della società come giustificazione del diritto di punire si presenta come un aspetto così plausibile, è appunto in grazia alla sua grande elasticità. Se interpretata con sufficiente larghezza, tutti, compresi i classici, si possono trovare d'accordo nell'accettarla. Ma la dottrina classica ci offre, a mio avviso, una concezione assai più maturata [...] ⁽⁵⁵⁾;

in base alla c.d. norma di economicità delle teorie ⁽⁵⁶⁾, una minore indeterminatezza assicura massima desiderabilità alla concezione della scuola classica. La scelta calderoniana di sostenere i valori della «tutela» classica non sminuisce interessi e istanze di riforma sociale dei Positivisti:

[...] il movimento positivistico deve piuttosto considerarsi come un tentativo di completare ed integrare l'indirizzo fin qui prevalente nel diritto penale, di spingerlo più velocemente in una direzione già presa, di additarne certe lacune e di colmarle, senza per questo rinunciare ai benefici dall'indirizzo prevalente presi più specialmente di mira [...] Ciò può portare una trasformazione, nella legge stessa, nel senso di darle una

penale- Parte generale, Quinta ed., Bologna, Zanichelli, 2007, p. 688); e come «[...]seppure tra non poche resistenze e grazie anche al sostegno prestatole dalla dottrina più sensibile» [p. 694] essa concezione sia riuscita ad incidere in senso riformistico su diversi istituti del diritto criminale italiano: carcere a vita; sospensione condizionale; riforma dell'ordinamento penitenziario; sanzioni sostitutive; nuova normazione sull'ammenda.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 127]; il nostro autore continua scrivendo: «Il giustificare quindi la pena colla difesa della società può anche non implicare un errore; ma a condizione di non significare se non ciò che altri, con locuzione più precisa, chiamano tutela giuridica» (*ivi*, cit., [vol. I, 132]).

⁽⁵⁶⁾ Calderoni fornisce una definizione chiara del termine economicità: «Come il valore d'ogni strumento, così anche quello delle teorie è da misurarsi dal servizio che esse ci rendono, dalla fatica che ci risparmiano, dalla sicurezza, dall'estensione e dalla rapidità dei loro risultati; è il loro massimo rendimento nell'adempimento di tale funzione, e la loro totale subordinazione ad essa, ciò che viene affermato quando parliamo di "economia"» (M. CALDERONI, *L'arbitrario nel funzionamento della vita psichica*, in "Rivista di Psicologia applicata", VII, 2, Gennaio- Aprile 1910, [vol. II, 288]). Questa idea è strettamente connessa alla tesi vailatiana della strumentalità delle teorie, introdotta nell'anno 1896 da Vailati con una certa sistematicità nei lavori: G. VAILATI, *"E.Mach Populär-Wissenschaftliche Vorlesungen"* Leipzig, Barth, 1896, in "Rivista di Studi Psichici", Novembre, 1896, [vol. I, 147] e G. VAILATI, *Sull'importanza delle ricerche relative alla Storia delle Scienze*, (Prolusione a un corso sulla Storia della Meccanica), Torino, Roux Frassati, 1897, [vol. II, 17]. Tesi calderoniana dell'economicità e tesi vailatiana della strumentalità delle teorie hanno come chiaro riferimento l'intera anteriore ricerca meta-teorica di Mach [G. GEMBILO, *Vailati-Croce: quasi un confronto*, in M.Quaranta (a cura di), *Giovanni Vailati nella cultura del '900*, Bologna, Forni, 1989, pp. 123-124].

maggior specializzazione, nonché nell'ufficio del giudice, aumentando la sua discrezione, perché egli possa tener conto di quella relatività che tutti i fenomeni posseggono⁽⁵⁷⁾.

Pur nel tentativo di riconciliazione tra «tutela» e «difesa sociale», il nostro autore introduce nei *Postulati* una interessante motivazione della sanzione criminale, asserendo che

la difesa della società, se così chiamar si vuole, non si esercita contro un uomo libero (dotato di volontà) allo stesso modo con cui si eserciterebbe contro un pericolo naturale, un animale furioso, un pazzo infrenabile. Contro questi agenti (un animale furioso; un malato mentale) la sola maniera di provvedere è di porre impedimenti fisici all'effettuazione del danno. Ma sull'uomo libero, suscettibile di essere influenzato da motivi, capace pertanto di astenersi da una azione in vista delle conseguenze che questa porterà su di lui o su altri, è possibile agire per via morale. Nuovi motivi possono essere presentati od imposti alla sua considerazione... Questi motivi [...] possono anche consistere nella minaccia di un male effettivo per l'agente, la quale chiami a raccolta, ove i sentimenti socievoli ed altruistici non bastino, anche i sentimenti egoistici a distogliere l'individuo dalla violazione del diritto. Così nasce la necessità della pena [...] definita [...] come quel complesso di conseguenze dolorose artificialmente annesse a date azioni volontarie dalla legge o dalla pubblica opinione allo scopo di diminuirne il numero e di tranquillare la coscienza sociale⁽⁵⁸⁾.

La «volontarietà» come atto causato da credenze – insieme a desideri/interessi umani – entra di diritto nella definizione di delitto e sanzione: minaccia di una sanzione altro non sarebbe che motivo di inibizione dell'azione criminosa o incentivo a non violare il diritto criminale, agendo come credenza atta ad incidere sulla volontà individuale⁽⁵⁹⁾. La concezione di Calderoni è molto vicina alla teoria dell'intimidazione mediante minaccia

⁽⁵⁷⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 155]; senza dimenticare che idee e concetti di costoro abbiano introdotto all'interno della storia del diritto italiano del secolo scorso istituti e tendenze concreti come l'istituto della misura di sicurezza e le tendenze alla riforma carceraria e alla sostituzione di misure curative alle sanzioni nei confronti dei malati di mente.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 131-132]. Calderoni ricorda - in nota- come sia stato Juvalta nei *Prolegomeni ad una morale distinta dalla metafisica* del 1901 ad introdurre la distinzione tra fase fondazionale (minaccia) e fase esecutiva della sanzione nel contesto culturale italiano.

⁽⁵⁹⁾ Per Calderoni «La pena accompagna il precetto giuridico come sua sanzione, precede quindi la violazione del precetto medesimo e non può pertanto non essere astrattamente commisurata [...] È necessario che ogni cittadino conosca che cosa lo attende ov'egli commetta questa o quella azione lesiva del diritto [...] La pena quindi deve essere eseguita quale fu stabilita dalla legge, e non in base ad una presunta temibilità del reo» (*ivi*, cit., [vol. I, 148-149]).

normativa diffusa nel mondo tedesco da Feuerbach⁽⁶⁰⁾ e accolta in Italia da Romagnosi⁽⁶¹⁾.

1.3. Libertà e metodo.

La terza radice teoretica del conflitto tra scuola classica e Positivisti consiste nell'esistenza di una netta diversità in merito alle modalità di intendere i metodi della scienza criminale. Il binomio astratto/ concreto tradotto, in termini ottocenteschi, nel binomio deduzione/ induzione nasconde un dilemma di classificazione delle scienze, nella costituzione della tradizionale distinzione tra scienze descrittive e normative⁽⁶²⁾. I Positivisti condividono una concezione di metodo⁽⁶³⁾ mutuata dalle scienze naturali,

⁽⁶⁰⁾ Cfr. P.J.A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes, oder uber die Grenzen der Hochsten Gewalt und das Zwangsrecht der Burger gegen den Oberherrn*, trad.it. *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano / Paul Johann Anselm Feuerbach*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 112; in Feuerbach ruolo della sanzione è essere minaccia di un male fisico (*Androhung von physischen Uebeln*) idonea a dissuadere i cittadini dal commettere atti illeciti.

Mario Cattaneo scrive in merito all'autore tedesco: «Secondo Feuerbach, infatti, la rappresentazione del male penale minacciato dalla legge provoca nell'animo dei consociati una *coazione psicologica* [...] la quale li distoglie dal commettere il delitto che a quel male è connesso; la funzione penale di prevenzione opera quindi prima dell'eventuale commissione di un delitto, ed è dunque un mezzo efficace per la difesa e la conservazione dei diritti» (Cfr. M.A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 129).

⁽⁶¹⁾ Romagnosi – nel suo *Genesi del Diritto Penale* (1791)– scrive: «[funzione della sanzione] non è di tormentare o affliggere un essere sensibile; non di soddisfare un sentimento di vendetta; non di rinvocare dall'ordine delle cose un delitto già commesso, ed espiarlo; ma bensì incutere timore ad ogni facinoroso, onde in futuro non offenda la società [...]» (G.D. ROMAGNOSI, *Opere*, Milano, Perelli e Mariani, 1841, vol.IV/I, §§ 1469-1472, p. 392).

⁽⁶²⁾ Cfr. A. QUADRIO- M. CASTIGLIONI, *Interazioni concettuali fra psicologia e diritto*, in A. Quadrio- G. De Leo (a cura di), *Manuale di psicologia giuridica*, Milano, LED, 1995, p. 34, con una moderna classificazione delle scienze mutuata da Galvan (1993). Questa classificazione – maturata nel dibattito ottocentesco accennato brevemente da G. Tuzet in due suoi scritti (G. TUZET, *Norme e novità*, in "Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.", XVI, 2002, pp. 243-252 e G. TUZET, *Norme e novità II*, in "Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.", XVII, 2003, pp. 167-183)– è trattata in maniera diffusa nello scritto G. KALINOWSKI, *Querelle de la science normative*, Paris, LGDJ, 1969; Calderoni riconduce tale distinzione alla distinzione settecentesca tra natura e morale (scienze naturali vs. etica).

⁽⁶³⁾ Benché non emergano nei discorsi dei maestri del Positivismo francese e britannico, tant'è che nel Comte è scritto «Si può anche dire generalmente che la scienza è essenzialmente destinata a dispensare, sino al punto in cui i diversi fenomeni lo comportano, da ogni osservazione diretta, permettendo di dedurre dal più piccolo numero possibile di dati immediati il più grande numero possibile di risultati» (Cfr. A. COMTE, *Cours de Philosophie Positive*, trad.it. *Corso di Filosofia*

orientata al riferimento concreto (attenzione ai fatti) e incentrata su attività induttive (osservazione e controllo di fatti) ⁽⁶⁴⁾; i classici si richiamano invece ad una concezione di metodo ⁽⁶⁵⁾ mutuata dalla morale, orientata all'astrazione (attenzione ai simboli) e incentrata su attività deduttive (sistematizzazione e schematizzazione di concetti) ⁽⁶⁶⁾. Per dimostrare come tale distinzione tra astrattezza e concretezza scientifiche si inserisca nel novero dei

Positiva, Torino, UTET, 1967, I, p. 99), i miti della concretezza/ induzione sono coltivati da studiosi di minore notorietà. Per Cattaneo cultura dev'essere «sperimentale» in via totalitaria (C. CATTANEO, *Scritti filosofici*, Firenze, Le Monnier, 1960, pp. 35 e 308); G. Ferrari scrive: «Non possiamo tollerare la logica, che comandi o gareggi con la natura [...] L'esperienza c'insegna che la logica non era predestinata a comandare; essa non precede i fenomeni, li séguita» (G. FERRARI, *Scritti politici*, Torino, UTET, 1973, I, pp. 226-227); il medico francese Bernard asserisce «Il metodo sperimentale, in quanto metodo scientifico, poggia interamente sulla verifica sperimentale d'una ipotesi scientifica. Questa verifica può essere ottenuta sia con l'aiuto di una nuova osservazione (scienza d'osservazione) sia con l'aiuto di un'esperienza (scienza sperimentale)» (C. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, trad.it. *Introduzione alla medicina sperimentale*, Milano, Feltrinelli, 1973, III, IV, § 4).

⁽⁶⁴⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 42]; costui scrive: «A questo fine, unico mezzo è lo studio accurato dei precedenti del colpevole, la ricerca di tutti i coefficienti che cooperarono alla produzione necessaria del male, e ciò col duplice intento di rimuovere le cause individuali e sociali del delitto, di curare nell'individuo l'irresistibile impulso a commetterlo; nonché di mettere [...] il reo nella pratica impossibilità di tradurlo in atto [...] Il metodo da adottarsi, secondo i positivisti, non è diverso da quello invalso per lo studio dei fenomeni naturali: mediante l'osservazione e lo sperimento, acquistare una conoscenza chiara del modo di prodursi e di svolgersi dei fenomeni, delle leggi fatali che li governano: allo scopo di poter poi agire».

⁽⁶⁵⁾ Nella *Prefazione* alla ed. V del suo *Programma del corso di diritto criminale* Carrara – sulla scia della c.d. sistematica tedesca del diritto (Leibniz/ Wolff/ scuola wolffiana)– sostiene come «[...] il delitto non è un ente di fatto, ma un ente giuridico»; e, nella coscienza della validità teoretica del trinomio morale/ astratto/ deduzione, il nostro autore continua scrivendo «Con siffatta proporzione mi parve si schiudessero le porte alla spontanea evoluzione di tutto il diritto criminale per virtù di un ordine logico e impretebile. E questo fu il mio programma [...] Così, per primo postulato, la scienza del giure criminale viene a riconoscersi come un ordine di ragione che emana dalla legge morale giuridica, ed è preesistente a tutte le leggi umane, e che impera agli stessi legislatori» (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., pp. 32-33). Per un esauriente esame della sistematica tedesca sino alla c.d. Pandettistica ottocentesca si consulti G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 133-156.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 40]; Calderoni asserisce «L'indirizzo prevalente del diritto penale [...] si attiene tuttora, ad un metodo essenzialmente astratto [...] il reato stesso è l'oggetto del diritto penale [...] considerato [...] come ente astratto». Per Carrara «ente giuridico» è «rapporto contraddittorio tra il fatto dell'uomo e la legge» (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., § 35).

«falsi dilemми» della cultura umana, Calderoni – su orme vailatiane⁽⁶⁷⁾ – mette sotto esame il metodo delle scienze naturali adottato dai Positivisti; costoro – a detta del nostro autore – attuano nei confronti della scienza criminale un eversivo *riduzionismo metodologico*, assimilando metodo delle scienze criminali e metodo delle scienze naturali nella loro descrizione delle attività svolte dall'uomo di diritto. Calderoni scrive che

il metodo di cui i positivisti propugnano l'adozione anche nelle discipline penali è, com'è noto, quello stesso delle scienze naturali, "positive"; cioè l'osservazione e, entro certi limiti del possibile, lo sperimento [...] ⁽⁶⁸⁾,

assumendo come costoro – a differenza dei classici – considerino osservazione e controllo come momenti centrali nell'attività dello scienziato criminale, senza accennare a momenti connessi ad attività d'astrazione. Ma nel momento in cui sia necessario valutare e indirizzare condotte umane, osservazione e controllo non si mostrano sufficienti a caratterizzare l'attività dello scienziato:

se una cosa debba o non debba essere, è questione in cui la scienza non ha nulla che fare. Se una pena sia o no conveniente, giusta, opportuna, è cosa che solo il nostro "sentimento" può decidere [...] In altre parole, anche dopo che la scienza, l'uso del metodo positivo, ci ha mostrati i mezzi necessari ove si voglia raggiungere il fine, resta sempre adito al giudizio etico se valga la pena di adottarli in vista del medesimo ⁽⁶⁹⁾;

nel diritto criminale osservazione e controllo non riescono a rinunciare ad attività valutative, immettendo nello strumentario dello scienziato meccanismi di astrazione come constatazione di affinità/differenze e elaborazione di medie ⁽⁷⁰⁾:

⁽⁶⁷⁾ Cfr. M. CALDERONI, *Il Pragmatismo e i vari modi di non dir niente*, cit., [II, 160]. L'idea è di derivazione vailatiana, dove si consideri una antecedente e altrettanto straordinaria intuizione dello studioso cremasco: «Se vi è infatti un carattere che distingue la scienza in genere dalla filosofia, mi pare che esso appunto consista in ciò, che compito di quest'ultima non è tanto di fare delle scoperte quanto piuttosto di prepararle, di provarle, di farle fare, contribuendo con l'analisi, colla critica, colla discussione a sgomberare la via che ad esse conduce, e fornendo i mezzi o gli strumenti (*organa*) richiesti per superare gli ostacoli che rendono difficile progredire in essa» (G. VAILATI, "L. Stein. An der Wende des Jahrhunderts, Versuch einer Kulturphilosophie. Freiburg, Mohr, 1899", in "Rivista filosofica", 2, Marzo- aprile, 1901, [vol.I, 251]).

⁽⁶⁸⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 140-141].

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 142].

⁽⁷⁰⁾ Cfr. M. CALDERONI, *L'arbitrario nel funzionamento della vita psichica*, cit., [vol.II, 225-226]. Il nostro autore scrive «Ciò che contraddistingue i "concetti" [...] così

e le scienze stesse che hanno per oggetti i fatti procedono per due vie principali: la constatazione delle somiglianze e la determinazione di medie: processi nei quali l'astrazione si trova continuamente implicata⁽⁷¹⁾.

Entra nuovamente in azione l'istanza riconciliatrice di Calderoni, in base a cui non vi sarebbe alcuna diversità teoretica insanabile tra concezione astratta (scuola classica) e concreta (Positivismo) del metodo della scienza criminale. La distinzione tra scienze naturali e scienze normative, incentrata sull'ammissione della validità teoretica dei binomi descrizione/ valutazione e concretezza/ astrazione, viene a cadere nella definizione calderoniana di scienza criminale; secondo Vailati e Calderoni: a) v'è valutazione nelle scienze naturali («arbitrario») e b) v'è astrazione nelle scienze naturali (affinità/differenze e medie). La moderna scienza criminale nasconde un *metodo misto* induttivo/ deduttivo, caratterizzato dal ricorso dominante allo strumentario delle c.d. scienze normative (astrazione / deduzione / valutazione) e da un uso meramente accessorio del metodo delle scienze naturali (concretezza / induzione / descrizione): nella scienza osservazione e controllo

dalle "sensazioni" come dalle "rappresentazioni" o "immagini" è appunto questo: che, fra i molteplici elementi che sono, o possono diventar presenti alla nostra coscienza in una data sensazione o rappresentazione, noi, nell'atto di concepire [...] dirigiamo la nostra attenzione su alcuni di essi [...] e ad essi soltanto, intenzionalmente, ci riferiamo per quelle operazioni che compiamo, o stiamo per compiere mediante il concetto stesso [...] Mentre cioè le sensazioni o rappresentazioni sono qualche cosa di puramente passivo o recettivo, i concetti sono essenzialmente un prodotto della nostra attività (o reattività) selezionatrice e costruttrice, risultando da quel processo di astrazione, o, [...] di estrazione e d'eliminazione, a cui, osservando e pensando allo scopo di conoscere, assoggettiamo il materiale inizialmente indistinto ed amorfo dell'esperienza», accostandosi in maniera molto moderna a due temi caratteristici delle scienze della mente: attenzione e schematizzazione. Il riconoscimento della selettività dell'attenzione umana ha condotto inizialmente ad introdurre una distinzione all'interno delle attività umane tra attività automatiche e controllate [R.M. SHIFFRIN-W. SCHNEIDER, *Controlled and automatic human information processing. II: Perceptual learning, automatic attending, and a general theory*, in "Psychological Review", 84, 1977, pp. 127-190 rivisto in R.M. SHIFFRIN- W. SCHNEIDER, *Automatic and controlled processing revisited*, in "Psychological Review", 9, 1984, pp. 269-276]. Mentre le attività automatiche non richiederebbero l'utilizzazione di risorse attentive, le attività controllate ne richiederebbero l'uso. Questa caratterizzazione si estenderebbe alle attività conoscitive [J. JONIDES- M. NAVEH-BENJAMIN- J. PALMER, *Assessing automaticity*, in "Acta Psychologica", 60, 1985, pp. 157-171]. La tendenza attuale è di rinunciare a tale distinzione considerando tutte le attività umane come subordinate ad una certa dose di risorsa attentiva [D. KAHNEMAN- A. TREISMAN, *Changing views of attention and automaticity*, in R.Parasuraman- D.R.Davies (a cura di), *Varieties of attention*, New York, Academic Press, 1984, pp. 29-61].

⁽⁷¹⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 143], con riferimento in nota allo scritto A. NAVILLE, *Nouvelle classification des sciences*, Paris, Alcan, 1901.

sono condizioni teoretiche di sistematizzazione e schematizzazione⁽⁷²⁾. L'errore dei Positivisti consiste nel non esser riusciti a discernere natura e carattere misti del metodo delle scienze criminali:

crediamo che se i positivisti forse non hanno recato tutto il vantaggio che possono recare, se si sono attirata da parte dei classici un'antipatia e una ripulsione eccessiva, ciò è dovuto al fatto ch'essi non hanno saputo sempre discernere la parte sana delle loro dottrine, ch'essi hanno interpretato il positivismo in modo troppo angusto e parziale, traendone conseguenze affrettate ed estreme e mancando di quello spirito conciliativo ed equanime, senza il quale ogni collaborazione scientifica è impossibile⁽⁷³⁾;

ed è un errore ricostruttivo connesso al rischio temibile che

[...] i seguaci della nuova scuola, col voler ridurre senz'altro il giudizio penale ad un libero esame della *temibilità* dell'individuo, tolgono senza essere forse abbastanza consci della gravità di ciò che propongono, una delle più valide garanzie di libertà individuale [...] essi tendono in pratica a rinnovare le forme più schiette del procedimento inquisitorio, col subbiettivismo, coll'arbitrio eccessivo del giudice, colla pena indeterminata e straordinaria e la confusione delle parti in giudizio [...]⁽⁷⁴⁾.

Pur se tale analisi minuziosa del binomio astratto/concreto non bastasse, sarebbe l'esistenza di un sovra-valore connaturato alla tradizione continentale del diritto (certezza) a dirimere il conflitto tra valori d'astrattezza e valori di concretezza; Calderoni asserisce infatti che

il diritto, come disse Vico, ha bisogno anzitutto del certo; ora il certo non si può ottenere se non fissando dei limiti e delle categorie generali ed astratte⁽⁷⁵⁾,

⁽⁷²⁾ Calderoni sostiene: «[...] il movimento positivistico deve piuttosto considerarsi come un tentativo di completare ed integrare l'indirizzo fin qui prevalente nel diritto penale, di spingerlo più velocemente in una direzione già presa, di additarne certe lacune e di colmarle, senza per questo rinunciare ai benefizi dall'indirizzo prevalente [...] Esso non può propugnare la sostituzione assoluta del "metodo positivo" al metodo astratto [...]» (M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 155]).

⁽⁷³⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 151].

⁽⁷⁴⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 150].

⁽⁷⁵⁾ Cfr. *ivi*, cit., [vol. I, 148]; il nostro autore continua scrivendo «La pena accompagna il precetto giuridico come sua sanzione, precede quindi la violazione del precetto medesimo e non può pertanto non essere astrattamente commisurata [...] E' necessario che ogni cittadino conosca che cosa lo attende ov'egli commetta questa o quella azione lesiva del diritto [...] La pena quindi deve essere eseguita quale fu stabilita dalla legge, e non in base ad una presunta temibilità del reo [...]».

senza dimenticare come aderire ai metodi della scuola classica moderata non coincida col rifiutare in blocco istanze e intuizioni dei Positivisti⁽⁷⁶⁾.

2. Conclusioni.

Calderoni scrive i suoi *Postulati* in scia al manifesto analitico vailatiano⁽⁷⁷⁾ dello scritto *Alcune osservazioni sulle questioni di parole nella storia della scienza e della cultura*:

Anzitutto non è raro il caso di importanti e decisivi progressi scientifici che ci appaiono come determinati o, a ogni modo, provocati, dall'esplicitarsi di controversie che a noi sembrano riferirsi soltanto al significato che si doveva o no dare a una determinata frase o parola, di controversie cioè che non avrebbero potuto aver luogo, o sarebbero state immediatamente risolte, se quelli che vi presero parte si fossero dati fin dal principio la pena di ben definire i termini di cui si servivano, in modo da rendere impossibile ogni equivoco sulla portata reale delle loro rispettive asserzioni⁽⁷⁸⁾.

Per Vailati analisi è *analisi semantica*, indirizzata a smascherare i *récits* culturali dai c.d. «falsi dilemmi» scaturenti dalla naturale *vagueness* dei discorsi umani (ordinari e tecnici) e a combattere ciò che di metafisico è in essi contenuto; e criterio d'analisi è la c.d. norma di Peirce⁽⁷⁹⁾, moderata

⁽⁷⁶⁾ Calderoni scrive «La “individualizzazione della pena” non è l'aspirazione esclusiva di nessuna scuola speciale, ma la tendenza naturale del progresso, la sola questione da discutersi essendo *fino a qual punto* essa si possa conciliare con garanzie essenziali di libertà contro gli arbitrii di qualunque specie» (ivi, cit., [vol. I, 154]).

⁽⁷⁷⁾ Per la tesi dell'adiacenza teoretica tra trattazione vailatiana e tradizione di ricerca analitica novecentesca si consulti anche il mio I. POZZONI, *Giovanni Vailati e Mario Calderoni tra meta-etica, etica descrittiva e normativa*, in “Foedus”, Padova, Grafimade, n.16/III (2007), pp. 44-57.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. G. VAILATI, *Alcune osservazioni sulle questioni di parole nella storia della scienza e della cultura*, cit., [vol.II, 49]. Per Vailati i c.d. «falsi dilemmi» instradano l'uomo sul cammino di una deleteria metafisica, unico rimedio umano alla natura stressante del mistero (G. VAILATI, *La ricerca dell'impossibile*, in “Leonardo”, III, Ottobre- Dicembre 1905, [I, 59-66]).

⁽⁷⁹⁾ Per Calderoni norma di Peirce è metodo «secondo il quale il significato di una concezione (asserzione, teoria, ipotesi, ecc.) risiede nelle conseguenze “pratiche” che se ne possono trarre» (M. CALDERONI, *Il senso dei non sensi*, in “Leonardo”, III, 3, Giugno- Agosto 1905, [I, 259]), o, in modo meno tecnico, strumento ricondotto «[...] al tentativo di evitare il sorgere del malinteso e del non senso, mediante il consiglio e l'invito, rivolto a chiunque enuncia una frase o pone un problema, di indicare le esperienze particolari e concrete alla cui possibilità od impossibilità egli intenda con ciò riferirsi, e indipendentemente dalle quali è impossibile sapere se la sua frase abbia

dalle conclusioni anti-atomistiche dell'*epistémologie* francese⁽⁸⁰⁾. L'antitesi teoretica sul diritto criminale tra scuola classica e Positivisti è edificata su una serie di «falsi dilemmi»:

a) distinzione libertà/ causazione (momento di attribuzione del delitto): nella loro critica alla versione scolastica di libertà come volizione incausata, i Positivisti non intaccano la reale concezione della scuola classica, orientata all'accettazione della visione aristotelica di libertà (volizione causata da stati interni).

b) distinzione tutela/ difesa (momento di esecuzione della sanzione): i termini «difesa sociale» dei Positivisti nascondono sensi molto simili al concetto di «tutela» caratteristico della scuola classica, condividendo «difesa sociale» e «tutela» caratteristiche semantiche e affinità di contenuto.

c) distinzione astratto/ concreto (momento di determinazione del delitto): i tentativi ottocenteschi di suddivisione tra scienze naturali e scienze normative, incentrati sull'ammissione della validità teoretica dei binomi descrizione/ valutazione e concretezza/ astrazione, vanno a cadere se si introduca una definizione di scienza criminale atta ad ammettere che vi siano valutazione e astrazione nelle scienze naturali.

Questa moderna visione di analisi come *therapy*, indirizzata a curare i «[...] bernoccoli che l'intelletto si è fatto cozzando contro i limiti del linguaggio»⁽⁸¹⁾ intrada i tentativi riconciliazionisti di Calderoni sul cammino dell'introduzione di innovative intuizioni su scienza e diritto criminali. Nel rifiuto della distinzione tra determinismo e indeterminismo covano un incontrollato desiderio di salvare la validità del ricorso all'*everyday life* (distinzione tra atti volontari e atti involontari) come corte di cassazione nei confronti dei tribunali di sensazione, emozione e raziona-

un senso e quale senso abbia» (M. CALDERONI, *Giovanni Vailati*, in "Rivista di psicologia applicata", V, 4, Settembre- Ottobre 1909, [II, 173]). Precisa è l'osservazione di Preti sulla natura normativa del criterio aletico/ semantico di Peirce (G. PRETI, *Praxis ed empirismo*, Torino, Einaudi, 1957, pp. 35-37).

⁽⁸⁰⁾ Con l'espressione «*epistémologie* francese» si intende – in stretta relazione semantica e di continuità storica con la c.d. «*new epistemology*» novecentesca (G. GIORELLO, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano, Bompiani, 1999 e F. D'AGOSTINI, *Analitici e continentali*, Milano, Cortina, 1997, pp. 447-506) – il *convenzionalismo* francese di Poincaré, Boutroux, Duhem, Couturat e Le Roy, molto influente sulla narrazione culturale vailatiana. Non è corretto considerare storiograficamente tale tradizione di ricerca ottocentesca come un diretto antecedente culturale dell'analitica novecentesca; il *convenzionalismo* francese storicamente sta all'*ante-analitica* ottocentesca, come la c.d. *new epistemology* sta all'analitica novecentesca. Vailati – come successivamente Popper – è *trait d'union* tra metodo analitico e teoria/ storia delle scienze d'inizio secolo scorso, abbinando istanze filosofiche ed interessi scientifici.

⁽⁸¹⁾ Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen* (1967), trad.it. *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 1999, § 119.

lità, che avvicina i due analitici italiani all'*Ox-bridge Philosophy* di Ryle⁽⁸²⁾, e un tentativo – anacronistico – di mettere sotto accusa i non voluti *assists* teoretici concessi dalle istanze di riforma dei Positivisti ottocenteschi alla c.d. teoria dei due binari⁽⁸³⁾ introdotta dal codice Rocco del 1930, invisibile e minacciata di correzione a e da un numero infinito di Commissioni ministeriali create *ad hoc* nell'arco di un sessantennio. Nel rifiuto della distinzione tra tutela (retribuzione "tecnica") e difesa sociale si nasconde un tentativo di mantenere continuità storica con razionalismo e illuminismo italiani del Settecento, nella rielaborazione di una teoria dell'intimidazione mediante minaccia normativa idonea ad assicurare massima devozione ai valori classici continentali della certezza del diritto criminale (*nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*), ostacolando derive verso modelli estremi di retributivismo o difesa sociale⁽⁸⁴⁾. Nel rifiuto della distinzione tra astratto e concreto vive l'intuizione della necessaria valutatività della scienza criminale⁽⁸⁵⁾, confermata in maniera abile da Nino nell'asserzione della «non insularità»

⁽⁸²⁾ Cfr. F. D'AGOSTINI, *Filosofia Analitica*, Paravia, Torino, 1997, pp. 105-115.

⁽⁸³⁾ Partendo dalla storica ricerca di A.Rocco (A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in "Rivista di Diritto Penitenziario", 1, 1930, pp. 1245 ss.), molti altri autori della moderna dottrina criminalistica si sono accostati all'analisi della c.d. teoria dei due binari: Antolisei (1933), Delitala (1935), De Marsico (1933/1935), Bettiol (1941), Guarneri (1964), Vassalli (1967), Nuvolone (1976), Musco (1974/1978) e Fornari (1993).

⁽⁸⁴⁾ Prescindendo dall'Hart di *Punishment and Responsibility* in merito al neo-retributivismo, è necessario sottolineare come molti aspetti della teoria della difesa sociale del Ferri si siano riversati nella dottrina della *nouvelle défense sociale* di M.Ancel consistente in una dura «[...] reazione contro gli eccessi del tecnicismo giuridico neoclassico» volta alla «[...] degiuridicizzazione di diversi concetti [...]» (M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* (1954), trad.it. *La nuova difesa sociale*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 111-113) e nelle concezioni estreme del Gramatica, antecessore italiano delle conclusioni radicali del moderno *labelling approach* americano (F. GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, Padova, CEDAM, 1961). Per un'analisi innovativa (1989) dei fondamenti del Diritto Penale si consulti l'oramai classico L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari-Roma, Laterza, VIII Ed., 2004.

⁽⁸⁵⁾ La Borsellino – riferendosi a U. Scarpelli – scrive «La debolezza dell'operazione chirurgica e riduttiva proposta sul piano metodologico dai penalisti positivi [...] scaturisce, secondo Calderoni, dal fatto che essi hanno trascurato due punti [...] Essi conducono rispettivamente l'uno a comprendere che non solo a livello di produzione e di applicazione, ma anche a livello di interpretazione del diritto hanno luogo scelte etiche e politiche [...] L'altro ad intendere che solo ponendosi risolutamente sul piano delle scelte di politica del diritto si potrà valutare al di fuori di fraintendimenti la preferibilità di sistemi etici e giuridici [...]» (P. BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, in "Rivista critica di storia della filosofia", cit., p. 347). Recente interessante esito della discussione analitica milanese sull'attività dell'uomo di diritto è C. LUZZATI, *La politica della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2005.

del diritto⁽⁸⁶⁾; e, sullo sfondo, l'adesione ad un metodo misto che contribuisca a dare il senso della non ultimatività di induzione o deduzione nella costituzione delle attività umane. Oltre a tali obiettivi meno "vistosi", la tendenza calderoniana alla riconciliazione sottende il fine ben determinato di tutelare il nascere di una sorta di *concordia ordinum* culturale, molto simile all'ideale collaborativo civile esaltato in relazione alla situazione nazionale⁽⁸⁷⁾, atta ad introdurre un nuovo concetto di «responsabilità», dinamico e articolato:

il negatore del libero arbitrio che non sia vittima di equivoci sul valore di tal negazione, sarà portato invece a vedere nella libertà e responsabilità, qualità esistenti nell'uomo, ma analoghe alle altre, atte cioè ad essere studiate nella loro genesi e nella loro evoluzione, suscettibili di gradazioni infinite, e subordinate alla presenza di certe condizioni concomitanti, a concepire in altri termini la responsabilità piuttosto *dinamicamente ed evolutivisticamente*, che staticamente⁽⁸⁸⁾.

ABSTRACT

This contribution aims to highlight two stances that are central in the Italian «analytical pragmatism» of Mario Calderoni: in the first place, a cultural analysis dipped in the historical scenario of the conflict between determinism (Positivism) and indeterminism (Italian classical school) and rich of references to law and morals; secondly, a moderate intent to reconcile the various ways of understanding freedoms, sanctions and scientific method, making a careful use of the tool of re-definition that was highly appreciated by Giovanni Vailati and by the twentieth-century analytical philosophy.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. C.S. NINO, *Derecho, moral y política* (1992), trad.it. *Diritto come morale applicata*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 156-157; Nino conclude: «Se ammettiamo le connessioni giustificatorie ed interpretative tra il diritto e la morale, se adottiamo una visione collettivista della conoscenza morale e se, infine, accettiamo una concezione morale della politica democratica, finiamo per vincolare il diritto alla politica attraverso la morale, il che si somma alla connessione diretta che esiste tra il diritto – concepito come pratica sociale- e la politica. Il diritto appare, così, come un fenomeno politicizzato [...]».

⁽⁸⁷⁾ Cfr. M. CALDERONI, *La necessità del capitale*, in "Il Regno", II, 2, 1905, [vol.I, 235-236]; Calderoni sostiene: «Si sa che l'interesse del capitale è la remunerazione di un'attività che è socialmente altrettanto necessaria quanto quella che si spiega nel lavoro diretto e materiale. E questa attività [...] non è che l'astensione al consumo». L'ideale della relazione tra industriale e lavoratori è nel nostro autore un ideale di collaborazione interna alla nazione; la teoria scientifica marxista non fa altro che ostacolare la corretta evoluzione economica dell'interesse nazionale, introducendo concetti come "lotta di classe" o "conflitto di classe".

⁽⁸⁸⁾ Cfr. M. CALDERONI, *I Postulati della Scienza Positiva ed il Diritto Penale*, cit., [vol. I, 156].

Il mio contributo è orientato ad evidenziare come nella narrazione del «pragmatismo analitico» italiano di Mario Calderoni siano centrali un'analisi culturale – immersa nello scenario storico del conflitto tra determinismi (positivismi) e indeterminismi (scuola classica italiana) – ricca di riferimenti a morale e diritto, e un intento moderato a conciliare i diversi modi di intendere libertà, sanzione e metodo scientifico, ricorrendo ad un uso attento della ri-definizione tanto caro a Giovanni Vailati e all'intera successiva analitica novecentesca.

NOTIZIARIO

Nel corso dell'anno accademico 2006-2007 il Dipartimento di Scienze giuridiche e la Facoltà di Giurisprudenza hanno promosso numerose iniziative.

Da segnalare, anzitutto, i *Seminari d'Autunno* e i *Seminari di Primavera*, proposti nell'ambito del dottorato in *Comparazione giuridica e storico giuridica*.

Nella settimana dal 20 al 24 novembre 2006 hanno tenuto lezioni aperte ai dottorandi di tutti i *curricula* il prof. Marco Bona dell'Università del Piemonte Orientale ("*La responsabilità civile nella prospettiva europea*"); il prof. Luigi Garofalo dell'Università di Padova ("*I contratti innominati tra giurisprudenza romana e legislazione attuale*"); il prof. Giuseppe Giliberti dell'Università di Urbino ("*Alle origini dei diritti umani*"); il prof. John Vervaele dell'Università di Utrecht ("*La cooperazione giudiziaria di polizia in Europa*"); il prof. Umberto Romagnoli dell'Università di Bologna ("*Il diritto del lavoro nel XX secolo*"); il prof. Umberto Vincenti dell'Università di Padova ("*Contro una certa mitologia dei diritti umani*"); il prof. Giangiorgio Cian dell'Università di Padova ("*Impossibilità originaria della prestazione e validità del contratto*"); la prof. Pascale Vielle, dell'Università di Lovanio ("*Modelli di sicurezza sociale*").

Nella settimana dal 12 al 16 marzo 2007 si sono invece avvicendati il Prof. T. Wilhelmsson dell'Università di Helsinki ("*The Pluralism of European society and Codification of European Contract Law*"); la prof. ssa Manuela Mantovani, dell'Università di Padova ("*Evoluzione del sistema della nullità del contratto*"); il prof. Arrigo Diego Manfredini dell'Università di Ferrara ("*La caccia e il codice civile*"); il prof. Luigi Mariucci dell'Università Ca' Foscari di Venezia ("*Le fonti del diritto del lavoro: legge e contratto collettivo*"); il prof. Antonio Monteiro Fernandes dell'Università di Lisbona ("*Fonti di produzione e fonti di conoscenza del diritto del lavoro: il caso del codice portoghese*"); il prof. Erminio Ferrari dell'Università di Milano ("*Divagazioni in tema di invalidità giuridiche e risarcimenti economici*"); il prof. Girolamo Sciullo dell'Università di Bologna ("*La responsabilità della p.a. per attività provvedimento alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*"); il prof. David Arthur Skeel Jr. della University of Pennsylvania Law School ("*The evolution of American corporate Law and bankruptcy*").

Sempre nell'ambito delle attività del dottorato, per il ciclo *Alta formazione e professioni*, sono stati organizzati la conferenza del prof. J.M. Servais dell'Università di Girona dal titolo "*Alta formazione per le professioni. Ufficio internazionale del lavoro*", e l'incontro con l'avv. Massimo Zorte (Presidente dell'ONG VIS, Volontariato Internazionale per lo Sviluppo), a proposito de "*Il dottorato di ricerca per l'accesso alle Organizzazioni non governative internazionali*".

Nell'ambito del corso di Istituzioni di diritto privato del prof. Giovanni De Cristofaro, grande interesse, sia tra i dottorandi che tra gli studenti, hanno suscitato il seminario del prof. Giovanni D'Amico, intitolato "*Obbligazioni di mezzi e di risultato: una distinzione ancora attuale?*" e la lezione del prof. R. Schulze sul "*Diritto europeo dei contratti, il diritto comunitario vigente e il progetto di un quadro comune di riferimento*".

La Cattedra di Diritto costituzionale, assieme a quelle di Diritto penale e Filosofia del diritto dell'Università degli Studi di Ferrara, ha promosso, presso l'Aula Magna del Dipartimento di Scienze Giuridiche, un Ciclo di Seminari sul tema "*Legalità penale e crisi del diritto, oggi: una discussione interdisciplinare*". Questa iniziativa ha preso le mosse nel 2006 e, nel corso del 2007, si è sviluppata in due incontri. La prima, tenutasi il 16 febbraio 2007, dal titolo "*Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*", ha visto come relatori i proff. Gian Mario Demuro (Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Cagliari), Luigi Ferrajoli (Ordinario di Filosofia del diritto, Università di Roma III) e Francesco Viganò (Ordinario di Diritto penale, Università di Milano). La seconda, dedicata al tema "*Mutilazioni genitali e reati culturali*", tenutasi il 4 maggio, ha visto la partecipazione dei proff. Giuditta Brunelli (Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Ferrara), Gabriele Fornasari (Ordinario di Diritto penale, Università di Trento) e Gianfrancesco Zanetti (Ordinario di Filosofia del diritto, Università di Modena e Reggio Emilia). Gli atti del Ciclo di Seminari sono in corso di pubblicazione presso la Casa editrice Giuffrè.

Nell'ambito dell'ormai annuale appuntamento dei "Seminari preventivi ferraresi" ("*Amicus Curiae*"), la Cattedra di Diritto costituzionale ha organizzato un convegno, svoltosi il 9 marzo, dal titolo "*All'incrocio tra Costituzione e CEDU*". Gli atti di tale incontro, introdotto dalla Prof. Marta Cartabia, sono stati pubblicati in formato *e-book* dall'Editore Giappichelli.

All'interno del modulo didattico del corso di Diritto parlamentare svolto dalla Prof. Giuditta Brunelli (II semestre), è stato invitato il dott. Daniele Ravenna (direttore Servizio Studi Senato delle Repubblica) a tenere due lezioni dal titolo "*Procedimento di formazione della legge e garanzie delle minoranze parlamentari*" e "*La qualità della legislazione*".

Dando avvio ad una collaborazione didattica con il Dottorato di ricerca in "Giustizia costituzionale e Tutela dei diritti" con sede nell'Università di Pisa, è stata organizzata a Ferrara la simulazione dello svolgimento di un processo costituzionale pendente davanti alla Corte. Tale iniziativa, che ha coinvolto i dottorandi ferraresi e pisani, ha avuto ad oggetto il giudizio di ammissibilità dei *referendum* elettorali Segni-Guzzetta. Il momento conclusivo dell'iniziativa — consistente nella simulazione del dibattito — si è svolto il 23 ottobre 2007 a Ferrara, presso il Dipartimento di Scienze giuridiche.

All'interno dell'offerta formativa e didattica del Dottorato di ricerca, la Cattedra di Diritto costituzionale ha invitato il prof. Michele Taruffo per un

incontro dal titolo *“Come si usa un precedente giudiziario”*. Il Seminario si è tenuto il 9 maggio 2007 presso il Dipartimento di Scienze giuridiche.

I dottorandi in Diritto costituzionale della Facoltà di Giurisprudenza hanno promosso un *Workshop* multidisciplinare e multilivello sul tema *“Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo”*, tenutosi il 26 settembre 2007. Tale iniziativa rientrava nell’ambito della ricerca *“Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo”*, finanziata dal Fondo Giovani Ricercatori 2006 dell’Ateneo di Ferrara. Gli atti del *workshop* sono in corso di pubblicazione presso la Casa editrice Aracne.

Nell’ambito delle attività didattiche del Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale dell’Università di Ferrara, mercoledì 12 dicembre, alle ore 16.30, presso l’Aula Magna del Dipartimento di Scienze giuridiche, il Prof. Sergio Bartole (Ordinario di Diritto costituzionale nell’Università di Trieste) ha tenuto una lezione sul tema *“Costituzionalismo e Costituzione: dalla Nazione all’Europa?”*.

La cattedra di Istituzioni di diritto romano ha organizzato, nell’ambito delle attività del dottorato in *Comparazione giuridica e storico giuridica*, curriculum *Diritto romano e metodo comparativo*, alcuni seminari dedicati alle fonti nella ricerca romanistica. In questo quadro si sono svolti, nei giorni 24 e 25 maggio 2007, gli interventi della dott. Giorgia Zanon dell’Università di Padova (*“Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti”*); della prof. Gisella Basanelli Sommariva dell’Università di Bologna (*“Codex Theodosianus”*); della prof. Lucetta Desanti dell’Università di Ferrara (*“De domo sua nemo extrahi debet: tra fonti giuridiche e archeologia”*); del prof. Arrigo Diego Manfredini dell’Università di Ferrara (*“Le declamazioni”*); del dott. Paolo Ferretti dell’Università di Trieste (*“Ricerca scientifica e banche dati”*) e della dott. Silvia Schiavo dell’Università di Ferrara (*“Gli editti dei prefetti del pretorio”*).

La cattedra di *Istituzioni di diritto romano* ha poi promosso, in collaborazione con il Dipartimento di Storia antica dell’Università di Bologna e il Dipartimento di Teoria e Storia del diritto dell’Università di Firenze il *“Terzo incontro tra storici e giuristi dell’antichità”*, dedicato a *Debito e indebitamento nel mondo romano*, che si è svolto il 6 dicembre 2007. Sono intervenuti il Prof. Arrigo Diego Manfredini (Università di Ferrara); il prof. Jean Andreau dell’École des Hautes Études (*“L’indebitamento nel suo contesto sociale ed economico”*); il prof. Raimondo Santoro dell’Università di Palermo (*“Per la storia dell’obbligato. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell’esecuzione personale”*); il prof. Daniele Foraboschi dell’Università di Milano (*“Credito di sopravvivenza e credito commerciale: dal piccolo contadino all’imprenditore”*); il prof. Jean -Michel Carrié dell’École des Hautes Études (*“Il prestito nel mondo rurale”*); il prof. Tullio Spagnuolo Vigorita dell’Università Federico II di Napoli (*“Contribuenti ed esattori nella lex Portus Asiae”*); il prof. Gianfranco Purpura dell’Università di Palermo (*“La sorte del debitore oltre la morte. Nihil inter mortem distat et sortem”*); la dott. Silvia Schiavo dell’Università di

Ferrara (*"Graziano, la cessio bonorum e l'esecuzione personale dei debitori: C. Th. 4, 20, 1"*). Al termine della giornata c'è stato, inoltre, l'intervento conclusivo del prof. Valerio Neri dell'Università di Bologna.

Numerose le iniziative della cattedra di Diritto privato comparato. Fra queste, il Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto comparato, svoltosi nei giorni 10-12 maggio 2007 e dedicato a *"Patrimonio, persone e nuove tecniche di governo del diritto. Incentivi, premi, sanzioni, alternative"*. Nell'ambito del Colloquio si sono svolte diverse sessioni: la sessione di diritto dei contratti coordinata dal prof. Antonio Gambero; la sessione di diritto penale coordinata dal prof. Alberto Cadoppi; la sessione di diritto pubblico coordinata dal prof. Giuseppe Franco Ferrari; la sessione di diritto commerciale e della concorrenza coordinata dal prof. Diego Corapi; la sessione di diritto di famiglia coordinata dalla prof. Maria Donata Panforti; la sessione di diritto commerciale e della concorrenza coordinata dal prof. Aldo Frignani; la sessione di diritto della responsabilità civile coordinata dal prof. Giulio Ponzanelli.

È stato inoltre organizzato un ciclo di incontri su *"Soft law e hard law nelle società postmoderne"*, nell'ambito del quale si sono svolti, nel novembre e dicembre 2007, i seguenti seminari: *"Il punto di vista della sociologia del diritto e della filosofia politica"*; *"Il punto di vista del diritto internazionale pubblico"*; *"Il punto di vista del diritto privato europeo"*.

Il giorno 6 dicembre 2007 si è tenuto un incontro su *"Sociologia del potere e metodo comparatistico"*, con interventi del prof. Alessandro Somma (Università di Ferrara) e del prof. Realino Marra (Università di Genova).

La cattedra di Diritto processuale penale del prof. Daniele Negri ha organizzato, il giorno 26 marzo 2007, un incontro su *"Processo penale e informazione. Costanti e variabili del rapporto tra segreto investigativo e diritto di cronaca"*, al quale hanno partecipato il prof. Glauco Giostra (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"); il dott. Enrico Di Nicola (Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna); il dott. Aldo Balzanelli (Quotidiano "La Repubblica"- Capo della Redazione di Bologna). Il 3 aprile 2007 si è tenuto un seminario del prof. Enrico Marzaduri (Università di Pisa) dal titolo *"Sui confini del diritto al silenzio"*. Il giorno 18 maggio 2007 si è tenuto un incontro in tema di *"Protezione dei dati personali e accertamento penale"* che ha visto la partecipazione del Prof. Francesco Pizzetti, Presidente dell'autorità Garante per la protezione dei dati personali.

Nell'ambito del corso di Diritto processuale penale II della prof. Cristiana Valentini si sono tenuti alcuni seminari e conferenze. Il 20 marzo 2007 si è svolto un seminario di approfondimento dal titolo *"Le intercettazioni telefoniche e ambientali"*. Il giorno 2 aprile 2007 l'Avv. Luisella De Cataldo Neuburger, psicologa forense, ha parlato di *"Tecniche dell'esame e controesame"*. Il giorno 7 maggio 2007 il dott. Marco Maria Alma, Giudice per le indagini preliminari di Milano e componente del Comitato scientifico del Consiglio Superiore

della Magistratura, ha tenuto una conferenza su *“Il ne bis in idem internazionale”*, mentre il giorno 14 maggio 2007 l'Avv. Raffaele Della Valle ha parlato de *“Le tecniche argomentative nel processo penale”*.

Il corso di Diritto dell'esecuzione penale della dott. Stefania Carnevale ha promosso, nel mese di novembre 2007, un ciclo di incontri dal titolo *“Intorno al carcere. Conversazioni sull'esecuzione penale”*. Sono intervenuti il dott. Luca Ghedini, magistrato presso l'Ufficio di sorveglianza di Bologna (*“Il magistrato di sorveglianza tra competenze eclettiche e responsabilità cruciali”*); l'Avv. Desi Bruno, garante dei diritti delle persone private della libertà personale presso il Comune di Bologna (*“La tutela dei diritti dei detenuti: nuove figure di garanzia nel panorama dell'esecuzione penale”*); Grichi Fautzia, mediatrice culturale presso la Casa circondariale di Ferrara (*“Detenuti stranieri e percorsi di mediazione culturale”*); la dott. Mariagrazia Cinquetti, direttore U.E.P.E. di Bologna e la dott. Maria Fracchiolla, assistente sociale presso l'U.E.P.E. di Bologna (*“Pena e reinserimento nell'esperienza degli assistenti sociali dell'amministrazione penitenziaria”*).

Organizzato dalle cattedre di Diritto penale e Diritto processuale penale si è svolto il giorno 14 dicembre 2007 un incontro in materia di *“criminalità transnazionale e cooperazione giudiziaria nell'Unione Europea: problemi e prospettive”*, con interventi del Prof. Giovanni Grasso (Università di Catania); del dott. Alberto Perduca (responsabile della direzione delle Indagini ed operazione dell'Ufficio Europeo per la lotta antifrode-OLAF); del dott. Gaetano de Amicis (Magistrato della Corte di Cassazione, ufficio del massimario).

Nell'ambito delle attività del dottorato in *Comparazione giuridica e storico-giuridica*, curriculum *Comparazione e sistema penale comunitario*, il giorno 16 marzo 2007 il Prof. Ferrando Mantovani (Università di Firenze) ha parlato de la *“La legittima difesa domiciliare”*.

Nel quadro delle attività del corso di Diritto penale si è inoltre svolto un ciclo di seminari del Prof. John Vervaele dell'Università di Utrecht, dedicati a *“Unione europea e diritto penale”*.

Nell'ambito dell'insegnamento di Diritto penale dell'economia, il giorno 30 marzo 2007, il prof. Peter Leyland (London Metropolitan University) ha tenuto una conferenza dal titolo *“Just Deserts: UK Sentencing Theory and Practice with particular reference to the offence of burglary”*.

La cattedra di Diritto tributario internazionale ha organizzato, in collaborazione con diverse università ed organizzazioni italiane e straniere, alcuni incontri di approfondimento. Il giorno 12 marzo 2007 la prof. Isabel Bassas Perez (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) si è occupata di *“Fiscalità internazionale e comunitaria nel diritto spagnolo e catalano”*; il 21 marzo 2007 il prof. Gianluigi Bizioli (Università di Bergamo) ha parlato di *“Principi fondamentali nell'applicazione del diritto tributario comunitario”*. Il 29 marzo

2007 si è invece tenuta una lezione del dott. Cesare Belluzzi (Scuola europea di Alti Studi tributari, Università di Bologna) dedicata a *“L'evoluzione storica in Europa del diritto tributario internazionale”*, mentre il 31 maggio il prof. Wim Wijnen (International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam) ha trattato di *“Treaties negotiation and Fundamentals of International tax law”*. Il giorno 19 ottobre 2007, presso la sede di Rovigo della Facoltà di Giurisprudenza vi è stata una conferenza del dott. Cesare Belluzzi per il corso di Diritto tributario, dal titolo *“La formazione del sistema tributario italiano. Imposte, equilibrio finanziario e debito pubblico”*.

Per il corso di Storia delle Costituzioni e Codificazioni moderne, la dott. Irene Stolzi (Università di Firenze), il giorno 6 dicembre 2007 ha tenuto una lezione sul tema *“Progettare l'ordine: Costituzione e Codice nella riflessione corporativa”*.

Il corso di Diritto commerciale del Prof. Giovanni Grippo ha promosso alcune lezioni di approfondimento. La Prof. Elisabetta Bertacchini (Università “Carlo Cattaneo- L.I.U.C. di Castellana), il giorno 15 marzo 2007, ha tenuto una conferenza dal titolo *“Rischio d'impresa e insolvenza con particolare riferimento alle società quotate”*; il giorno 22 marzo 2007 il dott. Fernando Del Vecchio (Camera di Commercio di Bologna) ha parlato a proposito de *“Le funzioni della Camera di Commercio. Profili teorici e pratici del Registro delle imprese”*.

Il Centro Servizi Integrati per l'Immigrazione e la Facoltà di Giurisprudenza hanno promosso le *Giornate di studio sui diritti dei migranti*. Quattro gli incontri organizzati. Il giorno 28 febbraio 2007 si è trattato de *“I nuovi profili del diritto dell'immigrazione”* sono intervenuti l'Avv. Marco Paggi del Foro di Padova ed il dott. Sergio Briguglio, moderatore la Prof. Giuditta Brunelli dell'Università di Ferrara. Il 14 febbraio si è discusso di *“Garanzie e tutele per lo straniero detenuto”*, con interventi della Prof. Lucia Re (Università di Firenze), dell'Avv. Desi Bruno (Garante delle persone private della libertà personale per il Comune di Bologna), della prof. Stefania Carnevale (Università di Ferrara), moderatore il prof. Alessandro Bernardi (Università di Ferrara). Il terzo incontro, tenutosi il 21 marzo 2007, è stato dedicato a *“I confini della nuova Europa. Il controllo delle frontiere e i diritti fondamentali”*, ed ha visto la partecipazione del prof. Fulvio Vassallo Paleologo (Università di Palermo) e di Judith Gleitze (Pro-asyl, Germania), moderatore la prof. Cristiana Fioravanti (Università di Ferrara). L'ultimo incontro, del 28 marzo 2007, ha avuto per oggetto *“La donna straniera. L'attesa di giustizia e gli ostacoli del diritto”*, con interventi dell' Avv. Marco Ferrero del Foro di Padova, dell'Avv. Nazzarena Zorzella del Foro di Bologna e di Tiziana dal Prà (Trama di Terre, Imola), moderatore il prof. Roberto Bin (Università di Ferrara).

Nell'ambito dell'Istituto di applicazione forense, afferente alla Facoltà di Giurisprudenza, in collaborazione con il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Ferrara, si è svolto il "*Corso di preparazione all'esame di Stato di avvocato e di formazione e di aggiornamento*", con lezioni e seminari tenuti dai docenti del Dipartimento di Scienze Giuridiche, da avvocati del Foro ferrarese e da magistrati del Tribunale di Ferrara.

Anche nell'anno accademico 2006/2007 è stato organizzato il Corso Interdisciplinare Jean Monnet su "Integrazione Europea". Il corso, aperto agli studenti di tutte le facoltà, è stato tenuto dal Dott. Gaetano Donà, già Capo Divisione della Direzione "Riunione dei Capi di Gabinetto e dei Gruppi di Commissari" al Segretariato Generale della Commissione delle Comunità Europee a Bruxelles.

Per l'anno accademico 2006/2007 ci sono stati venti studenti Erasmus in uscita e trenta in entrata.

[Silvia Schiavo]

