JUS- ONLINE

ISSN 1827-7942

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

INDICE N. 1/2017

MARCO ALLENA Abuso del diritto e profili procedurali nel nuovo art. 10-bis dello sta contribuente	2 atuto de
LORENZO FRANCHINI La dittatura di Quinto Fabio Massimo	30
MARIA LUISA CHIARELLA Armonizzazione del diritto dei contratti: percorsi toerici e stato dell'arte	92
DANIELA TARANTINO Verso i <i>Bullari</i> a: collezioni sistematiche di legislazione pontificia del XV seco	130 olo
VERONICA MONTANI La legge delega sul Terzo settore e le prospettive di riforma del codice civile	145
MARTA LAMANUZZI Diritto penale e trattamento dei dati personali. Codice della <i>privacy</i> , novità in dal regolamento 2016/679/UE e nuove responsabilità per gli enti	218 ntrodotte
MANLIO MIELE Scienze sacre nell'Ateneo di Padova dall'Impero asburgico al Regno d'Italia	266 (1866)

VP VITA E PENSIERO

Marco Allena

Professore associato di diritto tributario, Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza

Abuso del diritto e profili procedurali nel nuovo art. 10-bis dello Statuto del contribuente

SOMMARIO: - 1. Le garanzie procedurali nella nuova clausola generale antiabuso: inscindibilità di quest'ultima rispetto al riconoscimento del diritto al contraddittorio; - 2. Pieno accoglimento, da parte del nuovo art. 10-bis, della interpretazione garantista in tema di profili procedurali connessi all'abuso; - 3. Abuso del diritto ex art. 10-bis e condotta elusiva di cui all'abrogato art. 37-bis: identità strutturale delle due fattispecie quale presupposto per la estensione delle garanzie procedimentali operata dalla nuova norma; - 4. Rilevanza sistematica e di principio della considerazione unitaria, nell'art. 10-bis, di clausola generale e previsione di cautele procedurali; - 5. Conferma, anche da parte della Corte costituzionale, della piena legittimità delle garanzie di cui all'art. 37-bis, comma 4, d.P.R. n. 600/73, ora riprese dalla nuova norma; - 6. Nuove forme di interpello ed abuso del diritto nel quadro del mutato rapporto fisco – contribuente e della cooperative compliance.

1. Le garanzie procedurali nella nuova clausola generale antiabuso: inscindibilità di quest'ultima rispetto al riconoscimento del diritto al contraddittorio¹.

A quasi un anno e mezzo dall'entrata in vigore dell'art. 10-bis dello Statuto del contribuente², recante la disciplina dell'abuso del diritto, pare opportuno riprendere alcune riflessioni³ sul tema delle garanzie procedimentali nell'ambito di tale istituto, alla luce della norma introdotta: non v'è dubbio, infatti, che all'interno della nuova disciplina uno dei punti maggiormente qualificanti sia proprio quello della previsione di regole procedurali.

¹ Per un quadro generale del tema, e per specifici approfondimenti, vedi su tutti il recente C. Glendi, C. Consolo, A. Contrino (a cura di), Abuso del diritto e novità sul processo tributario, Milano, 2016, e, in particolare, A. Contrino, A. Marcheselli, Procedimento di accertamento dell'abuso, contraddittorio anticipato e scelte difensive, ibidem, pp. 36 e ss.; P. Russo, Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi, in Diritto e pratica tributaria, 2016, I, pp. 3 e ss.; G. Ingrao, L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre, in Diritto e pratica tributaria, 2016, I, pp. 1433 e ss..

^{*}Il contributo è stato sottoposto a double blind peer review

² La norma è stata introdotta il 5 agosto 2015, con D.Lgs. n. 128/2015, art. 1, primo comma.

³ Ci permettiamo di rinviare al nostro Legge delega e profili procedurali dell'abuso del diritto, in Giurisprudenza delle imposte, 2014, pp. 1-24.

Nella delega⁴, che in proposito puntava sulla necessità di introdurre nell'ordinamento tributario una norma antielusiva generale – e da questo punto di vista la raccomandazione della Commissione europea del 6 dicembre 2012 non lasciava davvero più adito a dubbi, data la sua perentorietà⁵ – espressamente si menzionava la doverosità di un contraddittorio con il Fisco, mediante la previsione di regole procedimentali tali da salvaguardare il diritto di difesa del contribuente in ogni fase dell'accertamento⁶.

In particolare, la delega individuava tra i principi e criteri direttivi la disciplina dell'onere della prova, l'obbligo di motivazione dell'avviso che eccepisca la condotta

_

⁴ Si tratta, come noto, della legge n. 23/2014, "Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita".

⁵ In tal senso, il punto 4.1 della citata raccomandazione prevede che "per contrastare le pratiche di pianificazione fiscale che non rientrano nell'ambito di applicazione delle norme nazionali specifiche intese a combattere l'elusione fiscale, gli Stati membri dovrebbero adottare una norma generale antiabuso adatta alle situazioni nazionali, alle situazioni transfrontaliere limitate all'Unione e alle situazioni che coinvolgono paesi terzi". A tal fine "gli Stati membri – come indicato al punto 4.2 – sono incoraggiati ad inserire la seguente clausola nella legislazione nazionale: "Una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro sostanza economica".

⁶ Recita infatti l'art. 5 della legge delega citata del 2014: "Il Governo è delegato ad attuare, con i decreti legislativi di cui all'articolo 1, la revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto, in applicazione dei seguenti principi e criteri direttivi, coordinandoli con quelli contenuti nella raccomandazione della Commissione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012: a) definire la condotta abusiva come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorchè tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione; b) garantire la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti anche un diverso carico fiscale e, a tal fine: 1) considerare lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali come causa prevalente dell'operazione abusiva; 2) escludere la configurabilità di una condotta abusiva se l'operazione o la serie di operazioni è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali; stabilire che costituiscono ragioni extrafiscali anche quelle che non producono necessariamente una redditività immediata dell'operazione, ma rispondono ad esigenze di natura organizzativa e determinano un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda del contribuente; c) prevedere l'inopponibilità degli strumenti giuridici di cui alla lettera a) all'amministrazione finanziaria e il conseguente potere della stessa di disconoscere il relativo risparmio di imposta; d) disciplinare il regime della prova ponendo a carico dell'amministrazione finanziaria l'onere di dimostrare il disegno abusivo e le eventuali modalità di manipolazione e di alterazione funzionale degli strumenti giuridici utilizzati, nonché la loro mancata conformità a una normale logica di mercato, prevedendo, invece, che gravi sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di valide ragioni extrafiscali alternative o concorrenti che giustifichino il ricorso a tali strumenti; e) prevedere una formale e puntuale individuazione della condotta abusiva nella motivazione dell'accertamento fiscale, a pena di nullità dell'accertamento stesso; f) prevedere specifiche regole procedimentali che garantiscano un efficace contraddittorio con l'amministrazione finanziaria e salvaguardino il diritto di difesa in ogni fase del procedimento di accertamento tributario". Vedi, per alcuni spunti sull'allora disegno di legge (poi diventato legge delega), su tutti, M. Beghin, L'abuso e l'elusione fiscale tra regole "scritte", giustizia tributaria e certezza del diritto, in Corriere Tributario, n. 17/2012, pag. 1298.

abusiva, specifiche regole procedurali che garantiscano un efficace contraddittorio con l'Amministrazione.

Il testo dell'art. 10-*bis*, a sua volta, dedica i commi 6, 7, 8 e 9 esclusivamente alla disciplina di tali aspetti - rispettivamente, i primi tre si occupano in dettaglio dei profili procedurali, il quarto dell'onere della prova⁷.

Previsioni, tutte, da tempo auspicate dalla dottrina più attenta in materia: come è stato efficacemente scritto⁸, infatti, "se l'abuso non c'è quando, pur in assenza di aumento del profitto, sono realmente perseguiti obiettivi aziendali e funzioni societarie; se nella opzione fra più percorsi giuridicamente ammissibili l'imprenditore è libero di scegliere quello fiscalmente meno oneroso, ebbene, dato tutto questo, la comprensione e la dimostrazione degli obiettivi perseguiti e delle soluzioni prescelte, così intimamente connesse alla complessità delle attività e delle strutture d'impresa, postulano evidentemente una adeguata ponderazione degli strumenti da utilizzare".

Assume di conseguenza notevole rilievo, anche dal punto di vista sistematico, la scelta operata dal legislatore della delega prima e del decreto delegato poi: la previsione esplicita, in tal senso, nella delega, di considerare in maniera unitaria

[.]

⁷ Dispone, infatti, l'art. 10-bis, per la parte che più specificamente in questa sede rileva:"6. Senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto. 7. La richiesta di chiarimenti è notificata dall'amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 60 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell'atto impositivo. Tra la data di ricevimento dei chiarimenti ovvero di inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla richiesta e quella di decadenza dell'amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrono non meno di sessanta giorni. In difetto, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni. 8. Fermo quanto disposto per i singoli tributi, l'atto impositivo è specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente nel termine di cui al comma 6. 9. L'amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2. Il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3.".

⁸ Vedi M. Miccinesi, Riflessioni sull'abuso del diritto, in M. Miccinesi, M. Logozzo, M. Allena (a cura di) Scritti in onore di E. De Mita, Napoli, Jovene 2013, p. 602.

l'introduzione della clausola antiabuso⁹, il riparto dell'onere della prova, e soprattutto il riconoscimento del diritto al contraddittorio, esprimevano l'esigenza imprescindibile di affiancare la procedura "in partecipazione" del contribuente all'affermazione e all'applicazione del principio dell'abuso: il che ha trovato puntuale realizzazione nel testo dell'art. 10-bis che, appunto, considera unitariamente tali aspetti.

Non solo: la proposta di una visione sistematica per garantire la piena efficacia di un principio (quello dell'abuso) accompagnandolo alla disciplina del contraddittorio, ha ottenuto pieno riconoscimento nel momento in cui si è passati dal principio ("creato", come noto, dalla giurisprudenza della Cassazione) alla disciplina positiva di un istituto – mediante l'introduzione della clausola generale.

E da questo punto di vista si può dire sin d'ora che se la legge delega si era posta il problema del contraddittorio, espressamente prevedendolo, ma lasciando al decreto delegato l'onere della sua procedimentalizzazione, quest'ultimo - il decreto legislativo n. 128/2015 - ha pienamente risposto alle attese.

E non poteva che essere così. Infatti, l'esplicita previsione di "specifiche regole procedimentali che garantiscano un efficace contraddittorio con l'amministrazione finanziaria, e salvaguardino il diritto di difesa in ogni fase del procedimento di accertamento tributario", contenuta nella lettera f) dell'articolo 5 della delega, costituiva applicazione ad un caso specifico (quello dell'accertamento antiabuso) della regola generale contenuta nell'articolo 9 della delega, rubricato "Rafforzamento dell'attività conoscitiva e di controllo", al comma secondo: in tale sede, infatti, si parlava di "rafforzare il contraddittorio nella fase di indagine e la subordinazione dei successivi atti di accertamento e di liquidazione all'esaurimento del contraddittorio procedimentale".

-

⁹ D. Stevanato, Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco, in Diritto e Pratica Tributaria, 5/2015, pp.695 e ss. esprime una nota di critica sulla definizione della fattispecie di abuso espressa dal dato letterale dell'art. 10-bis della l. 212/2000.

Di fronte a simili, inequivoche, indicazioni, il decreto delegato non poteva dunque che prendere atto.

2. Pieno accoglimento, da parte del nuovo art. 10-bis, della interpretazione garantista in tema di profili procedurali connessi all'abuso

L'esperienza dell'art. 37-bis, ora espressamente abrogato¹⁰, è stata quanto mai utile - come vedremo tra poco - per regolare gli aspetti qualificanti della delega quali il contraddittorio, la motivazione e l'onere della prova.

Da questo punto di vista, sorprende che - quantomeno sino alla delega del 2014 - la dottrina che si era occupata dell'abuso non avesse concentrato la sua attenzione proprio sugli aspetti procedurali e processuali¹¹, e che la giurisprudenza (per lo più quella di legittimità, in quanto quella di merito, come vedremo *infra*, in una serie di pronunce precedenti la positivizzazione dell'istituto si era espressa sul tema con una serie di interessanti prese di posizione) non avesse indagato più di tanto l'argomento, anzi eludendo il quesito circa la estensibilità all'abuso del diritto quantomeno delle cautele che sul piano della procedura di controllo reca l'art. 37-bis.

Addirittura, e ci torneremo, proprio nel mentre il Parlamento si accingeva ad approvare in via definitiva la delega – e quindi a dibattito praticamente concluso – la Cassazione¹² aveva sollevato *ex officio* la questione di legittimità costituzionale proprio del comma 4 dell'articolo 37-*bis*, nella parte in cui sanzionava con la nullità l'avviso di accertamento (antielusivo) non preceduto dalla richiesta di chiarimenti nelle forme e nei tempi ivi previsti; definendo tale previsione "distonica" rispetto al

¹⁰ Dispone infatti l'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 128/2015 che "L'art. 37-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, è abrogato. Le disposizioni che richiamano tale articolo si intendono riferite all'art. 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, in quanto compatibili.".

¹¹ Sul tema, oltre alla dottrina citata di seguito, si rinvia per gli aspetti generali a L. Tosi, *Gli aspetti* procedurali nell'applicazione delle norme antielusive, in Corriere Tributario, n. 39/2006, pp. 3119 ss.

¹² Ci riferiamo all'ordinanza n. 24739 del 5 novembre 2013, sulla quale torneremo nel paragrafo 6. Per un primo commento a tale ordinanza, vedi F. Tundo, *Illegittimo il diritto al contraddittorio nell'accertamento antielusivo per disparità con l'abuso del diritto*?, in *Corriere tributario*, 2014, pp. 29 e ss..

diritto vivente, e foriera di disparità di trattamento – e quindi contrastante (ad avviso della Cassazione) con gli articoli 3 e 53 Cost.¹³.

Molto opportunamente la Corte Costituzionale, nel dichiarare infondata la questione, ha confermato – ma anche su questo torneremo - la piena validità della previsione sul contraddittorio endoprocedimentale per le ipotesi di abuso del diritto ricomprese nell'allora vigente testo dell'art. 37-bis, d.P.R. 600/1973, valorizzando quindi, al massimo grado, la portata del principio del contraddittorio stesso.

Possiamo anticipare sin d'ora – e nonostante quanto avesse statuito la Cassazione or ora menzionata – che le garanzie procedimentali per l'accertamento delle operazioni elusive previste dall'art. 37-bis, terzo comma¹⁴, rispondevano all'esigenza di consentire al contribuente di fornire all'Ufficio tutti gli elementi utili per le complesse valutazioni legate alla reale presenza di una ragione extrafiscale dell'operazione posta in essere, come confermato, ora, dall'art. 1 del d.lgs. n. 128, e, prima, già dall'art. 5 della legge delega: si tratta delle stesse ragioni che giustificano la procedimentalizzazione della clausola generale.

Peraltro, e a maggior ragione dopo l'approvazione del decreto che ha introdotto l'art. 10-bis, riteniamo che la tesi per la quale sarebbe stato sufficiente eliminare il comma terzo dell'art. 37-bis (che prevede l'elenco delle operazioni alle quali la norma è applicabile) per rendere le garanzie procedurali di cui al comma 4 estensibili a tutte le fattispecie di elusione (fatta salva, ovviamente, una migliore collocazione della norma da un punto di vista sistematico), fosse senza dubbio

¹³ P. Russo, *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1/2016, pp. 5-7, esprime una nota critica al ravvisato fondamento dell'abuso del diritto nell'art. 53 della Costituzione.

¹⁴ In base a tale norma, il comma quarto dell'art. 37-*bis*, l'avviso di accertamento è emanato, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente di chiarimenti da inviare per iscritto entro sessanta giorni dalla data di ricezione della richiesta, con indicazione dei motivi per cui si rendono applicabili i commi 1 e 2 del medesimo articolo.

apprezzabile per la soluzione concreta e "piana" - nonché più celere - che avrebbe offerto ad un tema così delicato e sentito¹⁵.

Le indicazioni sul punto della precedente norma, piane e tra l'altro già ampiamente sperimentate nella prassi, sono ora fatte proprio dall'art. 10-bis. In estrema sintesi, la norma ora prevede – per quanto appunto concerne la parte procedurale – che l'Amministrazione: consenta al contribuente una conoscenza anticipata delle contestazioni relative alla singola fattispecie elusiva mediante una richiesta di chiarimenti, motivata in relazione agli elementi indicatori dell'abuso, da notificare al contribuente, a pena di nullità dell'accertamento; attenda un termine dilatorio per la formulazione delle osservazioni da parte del contribuente, a pena di nullità; eventualmente, accerti con un apposito atto ("senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi"), decorso il predetto termine dilatorio di sessanta giorni, la fattispecie concreta di abuso del diritto.

Non si può a questo proposito non essere totalmente critici verso l'originario atteggiamento, su tale specifico aspetto, dei Giudici di legittimità¹⁶: esso, consentendo di fatto una rilevabilità assoluta in ogni stato e grado dell'abuso, senza previsione di garanzie procedurali e senza neppure menzionarle¹⁷, se fosse stato

¹⁵ Infatti, in base all'art. 37-bis, comma quarto, l'Ufficio aveva l'obbligo di instaurare un contraddittorio anticipato con il contribuente, pena la nullità dell'avviso di accertamento emesso, e quello di dar conto delle giustificazioni addotte dal contribuente nel contraddittorio, sempre a pena di nullità. Sul tema dell'art. 37-bis, e in particolare del suo primo comma, quale eventuale norma generale dell'ordinamento, vedi per tutti G. Zizzo, L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizione a confronto e prospettive di coordinamento, in G. Maisto (a cura di), Elusione ed abuso del diritto tributario, Milano, 2009, pagg. 57 e seguenti, specie pag. 73.

¹⁶ Ci riferiamo alle sentenze delle Sezioni Unite, nn. 30055/2008, 30056/2008 e 30057/2008, tutte del 23 dicembre 2008. Tale orientamento, peraltro, aveva trovato conferma nell'ordinanza che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 37-bis comma 4, poi superata dalla Corte Costituzionale, per la quale vedi infra.

¹⁷ Si leggeva infatti in tali sentenze: "Come correttamente viene sottolineato nella sentenza n. 25374/08, l'esistenza di un principio generale non scritto volto a contrastare le pratiche consistenti in un abuso del diritto è d'altro canto riconosciuta da questa Corte anche in campi diversi dal diritto tributario. Ne è testimonianza la sentenza di queste Sezioni Unite n. 23726/07, nella quale è definitiva come abusiva la pratica di frazionamento di un credito, nella fase giudiziale dell'adempimento, al fine, essenzialmente, di scelta del giudice competente. 2.6. Nessun dubbio può d'altro canto sussistere riguardo alla concreta rilevabilità d'ufficio, in questa sede di legittimità, della inopponibilità del negozio abusivo all'erario. In aggiunta alle considerazioni svolte sub 2.1., giova ricordare che, per costante giurisprudenza di questa Corte, sono rilevabili

seguito dalla Cassazione negli anni successivi avrebbe permesso un ampliamento a dismisura dei poteri dell'Amministrazione¹⁸.

Infatti, svincolando l'abuso del diritto dalle garanzie procedimentali, un simile orientamento – in netto contrasto con quanto ora stabilito dalla norma – avrebbe rischiato di autorizzare prassi che senza enfasi si possono definire "di abuso dell'abuso", giacché gli Uffici si sarebbero trovati ad impiegare liberamente motivazioni incentrate sulla violazione di tale principio senza aver preventivamente esperito il contraddittorio procedimentale con il contribuente, indefettibile strumento di garanzia del medesimo e di acquisizione all'accertamento degli elementi e delle notizie indispensabili per la correttezza del controllo fiscale.

Tutto ciò ci aiuta a comprendere la grande importanza delle scelte operate dal legislatore dell'art. 10-*bis* – e prima ancora, val la pena ribadirlo, della delega – sul tema delle garanzie procedimentali applicabili nei casi di accertamento che portino alla contestazione dell'abuso del diritto¹⁹.

Questione delicatissima, opportunamente risolta dapprima dalla delega e successivamente dal decreto n. 128, in quanto l'irrompere della giurisprudenza che ha introdotto tale principio nel nostro ordinamento, proprio in quanto rapido e per così dire inaspettato, aveva lasciato scoperto tale aspetto – ed il legislatore ha impiegato una decina di anni ad intervenire.

Va peraltro rilevato come la formulazione della norma – e della delega prima (con la sequenza contraddittorio / prova / motivazione) – conferma ufficialmente –

¹⁹ Vedi, sul tema dell'accertamento nei casi di abuso, G. Marongiu, *Abuso del diritto, poteri di accertamento e principio di legalità*, in *Corriere Tributario*, 2009, pp. 3631 ss.

d'ufficio le eccezioni poste a vantaggio dell'amministrazione in una materia, come è quella tributaria, da essa non disponibile (da ultimo, Cass. n. 1605/08). Il carattere elusivo dell'operazione può d'altro canto agevolmente desumersi, senza necessità di alcuna ulteriore indagine di fatto, sulla base della compiuta descrizione che se ne rinviene in atti (in specie nella stessa sentenza impugnata) e, soprattutto, della esplicita valutazione proveniente dallo stesso legislatore, per quanto si è osservato sub 2.3. e 2.4.". Sulla rilevabilità d'ufficio, vedi M. Basilavecchia, Cassazione della sentenza senza esame dei motivi: nuovi impieghi dell'abuso del diritto, in Corriere Tributario, 4 / 2012, pp. 252 ss..

¹⁸ Vedi sul punto M. Miccinesi, Riflessioni sull'abuso del diritto, cit., p. 604.

e nella maniera più autorevole – la cosiddetta "interpretazione garantista", che aveva ritenuto sin da subito estensibili a tali accertamenti le garanzie e le procedure previste dall'art. 37-bis.

Detta interpretazione, però, non era stata unanime²⁰.

Si era ritenuto da parte di autorevole dottrina, in estrema sintesi, che una visione "letterale" della disposizione potesse far pensare ad una norma ad applicazione tassativa, nel suo complesso, in quanto il comma 3 dell'art. 37-bis avrebbe limitato in tutto e per tutto l'ambito di applicazione della stessa.

Non solo: si era anche argomentato²¹, da un punto di vista logico, che sarebbe lineare la estensione di un trattamento giuridico se si scende dal generale al particolare, ma non nel caso inverso: in altre parole, non sarebbe possibile – sempre per questa tesi – applicare alla specie quel che vale per il genere.

A ciò si aggiunga che la stessa Cassazione aveva fin dall'inizio ritenuto che l'abuso del diritto rappresentasse questione rilevabile d'ufficio²², con il solo limite del giudicato interno; cosicché l'irruzione dell'abuso del diritto nei contenziosi pendenti²³, senza la previsione di regole procedurali certe e stabili, ha potuto in certi casi essere utilizzata per colmare le lacune dell'accertamento dell'Amministrazione, ulteriormente svilendo la rilevanza della sua originaria motivazione e del connesso

²⁰ Vedi E. Marello, *Elusione fiscale ed abuso del diritto: profili procedimentali e processuali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, pag. 1732.

²¹ E. Marello, Elusione fiscale ed abuso del diritto: profili procedimentali e processuali, op. cit., pag. 1732.

²² Vedi, oltre alle sentenze di dicembre 2008, citate, tra le altre, Cass., sent. 18 febbraio 2011, n. 3947; Cass., sent. 26 ottobre 2011, n. 22258; Cass., sent. 21 gennaio 2011, n. 1372; Cass., sent. 11 maggio 2012, n. 7393; Cass., sent. 22 febbraio 2013, n. 4535. Sul tema della rilevabilità d'ufficio, e sulla necessità, in tali casi, di integrazione del contraddittorio da parte del giudice, vedi A. Giovannini, Il divieto d'abuso del diritto in ambito tributario come principio generale dell'ordinamento, in Rassegna tributaria, 2010, n. 4, pp. 98 ss.. In generale, in tema di diritto di difesa e contraddittorio, anche in un'ottica comunitaria, vedi su tutti A. Di Pietro, Giusto processo, giustizia tributaria e giurisprudenza comunitaria, in Rassegna tributaria, 2013, pp. 405 ss.; nonché G. Fransoni, Preclusioni processuali, rilevabilità d'ufficio e giusto processo, in Rassegna tributaria, 2013, 449 ss.. Vedi anche M. Cantillo, Profili processuali del divieto di abuso del diritto: brevi note sulla rilevabilità d'ufficio, in Rassegna tributaria, 2009, pp. 475 ss..

²³ Con riguardo ai quali, prima della approvazione della delega, un parziale rimedio era stato additato dalla stessa Cassazione nella possibilità di applicare l'esimente dell'obiettiva incertezza a fattispecie insorte prima che si consolidasse il principio (Cass. 25 maggio 2009, n. 12042).

diritto di difesa del contribuente²⁴ – problema, questo, del tutto superato con l'introduzione, nel nostro ordinamento, della clausola generale antiabuso, oggi norma positiva, che ha sostituito il principio "creato" dalla Cassazione.

3. Abuso del diritto *ex* art. 10-*bis* e condotta elusiva di cui all'abrogato art. 37-*bis*: identità strutturale delle due fattispecie quale presupposto per la estensione delle garanzie procedimentali operata dalla nuova norma

L'introduzione dell'art. 10-bis consente di chiarire un possibile equivoco.

È innegabile l'identità strutturale tra il fenomeno dell'abuso del diritto a scopi essenzialmente elusivi, come enucleato negli anni più recenti dalla giurisprudenza della Suprema Corte, e la condotta elusiva positivamente sancita dal "vecchio" art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973²⁵; e in proposito la formale abrogazione di tale ultima

²⁴ Sul piano processuale, peraltro, il principio del contraddittorio, nell'accezione oggi legislativamente prevista, comprende il diritto delle parti ad esprimere le proprie difese in merito a qualsiasi questione il giudice ritenga di rilevare d'ufficio e di porre a fondamento della propria decisione. Dispone, infatti, l'art. 101, secondo comma, c.p.c.: "se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione". La norma, di recente introduzione, è espressione del più generale principio costituzionale secondo cui "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti" (art. 111 Cost.), e certamente opera nel processo tributario. Ciò, sia in ragione della rilevata portata costituzionale del principio, sia dell'operare nel processo tributario della clausola generale di rinvio alle norme del codice di rito civile di cui all'art. 1, secondo comma, del D.Lgs. n. 546/1992. Si è espressa in tal senso, e proprio con riguardo all'abuso, la Cassazione (17949/2012), che ha affermato: "Si è, quindi, chiaramente in presenza dell'applicazione ex officio del principio di divieto di abuso del diritto, tema che non era stato, neanche implicitamente, allegato dall'amministrazione nell'atto impositivo, nè, in ogni caso, era entrato a far parte del dibattito processuale. Inoltre, la questione non può considerarsi di puro diritto, implicando, come emerge espressamente dalla sentenza impugnata, anche profili fattuali (e la ricorrente ha indicato le circostanze e le argomentazioni che avrebbe potuto dedurre per contestare la tesi del giudice). Ne consegue, in definitiva, la nullità della sentenza, in virtù del principio secondo il quale l'omessa indicazione alle parti, ad opera del giudice, di una questione di fatto, ovvero mista di fatto e diritto, rilevata d'ufficio, sulla quale si fondi la decisione, comporta la nullità della sentenza (c.d. "della terza via", o "a sorpresa") per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio e delle connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione decisiva ai fini della deliberazione, allorchè la parte che se ne dolga prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere qualora il contraddittorio sulla predetta questione fosse stato tempestivamente attivato (Cass., Sez. un., n. 20935 del 2009, nonchè Cass. nn. 10062 del 2010, 9591 e 17495 del 2011). Il principio, direttamente ricavabile dagli artt. 24 e 111 Cost., e già recepito nell'art. 183 c.p.c., comma 4, e art. 384 c.p.c., comma 3, ha poi assunto portata generale (anche "topograficamente") con l'art. 101 c.p.c., comma 2, comma aggiunto dalla L. n. 69 del 2009, art. 45".

²⁵ Cfr. ancora A. Contrino, A. Marcheselli, *Il nuovo abuso del diritto quale clausola di razionalizzazione del sistema nel contrasto ai fenomeni di elusione fiscale*, in C. Glendi, C. Consolo, A. Contrino (a cura di), *Abuso del diritto*

norma, disposta dall'art. 2 del d.lgs. n. 128/2015, ha sciolto parecchi dubbi, anche di tipo sistematico.

Ciò conferma, ove ve ne fosse bisogno, quanto già riconosciuto, sia pur implicitamente, dall'art. 5 della delega: se si afferma l'esistenza nell'ordinamento di un principio generale antielusivo, estensione parimenti generale deve avere la garanzia procedimentale rappresentata dal contraddittorio preventivo con il contribuente, come stabiliva appunto il quarto comma della ricordata, ora abrogata, disposizione, ed il sesto comma dell'attuale art. 10-bis, a pena di nullità dell'avviso di accertamento²⁶.

La perfetta coincidenza tra la fenomenologia giuridica dell'abuso ora positivizzata nell'art. 10-bis e quella dell'elusione codificata dall'art. 37-bis²⁷, primo comma, peraltro, aveva trovato espresso riconoscimento anche nella consolidata giurisprudenza di legittimità.

In particolare, le Sezioni Unite della Suprema Corte avevano riconosciuto l'esistenza, nell'ordinamento, di un "generale principio antielusivo [...] secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad

e novità sul processo tributario, Milano, 2016, pag. 7. Analogamente, cfr. A. Contrino, La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta, in Diritto e Pratica Tributaria, 4/2016, pag. 1412: "Nel delimitare i contorni estrinseci dell'abuso del diritto, le disposizioni recate dai citati 4° e 12° comma dell'art. 10-bis si muovano nel solco delle pietre angolari in materia di abuso".

²⁶ Vedi F. Tesauro, Elusione ed abuso nel diritto tributario italiano, in Diritto e Pratica Tributaria, 2012, pp. 683 ss.; dello stesso avviso, tra gli altri, anche F. Tundo, La mancata instaurazione del contraddittorio su un'ipotesi potenzialmente elusiva rende nullo il successivo atto impositivo, in GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria, 7 / 2012, pp. 632 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori rimandi sul tema.

²⁷ Cfr. G. Ingrao, L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre, in Diritto e Pratica Tributaria, 4/2016, 1436-1439. Cfr. ancora, sulla identità concettuale delle nozioni di elusione e di abuso del diritto fiscale, già in seguito alla giurisprudenza di legittimità del 2008 e 2009, A. Contrino, Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali, in Diritto e Pratica Tributaria, 3/2009, 464-467, nonché, dello stesso Autore, Sull'ondivaga giurisprudenza in tema di applicabilità delle sanzioni amministrative tributarie nei casi di "elusione codificata" e "abuso/elusione", in Rivista di diritto tributario, 2012, p. 261 ss.

ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale"28.

Nella stessa direzione, la Sezione Tributaria aveva affermato che "l'abuso [...] costituisce una modalità di 'aggiramento' della legge tributaria utilizzata per scopi non propri con forme e modelli ammessi dall'ordinamento giuridico"²⁹.

Al di là delle singole parole, l'art. 10-bis, primo comma, ha ripreso tale definizione - laddove parla di "operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti", e laddove dice che esse non sono "opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi".

Si tratta, con ogni evidenza, dei medesimi requisiti oggettivi che caratterizzano la fattispecie *ex* art. 37-*bis*, tanto sotto il profilo della carenza di "valide ragioni economiche" (ossia di "ragioni economicamente apprezzabili"), quanto in ordine al conseguimento di benefici fiscali contrari alla *ratio* del sistema, ovvero della finalizzazione della condotta ad "aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario...".

A chiara conferma dell'equiparabilità tra l'elusione precedentemente disciplinata nell'art. 37-bis e la figura generale dell'abuso del diritto ora codificata nell'art. 10-bis, o, più precisamente, dello stretto nesso funzionale che li lega (nel senso che l'abuso serve a realizzare il risultato elusivo), basti menzionare ancora una ulteriore pronuncia della Suprema Corte³⁰: "nel nostro ordinamento, a prescindere dalla compiuta normazione della materia in oggetto (di cui all'art. 7 della legge 8 ottobre 1997 n. 358 che ha modificato l'art. 37-bis del d.P.R. 600/73) sussiste infatti

²⁸ Vedi Cass., SS. UU., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056, 30057; in senso conforme, Cass., Sez. Trib., 20 marzo 2009, n. 6800; 26 febbraio 2010, n. 4737; 21 aprile 2010, n. 9476.

²⁹ Vedi Cass. 21 gennaio 2009, n. 1465; e 13 febbraio 2009, n. 3584.

³⁰ Cass. 12 novembre 2010, n. 22994.

un principio generale antielusivo, la cui fonte è reperibile nel diritto e nella giurisprudenza comunitaria per quanto riguarda i tributi 'armonizzati', mentre per gli altri tributi, quali quelli diretti, un tale principio è reperibile nelle norme costituzionali che sanciscono il criterio di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione [...] non è quindi lecito al contribuente trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto (seppur non contrastante con specifiche disposizioni, almeno fino alla entrata in vigore della menzionata legge 358/97) di strumenti idonei a procurargli un vantaggio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili diverse dalla mera aspettativa di quel vantaggio (Cass. 5926/2009)". Anche in questo caso, tra l'altro, si ritrova corrispondenza con la formula dell'art. 10-bis.

In termini più espliciti, la attuale norma antiabuso costituisce dunque il completamento del percorso avviato con la disciplina recata dal 37-bis, secondo un semplice ragionamento logico: il contrasto all'elusione di imposta ha formato oggetto di una speciale procedura di accertamento, disciplinata allora dall'art. 37-bis, questa procedura rispondeva all'esigenza di salvaguardare la pienezza del diritto di introducendo di contribuente. un momento contraddittorio procedimentale con conseguenti riflessi sulla motivazione dell'atto impositivo; dato tutto questo, è senza dubbio preferibile ritenere che tale procedura venga ad estendersi a qualsiasi ipotesi di verifica volta a reprimere l'abuso del diritto, piuttosto che immaginare, in stridente contrasto con le esigenze di civiltà giuridica che ispirano la soluzione accolta in principio dalla Cassazione³¹, che essa mantenga irrazionalmente ristretto il suo ambito di applicazione alle sole fattispecie tipizzate dalla norma.

Di qui, appunto, si è pervenuti all'attuale art. 10-bis, e alla conseguente soppressione della norma precedente, che dell'introduzione della norma antiabuso costituisce il logico corollario.

-

 $^{^{31}}$ Ci si riferisce ancora alla sentenza n. 25374/2008, precedentemente citata, e alle coeve del 23 dicembre 2008.

Cosicché, allorquando l'Amministrazione intenda disconoscere, a fini fiscali, gli effetti propri di atti ritenuti elusivi, l'attivazione del contraddittorio preventivo con il contribuente, tramite la prospettazione in forma scritta della contestazione e la concessione di un termine di almeno sessanta giorni per formulare osservazioni e rilievi difensivi ed offrire chiarimenti, si configura come presupposto di validità dell'eventuale successivo avviso di accertamento.

Nell'economia garantista dell'art. 37-bis risultava già evidente che l'emissione dell'avviso di accertamento recante una contestazione antielusiva doveva essere preceduta, a pena di nullità, dall'invio di una richiesta di chiarimenti, nell'ambito della quale l'Agenzia delle Entrate doveva esprimere "ex professo" tutte le ragioni che considerava rilevanti ai fini dell'applicazione della disposizione antielusiva.

In questi termini, l'Agenzia delle Entrate doveva - e deve ora a maggior ragione, vigente la nuova norma - indicare i motivi per cui ritiene che una data condotta sia stata posta in essere in assenza di valide ragioni economiche, sia stata aggirata una disposizione di legge e sia stato ottenuto un vantaggio indebito.

E ciò, val la pena ribadirlo, a pena di nullità³², come riconosciuto dal comma 6 dell'art. 10- *bis* e già dalla lettera *e*) del più volte citato art. 5 della delega.

Ora, se la "speciale" tutela di tipo procedimentale fosse stata esclusivamente riservata ai casi di sindacato antielusivo espressamente codificati dall'art. 37-bis, terzo comma, d.P.R. n. 600, o in tali termini effettuati dall'Ufficio, si sarebbe finito per (ingiustificatamente) limitare le segnalate garanzie procedimentali ai soli casi di elusione che, per la loro intrinseca gravità, erano stati espressamente individuati anni

³² Al momento dell'introduzione della norma si era infatti rilevato, a proposito della nullità dell'avviso di accertamento per mancato invio della richiesta di chiarimenti ex art. 37-bis, quarto comma, d.P.R. n. 600, che "la funzione della richiesta ai fini dell'instaurazione del contraddittorio viene finalmente assistita da una compiuta disciplina normativa" (vedi L. Salvini, *La cooperazione del contribuente e il contraddittorio nell'accertamento*, in *Corriere Tributario*, n. 44/2009, pag. 3570).

fa dal legislatore, escludendo, invece, dall'ambito di tale speciale tutela fattispecie che non erano - vigente il 37-bis - ex lege qualificate come elusive/abusive.

In altri termini, si sarebbe finito per rimettere all'Agenzia la scelta se rendere operative o meno le citate garanzie, sulla base della diversa formulazione del rilievo ex art. 37-bis, d.P.R. n. 600, o ai sensi dell'abuso del diritto³³.

Possiamo quindi concludere nel senso che il legislatore ha oggi concordato sul fatto che le garanzie procedimentali a suo tempo già sancite dal quarto comma dell'art. 37-bis devono trovare applicazione ogni qualvolta l'Amministrazione finanziaria intenda disconoscere, ai fini fiscali, gli effetti propri di atti ritenuti elusivi³⁴ - e vanno quindi senz'altro apprezzati in tal senso lo sforzo e il risultato ottenuti dalla norma vigente, e, prima ancora, dalla legge delega.

Tale conclusione, in linea con quanto più volte esplicitamente affermato dalla giurisprudenza di merito³⁵, era stata implicitamente avvalorata anche da una bella sentenza, la n. 7393/2012, della Cassazione.

In quel caso, i Giudici di legittimità avevano sì respinto l'eccezione del contribuente circa l'omissione della procedura prevista dall'art. 37-bis, quarto comma, ma sol perché, nella concreta fattispecie, "siffatta esigenza garantistica è stata pienamente rispettata dall'Amministrazione [...] atteso che alla contribuente, all'esito della verifica fiscale, fu notificato il p.v.c., nel quale i verificatori

³³ Vedi, ancora, D. Stevanato, L'abuso del diritto come "stratagemma" per eludere le garanzie procedimentali, cit., pag. 251.

³⁴ Oltre alla già citata dottrina sul punto, e in particolare a F. Tesauro, Elusione ed abuso nel diritto tributario italiano, cit., vedi anche A. Contrino, Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali, in Rass. Trib., 2009, I, 477 ss.; M. Nussi, Abuso del diritto: profili sostanziali, procedimental-processuali e sanzionatori, in Giust. trib., 2009, 323; M. Pierro, Abuso del diritto: profili procedimentali, in Giust. trib., 2009, 410.

³⁵ Si vedano, tra le altre, Commissione Tributaria Provinciale di Milano, n. 54 del 2011, ove si legge che "l'operatività della garanzia prescritta dall'art. 37-bis, comma 4, va riconosciuta ad ogni tipologia di accertamento antielusivo, ivi compreso il cd. abuso del diritto", nonché la sentenza 24 gennaio 2011, n. 2 della Commissione Tributaria Provinciale di Genova nella parte in cui ribadisce che "l'abuso del diritto rappresenta un criterio interpretativo del sistema che deve seguire le garanzie procedurali contenute nell'art. 37-bis".

contestavano la suddetta indeducibilità della svalutazione della partecipazione [...] per il che un contraddittorio con la contribuente è stato regolarmente instaurato dall'amministrazione".

Emergeva, quindi, una volta di più, e oltretutto nelle parole della stessa Cassazione, il riconoscimento della generale "esigenza garantistica" sottesa al quarto comma dell'art. 37-bis, con conseguente necessità della "regolare instaurazione" di un contraddittorio c.d. "anticipato" con il contribuente – esigenza garantistica, lo si ripete, che è stata in pieno accolta dal legislatore del decreto delegato.

4. Rilevanza sistematica e di principio della considerazione unitaria, nell'art. 10-*bis*, di clausola generale e previsione di cautele procedurali

Quanto sino ad ora rilevato, e la bontà della scelta operata dalla norma vigente - e prima ancora dalla delega - di considerare in maniera unitaria la introduzione della clausola generale con la previsione delle garanzie procedurali, trovano ulteriore e ben più "alta" conferma se andiamo a collocare tali conclusioni in un quadro sistematico d'insieme, che guardi ai principi generali dell'ordinamento.

Innanzitutto, vi è una esigenza di coerenza interna dell'ordinamento, alla quale soltanto in questo modo si riesce a dare risposta.

Sarebbe illogico, infatti, che, in un'ottica di simmetria tra poteri attribuiti alla parte pubblica e garanzie previste a fronte degli stessi, ad una maggiore incisività dei primi non corrispondesse un livello più elevato delle garanzie accordate ai soggetti da questi incisi.

L'art. 37-bis, come il suo "predecessore", l'art. 10 della legge n. 408/1990, nacque come norma antielusiva dalla struttura generale, la cui collocazione era però limitata in relazione alla necessaria esistenza di una delle operazioni comprese nell'elenco. Detto elenco aveva appunto la funzione di limitare i poteri dell'Amministrazione.

Ora, la mancata estensione, a tutti gli accertamenti in materia di abuso del diritto, del sistema di garanzie approntato dall'art. 37-bis, avrebbe – ed ha sino a poco tempo fa – comportato una evidente irrazionalità: infatti, sarebbero risultate assistite da maggiori garanzie proprio le fattispecie di più grave patologia, le prime ad essere considerate tali dal legislatore (e per questo inserite nell'elenco del 37-bis), mentre ne risulterebbero sprovviste quelle escluse dalla norma, e perciò in un certo qual modo ritenute più lievi³⁶.

In tale prospettiva, solo estendendo, come infatti opportunamente prevede oggi la norma positiva dello Statuto, a tutte le fattispecie le garanzie procedimentali, viene rispettato il principio di coerenza interna dell'ordinamento.

In secondo luogo, l'estensione piena e generale delle garanzie procedimentali dettate allora dall'art. 37-*bis* risponde, nel contempo, ai principi di buon andamento³⁷ ed economicità dell'attività di accertamento tributario.

Da ciò discende, immediatamente, che non è davvero difficile immaginare che una interpretazione costituzionalmente orientata, e che coniuga il diritto di difesa del contribuente con i principi apicali della funzione pubblica di accertamento, non poteva che condurre alla diretta applicazione di tali garanzie a

³⁶ Come è stato rilevato (A. F. Martino, *Note critiche in tema di abuso del diritto*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2011, 734 ss.) con l'art. *37-bis* l'ordinamento italiano aveva scelto di tipizzare le fattispecie elusive: se oggi, a causa di una sensibilità nuova verso il fenomeno, si rende preferibile l'introduzione di una clausola generale, le precedenti delimitazioni cadono e tutte le operazioni possono essere riqualificate. Tuttavia, nell'accertamento dell'elusione, le esigenze di rango costituzionale che presiedono alle garanzie procedimentali, restano invariate: pertanto anche tali garanzie vanno mantenute. Una cosa è ampliare l'oggetto dell'accertamento, altro è sopprimere le garanzie che tale accertamento accompagnano.

³⁷ Cfr. Cass., Sez. trib., 12.11.2015, n. 23050, ove si legge che la ratio della disposizione del comma sesto dell'art. 10 bis "non può che individuarsi nell'esigenza di tutelare il diritto di difesa e al contraddittorio nella fase procedimentale prodromica all'emissione dell'avviso di accertamento, oltre che lo stesso diritto/dovere della amministrazione di pervenire ad un esercizio corretto e informato dei propri poteri di accertamento e imposizione, in ossequio ai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione, di capacità contributiva e di ragionevolezza (artt. 97, 53 e 3 Cost.).".

tutti i casi di abuso del diritto³⁸, secondo i dettami della interpretazione adeguata a Costituzione.

Diversamente, sarebbero stati violati, a tacer d'altro, gli artt. 3 (principio di ragionevolezza), 24 (diritto di difesa) e 97 (imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione) ³⁹.

Concludendo, va rilevato che l'opportunità – ben colta dal legislatore delegato nel nuovo art. 10-bis - di operare la estensione in esame trova una ragion d'essere anche nell'acclarato riconoscimento, all'interno dell'ordinamento tributario, di un principio del contraddittorio anticipato, ribadito anche a livello comunitario dalla stessa Corte di Giustizia, applicabile in via generale, e quindi vieppiù a tali tipi di contestazioni, in relazione alle quali ben si scorgono le ragioni che rendono più pressante l'esigenza di instaurare un dialogo con il contribuente, in maniera tale da favorire una completa valutazione della fattispecie concreta, al fine di evitare letture fuorvianti della realtà da parte dei verificatori⁴⁰.

Senza dimenticare, infine, che, come anticipato in avvio, il principio del contraddittorio aveva trovato nella delega una espressa positivizzazione quale principio generale, al di là e ben oltre della fattispecie dell'abuso, nella previsione dell'articolo 9, al secondo comma, che in tema di "Rafforzamento dell'attività conoscitiva e di controllo", menziona la esigenza di "rafforzare il contraddittorio

.

³⁸ Così M. Miccinesi, Riflessioni sull'abuso del diritto, op. cit., pag. 604.

³⁹ Vedi sul punto, su tutti, G. Corasaniti, Le garanzie procedimentali in tema di abuso del diritto: spunti di riflessione per un'estensione ad altre forme di accertamento, in Diritto e pratica tributaria, n. 5/2016, parte I, pp. 1841 e 1842, il quale, in merito, evidenzia che "il contraddittorio anticipato (...) viene definitivamente previsto quale adempimento obbligatorio, in virtù del quale, in caso di mancato o illegittimo inadempimento dell'obbligo di attivazione, si avrà la nullità dell'atto impositivo, a tutela dell'inalienabile diritto di difesa del cittadino, tutelato dall'art. 24 Cost., ma anche del buon andamento dell'amministrazione, presidiato dall'art. 97 Cost.".

⁴⁰ A. Marcheselli, *Abuso del diritto, libertà economiche e garanzie procedimentali: un episodio da rivedere*, in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 3/2012, pag. 225; A. Tomassini, *Non c'è abuso senza confronto*, in *Il Sole 24 Ore*, 04/11/2013, pag. 30; M. Miccinesi, *Abuso del diritto, confini da ridefinire*, in *Il Sole 24 Ore*, 02/06/2009; F. Tesauro, *Elusione ed Abuso nel Diritto Tributario Italiano*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, Luglio-Agosto 2012, pag. 692. Cfr. Cass. Sez. trib., 12.11.2015, n. 23050: proseguendo la citazione in nt. 31, "nessuno di tali interessi [buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione, di capacità contributiva e di ragionevolezza] potrebbe risultare tutelato dal mero invio, in sé e per sé, della richiesta di chiarimenti, se dopo questa l'agenzia potesse comunque risolversi in qualsiasi momento ad emettere l'avviso di accertamento" (sottolineatura aggiunta).

nella fase di indagine e la subordinazione dei successivi atti di accertamento e di liquidazione all'esaurimento del contraddittorio procedimentale"⁴¹.

5. Conferma, anche da parte della Corte costituzionale, della piena legittimità delle garanzie di cui all'art. 37-bis, comma 4, d.P.R. n. 600/1973, ora riprese ed ampliate dalla nuova norma

Occorre dare conto, a questo punto e come anticipato, di come la Cassazione – con una nota ordinanza del 2013 - avesse dimostrato di essere di avviso diametralmente contrario rispetto a quanto sostenuto nel presente lavoro e positivizzato nella legge delega prima e nel decreto delegato poi – oltre che rispetto a quanto si potesse immaginare dalle precedenti pronunce.

I Giudici di legittimità, con l'ordinanza n. 24739 del 5 novembre 2013⁴², avevano infatti sollevato *ex officio* la questione di legittimità costituzionale proprio del comma 4 dell'art. 37-*bis*, nella parte in cui sanzionava con la nullità l'avviso di accertamento (antielusivo) non preceduto dalla richiesta di chiarimenti nelle forme e nei tempi ivi previsti; essi avevano prospettato che la sanzione di nullità, comminata nel caso di omesso contraddittorio preventivo, definita "distonica" rispetto al diritto vivente, e foriera di disparità di trattamento, potesse contrastare con gli articoli 3 e 53 Cost..

L'Amministrazione, in un ricorso per cassazione, aveva lamentato la violazione e falsa applicazione dell'articolo 37-bis, chiedendo se "per effetto dell'introduzione nell'ordinamento nazionale del divieto di abuso del diritto in forza

⁴² Vedi A. Colasanti, *Il contraddittorio obbligatorio nell'elusione fiscale al vaglio della Corte costituzionale*, in Rassegna Tributaria, 1/2015, pp. 203 e ss.; F. Tundo, *Illegittimo il diritto al contraddittorio nell'accertamento antielusivo per disparità con l'abuso del diritto?*, in Corriere tributario, 2014, 1, pp. 29 e ss..

⁴¹ Sul carattere fondamentale del contraddittorio nell'art. 10-bis, vedi M. Basilavecchia, L'art. 10-bis dello Statuto: "the day after", in GT – Riv. giur. trib., 2016, pp. 5 e ss.; così anche F. Fassò, Abuso del diritto: la mancata instaurazione del contraddittorio rende nullo l'atto impositivo anche per fattispecie non contemplate dall'art. 37-bis, d.p.r. n. 600 del 1973, in Diritto e Pratica Tributaria, 2/2016,762. Sulla corretta attuazione, da parte del legislatore delegato, dell'obbligo di prevedere il contraddittorio con riferimento anche alla proroga del termine per l'accertamento, di cui al comma 7 dell'art. 10 bis della l. 212/2000, vedi G. Fransoni, F. Coli, Abuso del diritto e proroga del termine per l'accertamento, in Corriere Tributario, 10/2016, pp. 755 e ss..

del quale l'Amministrazione può disattendere gli effetti di operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale, sia divenuta irrilevante la nullità prevista dal d.P.R. 600/1973, articolo 37-bis, comma 4, e se conseguentemente sia illegittima una sentenza che annulli un avviso di accertamento contenente un rilievo in relazione a operazioni elusive, per il mancato rispetto del termine di cui al comma 4 del medesimo articolo".

La Cassazione, appunto, aveva ritenuto di sollevare *ex officio* la questione di legittimità costituzionale della norma.

In sintesi. Innanzitutto, l'ordinanza di rimessione parte dalla considerazione che l'art. 37-bis sia norma speciale rispetto al principio generale del divieto di abuso del diritto; ribadisce poi, una volta di più, come per contestare l'abuso del diritto non sia necessario un contraddittorio preventivo, richiamando la propria giurisprudenza nella quale aveva statuito che la fattispecie abusiva debba essere rilevata dal giudice anche d'ufficio.

Infine, la Cassazione constata come vi siano nell'ordinamento altre norme antielusive (quale è l'art. 20, D.p.r. n. 131/1986), che prevedono sì l'inopponibilità dei negozi elusivi, ma senza prevedere la nullità per difetto di contraddittorio preventivo.

Da tali premesse, essa prende le mosse per considerare irragionevole la previsione della nullità dell'accertamento nel caso di mancato contraddittorio nelle riprese fondate sull'articolo 37-bis (norma, secondo la Cassazione, speciale e residuale).

Ma la irrazionalità della previsione è ravvisata dall'ordinanza anche con riferimento all'articolo 53 Cost., che impone l'adempimento delle obbligazioni tributarie, dando in proposito una lettura del contraddittorio connotata da caratteri di effettività sostanziale, e non da profili esclusivamente formalistici.

Da questo punto di vista, sempre nella visione della Cassazione, la nullità dell'avviso per il solo omesso contraddittorio porterebbe ad annullare – per motivi formali – pretese fiscali altrimenti fondate. Di qui, dunque, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 37-bis, comma 4, in riferimento ai parametri di cui agli artt. 3 e 53 Cost..

Ora, al di là delle considerazioni in merito al tema in sé considerato⁴³, e alla questione di legittimità sollevata con riguardo a norme costituzionali così come lette dal giudice rimettente stesso, va rilevato in questa sede che la Cassazione ha escluso alla radice che vi sia un obbligo di contraddittorio preventivo in caso di contestazione di abuso del diritto; anzi, essa ha individuato uno dei motivi dell'irragionevolezza della previsione dell'art. 37-bis, comma 4, proprio nel fatto che, per il caso di abuso di diritto – in base al principio da essa stessa introdotto nell'ordinamento –, non fosse (al tempo) prevista un'analoga sanzione.

Il tutto, a tacer d'altro, alla luce di principi comunitari che affermano, come noto, l'esatto contrario⁴⁴, e dei principi e criteri direttivi che presiedono alla revisione della disciplina delle norme antielusive nel nostro ordinamento, come recita l'art. 5 della legge delega che all'epoca dell'ordinanza della Cassazione era già ben noto.

⁴³ Per i primi rilievi critici a tale ordinanza, si rinvia a F. Tundo, op. ult. cit.. Vedi anche, per spunti sul tema e con espresso riferimento alla decisione della Cassazione da ultimo citata, R. Rizzardi, *Elusione e abuso del diritto: verso un contesto armonizzato a livello europeo e nazionale*, in *Corriere tributario*, 2013, pp. 3726 ss., in particolare p. 3729.

⁴⁴ Basti pensare come, in base all'art. 41 della Carta Ue dei diritti fondamentali, con riguardo all'attività di istituzioni ed organi dell'Unione, sia previsto il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti vengano adottati provvedimenti pregiudizievoli (previsione, questa, che si inquadra nel principio di buona amministrazione contemplato dal diritto comunitario). Peraltro, il contraddittorio preventivo nei rapporti tra Pubblica amministrazione e destinatari degli atti è considerato principio generale dell'ordinamento comunitario, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia. Infine, il fatto che l'azione dell'Amministrazione sia diretta a contrastare fenomeni di abuso del diritto, in linea con quanto previsto dall'ordinamento dell'Unione, non può escludere o limitare l'applicazione del principio del contraddittorio anticipato: i diritti della difesa, infatti, figurano tra quelli fondamentali facenti parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione, per giurisprudenza costante della Corte comunitaria – e quello al contraddittorio è fra questi. Vedi A. Savorana e F. Vismara, *Sul contraddittorio la Cassazione si allontana dalla Ue*, ne *Il Sole 24Ore*, 17 gennaio 2014, p. 20, e anche G. Corasaniti, *Le garanzie procedimentali in tema di abuso del diritto: spunti di riflessione per un'estensione ad altre forme di accertamento*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 5/2016, parte I, pp. 1851 e ss.

La risposta della Corte costituzionale (sent. 132/2015) alla questione prospettata dalla Cassazione ha confermato la piena validità della previsione sul contraddittorio endoprocedimentale per le ipotesi di abuso del diritto ricomprese nell'allora vigente testo dell'art. 37-bis, d.P.R. 600/1973.

Il giudice delle leggi, in totale disaccordo con le tesi sostenute dalla Suprema corte, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale del comma IV dell'art. 37-bis.

La Consulta ha così argomentato: "la nullità dell'avviso di accertamento per inosservanza del termine dilatorio prescritto dalla norma denunciata è la conseguenza (...) di un vizio del procedimento, consistente nel fatto di non essere stato messo a disposizione del contribuente l'intero lasso di tempo previsto dalla legge a garanzia della sua facoltà di partecipare al procedimento stesso presentando osservazioni e chiarimenti. (...) La sanzione della nullità dell'atto conclusivo del procedimento assunto in violazione del termine stesso trova (...) ragione in una divergenza dal modello normativo che, lungi dall'essere qualificabile come meramente formale o innocua, o come di lieve entità, è invece di particolare gravità, in considerazione della funzione di tutela dei diritti del contribuente della previsione presidiata dalla sanzione della nullità, e del fatto che la violazione del termine da essa previsto a garanzia dell'effettività del contraddittorio procedimentale impedisce il pieno svolgersi di tale funzione. LA sanzione prevista dalla norma censurata non è dunque posta a presidio di un mero requisito di forma del procedimento, estraneo alla sostanza del contraddittorio, (...) ma costituisce invece strumento efficace ed adeguato di garanzia dell'effettività del contraddittorio stesso, eliminando in radice l'avviso di accertamento emanato prematuramente"⁴⁵.

⁴⁵ Per ulteriori considerazioni: Corte cost. 7 luglio 2015, n. 132, con nota di M. Basilavecchia, Anche su abuso ed elusione garanzie ineludibili, in GT – Riv. giur. trib., 2015, 741 ss.; F. Tundo, La Corte Costituzionale sulla nullità dell'accertamento "antielusivo" anticipato, in Corr. trib., 2015, 2670; A. E. La Scala, L'effettiva applicazione del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario tra svolte, ripensamenti e attese, in Riv. dir. fin. sc. fin.,

Tale pronuncia ha consentito di confermare un importante passo in avanti nella affermazione, all'interno del sistema, di un principio generale sull'obbligatorietà del contraddittorio procedimentale⁴⁶: all'interno di un rapporto improntato a lealtà e chiarezza tra Amministrazione e contribuente, occorre consentire la soddisfazione dei diritti di difesa del privato e del dovere al buon andamento della Autorità per il tramite del contraddittorio procedimentale preventivo.

6. Nuove forme di interpello ed abuso del diritto nel quadro del mutato rapporto fisco – contribuente e della *cooperative compliance*

Solo parte della dottrina aveva saputo additare uno dei punti cruciali in argomento⁴⁷, sul quale - molto opportunamente - il legislatore delegato è intervenuto, per ben due volte.

Si tratta di quella che era stata delineata come la possibilità di ritenere doveroso "ammettere l'utilizzo dell'interpello speciale per ogni ipotesi di potenziale operazione elusiva, ossia anche diversa da quelle riconducibili all'art. 37-bis".

Anzi, se vi è un terreno tuttora gravido di innovazioni dal punto di vista legislativo, è proprio questo dell'interpello preventivo, che, sui modelli di altri ordinamenti, potrebbe assumere contenuti, modalità, termini ed effetti tali da assicurare all'impresa tempestive e quindi utili risposte da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Qui il tema si ricollega direttamente ad una delle obiezioni che più di frequente erano state mosse da coloro i quali si erano ostinati a criticare

^{2015, 394} ss.; P. Russo, Costituzionale la sanzione di nullità dell'accertamento antielusivo per difetto di contraddittorio, in Il fisco, 2015, pp. 3072 e ss..

⁴⁶ G. Corasaniti, Le garanzie procedimentali in tema di abuso del diritto: spunti di riflessione per un'estensione ad altre forme di accertamento, in Diritto e pratica tributaria, n. 5/2016, parte I, pp. 1848 e ss., rileva come la giurisprudenza di legittimità, in merito, abbia mantenuto un atteggiamento "oscillante".

⁴⁷ Ci riferiamo a F. Pistolesi, Interpello antielusivo: dopo l'abrogazione del Comitato torna la diffida ad adempiere, ma nel frattempo?, in Dialoghi Tributari, 2/2009, pag. 141 e a M. Miccinesi, Abuso del diritto, confini da ridefinire, op. cit., e, sempre dello stesso Autore, Riflessioni sull'abuso del diritto, op. cit.

l'introduzione del divieto di abuso del diritto nel nostro ordinamento da parte della Cassazione.

Si tratta della certezza del diritto, invocata appunto dai detrattori di tale intervento della Cassazione.

Ora, la certezza, quella che conta per l'operatore economico, si ottiene solo - come è stato fatto - collocando il contrasto all'abuso su nuovi binari procedurali, che consentano di ottenere dal Fisco, preventivamente e in tempi rapidi, un giudizio non modificabile sull'operazione da intraprendere: un vero accertamento, insomma.

E non può non venire in considerazione, a tal proposito, l'interpello⁴⁸, e con esso una disciplina che, facilitando il dialogo tra Amministrazione e contribuente, assicura che l'interpretazione delle norme avvenga, il più possibile, in una logica fisiologica di condivisione anticipata, anziché in una prospettiva patologica di litigiosità⁴⁹.

L'ampia previsione del comma 6 dell'art. 6 della delega⁵⁰ ha consentito al legislatore delegato, innanzitutto con il più volte citato decreto n. 128, di intervenire anche su tale aspetto, "collocando" il c.d. interpello anti-abuso nel comma 5 dell'art. 10-*bis*⁵¹. – vedremo tra poco come vi sia stato un secondo intervento legislativo, di poco successivo, e di ancora più ampia portata.

⁴⁹ Così, tra gli altri, G. Formica, P. Formica, L'evoluzione dell'istituto dell'interpello tra diritto d'impugnativa e delega fiscale, in Il fisco, 2014, pag. 4707.

⁴⁸ Sull'interpello, per tutti, si rinvia al volume di F. Pistolesi, *Gli interpelli tributari*, Milano 2007.

⁵⁰ La norma prevede che "il Governo è delegato ad introdurre, con i decreti legislativi di cui all'articolo 1, disposizioni per la revisione generale della disciplina degli interpelli, allo scopo di garantirne una maggiore omogeneità, anche ai fini della tutela giurisdizionale e di una maggiore tempestività nella redazione dei pareri, procedendo in tale contesto all'eliminazione delle forme di interpello obbligatorio nei casi in cui non producano benefici ma solo aggravi per i contribuenti e per l'amministrazione.

⁵¹ Anche tale tipo di interpello è stato poi ricondotto alla disciplina generale dell'art. 11 della stessa l. 212/2000, per mezzo del D.lgs. n. 156/2015, come vedremo *infra*.

Ciò ha permesso di eliminare così la stridente – precedente -anomalia, per cui, secondo la giurisprudenza della Cassazione, l'elusione travalicava i limiti dell'art. 37-bis, ma l'interpello era ammesso solo per le vicende ivi contemplate.

Ora, siccome con l'interpello si apprende l'opinione del Fisco sull'elusività delle operazioni che si vuole eseguire, è doveroso potervi ricorrere ogni volta che sia prospettabile la contestazione dell'abuso del diritto⁵²; ed è quanto mai corretto che il decreto delegato abbia operato in proposito il necessario collegamento tra l'art. 5 ed il comma 6 dell'art. 6 della delega, prevedendo ora espressamente – con l'attuale 10-bis, quinto comma, appunto – la possibilità dell'interpello per tutti i casi nei quali sia astrattamente ipotizzabile la applicazione della clausola generale di recente introduzione.

Infatti, l'estensione dell'interpello è del tutto coerente con quella delle garanzie procedimentali: come il privato può esporre le proprie ragioni quando sia solo prefigurata l'elusione, così è opportuno gli sia consentito – con l'interpello – di illustrare tali argomenti all'Amministrazione prima di realizzare la relativa condotta.

Interpello e contraddittorio preventivo, detto in altri termini, possono evitare – nell'interesse del contribuente e del Fisco – infondate pretese basate sull'abuso del diritto.

Rispondendo all'interpello, il Fisco può poi prevenirne l'azione elusiva, sicché è confermato che esso serve ad entrambe le parti del rapporto impositivo. Serve al privato, poiché espone anticipatamente le proprie tesi, conosce l'orientamento dell'Amministrazione e vi può fare affidamento. Serve al Fisco, per indirizzare l'operato del richiedente, anticipare la funzione di controllo e porre le basi per l'attuazione condivisa dei doveri tributari.

⁵² F. Pistolesi, *Gli interpelli tributari*, op. cit., e, dello stesso Autore, *Interpello antielusivo: dopo l'abrogazione del Comitato torna la diffida ad adempiere*, op. cit..

Successivamente alla riforma contenuta nel decreto n. 128 (e dopo poco più di un mese), il legislatore ha poi messo mano all'intera disciplina degli interpelli (compreso dunque il c.d. interpello anti-abuso), con un intervento di carattere organico, salutato con favore dalla dottrina⁵³.

Operando una radicale riformulazione dell'art. 11 dello Statuto, ora, l'intera disciplina in materia è racchiusa in tale legge⁵⁴.

Tutto ciò ben si coordina, d'altra parte, con quella collaborazione trasparente e leale, e conseguentemente impegnativa, che oggi è prevista per le imprese che aderiscono al cd. regime di adempimento collaborativo⁵⁵.

La prassi di tale istituto – oggi ai primordi, ma sicuramente rivoluzionario per quanto concerne il rapporto Fisco-contribuente⁵⁶ – favorirà lo svilupparsi anche di nuove forme di interpello, inserite, sempre per le società di rilevanti dimensioni, nel quadro delle procedure interne di controllo dell'attività⁵⁷.

A queste condizioni, opportunamente, è prescritto al fisco di rispondere entro termini dimezzati rispetto agli attuali, esercitando immediatamente l'attività istruttoria utile e proporzionata alla verifica degli elementi rilevanti, e nel contesto del contraddittorio immediato con l'impresa.

⁵³ Detto intervento è stato operato con il D.lgs. 24 settembre 2015, n. 156, attuativo anch'esso della legge delega n. 23/2014. Vedi in proposito, per tutti, ancora F. Pistolesi, Dalla delega fiscale più omogeneità ed efficienza per gli interpelli, in Corr. trib., 2014, pag. 1836. Vedi anche S. Loi, Gli interpelli ordinario e disapplicativo, per l'abuso e le ipotesi di elusione, nel quadro della rinnovata disciplina dell'interpello, in C. Glendi, C. Consolo, A. Contrino (a cura di), Abuso del diritto e novità sul processo tributario, Milano, 2016, pp. 80 e ss..

⁵⁴ In particolare, l'art. 7, comma 15, del D.lgs. n. 156/2015, ha sostituito il comma 5 dell'art. 10-bis con quello attuale, il quale, rinviando al comma 1, lett. c), art. 11, riconduce anche la disciplina del c.d. interpello anti-abuso all'art. 11 della l. 212/2000.

⁵⁵ Detto regime, previsto dalla delega n. 23/2014, all'art. 6, attuato con D.Lgs. 128/2015 è stato oggetto del Provvedimento direttoriale Prot. n. 54237/2016, del 14 aprile 2016, emesso dal direttore dell'Agenzia delle entrate.

⁵⁶ Per i primi approfondimenti sul regime di cooperative compliance, si rinvia a B. Ferroni, Imprese multinazionali e cooperative compliance, in Il fisco, 3/2017, pp. 207 e ss.; id., Cooperative compliance: partecipazione dei gruppi e profili di corporate governante, in Il fisco, 42/2016, pp. 4043 e ss.; id., Il tax control frame work nel regime di adempimento collaborativo, in Il fisco, 38/2016, pp. 3621 e ss.; id., Cooperative compliance: finalmente ai blocchi di partenza il regime di adempimento collaborativo, in Il fisco, 21/2016, pp. 2015 e ss.; id., Lo schema di decreto delegato sul nuovo regime di adempimento collaborativo, in Il fisco, 21/2015, pp. 2021 e ss.:

⁵⁷ Vedi M. Miccinesi, *Percorso ad hoc sull'abuso del diritto*, cit..

Con una serie di effetti rilevanti: preclusione per l'Amministrazione finanziaria di modificare il proprio accertamento sull'operazione, contenendo il successivo controllo nei ristretti limiti della verifica di rispondenza dell'operazione effettuata a quella rappresentata; possibilità di addivenire ad un accertamento che, recependo le indicazioni emerse durante il contraddittorio fra le parti, ad esse condizioni esprima il giudizio di liceità fiscale dell'operazione.

Infine, all'impresa che, dopo avere collaborato in modo leale e trasparente all'accertamento del fisco, ne impugni il responso negativo e decida nel frattempo di attuare l'operazione nei termini che continua a ritenere non elusivi, deve essere garantita la non punibilità: non vi è colpa nell'avere errato in una complessa valutazione di prevalenza delle ragioni economiche su quelle di convenienza fiscale, per di più intimamente connessa con l'apprezzamento di delicati profili giuridici ed aziendali che intessono le complesse operazioni di ristrutturazione di un gruppo, sovente con dimensioni internazionali e relative ulteriori implicazioni di coordinamento fra le diverse fiscalità.

La verifica fra impresa e fisco del carattere elusivo o meno dell'operazione deve essere improntata a lealtà e reciprocità di conseguenze⁵⁸.

Key words: Abuse of Law, tax avoidance; adversarial principle; defence principle; guaranties; tax ruling.

Abstract: This work analyses proceeding aspects of the abuse of law, after more than an year since the introduction of the unitary general clause provided by the Art. 10-bis of law 212/2000. One of the more remarkable aspects of the new rule lies, in fact, in the provision of special proceeding guaranties informed to adversarial and defence principle. The provision of a general clause means, even from the procedural view, a fundamental grant in terms of internal systematic coherence of the legal system: in fact, such a coherence is respected only by an extension of the participation

⁵⁸ Così, ancora, M. Miccinesi, *Percorso ad hoc sull'abuso del diritto*, cit., il quale conclude rilevando che "questo potrebbe essere un segnale fortissimo, anche per gli investitori esteri, che le cose stanno definitivamente cambiando".

guaranties to every type of abuse (or tax avoidance); at the same time, principles of good performance and of cheapness are implemented.

Lorenzo Franchini

Professore associato di Diritto romano, Università Europea di Roma

La dittatura di Quinto Fabio Massimo

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La prima dittatura di Fabio. - 3. La dittatura del 217 a.C. - 3.1. La questione dell'elezione popolare di *dictator* e *magister equitum* - 3.2. Natura e funzioni dell'incarico dato a Fabio - 3.3. Le incombenze di carattere religioso - 3.4. La complessa vicenda dei rapporti tra Q. Fabio Massimo ed il *magister equitum* M. Minucio Rufo - 3.5. Il problema del riscatto dei prigionieri - 3.6. Riflessioni integrative e finali.

1. Premessa

L'epoca della quale ci occuperemo, in questo scritto, riveste, come si sa, un'importanza cruciale nell'esperienza della Roma antica. Dal punto di vista storico generale, occorre dire che, fino alla conclusione della prima guerra punica, Roma era stata potenza eminentemente regionale, ma ora, nella seconda metà del III secolo, si avvia a diventare, pur tra inenarrabili difficoltà, e dovendo superare prove durissime, potenza di portata mondiale, con tutte le implicazioni che questo avrà sulla sua civiltà e cultura. Dal punto di vista giuridico-costituzionale, sebbene non si possa ancora parlare di crisi dell'assetto istituzionale da tempo consolidato, bisogna tuttavia riconoscere che determinate concezioni, di matrice non sempre autoctona, cominciarono a penetrare nella riflessione dei contemporanei, ponendo per esempio il problema - anche, come vedremo, in rapporto agli istituti che ci accingiamo ad affrontare - della legittimazione democratica del potere, senza eccezioni di sorta².

^{*}Il contributo è stato sottoposto a double blind peer review

¹ Per un inquadramento di più ampio respiro, cui non è compiutamente possibile dedicarsi in una sede - non monografica - come questa, si rinvia qui, per esempio, a A.J. Toynbee, *Hannibal's Legacy. The Hannibalic War's Effects on Roman Life*, vol. II, London 1965; E. Gabba, *Del buon uso della ricchezza. Saggi di storia economica e sociale nel mondo antico*, Milano 1988, pp. 27 ss., 45 ss.; Id., *Italia romana*, Como 1994, pp. 17 ss., 33 ss.; A. Schiavone (a cura di), *Storia di Roma*, vol. II, *L'impero mediterraneo*, 1. La repubblica imperiale, Torino 1990, pp. 79 ss., 189 ss.; A. Giardina, A. Schiavone (a cura di), *Storia di Roma*, Torino 1999, pp. 177 ss.; cfr. per esempio A. Giardina, A. Schiavone (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica*, vol. I, Bari 1981.

² Analogamente, per un quadro d'insieme relativo ai grandi cambiamenti verificatisi, in quell'epoca, nella sfera anche giuridica, non esclusa quella privatistica, si rinvia qui per esempio a F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, vol. II, Napoli 1973², specialmente pp. 1 ss., 138 ss., 274 ss.: F. D'Ippolito, *I giuristi e la città*.

Di quel periodo, Q. Fabio Massimo Verrucoso è una delle più grandi personalità, fin troppo conosciuto perché sia qui necessario soffermarsi ad illustrarne, nel suo complesso, e ben al di là della sua dittatura, le doti e le imprese che resero il suo nome tale da essere tramandato ai posteri³. Ci limiteremo dunque ad alcune rapide considerazioni preliminari, così da poter affrontare presto il tema che più strettamente interessa.

Sul piano militare, sono ben note le sue caratteristiche di stratega, che gli valsero il soprannome di *Cunctator* e che lo affermarono come l'unico generale romano in grado, con la sua tattica di guerriglia, di fronteggiare la furia di Annibale nei primi anni della seconda guerra punica⁴.

Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica, Napoli 1978, pp. 1 ss., 51 ss.; A. Schiavone (a cura di), Storia..., cit., pp. 415 ss.; ID., Tus'. L'invenzione del diritto in Occidente, Torino 2005, pp. 113 ss.; F. D'IPPOLITO, F. LUCREZI, Profilo storico istituzionale di diritto romano, Napoli 2003, pp. 53 ss., 99 ss., 161 ss.

³ Sugli *elogia* a Fabio poi specificamente dedicati cfr. oltre, alla nt. 6.

⁴ Come si sa, l'avvedutezza della tattica temporeggiatrice utilizzata nel 217 fu tragicamente confermata dal disastro di Canne dell'anno successivo. Si può anzi dire che i Romani l'abbiano poi riadottata, nei confronti di Annibale, per tutta la durata della guerra combattuta in Italia, ove non si svolsero più vere e proprie battaglie campali. Sulla figura di Fabio Cunctator, in generale, v. ad esempio, per tutti, F. Münzer, s.v. Fabius, n° 116, in RE, vol. VI.2, Stuttgart 1909, coll. 1814 ss.; A. Klotz, Q. Fabius Maximus 'Cunctator', in Neue Jahrbücher für antike und deutsche Bildung, 3 (1940), pp. 292 ss.; I. Müller Seidel, Fabius Maximus 'Cunctator' und die Konsulwahlen der Jahre 215 und 214 v. Chr., in Rheinisches Museum, 96 (1953), pp. 241 ss.; A. Pérez Jiménez, La batalla de Trasimeno y la caracterización Fabio-Flaminio en Plutarco, Fab. 2.2-3.7, in Habis, 16 (1985), pp. 129 ss.; B. Mugelli, Ritratto di Fabio Massimo (Plut. Fab. 1,5-7) e spunti platonici (Resp. 503 c-d; 537 d), in AFSL, 7 (1986), pp. 225 ss., con rinvio alla bibliografia precedente sulla vita plutarchea di Q. Fabio Massimo e sulle sue fonti (p. 225 nt. 1); L. Ghilli, Spunti platonici ed altri echi in Plutarco, Vita di Fabio Massimo, in AFSL, 9 (1988), pp. 237 ss.; A. Borghini, La moderazione di Q. Fabio Massimo e i suoi probabili modelli, in Aufidus, 9 (1989), pp. 53 ss.; M. Gusso, Appunti sulla notazione dei Fasti Capitolini 'interregni caus(sa)' per la (pro-) dittatura di Q. Fabio Massimo nel 217 a.C., in Historia, 39 (1990), pp. 291 ss.; P. Erdkamp, Polybius, Livy and the Fabian Strategy', in Ancient Society, 23 (1992), pp. 127 ss.; A. Tedeschi, Conflitto d'età e conflitto d'opinione (Q. Fabio Massimo, Scipione l'Africano e la spedizione anticartaginese in Africa), in Aufidus, 27 (1995), pp. 17 ss.; P. François, Énée & Fabius Cunctator': une influence de Virgile sur Tite-Live? (à propos de Virg., Én. II.596-600 et Liv. XXII.23.4), in P. Defosse (éd.), Hommages C. Deroux, vol. I, Bruxelles 2002, pp. 208 ss.; J. Lesiński, Quintus Fabius Maximus Verrucosus: a 'dictator' in 217 B.C.?, in T. Derda, J. Urbanik, M. Węcowski (ed.), Εύεργετίας γάριν. Studies B. Bravo e E. Wipszycka, Warsaw 2002, pp. 131 ss.; R. Feig Vishnia, The Delayed Career of the 'Delayer': The Early Years of Q. Fabius Maximus Verrucosus, the 'Cunctator', in Scripta Classica Israelica, 26 (2007), pp. 19 ss.; J. Elliot, Ennius' 'Cunctator' and the History of a Gerund in the Roman Historiographical Tradition, in CQ, 52 (2009), pp. 532 ss.; R. Scuderi, L'humanitas' di Fabio Massimo nella biografia plutarchea, in Athenaeum, 98 (2010), pp. 467 ss.; S. Giazzon, 'Ira' (e 'ultio') nei Punica' di Silio Italico, in AA.VV., Le parole della passione, Bologna 2011, pp. 265 ss.; M.B. Roller, The consul(ar) as 'exemplum': Fabius Cunctator's paradoxical Glory, in AA.VV., Consuls and 'res publica', Cambridge 2011, pp. 182 ss.; G. Nardelli, Il Cunctator e l'Invictus. Azione politico-militare e l'immagine di Q. Fabio Massimo nella guerra di Scipione l'Africano, in GIF, 3 n.s. (2012), pp. 45 ss.; S.A. Xenophontos, Περί ἀγαθοῦ στρατεγοῦ: Plutarch's Fabius Maximus and the Ethics of Generalship, in Hermes, 140 (2012), pp. 160 ss.

Sul piano politico, è anzitutto opportuno ricordare che egli, a parte la dittatura, rivestì ovviamente le più alte cariche: in particolare, fu console nel 233, 228, 215 (suffectus), 214 e 209, censore nel 230, princeps senatus nel 209 e nel 204⁵. Ma anche a prescindere dall'esercizio di funzioni specifiche, va detto che Fabio Massimo, fino alla morte, occorsa nel 203⁶, fu da tutti considerato il campione dell'aristocrazia e dei

⁵ Cfr. T.R.S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic*, vol. I, New York 1951, rispett.te pp. 224, 228, 254, 258 e 285; 227; 285 e 306.

Non si può, neppure in questa sede, fare a meno di rilevare talune particolarità riguardo ai consolati occupati da Fabio. La più eclatante è la sua riconferma per l'anno 214, quando già aveva rivestito la carica nel 215 (seppur da suffectus, ma ciò non ha alcun rilievo ai nostri fini, come sembra pacifico nella dottrina che ha affrontato il problema, citata oltre, in questa stessa nota), ed anzi presiedette egli stesso i comizi consolari (v. in proposito Liv. 24.7.11;9.1-3), con evidente violazione del divieto di iterazione della medesima carica. L'episodio può tuttavia essere spiegato osservando che poco tempo prima, all'indomani della sconfitta del Trasimeno, era stato approvato un plebiscito che, fintanto che durava la guerra in Italia, introduceva la possibilità di rieleggere un console quante volte si volesse (e per di più nell'ambito di un'assemblea comiziale da lui stesso presieduta: cfr. Liv. 27.6.7-8): ciò in deroga ad una regolamentazione che evidentemente già esisteva, e che dovrebbe potersi identificare con quella dettata, in generale, da un plebiscito del 342 o 330, che sanciva, oltre al divieto di cumulo, anche quello decennale di iterazione della stessa magistratura (v. Liv. 7.42.2; cfr. Liv. 10.13.8; Plut. Mar. 12.1, con particolare riferimento al caso del consolato). Sulla materia residua comunque qualche dubbio: se infatti non solo in età annibalica, ma anche in anni precedenti si danno casi di provvedimenti votati in deroga a quel divieto, nonché di violazioni singole, seppur meno eclatanti, dello stesso (come può evincersi, ad esempio, dalla circostanza della rielezione di Q. Fabio Massimo al consolato del 228), negli anni successivi, ed in particolare dal 208, benché la guerra fosse ancora in corso, la situazione sembra tornare a normalizzarsi, come giustamente rilevano ad esempio G. De Sanctis, Storia dei Romani, vol. IV.1, Torino 1923, p. 502; G. Rögler, Die 'lex Villia Annalis', in Klio, 40 (1962), pp. 99 ss; G. Poma, Il plebiscito 'ne quis eundem magistratum intra decem annos caperet' (Liv.,VII.42.2), in Rivista storica dell'antichità, 22-23 (1992-1993), pp. 43 ss. Più in generale, sul problema della iterazione del consolato in quanto interessante il nostro personaggio v. per esempio T. Mommsen, Römische Staatsrecht, vol. I, Leipzig 18873, pp. 500 s., nt. 1, 518 e nt. 3; E. De Ruggiero, Il consolato e i poteri pubblici in Roma, Roma 1900, p. 14; I. Müller Seidel, Fabius..., cit., pp. 241 ss.; F. Gardner Moore, in Livy, vol. VII, ediz.. Loeb, London-Cambridge 1958, p. 224, nt. 3; G. Rögler, Die 'lex Villia'..., cit., 99 s.; A. Lippold, 'Consules'. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Konsulates von 264 bis 201 v. Chr., Bonn 1963, p. 172 s.; F. De Martino, Storia..., cit., p. 217 s. e nt. 2; R. Rilinger, Der Einfluss des Wahlleiters bei den römischen Konsulwahlen von 366 bis 50 v. Chr., München 1976, pp. 188 ss.; F.P. Casavola, Relazione introduttiva, in Roma tra oligarchia e democrazia. Atti del convegno (Copanello 1986), Napoli 1988, p. 31 s.; P. Ramondetti, in Storie di Tito Livio (libri XXI-XXV), ediz. Utet, Torino 1989, p. 575, nt. 4; G. Poma, Il plebiscito..., cit., pp. 63 ss.; F. Reduzzi Merola, Iudicium de iure legum'. Senato e legge nella tarda repubblica, Napoli 2001, p. 108.

6 In merito, v. Liv. 30.26.7-10, che vale qui la pena riportare per esteso: Eodem anno Q. Fabius Maximus moritur, exactae aetatis si quidem verum est augurem duos et sexaginta annos fuisse, quod quidam auctores sunt. Vir certe fuit dignus tanto cognomine vel si novum ab eo inciperet. Superavit paternos honores, avitos aequavit. Pluribus victoriis et maioribus proeliis avus insignis Rullus; sed omnia aequare unus hostis Hannibal potest. Cautior tamen quam promptior hic habitus; et sicut dubites utrum ingenio cunctator fuerit an quia ita bello proprie quod tum gerebatur aptum erat, sic nihil certius est quam unum hominem nobis cunctando rem restituisse, sicut Ennius ait. Augur in locum eius inauguratus Q. Fabius Maximus filius: in eiusdem locum pontifex - nam duo sacerdotia habuit - Ser. Sulpicius Galba (riguardo alla citazione di Ennio, che era divenuta proverbiale, v. Ann. Vahlen³ 370; cfr. Cic. Cato 4.10; off. 1.24.84; Virg. Aen. 6.845-846). Il passo liviano sopra trascritto rientra nel genere degli elogia, cui è, come si sa, ascrivibile anche CIL I.1, p. 193, utilissimo per la ricostruzione dello stesso cursus honorum del nostro, e sul quale torneremo oltre, § 2 e

suoi valori di pietà e di prudenza, l'esponente di punta di un vero e proprio partito politico, identificabile con la fazione conservatrice del senato⁷. Paradossalmente, furono proprio le gravi sconfitte inflitte da Annibale ai Romani a partire dal 218 a segnare il culmine della potenza di Fabio e del suo ascendente sull'opinione pubblica, l'abbandono della politica aggressiva dei Cornelii e la duratura affermazione di una linea conforme ai suoi orientamenti⁸.

Ma c'è un altro piano, connesso al precedente, sul quale Fabio si fece onore, e che sarebbe un grave errore trascurare, anche ai fini della piena comprensione di alcune delle iniziative da lui intraprese come dittatore: ci riferiamo al piano religioso. Patrizio di famiglia, augure fin dal 265°, quand'era ancora molto giovane, nel 216 il Temporeggiatore ottenne anche il pontificato¹º: il doppio sacerdozio, segno di grande distinzione presso l'aristocrazia romana, molto ricercato, raramente accordato, lo collocava, in quest'ambito, una spanna al di sopra degli altri¹¹. La politica di Q. Fabio Massimo fu sempre quella propria di un grande leader religioso, che vantava molti alleati tra i sacerdoti e che anche per questo poteva efficacemente contrastare le mosse dei suoi avversari, ritenuti meno scrupolosi di lui nel

nt. 13: v. fin d'ora, comunque, per esempio U. Scamuzzi, *La dittatura in Roma nel periodo delle guerre puniche*, in *RStCl*, 6 (1958), p. 25; R. Feig Vishnia, *The Delayed Career...*, cit., pp. 19 e ntt. 1-2, 25 s., che rimarca come l'anonimo autore dell'iscrizione non sembri incorrere in omissioni e imperfezioni, riscontrabili spesso, invece, in elogi siffatti.

⁷ V. per esempio H.H. Scullard, Roman Politics 220-250 B.C., Oxford 1951, pp. 56 ss.; F. Cassola, I gruppi politici romani nel III secolo a. C., Trieste 1962, pp. 259 ss., 405 ss., secondo il quale, più esattamente, Fabio sarebbe stato il capo dell'aristocrazia agricola, legata anche ai piccoli proprietari e alla plebe rurale, fautore di una politica estera più prudente di quella degli Scipioni, punti di riferimento invece per i ceti più espansionisti e intraprendenti negli affari e nel commercio; G.J. Szemler, The Priests of the Roman Republic, Bruxelles 1972, pp. 88 ss.; M. Gusso, Appunti..., cit., pp. 291 ss.; A. Tedeschi, Conflitto..., cit., pp. 17 ss.; R. Feig Vishnia, The Delayed Career..., cit., pp. 19 ss., specialmente 33; F. Bandelli, Filippo Cassola e T gruppi politici romani nel III secolo a.C.', in G. Zecchini (a cura di), Partiti e fazioni nell'esperienza politica romana, Milano 2009, p. 40 s.

⁸Per una valutazione degli equilibri politici propri, esattamente, di quella fase storica, v. ancora H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., pp. 44 ss., 56 ss.; F. Cassola, *I gruppi...*, cit., pp. 259 ss.; F. Bandelli, *Filippo Cassola...*, cit., pp. 31 ss.; cfr. per esempio M. Gusso, *Appunti...*, cit., pp. 291 ss.

⁹ Cfr. sopra, alla nt. 6.

¹⁰ V. Liv. 23.21.7.

¹¹ V. in proposito l'interessante studio di G.J. Szemler, *The Dual Priests of the Republic*, in *Rheinisches Museum*, 117 (1974), pp. 72 ss., espressamente dedicato all'argomento; cfr. per esempio F. Münzer, *Römische Adelsparteien und Adelsfamilien*, Stuttgart 1920, p. 187.

salvaguardare la *pax deorum*, senza la quale la repubblica - *a fortiori*, in quelle durissime fasi di guerra - non sarebbe certo potuta sopravvivere¹².

2. La prima dittatura di Fabio

La più famosa dittatura di Q. Fabio Massimo, della quale per lo più ci occuperemo nelle pagine seguenti, è quella del 217. Tuttavia risulta che anche in precedenza egli avesse occupato la magistratura in questione; ma sulla materia esiste un forte dissenso tra gli studiosi.

A nostro avviso, sulla base di un riscontro attento delle fonti pertinenti, è lecito con certezza affermare quanto segue.

Fabio rivestì quella carica già prima dell'inizio della seconda guerra punica¹³, ma si trattò di una dittatura *imminuto iure*¹⁴, forse *comitiorum habendorum causa*¹⁵.

¹² Tutto ciò, anche in considerazione del fatto che la responsabilità delle gravi disfatte di quegli anni, ed in particolare di quella del lago Trasimeno, immediatamente precedente la dittatura di Fabio, era stata attribuita al comportamento di leaderscome Flaminio, scarsamente rispettosi delle tradizioni religiose di Roma, della cui piena osservanza il Cunctator sarebbe invece tornato a farsi garante. In proposito v. soprattutto oltre, § 3.3 e nt. 130, con le fonti ivi riportate, ove si fa riferimento ai riti piaculari disposti in seguito alla sconfitta del Trasimeno; per la dottrina v. fin d'ora, ad esempio, F. Münzer, s.v. Fabius..., cit., col. 1819; H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., pp. 44 ss., 56 ss.; I. Müller Seidel, Fabius..., cit., pp. 241 ss., specialmente 243 s., 250 ss., 257 s., 264, 268 ss.; F. Cassola, I gruppi..., cit., pp. 293 ss., 336 ss., pur negando, in genere, la contrapposizione con Flaminio; D.E. Hahm, Roman Nobility and Three Major Priesthoods 218-167 B.C., in TAPhA, 94 (1963), p. 78 e nt. 19; M. Gusso, Appunti..., cit., pp. 291 ss., soprattutto p. 299 e nt. 38 (ove si parla di «riscossa religiosa e moralizzatrice di Fabio»), e p. 319, nt. 135 (ove si allude al ruolo di «eminenza grigia svolto da Fabio nel collegio degli auguri»); R. Develin, The Practice of Politics at Rome 366-167 B.C., Bruxelles 1985, pp. 128, 226; A. Pérez Jiménez, La batalla..., cit., specialmente pp. 134 ss.; M. Gusso, Appunti..., cit., pp. 295 ss., 325 ss.; B. Linke, 'Religio' und 'res publica', in AA.VV., 'Mos maiorum'. Untersuchungen zu den Formen der Identitätsstiftung und Stabilisierung in der römischen Republik, Stuttgart 2000, pp. 277 ss.; J. Lesiński, Quintus..., cit., pp. 140 ss.; P. François, 'Sacrorum causa'. Sur le retour à Rome de Fabius 'Cunctator' en 217, in J. Champeaux, M. Chassignet (éd.), 'Aere perennius'. Hommage H. Zehnacker, Paris 2006, pp. 165 ss.; R. Scuderi, L'humanitas'..., cit., p. 476 s.

¹³ Infatti, che quella del 217 fosse la seconda dittatura del Temporeggiatore risulta con chiarezza da Liv. 22.9.7 (*Q. Fabius Maximus dictator iterum*) e da CIL I.1, p. 193 (*Q. Fabius Q.F. Maximus dictator bis*).

¹⁴ Questo dato è con certezza evincibile da Liv. 22.8.5, ove, con evidente riferimento alla dittatura optima lege, si afferma: Itaque ad remedium iam diu neque desideratum nec adhibitum, dictatorem dicendum, civitas confugit.

¹⁵ Sul che, pur in assenza di una tradizione espressa, gli studiosi, per molti altri aspetti divisi, sono concordi: v. per esempio F. Bandel, *Die römischen Diktaturen*, Breslau 1910, pp. 123 ss.; G. De Sanctis, *Storia...*, cit., vol. III.2, 1917, p. 45; H.H. Scullard, *Roman Politics...*, cit., p. 274; A. Degrassi, *Fasti Capitolini*, Torino 1954, p. 185; T.A. Dorey, *The Dictatorship of Minucius*, in *JRS*, 45 (1955), p. 92 s.; B.O. Foster, in *Livy*, vol. V, ediz. Loeb, London-Cambridge 1957, p. 230, nt. 1; U. Scamuzzi, *La dittatura...*, cit., p. 29; M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship: its Character and its Evolution*, Berkeley 1982, pp. 197, 489 ss.; P. Ramondetti, in *Storie...*, cit.,

Tutto ciò avvenne nel periodo per il quale mancano i Fasti, e d'altronde prima del 218, anno a partire dal quale possiamo invece avvalerci della terza decade dell'opera liviana: ossia nel triennio ricompreso fra il 221 ed il 219¹⁶ (mentre la data esatta è, come vedremo, discussa).

In quei frangenti un dittatore - da alcuni identificato nello stesso Fabio Massimo, da altri in un suo ipotetico predecessore - dovette dimettersi, insieme al suo *magister equitum* C. Flaminio¹⁷, a causa di una *auspicatio* sfavorevole, precisamente avvenuta in occasione della nomina di quest'ultimo da parte del primo, ed a seguito dell'interpretazione data dagli auguri, del cui collegio il Verrucoso faceva parte e su cui esercitava una certa influenza¹⁸, di un *signum* consistente nell'improvviso squittio di un topo.

Oltre a questo, altro può essere sostenuto, ma con la consapevolezza che gli argomenti utilizzati avranno sempre alcunché di congetturale¹⁹, stante la grave contradditorietà reciproca delle testimonianze di Valerio Massimo e Plutarco, in merito all'identità del *dictator* che ebbe come suo *magister* Flaminio, e cioè Fabio Massimo secondo l'un autore e Minucio secondo l'altro.

p. 246, nt. 2; R. Feig Vishnia, *The Delayed Career...*, cit., p. 19 e nt. 2; F.J. Vervaet, *The Scope and Historic Significance of the Lex Metilia de aequando M. Minuci magistri equitum et Q. Fabi dictatoris iure' (217 B.C.E.)*, in SDHI, 73 (2007), p. 232.

¹⁶ Ovvero fra il 222 e il 219, a seconda di come si voglia valutare l'integrità dei Fasti; ma anche su questo punto vi è, nel complesso, consenso in dottrina: v. per esempio T. Mommsen, in *Elogia*, CIL I.1, p. 193; F. Münzer, s.v. *Fabius...*, cit., col. 1816; F. Bandel, *Die römischen Diktaturen...*, cit., p. 124; T.R.S. Broughton, *The Magistrates...*, cit., pp. 234 e 235, nt. 3; H.H. Scullard, *Roman Politics...*, cit., p. 274; A. Degrassi, *Fasti...*, cit., pp. 122, 185; J. Bleicken, *Das Volkstribunat der klassischen Republik*, München 1955, p. 30 e nt. 4; T.A. Dorey, *The Dictatorship...*, cit., p. 92 s.; B.O. Foster, in *Livi*, cit., p. 230, nt. 1; M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship...*, cit., pp. 197, 489 ss.; P. Ramondetti, in *Storie...*, cit., p. 246, nt. 2; R. Feig Vishnia, *The Delayed Career...*, cit., p. 19 e nt. 2; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 228.

 $^{^{17}}$ Cfr. Val. Max. 1.1.5: At < Q.> Sulpicio inter sacrificandum e capite apex prolapsus idem sacerdotium abstulit, occentusque soricis auditus Fabio Maximo dictaturam, C. Flaminio magisterium equitum deponendi causam praebuit; Plut. Marc. 5.6: Μινικίου δὲ δικτάτορος ἵππαρχον ἀποδείξαντος Γάτον Φλαμίνιον, ἐπεὶ τρισμὸς ἡκούσθη μυὸς ὃν σόρικα καλοῦσιν, ἀποψηφισάμενοι τούτους αὖθις ἑτέρους κατέστησαν.

¹⁸ In merito, v. sopra, § 1 e nt. 9; cfr. oltre, § 3.1 e nt. 86.

¹⁹ Così già a suo tempo T. Mommsen, in *Elogia*, CIL I.1, p. 194.

La tesi tradizionale²⁰ è che il passo plutarcheo sarebbe viziato da un errore e che Μινικίου starebbe in realtà per Μαξίμου, dato che il Temporeggiatore è l'unico, tra i due, ad aver con sicurezza occupato una dittatura precedente al 217, in un anno che andrebbe a quel punto individuato nel 221, giacché in quello successivo Flaminio occupò la carica di censore²¹, non cumulabile con altre²².

La tesi che principalmente si contrappone²³ a quella sopra illustrata si fonda sul presupposto, a nostro avviso condivisibile, che Q. Fabio non avrebbe potuto nominare come proprio collaboratore un avversario politico, qual era Flaminio²⁴: avrebbe potuto farlo invece M. Minucio, di una cui dittatura in età pre-annibalica si avrebbe anzi conferma in un'iscrizione²⁵. Entrambi però sarebbero stati costretti a

²⁰ Sostenuta per esempio da F. Münzer, s.v. Fabius..., cit., col. 1816; F. Bandel, *Die römischen Diktaturen...*, cit., p. 123, nt. 7; T.R.S. Broughton, *The Magistrates...*, cit., pp. 234 e 235, nt. 3; H.H. Scullard, *Roman Politics...*, cit., p. 274; A. Degrassi, *Fasti...*, cit., pp. 122, 130; D.R. Shackleton Bailey, in Valerius Maximus, *Memorables Doings and Sayings*, ediz. Loeb, London-Cambridge 2000, p. 19, nt. 19.

²¹ Cfr. T.R.S. Broughton, *The Magistrates...*, cit., p. 235.

²² Sulla datazione convergono in verità diversi autori: v. per esempio F. Münzer, s.v. Fabius..., cit., col. 1816; T.R.S. Broughton, The Magistrates..., cit., pp. 234 e 235, nt. 3; G.I. Luzzatto, Appunti sulle dittature 'imminuto iure'. Spunti ciritici e ricostruttivi, in Studi P. De Francisci, vol. III, Milano 1956, p. 419; A. Lippold, 'Consules'..., cit., p. 144 s. e ntt. 279-280; D.R. Shackleton Bailey, in Valerius Maximus..., cit., p. 19, nt. 19. Circa la non-cumulabilità della carica di magister equitum con altre cariche sono ancora con successo adducibili, oltre ad argomenti di carattere generale sul divieto di cumulo tra magistrature (cfr. Liv. 7.42.2), gli argomenti specifici utilizzati per esempio da A. Westermayer, s.v. 'Magister equitum', in RE Suppl., vol. V, Stuttgart 1931, col. 634, di contro a certe aperture, a nostro avviso incaute, riscontrabili per esempio in F. Bandel, Die römischen Diktaturen..., cit., 124, nt. 1; M.E. Hartfield, The Roman Dictatorship..., cit., p. 491; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., p. 230 s.

²³ Sostenuta per esempio da J. Bleicken, *Das Volkstribunat...*, cit., p. 30 e nt. 4; T.A. Dorey, *The Dictatorship...*, cit., pp. 92 ss.; G. Vallet, *Un exemple de partialité chez Tite-Live: les premiers combats autour de Geronium (Liv. XXII.24)*, in REL, 29 (1961), p. 183, nt. 3; M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship...*, cit., pp. 489 ss.; J. Lesiński, *Quintus...*, cit., p. 144; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 228 ss.

²⁴ In proposito v. quanto anticipavamo sopra, alla nt. 12, con particolare riferimento alla sfera religiosa; ma anche al di fuori di essa la politica di un leader democratico, qual era C. Flaminio, non poteva che entrare in urto con quella del principale esponente dell'aristocrazia conservatrice, qual era Fabio, come dimostra l'episodio della legge agraria proposta dal tribuno Flaminio nel 232, che il nostro, allora console, contrastò in ogni modo, (cfr. Cic. Cato 4.11), e come la dottrina di gran lunga prevalente riconosce: v. per esempio F. Bandel, Die römischen Diktaturen..., cit., p. 125; H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., pp. 44 ss., 54, 274, 277; J. Bleicken, Das Volkstribunat..., cit., p. 30 e nt. 4; T.A. Dorey, The Dictatorship..., cit., pp. 92 ss.; U. Scamuzzi, La dittatura..., cit., p. 29; M.E. Hartfield, The Roman Dictatorship..., cit., p. 490; M. Caltabiano, Motivi polemici nella tradizione storiografica relativa a C. Flaminio, in M. Sordi (a cura di), I canali della propaganda nel mondo antico, Milano 1976, p. 102; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., p. 232 e nt. 47.

²⁵ V. CIL I.2, 607 e VI.1, 284: *Hercolei sacrom M. Minucius C.f. dictator vovit.* L'epigrafe, rinvenuta nel 1862 sulla Tiburtina, è connessa alla dedicazione *ex voto* di un'ara in peperino.

rinunciare alla carica per le manovre del Verrucoso che, sfruttando la sua amicizia con gli auguri, avrebbe propiziato la sostituzione di sé medesimo a Minucio.

Ora, anche senza voler entrare nella questione assai complessa relativa ai consoli che avrebbero dovuto provvedere alla *dictio* di un simile *dictator* e poi del suo autorevole sostituto²⁶, ed al ruolo che in ciò potrebbe aver giocato l'opinione pubblica²⁷, non ci sembra che quest'ultima impostazione possa essere condivisa *in toto*, sia perché la testimonianza dell'epigrafe sopra ricordata è difficilmente riferibile ad un dittatore *comitiorum habendorum causa*²⁸, sia perché, se già prima del 217 si fosse verificato uno scontro politico fra Fabio e il suo futuro *magister equitum* Minucio²⁹, e per di più in merito all'esercizio di una dittatura, certo le fonti concernenti la vicenda del 217 ce ne avrebbero riferito come precedente significativo, anziché limitarsi a

²⁶ Sulla qual cosa rinviamo al vivace dibattito accesosi tra gli studiosi, anche a proposito di vizi in cui fosse eventualmente incorsa la *creatio* dei consoli stessi: v. per esempio T.A. Dorey, *The Dictatorship...*, cit., pp. 92 ss.; E. Badian, Recensione a T.R.S. Broughton, *Supplement to the Magistrates of the Roman Republic*, in *Gnomon*, 33 (1961), p. 497; A. Lippold, *Consules'...*, cit., p. 144 s. e nt. 279; F.J. Vervaet, *The Scope*, cit, 228 ss.

²⁷ Il tenore di Plut. *Marc.* 5.6 - ove pur figurano soltanto verbi al passivo, privi di complemento d'agente - ha indotto alcuni autori ad ipotizzare che potesse essere stato il popolo (convocato oltretutto da chi²) a deporre i due magistrati e ad eleggerne i sostituti (v. per esempio B. Perrin, in *Plutarch's Lives*, vol. V, ediz. Loeb, London-Cambridge 1955, p. 447; cfr. F. Bandel, *Die römischen Diktaturen...*, cit., p. 124). Sappiamo con certezza, invece, che altro era l'abrogazione di un magistrato in carica, fatto raro ed eccezionale, altro l'abdicazione, cui poteva dare adito una qualche causa, ma che era atto assolutamente personale, riservato al diretto interessato (v. per esempio A. Lippold, '*Consules*'..., cit., p. 145, nt. 280, con espresso riferimento alla nostra vicenda, per la quale, fra l'altro, in Val. Max. 1.1.5 ricorre la calzante locuzione *deponendi causam praebuit*; cfr., più in generale, oltre, § 3.4 e nt. 240). Sappiamo altresì che un dittatore non venne eletto dai comizi se non, per la prima volta, nel 217, e proprio nella persona di Q. Fabio Massimo, come avremo ampiamente modo di verificare nel prosieguo. Occorre comunque aggiungere che in quel periodo, senza dubbio, si aveva sempre più riguardo agli orientamenti dell'opinione pubblica, anche fuori dai casi di elezioni vere e proprie: cfr. oltre, testo e nt. 36, § 3.1.

²⁸ Anziché ad un *magister equitum* dai poteri equiparati a quelli dittatoriali, quale fu M. Minucio Rufo nel 217 (cfr. oltre, § 3.4), sì per tempo breve, ma comunque sufficiente per consentirgli di consacrare un altare votivo (compito, questo, che non rientrava propriamente nelle mansioni di un *dictator c.h.c.*). L'argomento per lo più utilizzato dagli autori citati alla nt. 23, secondo cui Minucio nel 217 non avrebbe avuto alcun successo militare da celebrare con un'offerta ad Ercole Vincitore, è facile da respingere semplicemente osservando che, nell'ottica specifica di Minucio, la vittoria di Gereonio assurse invece a grande importanza (v. ancora oltre, § 3.4), e che per questo l'*ex voto* in questione è senz'altro ad essa riferibile. Sulla pratica di questo genere di voti, dalla valenza essenzialmente propiziatoria, ci permettiamo di rinviare al nostro *Voti di guerra e regime pontificale della condizione*, Milano 2006.

²⁹ V. ancora oltre, § 3.4. I rapporti tra i due furono difficili quasi da subito, da quando in particolare Fabio dette avvio alla sua strategia temporeggiatrice.

ricordare, molto laconicamente, che quella era la seconda volta che il (solo) Verrucoso occupava la carica³⁰.

E', secondo noi, la prima delle due impostazioni che merita di essere riconsiderata in modo innovativo, tenendo conto di alcuni giusti rilievi formulati dai sostenitori della seconda. Il senato potrebbe aver assunto la decisione, frutto di una sorta di compromesso politico³¹, di indicare ai consoli il nome di Fabio³², esponente dell'aristocrazia conservatrice, come dittatore incaricato di presiedere i comizi, con l'accordo che questi nominasse *magister equitum* il forte esponente di una fazione avversa, qual era il democratico Flaminio. Q. Fabio, già molto autorevole, ma evidentemente non ancora a tal punto da indurre i *patres* a rivedere senz'altro la propria posizione, nel complesso a lui non gradita, avrebbe fatto, per così dire, buon viso e cattivo gioco: una volta *dictus* dittatore, non avrebbe impedito agli auguri di rilevare un vizio di carattere religioso nella nomina di Flaminio³³, che d'altronde, al contrario di lui, non era sicuramente noto per la sua *pietas*³⁴: ciò, senza considerare il fatto che, secondo quel che ci riferisce Plinio³⁵, l'occentus soricum era un signum sfavorevole tra i più comuni, e non certo inventato lì per lì. Ne derivò,

-

³⁰ Cfr. sopra, alla nt. 13, con le fonti ivi riportate.

³¹ V. quanto si diceva sopra, testo e nt. 27, in merito all'influenza già esercitata dall'opinione pubblica in quei frangenti, anche prima che una carica fosse resa elettiva.

³² Sul ruolo che aveva il senato nella procedura di nomina di un dittatore v. ad esempio, per tutti, F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. I, 1972, p. 439 s., che qui riportiamo testualmente: «Una deliberazione del Senato non è strettamente indispensabile per la validità della nomina; tuttavia è di uso che i consoli siano invitati od autorizzati dal Senato e qui i confini tra il diritto e la politica diventano evanescenti. In questo singolare compromesso di vari poteri che è la costituzione repubblicana (...) non si può trarre da esempi del genere la prova che il parere o l'invito del Senato non aveva rilievo giuridico».

³³ E' insomma plausibile, secondo noi, che il futuro Temporeggiatore si sia avvalso della sua appartenenza al collegio augurale per approfittare di una simile occasione, presentatasi senza che nessuno avesse propriamente preso l'iniziativa di costringere Flaminio a dimettersi, come invece per altri versi suppongono gli autori citati alla nt. 23, coi quali pur concordiamo riguardo alla complicità fra gli auguri e il loro collega Fabio.

³⁴ Cfr. sopra, alla nt. 12, con rinvio al prosieguo di questo lavoro; v. anche qui, comunque, soprattutto F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 232, nt. 47.

³⁵ Plin. *nat.* 8.57.223: *nam soricum occentu dirimi auspicia Annales refertos habemus*. Cfr. per esempio A. Ernout, in Pline l'Ancien, *Histoire naturelle*, vol. VIII, ediz. Les Belles Lettres, Paris 1952, p. 176.

inevitabilmente, anche per la pressione forse esercitata dai ceti popolari³⁶, la necessità che ambedue, e non solo Flaminio, lasciassero la carica e fossero sostituiti: ma questo rischio il nostro lo avrà, con ogni probabilità, calcolato e accettato in partenza.

3. La dittatura del 217 a.C.

3.1. La questione dell'elezione popolare di dictator e magister equitum

Secondo la testimonianza di Livio³⁷, confermata da diverse altre fonti³⁸, dopo la grave sconfitta del lago Trasimeno, essendo morto un console ed essendo l'altro lontano e irraggiungibile, si sarebbe fatto ricorso al popolo al fine di creare sia il dittatore che il suo *magister equitum*, con una procedura, ben differente dalla *dictio* consolare, che era priva di precedenti³⁹.

Si tratta in realtà di una *quaestio* da lungo tempo disputata dalla dottrina, in tutte le sue implicazioni, non chiarite dalle fonti disponibili: chi abbia convocato i comizi, quali comizi, che cosa abbiano essi esattamente deliberato, chi abbia provveduto ad un'eventuale successiva nomina. Qui ci auguriamo di poter fornire un qualche originale contributo al dibattito, anche senza dedicare una trattazione estesa ad alcuna di quelle problematiche, ché questo sarebbe possibile solo in una sede monografica, diversa dalla presente.

³⁶ Ciò che dovette probabilmente incidere ai fini della decisione presa da Fabio di abbandonare l'incarico, giuridicamente non necessaria, ma certo sì sul piano politico, stanti anche i presupposti dell'accordo raggiunto con la parte democratica: in proposito, rivedi sopra, testo e ntt. 27 e 31.

³⁷ Liv. 22.8.5-6: Itaque ad remedium iam diu neque desideratum nec adhibitum, dictatorem dicendum, civitas confugit; et quia et consul aberat, a quo uno dici posse videbatur, nec per occupatam armis Punicis Italiam facile erat aut nuntium aut litteras mitti [nec dictatorem populus creare poterat], quod numquam ante eam diem factum erat, dictatorem populus creavit Q. Fabium Maximum et magistrum equitum M. Minucium Rufum; cfr. 22.31.8-11 (trascritto oltre, alla nt. 87).

³⁸ V. Pol. 3.87.6: Ῥωμαῖοι δὲ δικτάτορα μὲν κατέστησαν Κόιντον Φάβιον, ἄνδρα καὶ φρονήσει διαφέροντα καὶ πεφυκότα καλῶς; 9: ἄμα δὲ τῷ δικτάτορι κατέστησαν ἱππάρχην Μάρκον Μινύκιον; App. Hann. 11.48: δικτάτορά τε, ὡς ἐν κινδύνῳ, Φάβιον εἴλοντο Μάξιμον; Polyaen. 8.14.1: (...) ὥστε καὶ δικτάτωρ ἀπεδείχθη καὶ Μάξιμος ἀνηγορεύθη; Dio frg. 57.8: ὅτι οἱ Ῥωμαῖοι δικτάτορα τὸν Φάβιον ἀνεῖπον, (...); cfr. Sil. Ital. 6.609-612; Flor. epit. 1.27; Lyd. mag. 1.38.13.

³⁹ V. ancora Liv. 22.8.5, con particolare riferimento all'espressione *quod numquam ante eam diem factum erat*; cfr. Liv. 22.31.8.

Innanzi tutto, si consideri il fatto che anche il diritto pubblico romano aveva, a suo modo, carattere giurisprudenziale⁴⁰: esso, oltre che sulle leggi, si fondava sui precedenti, discussi e risolti dagli esperti (*in primis*, senatori e sacerdoti, ma non soltanto)⁴¹. Talvolta può aiutarci a gettare luce su una vicenda passata il modo - più o meno controverso, ma magari meglio documentato - in cui una questione analoga risulta essere stata affrontata in frangenti successivi. Ebbene, in rapporto al nostro caso è indispensabile tenere presente che sette anni dopo si interpellò di nuovo il popolo per la scelta della coppia dittatoria, come ancora ci riferisce Livio, in 27.5.14-18⁴². Più precisamente da questo passo apprendiamo che, nel 210, fu il senato a stabilire che, nel creare il dittatore *comitiorum habendorum causa*, il console M. Valerio Levino dovesse attenersi alla designazione fatta dal popolo, da lui convocato o dal pretore, oppure in alternativa dalla plebe, come in effetti avvenne, data la resistenza

 $^{^{40}}$ A tal punto che poi ne nacque, come si sa, una vera e propria letteratura specializzata; ma in proposito v. meglio oltre, § 3.2 e nt. 103.

⁴¹ Sul rilievo, in generale, degli exempla, dei precedenti, nel diritto costituzionale romano, non possiamo qui diffusamente fermare la nostra attenzione. Per tutti, v. ad esempio A. Pernice, Zum römischen Gewohnheitsrechte, in ZSS, 20 (1899), p. 148 s.; R. Orestano, I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica, Torino 1967, specialmente pp. 69 ss., 134 ss., 139 s., 143 s., 148, 154, 168 s.; W. Kunkel, Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht in der Verfassung der römischen Republik, in Romanitas, 9 (1970), p. 374 s.; J.M. David, Maiorum exempla sequi': l'exemplum' historique dans les discours judiciaires de Cicéron, in MEFRM, 92 (1980), pp. 67 ss., che, pur in riferimento ad esperienze retoriche più che giuridiche, parla di precedenti, che fissano il mos maiorum e lo organizzano in un sistema concettuale e mnemonico; P. Cerami, Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana, Torino 1996³, pp. 66 s., 154 e nt. 100; Id., Breviter su Iul. D. 1.3.32 (Riflessioni sul trinomio 'lex, mos, consuetudo'), in Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche F. Gallo, vol. I, Napoli 1997, p. 120; cfr. per esempio M. Marrone, Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano, in Id., Scritti giuridici, vol. II, a cura di G. Falcone, Palermo 2003, pp. 799 ss.; A. Corbino, Caso, diritto e 'regula'. Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana, in RIDA, 61 (2014), pp. 47 ss., specialmente 51 ss., 62, nt. 89.

⁴²Haec recitata a consule ita movere senatum ut non exspectanda comitia consuli censeret, sed dictatore comitiorum babendorum causa dicto extemplo in provinciam redeundum. Illa disceptatio tenebat quod consul in Sicilia se M. Valerium Messallam qui tum classi praeesset dictatorem dicturum esse aiebat, patres extra Romanum agrum - eum autem Italia terminari - negabant dictatorem dici posse. M. Lucretius tribunus plebis cum de ea re consuleret, ita decrevit senatus ut consul priusquam ab urbe discederet populum rogaret quem dictatorem dici placeret, eumque quem populus iussisset dictatorem; si consul noluisset, praetor populum rogaret; si ne is quidem vellet, tum tribuni ad plebem ferrent. Cum consul se populum rogaturum negasset quod suae potestatis esset, praetoremque vetuisset rogare, tribuni plebem rogarunt, plebesque scivit ut Q Fulvius, qui tum ad Capuam erat, dictator diceretur. Sed quo die id plebis concilium futurum erat, consul clam nocte in Siciliam abiit; destitutique patres litteras ad M. Claudium mittendas censuerunt ut desertae ab collega rei publicae subveniret diceretque quem populus iussisset dictatorem. Ita a M. Claudio consule Q. Fulvius dictator dictus, et ex eodem plebis scito ab Q. Fulvio dictatore P. Licinius Crassus pontifex maximus magister equitum dictus. Sul piano metodologico, al di là delle conclusioni di merito, opportunamente valorizzano questa testimonianza, per esempio, B. Bruno, s.v. 'Dictator', in DE, vol. II.2, Roma 1910, p. 1765 s.; U. Scamuzzi, La dittatura..., cit., p. 23; J. Lesiński, Quintus..., cit., pp. 154 ss.; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., p. 199.

opposta dal console stesso⁴³. Alla nomina del dittatore, individuato in Q. Fulvio Flacco⁴⁴, dovette poi addirittura procedere l'altro console Claudio, giacché Valerio si era allontanato allo scopo di intralciare ulteriormente la procedura; la *dictio* del *magister equitum*, individuato in P. Licinio Crasso⁴⁵, spettò formalmente, come di consueto, al dittatore, ma col medesimo vincolo della preventiva indicazione delle tribù.

Ora, anche a prescindere dalle circostanze concrete da cui la vicenda prese le mosse, occorre notare come essa si collochi nel periodo di crisi definitiva dell'istituto della dittatura, tradizionalmente intesa⁴⁶, segnato da dispute molto accese, che rilevano sul piano politico ancor prima che su quello giuridico-costituzionale⁴⁷. Lo stesso tentativo di rendere la magistratura sostanzialmente elettiva va inquadrato nella movimentata temperie dell'epoca, durante la quale si

.

⁴³ Il problema era nato dal fatto che Valerio intendeva scegliere personalmente il dittatore, com'era nei poteri a lui riconosciuti dalla tradizione, ma fuori dal territorio romano, dopo la sua partenza per la provincia. Sulla circostanza che la dictio consolare fosse vietata, anche dal diritto augurale, fuori dall'ager Romanus, v. qui per esempio U. Scamuzzi, La dittatura..., cit., p. 23; F. Sini, A proposito del carattere religioso della dittatura (note metodologiche sui documenti sacerdotali), in SDHI, 42 (1976), p. 422; M. Gusso, Appunti..., cit., p. 301 e nt. 48; J. Lesiński, Quintus..., cit., 155, con le ulteriori fonti da questi autori variamente richiamate.

⁴⁴ Una delle più grandi personalità di quell'epoca (console nel 237, 224, 212 e 209, pretore nel 215 e 214, censore nel 231: cfr. T.R.S. Broughton, *The Magistrates...*, cit., rispett.te pp. 221, 231, 267 e 285, 254 e 259, 226, 278), a sottolineare l'importanza che questa vicenda generalmente riveste.

⁴⁵ Anch'egli personalità eminente di quel tempo: censore nel 210 (dimessosi prima di diventare magister equitum), pretore nel 208, console nel 205, pontefice massimo dal 212 al 183, secondo quanto attesta T.R.S. Broughton, *The Magistrates...*, cit., rispett.te pp. 278, 291, 301, 271; ma v. anche L. Franchini, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso(212-183 a.C.)*, Napoli 2008, specialmente pp. 11 ss.

⁴⁶ Il che vale in particolare per la dittatura *optima lege*, alla quale si era fatto per l'ultima volta ricorso nel 249, con A. Atilio Calatino, e dopo il Temporeggiatore soltanto con M. Giunio Pera, giusto nel successivo anno 216 (cfr. T.R.S. Broughton, *The Magistrates...*, cit., rispett.te pp. 215 e 248); ma bisogna dire che anche le dittature *imminuto iure* scomparvero di lì a poco. Teoricamente, non sarebbe scorretto parlare, più che di crisi, di evoluzione, di progressiva equiparazione del regime della dittatura a quello delle magistrature ordinarie, se non fosse che nel giro di pochi anni la dittatura tradizionale andò, come si è detto, in desuetudine: sul tema v. ad esempio, per tutti, le riflessioni di G.I. Luzzatto, *Appunti...*, cit., p. 427 s.; P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio Metilia de aequando magistri equitum et dictatoris iure'*, in *SDHI*, 35 (1969), pp. 215, 242, 247; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. I, p. 440, e vol. II, p. 273; M. Gusso, *Appunti...*, cit., p. 295 e nt. 20; J. Lesiński, *Quintus...*, cit., p. 134 s.

⁴⁷ Esemplare, in proposito, quanto scrive F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, p. 272: «L'episodio è interessante, perché rivela un contrasto di ordine costituzionalefra il Senato, appoggiato dai tribuni della plebe, ed un console, il quale rivendicava l'antico potere consolare di procedere alla *dictio* del dittatore, senza necessità di sottoporsi al voto popolare. Tuttavia il voto di per sé non era ancora giudicato sufficiente per la piena validità della nomina, ma occorreva pur sempre l'atto del console; singolare compromesso di poteri, che si reggevano più sulla forza politica che su rigorose norme costituzionali».

ritenne necessario adottare analogo accorgimento financo per un sacerdozio, come il pontificato massimo⁴⁸. Di tutto questo si deve tener conto nell'esaminare il caso del 217, avendo piena consapevolezza del fatto che allora ogni problematicità sarà stata esasperata dalla gravissima situazione in cui la repubblica era venuta a trovarsi, con la necessità di eleggere un dittatore *optima lege*⁴⁹, e non *imminuto iure*, allo scopo di fronteggiare un nemico esterno geniale e spietato, e di far questo senza compromettere in modo irreparabile la stabilità del quadro politico interno. La soluzione trovata, destinata a rivelarsi - come vedremo - ben presto precaria, fu quella di scegliere come *dictator* Q. Fabio Massimo, leader del partito conservatore, tornato in auge dopo le sconfitte militari riportate dai capi dei due partiti avversari, scipioniano e democratico⁵⁰, ai quali sembra che fosse però legato M. Minucio Rufo⁵¹, scelto non a caso come *magister equitum* al fine di garantire equilibrio⁵².

Sul piano giuridico, dal successivo episodio del 210 possono trarsi spunti su quel che era, o era diventato, in materia, norma da tutti accolta e su quel che ancora

⁴⁸ Cfr. Liv. 25.5.2-4. Financo per un sacerdozio, dicevamo, dal momento che un'antica regola vietava ai comizi di *creare sacerdotia*, donde l'accorgimento di ammettere alle votazioni solo diciassette delle trentacinque tribù esistenti (*minor pars populi*): v. Cic. *leg. agr.* 2.7.18; v. anche in materia, oltre al nostro *Aspetti...*, cit., 101 ss., F. Vallocchia, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino 2008.

⁴⁹ Più precisamente, rei gerundae causa, come avremo meglio occasione di chiarire tra breve.

⁵⁰ Ci riferiamo essenzialmente a P. Cornelio Scipione, padre del futuro Africano, console sconfitto nel 218 al Ticino e alla Trebbia (cfr. T.R.S. Broughton, *The Magistrates...*, cit., p. 237 s.), e a C. Flaminio, console sconfitto al Trasimeno pochi giorni prima dell'elezione di Q. Fabio Massimo alla dittatura. V. anche gli autori riportati alla nt. successiva.

⁵¹ Minucio sarebbe stato un esponente del partito scipioniano secondo per esempio W. Schur, Scipio Africanus und die Begründung der römischen Welthershaft, Leipzig 1927, pp. 121, 135; M.L. Patterson, Rome's Choice of Magistrates during the Hannibalic War, in TAPA, 73 (1942), p. 321; H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., pp. 46, 54; N. Criniti, in Tito Livio, Libro XXII delle 'Storie', Padova 1969, p. 53, nt. 6; un esponente del partito democratico secondo per esempio F. Münzer, s.v. Minucius, n° 52, in RE, vol. XV, München 1932, col. 1958; A. Lippold, 'Consules'..., cit., p. 154, che lo ritiene comunque legato anche agli Scipioni; P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 222 s., 229 ss., 238 s., pur con qualche eccesso nel presentare come ancora attuale la contrapposizione tra patrizi e plebei; G.V. Sumner, Elections at Rome in 217 B.C., in Phoenix, 29 (1975), p. 256, nt. 22; R. Scuderi, Per la storia del 'magister equitum', sottoposto o 'collega minor' del dittatore, in G. Firpo, G. Zecchini (a cura di), 'Magister': aspetti culturali e istituzionali, Alessandria 1999, 39, nt. 59. Comunque sia, aggiungeremmo noi, egli era un avversario dei conservatori, fautore di una politica militare aggressiva, contrapposta a quella assai prudente propugnata da Fabio e dai suoi alleati.

⁵² A conferma, v. per esempio F. Münzer, s.v. Fabius..., cit., col. 1819; G. De Sanctis, Storia..., cit., vol. III.2, p. 45; H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., p. 46; J. Bleicken, Das Volkstribunat..., cit., p. 37; A. Lippold, 'Consules'..., cit., p. 154; P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 231, 238 s.; M. Gusso, Appunti..., cit., pp. 294, 324.

era, probabilmente, controverso. Certamente vigente era considerata tuttora la regola della competenza consolare alla *dictio* del dittatore e della competenza dittatoria alla nomina del *magister equitum*⁵³, insieme alla competenza del senato a sovrintendere, con i propri pronunciamenti, su tutta l'operazione⁵⁴. In qualche modo consolidata sembra anche la facoltà che - in caso di impossibilità, materiale o giuridica⁵⁵, di uno o di entrambi i consoli di procedere alla *dictio* - un soggetto munito di *ius agendi cum populo*, o *cum plebe*, venisse incaricato di far designare da una qualsiasi delle assemblee le due persone da nominare⁵⁶. Pare altresì indiscusso il principio che di tale formale nomina, alla fine, ci fosse ancora bisogno⁵⁷. Con l'avvertenza che molto - praticamente tutto il resto - restava dunque controvertibile ed incerto, proviamo a spiegare un po' più esattamente come, per ipotesi, le cose saranno andate, nel 217, per fungere da precedente ad una situazione così delineatasi.

L'incidenza che ebbe il senato, con i propri provvedimenti, nel far sì che dopo la morte di Flaminio il leader dell'aristocrazia tradizionale assumesse la carica di dittatore, con Minucio collega, risulta confermata dalle fonti⁵⁸.

E' espressamente attestato anche il motivo per cui alla *dictio dictatoris* non poté provvedere il console superstite, Cn. Servilio Gemino: perché si trovava lontano, né si poteva agevolmente comunicare con lui, essendo l'Italia occupata dal nemico⁵⁹. Data l'emergenza aspettare non era consigliabile.

[.]

⁵³ Su quest'ultimo punto, v. soprattutto l'osservazione da noi fatta oltre, testo e nt. 74.

⁵⁴ In proposito, v. sopra, testo e nt. 43.

⁵⁵ Materiale, nel frangente del 217; giuridica, sette anni dopo, giacché, come detto, un dittatore non poteva essere nominato fuori dal territorio romano.

⁵⁶ Molto significativa è, per il 210, la sequenza di ipotesi, che non sembra escludere davvero nessuna assemblea, comiziale o conciliare che fosse. V. anche la dottrina riportata oltre, alla nt. 61.

⁵⁷ Così, convintamente, in termini generali per esempio F. Bandel, *Die römischen Diktaturen...*, cit., pp. 126 ss., 137 s.; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, pp. 268 ss.; J. Lesiński, *Quintus...*, cit., pp. 149 s., 156 ss.

⁵⁸ V. in particolare Liv. 22.7.14;8.7; Sil. Ital. 7.220; Val. Max. 3.8.2. Sul ruolo centrale svolto dal senato nel nostro caso giustamente insistono, per esempio, G. De Sanctis, *Storia...*, cit., vol. III.2, p. 45; A. Lippold, *'Consules'...*, cit., p. 152; P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., p. 231; M. Gusso, *Appunti...*, cit., p. 303.

⁵⁹ V. Liv. 22.8.5 (trascritto sopra, alla nt. 37); 22.31.9 (trascritto oltre, alla nt. 87). Ben difficilmente il console avrebbe potuto raggiungere Roma con rapidità, ora che anche il suo distaccamento di cavalleria,

Si decide allora di far indicare la coppia dittatoria dal popolo. Alla luce di quanto detto sopra, non è dirimente stabilire quale precisamente fosse l'assemblea e chi la presiedesse. Ma dato che si parla di popolo⁶⁰, e non di plebe, sembra non esservi alternativa ai comizi, centuriati o tributi⁶¹, e al *praetor urbanus*, M. Emilio⁶², che ora le fonti ci mostrano comprensibilmente⁶³ molto attivo, nel presiedere anche il

guidato da Centenio, era stato intercettato e sconfitto da Annibale (cfr., per tutti, Liv. 22.8.1), ed altrettanto complesso sarebbe stato fargli pervenire il provvedimento del senato, con l'ulteriore rischio che lontano dalla città Servilio non potesse dargli agevolmente esecuzione (anche per le ragioni illustrate sopra, alla nt. 43). In merito, v. per esempio B. Bruno, s.v. *Dictator'...*, cit., p. 1764; M. Gusso, *Appunti...*, cit., p. 293; J. Lesiński, *Quintus...*, cit., p. 132.

⁶⁰ Al *populus* allude l'autore più circostanziato, ossia Livio (22.8.5-6; 31.8-11); altri, come si è visto (sopra, alla nt. 38), al più parlano, genericamente, dei Ψωμαῖοι (Pol. 3.87.6; Dio frg. 57.8).

61 Quali dei due è, dal nostro punto di vista, abbastanza indifferente, e così, a quanto ci pare, anche per esempio dal punto di vista di T. Mommsen, Staatsrecht..., cit., vol. II, p.147; W. Liebenam, s.v. 'Dictator', in RE, vol. V.1, Stuttgart 1903, col. 377; B. Bruno, s.v. Dictator'..., cit., col. 1764; F. Münzer, s.v. Fabius..., cit., col. 1818 s.; J. Bleicken, Das Volkstribunat..., cit., p. 37; G.I. Luzzatto, Appunti..., cit., p. 427 s.; U. Scamuzzi, La dittatura..., cit., p. 22; A. Lippold, 'Consules'..., cit., p. 151 s.; J. Jahn, 'Interregnum' und Wahldiktatur, Kallmünz 1970, p. 116. Optano decisamente, invece, per i comizi centuriati - sulla base per lo più dell'argomento, a nostro avviso discutibile, che, trattandosi di elezioni vere e proprie di magistrati maggiori, la competenza spettava proprio a questa assemblea - ad esempio G. De Sanctis, Storia..., cit., vol. III.2, p. 45; H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., p. 45; F.W. Walbank, A Historical Commentary on Polybius, vol. I, Oxford 1957, p. 422; P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 238 ss., il quale, pur negando la competenza esclusiva dei comitia centuriata, dato che la dittatura era pur sempre una magistratura straordinaria, e tutto stava oramai deviando dalla normale prassi costituzionale, nondimeno ritiene che la scelta delle centurie, i cui meccanismi di votazione erano già stati riformati in senso democratico nel 241, fosse quella che più si addiceva ad un frangente come il nostro, segnato da un singolare compromesso tra le fazioni in lotta, mentre la scelta dei comizi tributi avrebbe comportato uno sbilanciamento eccessivo a favore del partito popolare (il quale non a caso in seguito, tramite i concilia tributa, avrebbe equiparato i poteri del magister equitum a quelli del dittatore: cfr. oltre, § 3.4); F. De Martino, Storia..., cit., vol. II, p. 269; A. Guarino, Il dittatore appiedato, in Labeo, 25 (1979), p. 7, nt. 2; G.V. Sumner, Elections..., cit., p. 251; M. Gusso, Appunti..., cit., pp. 308 e nt. 79, 310; J. Lesiński, Quintus..., cit., pp. 132 ss., 145 ss., 158; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., 198 s. Optano per i comizi tributi ad esempio L. Lange, Römische Alterthümer, vol. I, Berlin 18763, p. 753; G. Rotondi, Leges publicae populi Romani', Milano 1912, p. 251, che riprende Lange; M.E. Hartfield, The Roman Dictatorship..., cit., p. 495.

⁶² Favorevoli all'ipotesi del pretore, che nell'occasione avrebbe convocato e presieduto l'assemblea, sono per esempio L. Lange, *Alterthümer...*, cit., p. 753; T. Mommsen, *Staatsrecht...*, cit., vol. II, p. 146, del quale tuttavia noi, al pari di altri, non condividiamo l'idea che il binomio pretore-comizi avrebbe costituito, da allora in poi, una sorta di rimedio ordinario alternativo a quello della *dictio* consolare, dal momento che nel 210 esso non venne di fatto replicato, né vi fu modo di farlo in seguito, almeno in rapporto alla tradizionale dittatura semestrale (per quella di Cesare, che non è tuttavia invocabile a questo scopo e sulla quale torneremo oltre, v. invece Caes. *civ.* 2.21.5; Dio 41.36.1 e 43.1.1); W. Liebenam, s.v. 'Dictator'..., cit., col. 377, che per primo mosse la suddetta contestazione a Mommsen; F. Bandel, *Die römischen Diktaturen...*, cit., p. 128; J. Bleicken, *Das Volkstribunat...*, cit., p. 37; A. Lippold, 'Consules'..., cit., p. 151; P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., p. 240; J. Jahn, 'Interregnum'..., cit., p. 116, nt. 2; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, p. 269; M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship...*, cit., pp. 495 ss.; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 197 ss.

⁶³ Infatti, in assenza dei consoli dalla città, era normalmente il pretore urbano ad esercitare le facoltà loro proprie: cfr. ad esempio P.G.H. Willems, *Le Sénat de la république romaine*, vol. II, Louvain-Paris 1883, pp. 130 s., 173; T. Mommsen, *Staatsrecht...*, cit., vol. II, pp. 129 s., 232 s., 316, che espressamente parla di prevalenza, in ciò, del pretore urbano sugli altri pretori; A. Lippold, *Consules'...*, cit., p. 151, nt. 307; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. I, p. 431 s.; cfr. F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 199, nt. 7.

senato⁶⁴ e nell'esercitare altre funzioni⁶⁵. Si osservi che si tratta di una mera designazione, e non formalmente di un'elezione⁶⁶, sebbene poi sia passata alla storia come tale (anche perché tale nella sostanza era): non sono pertanto obiettabili, contro questa ipotesi, considerazioni rilevanti dal diritto augurale⁶⁷, secondo le quali un pretore, così come non poteva presiedere i comizi consolari, non poteva farlo neppure per quelli con cui si volesse eleggere un dittatore⁶⁸. L'idea poi che fosse stato indetto l'*interregnum* - da taluno⁶⁹ fondata sulla locuzione *interregni causa* con la quale si descrive nei Fasti la dittatura di Fabio, e sulla quale torneremo in seguito⁷⁰ -, allo scopo di far eleggere il *dictator*, non ci pare accettabile, sia perché nelle fonti non si fa menzione alcuna di un interré sia perché la prassi costituzionale romana impediva di farvi ricorso quando uno dei due consoli era ancora vivo⁷¹.

-

⁶⁴ V. Liv. 22.7.14 (qui insieme al pretore peregrino, M. Pomponio, che, essendo venuto a sapere tra i primi dell'esito della battaglia del Trasimeno, teneva anche assemblee improvvisate con la popolazione, al fine di informarla in merito: cfr. Liv. 22.7.7-8; Plut. *Fab.* 3.4-6).

⁶⁵ Di carattere anche religioso: v. Liv. 22.9.11-10.1; 27.33.8; cfr. oltre, § 3.3.

⁶⁶ Ne consegue, di necessità, che formalmente il provedimento approvato sarà stato di natura legislativa, diretto ad astringere un magistrato ad esercitare secondo un vincolo (derivante dal *iussuspopuli*, secondo Liv. 27.5.16 e 18) funzioni che, in condizioni normali, avrebbe esercitato in maniera discrezionale. Su questo punto torneremo oltre; ma v. fin d'ora, tra gli autori che sembrano condividere questa impostazione, per esempio G. Rotondi, *Leges'..., cit., p. 251, che non esita a parlare di *lex de prodictatore creando; M. Gusso, *Appunti..., cit., p. 310, che già per il 217 parla di «legge speciale»; J. Lesiński, *Quintus..., cit., p. 157 s., per cui i comizi non possono qui eleggere alcuno: possono semmai indicare la persona che altri dovrà nominare.

⁶⁷ In proposito v. per esempio Cic. *Att.* 9.9.3 e 9.15.2 (che cita i *libri augurales*); Gell. 13.15.4 (che attinge direttamente al *de auspiciis* dell'augure Messala).

⁶⁸ Di quest'avviso per esempio G.V. Sumner, *Elections...*, cit., pp. 252 ss. e nt. 13, 255; M. Gusso, *Appunti...*, cit., pp. 310 e nt. 88, 314 ss.; J. Lesiński, *Quintus...*, cit., pp. 140 ss.. Ma qui il magistrato presidente avrebbe tratto gli auspici relativi ad una *rogatio* avente di per sé ad oggetto soltanto la creazione di un obbligo a carico di qualcuno, come già si è chiarito sopra, e non l'elezione di un successore: ove l'auspicatio fosse stata favorevole, non si vede perché la procedura si sarebbe dovuta interrompere, anche dal punto di vista del diritto augurale. Meno convincente ci pare invece il motivo addotto da P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., p. 240, per cui le norme augurali non sarebbero state di nessun intralcio in quanto qui il pretore avrebbe funto da «semplice veicolo di trasmissione della decisione del senato ai comizi stessi». Sulla materia, generalmente intesa, v. ora R. Fiori, *La convocazione dei comizi centuriati: diritto costituzionale e diritto augurale*, in *ZSS*, 131 (2014), pp. 60 ss., con ampi e significativi richiami alla dottrina pregressa; v. anche per esempio P. Catalano, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino 1960, specialmente, qui, pp. 443 ss., 451, 469 s., 482.

⁶⁹V. G.V. Sumner, *Elections...*, cit., pp. 252 ss. e, soprattutto, M. Gusso, *Appunti...*, cit., pp. 291 ss. ⁷⁰ V. oltre, § 3.2.

⁷¹ E' soprattutto dalla combinazione di questi due argomenti con quello della impossibilità di interpretare l'espressione interregni cansa in senso non finale (cfr. oltre) che facciamo discendere il nostro convincimento. L'argomento della sopravvivenza di almeno un console, seppur radicato nella tradizione (cfr., per tutti, F. De Martino, Storia..., cit., vol. I, pp. 267 ss.), potrebbe in effetti non essere da sé solo, qui, sufficiente, non tanto, come suppone Gusso, perché della sopravvivenza di Servilio il senato non avesse magari contezza, quanto perché in quel periodo davvero si cominciava ad ammettere - pur controvertendo sul

Al termine si sarà dovuta effettuare la *dictio*, dell'uno e dell'altro, non potendosi ritenere l'*iter* concluso con la mera indicazione popolare⁷². Ciò, quantunque della *dictio* del dittatore le fonti non facciano, per il 217, espressamente cenno, se si eccettua un passo plutarcheo⁷³, di solito del tutto trascurato⁷⁴, in cui, nel riferire la nomina del *magister equitum* da parte di Fabio, si utilizza lo stesso verbo ἀποδείκνυμι anche per la nomina che ebbe quest'ultimo⁷⁵. Alla *dictio* del dittatore sarebbe stato, come si è detto, ordinariamente competente il console, e non è irragionevole sostenere che, in teoria, si sarebbe potuto aspettare il suo rientro a Roma o comunque in un luogo in cui fosse di nuovo possibile interloquire con lui⁷⁶.

punto: v. Liv. 22.33.9-11 - che quel requisito venisse inteso in modo più elastico, pragmatico, tanto da ritenere, a quello scopo, equivalente alla morte di un console la sua irraggiungibilità, o l'essere egli severamente impegnato in operazioni che lo costringevano altrove. Contrari all'ipotesi dell'*interregnum*, nel nostro caso, sono anche per esempio T. Mommsen, *Staatsrecht...*, cit., vol. II, p. 147; B. Bruno, s.v. *Dictator'...*, cit., p. 1764; G.I. Luzzatto, *Appunti...*, cit., pp. 116 s., 164; J. Jahn, *Interregnum'...*, cit., p. 116 s.; M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship...*, cit., pp. 303 ss.; J. Lesiński, *Quintus...*, cit., p. 137.

⁷² Come sembra darsi talora per scontato: v. per esempio F. Münzer, s.v. *Fabius...*, cit., col. 1819; Id., s.v. *Minucius...*, cit., col. 1957 s., per cui il dittatore e il suo collega furono eletti, quasi per acclamazione, «auf Grund eines ausserordentlichen Volksbeschlusses»; A. Klotz, *Q. Fabius...*, cit., 294.

⁷³ Plut. Fab. 4.1: `Ως οὖν ταῦτ' ἔδοξεν, ἀποδειχθεὶς δικτάτωρ Φάβιος, καὶ ἀποδείξας αὐτὸς ἵππαρχον Μᾶρκον Μινούκιον, πρῶτον μὲν ἠτήσατο τὴν σύγκλητον ἵππφ χρῆσθαι παρὰ τάς στρατείας.

⁷⁴ O ritenuto erroneo, perché il *magister equitum* sarebbe stato invece direttamente eletto dal popolo oppure nominato, secondo la designazione comiziale, dallo stesso magistrato chiamato alla *dictio* del dittatore, anziché da quest'ultimo, con ulteriore strappo rispetto alla tradizione costituzionale: così, per esempio, J. Bleicken, *Das Volkstribunat...*, cit., p. 37, nt. 2; F. Münzer, s.v. *Minucius...*, cit., col. 1957 s.; P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., p. 221; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, p. 269; G.V. Sumner, *Elections...*, cit., p. 256; M. Gusso, *Appunti...*, cit., 294; S.A. Xenophontos, Περὶ ἀγαθοῦ στρατεγοῦ..., cit., p. 167, la quale, pur non escludendo del tutto che Plutarco possa avere così scritto per sua deliberata scelta, basata su conoscenze storiche, tuttavia prende a sua volta soprattutto in considerazione l'ipotesi di una svista o di un errore dovuto ad ignoranza delle procedure costituzionali. La fonte trascritta alla nt. precedente ci conforta, invece, nella convinzione che la prima, importante incombenza cui era da sempre tenuto il *dictator* appena entrato in carica, ossia la nomina di un maestro della cavalleria (sul punto, significativo G. Valditara, *Studi sul 'magister populi'*, Milano 1989, pp. 169, 219), non gli era stata affatto sottratta, quanto meno nella forma. D'altra parte, la testimonianza plutarchea è forse imperfetta nella misura in cui lascia trapelare l'idea che la nomina effettuata da Fabio sia frutto di una sua libera scelta; ma tutto può essere spiegato nel contesto di Plut. *Fab.* 3.4-4.1, in cui non si riferisce chiaramente di una vera e propria delibera adottata dall'assemblea popolare.

 $^{^{75}}$ D'altronde Plutarco non è il solo, tra gli storici greci, ad utilizzare ἀποδείχνυμι in questo significato tecnico: per tutti, v. ad esempio Er. 1.124;162; 2.65; 3.63; 4.167; 5.25;29; 7.2;81;154; Tuc. 5.27.2; 8.89.2; Senof. an. 1.1.2.

⁷⁶ Il che sarebbe addirittura avvenuto anche in questo caso, secondo J. Lesiński, *Quintus...*, cit., pp. 131 ss., che non ammette soluzione diversa da quella di una *dictio* consolare. A tal fine egli, sulla base di spunti presumibilmente rinvenibili in Polibio, più che in altre fonti, propone una completa revisione della cronologia degli eventi, per cui sarebbe trascorso un considerevole lasso di tempo fra la convocazione dei comizi e l'assunzione della dittatura, durante il quale Servilio Gemino sarebbe tornato a Roma. Lo sforzo ricostruttivo di Lesiński, apprezzabile soprattutto laddove postula l'assoluta necessità di una nomina successiva al voto popolare, insufficiente come tale, si scontra tuttavia col dato, ben altrimenti documentato, che Fabio

Ma tale era l'urgenza militare, e così forti le spinte politiche, a sancire con la nomina di Fabio e Minucio gli accordi raggiunti⁷⁷, che non si poté fare a meno di stringere i tempi, come dimostra la circostanza che il Verrucoso risulterà nel pieno esercizio delle sue funzioni ben prima che Servilio Gemino rientri in scena⁷⁸. Chi allora provvede alla *dictio* è secondo noi, verosimilmente, ancora il pretore urbano. E' vero che non ne aveva, in condizioni normali, il potere⁷⁹. Ma qui si tratta di capire se quella prerogativa, potenzialmente inerente all'*imperium* di un magistrato, fosse a lui riconoscibile o meno in mancanza dei consoli, al pari di molte altre facoltà ordinariamente esercitate da questi: data l'elasticità dell'*imperium*, i cui limiti si descrivono solo in negativo⁸⁰, la risposta da dare ad un simile quesito, non senza il conforto di qualche spunto nelle fonti⁸¹, è a nostro avviso affermativa, tanto più che

cominciò ad esercitare da subito le sue funzioni di dittatore - le quali non ci pare proprio il caso di imputare formalmente al pretore, come l'autore propone a p. 157 -, secondo quanto meglio precisiamo appena oltre, testo e nt. 78.

⁷⁷Il coinvolgimento di Servilio Gemino, avversario del Verrucoso e di quella parte dell'aristocrazia senatoria che gli era alleata, avrebbe potuto compromettere il delicato equilibrio politico già raggiunto. Tale supposizione, pur priva di appigli diretti nelle fonti, ci sembra assai più plausibile di quanto non pensi A. Lippold, 'Consules'..., cit., p. 151, nt. 306; v. invece, a sostegno, per esempio P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., p. 230, e M. Gusso, Appunti..., cit., p. 301.

⁷⁸ Lo verificheremo nel prosieguo del presente lavoro, a proposito dei notevoli adempimenti, di carattere soprattutto religioso, cui Fabio Massimo, una volta eletto, è subito tenuto e, soprattutto, a proposito del suo primo incontro con lo stesso Servilio che, non ancora rientrato a Roma, deve presentarsi a lui senza i littori, com'era uso da parte di un console nei confronti del dittatore in carica.

⁷⁹ A parte le fonti (tra cui lo stesso Liv. 22.8.5;31.9) che genericamente riconoscono tale potere al solo console, contro la competenza pretoria è specificamente invocabile, invero, soltanto Cic. *Att.* 9.15.2 (volet enim, credo, senatus consultum facere, volet augurum decretum (rapiemur aut absentes vexabimur) vel ut consules roget praetor vel dictatorem dicat. Sed si Sulla potuit efficere ut dictator diceretur et magister equitum, cur hic non possit?), non a caso utilizzato dagli stessi autori che già al pretore negavano, in questa circostanza, il ius agendi cum populo: v. qui per esempio B. Bruno, s.v. 'Dictator'..., cit., p. 1765; G.V. Sumner, Elections..., cit., pp. 251, 253 s. e nt. 13, 255; M. Gusso, *Appunti...*, cit., p. 309 e nt. 86; J. Lesiński, *Quintus...*, cit., pp. 140 ss., 150, 157.

⁸⁰ In fin dei conti è proprio sull'*imperium auspiciumque*, sul potere dei magistrati e sui limiti ad esso di volta in volta fissabili, che da sempre si incentra l'attenzione degli studiosi del diritto pubblico romano, appartengano essi all'epoca antica (come Sempronio Tuditano, non casualmente ricordato da Messala nel già citato Gell. 13.15) o a quella odierna (in merito, v. le riflessioni ultimamente svolte da G. Valditara, *Saggi sulla libertà dei romani, dei cristiani, dei moderni*, Soveria Mannelli 2008, pp. 31 ss.). Per la nostra vicenda, significativo ci sembra quanto scrive un autore dal quale pur per lo più dissentiamo, ovverosia M. Gusso, *Appunti...*, cit., 326 s., secondo cui tutto in fin dei conti ruota, anche qui, sul problema dell'*imperium*, che la repubblica non seppe mai collocare in sé, né dislocarlo.

81 V. soprattutto Plut. Marc. 24.11-12: `Ω γὰρ δικτάτωρ οὐκ ἔστιν ὑπὸ τοῦ πλήθους οὐδὲ τῆς βουλῆς αἰρετός, ἀλλὰ τῶν ὑπάτων τις ἢ τῶν στρατηγῶν προελθὼν εἰς τὸν δῆμον ὃν αὐτῷ δοκεῖ λέγει δικτάτορα, καὶ διὰ τοῦτο δικτάτωρ ὁ ῥηθεὶς καλεῖται ˙ τὸ γὰρ λέγειν δίκερε Ῥωμαῖοι καλοῦσιν; v. anche Caes. civ. 2.21.5: ibi legem de dictatore latam seseque dictatorem dictum a M. Lepido praetore cognosci; Dio 41.36.1: Μᾶρκος Αἰμίλιος Λέπιδος (...) τῷ τε δήμφ συνεβούλευσε στρατηγῶν δικτάτορα τὸν Καίσαρα προχειρίσασθαι καὶ εὐθὺς εἶπεν αὐτὸν παρὰ τὰ

vi era stata una delibera popolare ad autorizzare Emilio⁸². Né ostano, a nostro avviso, impedimenti di diritto augurale, tali da vietare al pretore di trarre gli auspici per la nomina di un *collega maior*, quale era rispetto a lui il console⁸³, perché invece il dittatore tale non era nei confronti di alcuno dei magistrati ordinari, console compreso, il quale poteva infatti nominarlo pur avendo, anch'egli in fin dei conti, una *potestas minor* rispetto a quella dittatoria⁸⁴. D'altronde Q. Fabio Massimo, membro del collegio augurale, noto per la sua *pietas*, subito chiamato a ripristinare, da dittatore, la *pax deorum* infranta da Flaminio, console *inauspicato*⁸⁵, avrà certo usato ogni premura per evitare qualsiasi inconveniente tale da rendere irregolare la sua

πάτρια; 43.1.1: ἐπειδὴ γὰο δικτάτωο ὑπ'αὐτοῦ (Λεπίδου) τὸ πρῶτον ἐλέχθη (...). Il tenore del discorso plutarcheo è troppo generico perché si possa accogliere la proposta, formulata daB. Bruno, s.v. 'Dictator'..., cit., p. 1765, di individuare negli στρατηγόι, di cui si fa menzione, i tribuni militum consulari potestate, anziché magistrati ordinari come i pretori. Riguardo poi alle testimonianze concernenti dittature del tutto speciali ed assai più tarde, come quella di Cesare, va detto che se, per un episodio tanto antecedente qual è il nostro, esse non sono invocabili, né in generale (cosa che anche noi incliniamo a credere: cfr. sopra), né quindi a sostegno della competenza pretoria alla dictio, allora non debbono essere invocate in ogni caso, e dunque neppure al fine di contestarla, quella competenza (cosa che invece si fa, con il già citato Cic. Att. 9.15.2, ove è proprio a Cesare che l'Arpinate allude).

⁸² Tra gli autori (da noi riportati sopra, alla nt. 62) disposti a riconoscere al pretore, in una circostanza come questa, il *ius agendi cum populo*, ve ne sono alcuni che espressamente ribadiscono l'attitudine pretoria anche alla nomina: v. per esempio T. Mommsen, *Staatsrecht...*, cit., vol. II, p. 146 s.; F. Bandel, *Die römischen Diktaturen...*, cit., p. 128; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, p. 269; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 199. Ciò, a maggior ragione, se poi si ipotizza che al pretore questo potere fosse stato attribuito apposta, per l'occasione, mediante una legge (non troppo diversamente da quanto sarebbe successo molto tempo dopo, secondo il già citato Caes. *civ.* 2.21.5, nei riguardi del pretore M. Lepido, incaricato però di investire Giulio Cesare di poteri dittatoriali di contenuto abnorme, fin troppo estranei alla tradizione perché possiamo qui occuparcene).

⁸³ Si badi che Gell. 13.15 - il quale sul tema degli auspicia maiora e minora riporta testualmente, come si è visto, l'opera dell'augure Messala - non fa minimamente cenno della dittatura. L'accostamento si deve invece a Cicerone, in Att. 9.15.2, che tuttavia non fonda chiaramente la irregolarità della dictio dictatoris pretoria su precedenti risultanti dai libri augurum - come invece fa, in Att. 9.3.3, a proposito della sola creatio consulum da parte del pretore -, limitandosi semmai a prospettare l'eventualità che su quella questione egli possa essere chiamato a pronunciarsi come augure. Anche per questo, oltre che per le ragioni già spiegate sopra, alla nt. 68, non ci pare calzante né addurre, né ritenere decisive, simili testimonianze contro la competenza pretoria alla dictio in quanto tale, come invece per esempio fanno G.V. Sumner, Elections..., cit., p. 255; M. Gusso, Appunti..., cit., pp. 310, 314 s.; J. Lesiński, Quintus..., cit., pp. 140 ss., 144, 146, 150, 157.

⁸⁴ Si ricordi che il *ius dicendi dictatoris* era stato accordato, con l'autorizzazione degli auguri, anche ai *tribuni militum consulari potestate*, secondo quanto significativamente attesta Liv. 4.31.4, essendosi già in passato derogato, dunque, alla regola della nomina consolare esclusiva (e per di più in maniera alquanto innovativa, per i tempi, visto che i tribuni potevano essere anche plebei, come giustamente rileva F. Sini, *A proposito del carattere...*, cit., p. 420 s.).

⁸⁵ V. Val. Max. 1.6.6. Cfr. oltre, § 3.3.

nomina⁸⁶; tanto più, dopo il precedente problematico rappresentato, proprio da questo punto di vista, dalla sua prima dittatura, se si accetta la ricostruzione da noi sopra proposta.

3.2. Natura e funzioni dell'incarico dato a Fabio

Siamo qui tenuti a riproporre un problema, quello della natura e della finalità della carica della quale fu investito Q. Fabio Massimo nel 217, la cui soluzione sarebbe scontata - ossia, una dittatura vera e propria, *optima lege*, col compito di condurre le operazioni di guerra in una situazione di emergenza (*rei gerundae causa*) -, se non fosse per due testimonianze anomale, rinvenibili nelle fonti, che hanno suscitato vive discussioni tra gli studiosi.

Alludiamo essenzialmente ad un ben noto passo di Livio⁸⁷, in cui è lo stesso autore patavino ad avanzare dubbi sul carattere davvero dittatoriale dell'incarico, formulando l'ipotesi che si trattasse di pro-dittatura, e all'altrettanto nota iscrizione dei Fasti⁸⁸, che qualifica la dittatura fabiana come *interregni causa*.

Le due questioni debbono essere affrontate partitamente.

⁸⁶ Non c'è dubbio che, dopo quello che era accaduto a Flaminio, il Verrucoso non potesse assolutamente permettersi, per ragioni anche politiche, di assumere il comando della repubblica incertis auspiciis. Si sarà pertanto premurato di far in modo che: 1) o, dandosi per scontata l'esistenza del potere auspicale del pretore, la questione in senato non si ponesse esplicitamente, con la conseguenza che il collegio augurale, non potendo autoconvocarsi (al pari degli altri collegi sacerdotali: sul punto v. il nostro Principi di 'ius pontificium', in S. Randazzo (a cura di), Religione e diritto romano. La cogenza del rito, Tricase 2014, p. 267 s.), non rilasciasse alcun parere, negativo o positivo che fosse; 2) o, essendo stata sollevata la questione come dubbia e nuova, il collegio augurale, fatto all'uopo consultare, rilasciasse rapidamente un parere positivo. La nostra preferenza va alla prima ipotesi, sia perché, come dicevamo, una auspicatio favorevole doveva esservi già stata, all'atto della convocazione dei comizi, sia perché nelle fonti non si fa cenno di alcuna delibera degli auguri concernente la dictio. Sull'argomento v. anche per esempio A. Lippold, 'Consules'..., cit., p. 153 s.; J. Lesiński, Quintus..., cit., pp. 140 ss.; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., 200, di cui non condividiamo l'opinione secondo la quale, in questo campo, ogni deviazione dalla prassi costituzionale doveva essere necessariamente autorizzata dal senato ex decreto augurum.

⁸⁷ Liv. 22.31.8-11: Omnium prope annales Fabium dictatorem adversum Hannibalem rem gessisse tradunt; Coelius etiam eum primum a populo creatum dictatorem scribit. Sed et Coelium et ceteros fugit uni consuli Cn. Servilio, qui tum procul in Gallia provincia aberat, ius fuisse dicendi dictatoris; quam moram quia exspectare territa iam clade civitas non poterat, eo decursum esse ut a populo crearetur qui pro dictatore esset; res inde gestas gloriamque insignem ducis et augentes titulum imaginis posteros, ut qui pro dictatore [creatus erat, dictator] crederetur, facile obtinuisse. Cfr. Lyd. mag. 1.38.13.

⁸⁸ Per cui v. A. Degrassi, *Fasti...*, cit., pp. 60 s., 122, 185.

Riguardo a quella della natura della carica, va detto che Tito Livio, introducendo nella sua narrazione la digressione sulla pro-dittatura, cade in grave contraddizione con se medesimo⁸⁹, dal momento che proprio lui fino a quel punto aveva sempre parlato di dittatura tout-court, e così farà anche nel prosieguo. Le fonti alle quali lo storico augusteo per lo più attingeva per i fatti di cronaca metropolitana, ossia i resoconti degli annalisti⁹⁰, erano unanimi⁹¹ nel presentare Fabio

⁸⁹ Lo fanno opportunamente notare, per esempio, T. Mommsen, *Staatsrecht...*, cit., vol. II, p. 146, nt. 4, che parla di auto-correzione priva di fondamento; G. De Sanctis, *Storia...*, cit., vol. III.2, pp. 45 s., nt. 67; H.H. Scullard, *Roman Politics...*, cit., p. 274; T.R.S. Broughton, *The Magistrates...*, cit., p. 245 s. e nt. 2; P. Erdkamp, *Polybius...*, cit., p. 144, nt. 32; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 199.

Nessun dubbio può sussistere, in particolare, per passi come quelli relativi alla creazione dei magistrati, che, prestandosi ad una elencazione di tipo annuale, direttamente rinviavano alla stessa tradizione documentaria pontificale, culminata con gli annales maximi, oltre che a protocolli senatorii e a materiali d'archivio, cui gli annalisti - se non certo Livio - fondamentalmente attinsero. Lo stesso inveterato problema inerente alla attendibilità delle testimonianze annalistiche, a lungo sospettate di falsificazioni e ricostruzioni tendenziose, si pone più per l'età arcaica e per dati di carattere militare e gentilizio, che non per tempi più recenti e per questioni di rilievo cronachistico, politico e religioso. A conferma, v. in generale per esempio a H. Nissen, Kritische Untersuchungen über die Quellen der vierten und fünften Dekade des Livius, Berlin 1863; W. Soltau, Die annalistische Quellen in Livius' IV und V Dekade, in Philologus, 52 (1893), p. 664; Id., Livius' Geschichtswerk. Seine Komposition und seine Quellen, Leipzig 1897, pp. 27 ss., 35, 215; K. Witte, Über die Form der Darstellung in Livius Geschichtswerk, in Rheinisches Museum, 65 (1910), pp. 270 ss., 359 ss.; U. Kahrstedt, Die Annalistik von Livius, B. XXXI-XLV, Berlin 1913; A. Klotz, Zu den Quellen der vierten und fünften Dekade des Livius, in Hermes, 50 (1915), pp. 481 ss.; Id., Livius und seine Vorgänger, Leipzig 1940, pp. 25 s., 44 ss.; M. Gelzer, Der Anfang römischer Geschichtschreibung, in Hermes, 69 (1934), p. 269; Id., Die Glaubwürdigkeit der bei Livius überlieferten Senatsbeschlüsse über römische Truppenausgebote, in Id., Kleine Schriften, vol. III, Wiesbaden 1964, pp. 220 ss.; J.E.A. Crake, Archivial Material in Livy, 218-167, Diss. Baltimore 1939, specialmente pp. 159 ss., 227; J. Bayet, in Tite-Live, Histoire romaine, vol. I, ediz. Les Belles-Lettres, Paris 1944, pp. XXVII s., XXX; J.P.V.D. Baldson, Some Questions about Historical Writing in the Second Century B.C., in CQ, 47 (1953), pp. 158 ss.; K. Bredehorn, Senatsakten in der republikanischen Annalistik, Diss. Marburg 1968, specialmente pp. 2, 17, 74 s., 132 ss., 166 s., 171, 206 s.; A.H. Mac Donald, The Style of Livy, in JRS, 47 (1957), pp. 155 ss.; P.G. Walsh, Livy. His Historical Aims and Methods, Cambridge 1961, pp. 31, 35, 110, 120 s., 282, 285 s.; R.M. Ogilvie, A Commentary on Livy Books I-V, Oxford 1965, pp. 5 ss.; J. Briscoe, A Commentary on Livy Books XXXI-XXXIII, Oxford 1973, pp. 1 ss.; Id., Livy and the Senatorial Politics, 200-167 B.C.: The Evidence of the Fourth and Fifth Decades, in ANRW, vol. II.13, Berlin-New York 1982, p. 1076; H. Tränkle, Livius und Polybios, Basel-Stuttgart 1977, pp. 21, 37, 44; B.W. Frier, Libri Annales Pontificum Maximorum': the Origins of the Annalistic Tradition, Rome 1979, pp. 93, 270 ss.; L. Perelli, in Storie di Tito Livio (libri I-V), ediz. Utet, Torino 1974, pp. 30 ss.; T.J. Luce, Livy. The Composition of his History, Princeton 1977, pp. 96 ss., 131, 145 ss., 158 s., 181; T.J. Cornell, The Formation of the Historical Tradition, in I.S. Noxon, J.D.S. Smart, A.J. Woodman (ed.), Past Perspectives. Studies in Greek and Roman Historical Writing, Cambridge 1986, pp. 67 ss.; J. Ungern-Sternberg, The Formation of the Annalistic Tradition: the Exemple of the Decemvirate, in K.A. Raaflaub (ed.), Social Struggles in Archaic Rome, Berkeley 1986, p.86; E. Mensching, Zur Entstehung und Beurteilung von 'Ab urbe condita', in Latomus, 45 (1986), pp. 576, 580 s.; E. Burck, Das Geschichtswerk des Titus Livius, Heidelberg 1992, pp. 16 ss., 24 ss.; U. Laffi, L'uso di epigrafi e di documenti formulari in Livio, in G. Reggi (a cura di), Storici latini e storici greci di età imperiale, Lugano 1993, p. 30; J. Rüpke, Quellen oder Produkte römischer Geschichtsschreibung?, in Klio, 77 (1995), p. 184.

⁹¹ V. ancora Liv. 22.31.8, con particolare riguardo all'espressione *omnium prope annales*; sul punto, v. per esempio M. Gusso, *Appunti...*, cit., p. 293 e nt. 13; P. Erdkamp, *Polybius...*, cit., p. 143 s. Data l'asserita totale concordanza tra le varie tradizioni annalistiche, non riveste per noi cruciale importanza la questione di quale di essa Livio possa aver privilegiato in questa parte della sua opera (secondo per esempio M. Gusso,

Massimo come un autentico dittatore, di tipo tradizionale (seppur eletto dal popolo⁹²). Anche tutte le testimonianze di cui disponiamo noi oggi - abbiano esse carattere epigrafico⁹³ o letterario⁹⁴ - non lasciano adito a perplessità di sorta⁹⁵. Soprattutto Livio e Plutarco riportano episodi da cui si evince che il Temporeggiatore si avvaleva, nella maniera più evidente e da tutti percepibile, delle sue prerogative di *dictator* in quanto tale: solo a titolo di esempio basti ricordare che si muoveva in pubblico con ventiquattro littori⁹⁶; che imponeva agli altri magistrati di dismettere in sua presenza ogni segno del potere (ciò, con speciale riferimento al primo incontro con Servilio Gemino, avvenuto ad Ocricolo, ove Fabio inviò un

Appunti..., cit., p. 293 e nt. 13 - studioso attento alla pluralità delle fonti di cui lo storico augusteo qui si avvalse: cfr. oltre, ntt. 101-102 - si trattava probabilmente del c.d. annalista polibiano, oltre che di Celio Antipatro; v. anche, comunque, la bibliografia da G. citata). Ad ogni modo, in questa sede basti aggiungere che il tentativo di attribuire ad un determinato autore i singoli passaggi dell'opera di Livio - che tende peraltro ad ampliare e a rivedere secondo criteri di carattere retorico-narrativo: in merito, v. soprattutto A.H. Mac Donald, The Style..., cit., pp. 155 ss. - risulta in generale difficile: ciò nonostante, gli studiosi della "Quellenforschung" tradizionale (per lo più di lingua tedesca) non esitavano a identificare, sulla base di criteri ricostruttivi talora anche assai diversi, le fonti di volta in volta utilizzate; oggi in dottrina sembra invece

riferimento.

prevalere un atteggiamento più scettico circa la possibilità di un'esatta identificazione dell'annalista di

⁹² Sulla testimonianza di Celio Antipatro v. meglio appena oltre, testo e nt. 101.

⁹³ Alludiamo essenzialmente all'*elogium* augusteo, in cui si descrive Fabio Massimo come *dictator bis* (cfr. sopra, § 1 e nt. 13), ed ancora ai Fasti, da cui risulta in modo indubitabile il carattere dittatoriale della carica (cfr. sopra, testo e nt. 88).

⁹⁴ In proposito, si rinvia ai molti passi tratti da opere di autori letterari variamente citati in questo scritto; ma v. qui ad esempio, oltre al già ricordato Livio (in particolare, 22.9.7, ove compaiono espressioni come *dictator iterum* e *'magistratum' iniit*), per tutti, Nep. *Hann.* 5.1; Sil. Ital. 7.21;269;378;407;531;706; Val. Max. 3.8.2; 5.2.4; Plin. *nat.* 33.13.45; Frontin. *strat.* 2.5.22; Oros. 4.15.7; Pol. 3.87.6-9; 3.103.3-4; Diod. 26.3.3; Plut. *Fab.* 3.7; 4.1;3;6; 7.4; 9.1;3; 13.4; App. *Hann.* 11.48;50; 16.68; Polyaen. 8.14.1; Dio frg. 57.8; Zon. 8.25-26.

⁹⁵ Ragion per cui la quasi totalità degli studiosi si è decisamente schierata contro l'ipotesi di una prodittatura: v. per esempio T. Mommsen, in *Elogia*, CIL I.1, p. 194; Id., *Staatsrecht...*, cit., vol. II, p. 146 s. e nt. 4; W. Liebenam, s.v. *Dictator*'..., cit., col. 377; F. Bandel, *Die römischen Diktaturen...*, cit., p. 127, nt. 2; G. De Sanctis, *Storia...*, cit., vol. III.2, p. 45 s., nt. 67; H.H. Scullard, *Roman Politics...*, cit., 274; T.R.S. Broughton, *The Magistrates...*, cit., p. 245 s. e nt. 2; A. Lippold, *'Consules*'..., cit., p. 151 s.; P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio*'..., cit., p. 240 s., nt. 55; J. Jahn, *Interregnum*'..., cit., p. 116 s.; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, pp. 268 ss., per cui nessun precedente legittima, oltretutto, una simile ricostruzione; M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship...*, cit., pp. 495 ss.; M. Gusso, *Appunti...*, cit., p. 303, nt. 55; J. Lesiński, *Quintus...*, cit., pp. 133, 144 s.; F.J. Vervaet, *The Scope...*, p. 199. Qualche apertura, per quanto ci risulta, forse soltanto in G. Rotondi, *Leges*'..., cit., p. 251; G. Wesenberg, s.v. *'pro-dictatore'*, in *RE*, vol. XXIII.1, Stuttgart 1957, col. 1279; M.B. Roller, *The consul(ar)...*, cit., p. 203.

⁹⁶ In proposito, v. Plut. Fab. 4.3: Οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ αὐτὸς ὁ Φάβιος εὐθὺς ἐνδείξασθαι θέλων τῆς ἀρχῆς τὸ μέγεθος καὶ τὸν ὅγκον, ὡς μᾶλλον ὑπηκόοις χρῷτο καὶ πειθηνίοις τοῖς πολίταις, προῆλθε συνενεγκάμενος εἰς ταὐτὸ ῥαβδουχίας εἰκοσιτέσσαρας: καὶ τοῦ ἐτέρου τῶν ὑπάτων ἀπαντῶντος αὐτῷ τὸν ὑπηρέτην πέμψας ἐκέλευσε τοὺς ῥαβδούχους ἀπαλλάξαι καὶ τὰ παράσημα τῆς ἀρχῆς ἀποθέμενον ἰδιώτην ἀπαντᾶν; cfr. Pol. 3.87.7. Sul tema, v. in generale, per esempio, G. Valditara, Studi..., cit., p. 179 e nt. 9.

messaggio al console affinché badasse bene a presentarsi a lui senza i littori)⁹⁷; che si occupò direttamente dell'elezione del console *suffectus*, M. Atilio Regolo⁹⁸, cosa che un pro-magistrato non avrebbe avuto il potere di fare⁹⁹.

Il *Cunctator* era dittatore perché tale era stato *dictus*, ché altrimenti non avrebbe assunto le funzioni inerenti a quell'antica magistratura¹⁰⁰. Ma è anche vero che egli, come già l'annalista Celio Antipatro aveva fatto rilevare¹⁰¹, era il primo dittatore della storia romana ad essere stato scelto dal popolo: da qui gli scrupoli che, in modo sorprendente ed eccessivo, Livio si pone, e che certo risentono di

⁹⁷ Oltre a Plut. Fab. 4.3 (trascritto appena sopra), v. Liv. 22.11.5-6: (...) ipse via Flaminia profectus obviam consuli exercituque, cum ad Tiberim circa Ocriculum prospexissit agmen consulemque cum equitibus ad se progredientem, (substitit) viatore misso qui consuli nuntiaret ut sine lictoribus ad dictatorem veniret. Qui cum dicto parvisset congressusque eorum ingentem speciem dictaturae apud cives sociosque vetustate iam prope oblitos eius imperii fecisset, litterae ab urbe allatae sunt (...); cfr. per esempio Pol. 3.88.8; App. Hann. 12.50. A commento, v. per esempio J. Lesiński, Quintus..., cit., p. 144 s.

⁹⁸ V. Liv. 22.25.11: nec tamen ne ita quidem prius mittendum ad exercitum Q. Fabium quam consulem in locum C. Flamini suffecisset; 16: Huius generis orationibus frustra habitis et consule creato M. Atilio Regulo ne praesens de iure imperii dimicaret, pridie quam rogationis ferendae dies adesset, nocte ad exercitum abiit; Pol. 3.106.2: ὧν κατασταθέντων οἱ μὲν δικτάτορες ἀπέθεντο τὴν ἀρχήν, οἱ δὲ προϋπάρχοντες ὕπατοι, Γνάιος Σερουίλιος καὶ Μάρκος Ῥἡγουλος ὁ μετὰ τὴν Φλαμινίου τελευτὴν ἐπικατασταθείς, τότε προχειρισθέντες ὑπὸ τῶν περὶ τὸν Αἰμίλιον ἀντιστράτηγοι καὶ παραλαβόντες τὴν ἐν τοῖς ὑπαίθροις ἐξουσίαν ἐχεἰριζον κατὰ τὴν ἐαυτῶν γνώμην τὰ κατὰ τὰς δυνάμεις. A commento, v. per esempio J. Jahn, Interregnum'..., cit., p. 116 s.; M.E. Hartfield, The Roman Dictatorship..., cit., p. 304 s.; M. Gusso, Appunti..., cit., p. 303, nt. 55; J. Lesiński, Quintus..., cit., p. 144 s. V. anche oltre, § 3.4 e nt. 226.

⁹⁹ Essendo il suo *imperium minus* rispetto a quello del magistrato da eleggere, ossia il console. A sostegno, v., oltre agli autori citati alla nt. precedente, in generale per esempio F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, pp. 221 ss.

¹⁰⁰ Lo rimarca giustamente J. Lesiński, *Quintus...*, cit., p. 157 s.

¹⁰¹ Sul punto v. ancora Liv. 22.31.8; cfr. per esempio B. Bruno, s.v. Dictator'..., cit., p. 1765, secondo il quale a qualche annalista il ricorso al popolo doveva essere in effetti sembrato alquanto anomalo; E. Badian, The Early Historians, in T.A. Dorey (ed.), Latin Historians, London 1966, p. 16; M. Gusso, Appunti..., cit., p. 293, nt. 13, per cui Celio Antipatro rappresenta, comunque, una delle principali fonti di Livio in questa parte della sua opera; J. Lesiński, Quintus..., cit., p. 157, a parere del quale la testimonianza di Antipatro, relativa alla creazione del dittatore da parte del popolo, era nella sostanza veritiera. Sul motivo per cui proprio Celio avesse appuntato la sua attenzione sulla circostanza dell'elezione popolare - cosa che doveva avere, di conseguenza, non poco colpito Livio, che infatti della successiva dictio non fa proprio menzione - è difficile formulare congetture, sebbene non manchino fonti (v. Pomp. D. 1.2.2.40; Cic. Brut. 26.102; cfr. Cic. de orat. 2.12.54) che ci descrivono Antipatro come esperto anche di diritto, e non solo di storia e retorica. Più in generale su Celio Antipatro e sulle sue peculiarità di studioso, si rinvia qui, oltre che all'abbondante letteratura citata sopra, alla nt. 90, per esempio a W. Sieglin, Die Fragmente des L. Coelius Antipater, Leipzig 1879; P. Gensel, s.v. Coelius, no 7, in RE, vol. IV.1, Stuttgart 1900, coll. 185 ss.; E. Badian, The Early Historians..., cit., pp. 15 ss.; W. Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, Graz-Wien-Köln 1967², p. 13; M. Caltabiano, Motivi..., cit., p. 115; W. Hermann, Die Historien des Coelius Antipater, Meisenheim am Glan 1979, specialmente pp. 117 ss.; A. Sicari, Pomponio e Celio Antipatro, in AA. VV., Studi C. Sanfilippo, vol. II, Milano 1982, pp. 549 ss.; P. Ramondetti, in Storie..., cit., p. 148, nt. 7.

discussioni figlie della sua epoca¹⁰². Esse già da diverso tempo animavano, come si sa, la dialettica politica e giurisprudenziale, e fondamentalmente vertevano sulla sovranità popolare e sull'*imperium*¹⁰³: su quale fosse il contenuto di quest'ultimo, quali i limiti, se solo un magistrato eletto potesse esserne investito, o se anche un privato, un soggetto che del magistrato facesse le veci, in forza di una legge votata *ad hoc*¹⁰⁴. Questioni simili avevano acquisito un rilievo cruciale, tanto che dalla risoluzione di esse in un modo o nell'altro dipese, come noto, l'evoluzione della repubblica in

¹⁰² Per la verità la tendenza a sminuire - sul piano militare e non solo - il ruolo del *Cunctator* (termine, questo, che non doveva avere avuto, alle origini, una valenza positiva: cfr. per esempio Vir. ill. 14.6: Unus ex ea gente propter impuberem aetatem domi relictus genus propagavit ad Q. Fabium Maximum, qui Hannibalem mora fregit, Cunctator ab obtrectatoribus dictus) era sempre esistita, fin dai tempi in cui, come sappiamo, egli era in vita, ed anche se, col senno di poi, Fabio era stato celebrato come una sorta di salvatore della patria, per le mancate sconfitte, più che per le vittorie, quella tendenza non si era forse completamente spenta, tanto che qualche tradizione poteva averne risentito: in merito, v. per esempio M. Gusso, Appunti..., cit., pp. 299, 326 e nt. 157; P. Erdkamp, Polybius..., cit., p. 143 s., a parere del quale forse Livio aveva a disposizione anche delle fonti che, per l'appunto, non riconoscevano a Fabio il ruolo di principale comandante della guerra contro Annibale, né addirittura di dittatore, anche se poi il suo prestigio sarebbe stato enfatizzato dalle generazioni successive, per ragioni per lo più legate alle tradizioni familiari dei Fabii; M.B. Roller, The consul(ar)..., cit., pp. 182 ss., specialmente 203, forse il principale sostenitore della fondatezza di questa tesi, anche nei tempi odierni, con critiche persino eccessive al prestigio del personaggio, considerato come un qualcosa di totalmente costruito a posteriori. Circa l'incidenza, certo secondo noi ben maggiore, che, sui dubbi di Livio, dovettero invece avere le dispute dei contemporanei v. per esempio T. Mommsen, in Elogia, CIL I.1, p. 194, il quale parla di Augustae aetatis periti viri, che nella sfera del diritto pubblico avrebbero condizionato Livio; L. Lange, Alterthümer..., cit., 759, per cui l'ipotesi del pro-dittatore fu una pura invenzione degli antiquari; B. Bruno, s.v. 'Dictator'..., cit., p. 1765; G. De Sanctis, Storia..., cit., vol. III.2, p. 45 s., nt. 67, secondo il quale Livio si fa prendere da scrupoli giuridici suggeritigli non si sa bene da quale fonte, scritta o anche orale che fosse; H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., p. 274, che parla di falsa congettura dovuta a tardi giuristi; P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., p. 240 s., nt. 55, che rifacendosi al citato Lange sostiene che l'intento dell'autore patavino era soprattutto quello di rendere edotti i lettori in ordine ad una problematica storica sollevata ai suoi tempi; M. Gusso, Appunti..., cit., pp. 303, nt. 55, 326 e nt. 157, secondo cui Livio voleva forse problematicizzare la questione, oltre che per le ragioni indicate appena sopra, in questa stessa nt., per qualche motivo legato all'attualità; R. Scuderi, Per la storia..., cit., p. 38 s., per la quale la pro-dittatura fabiana è un'invenzione antiquaria; J. Lesiński, Quintus..., cit., p. 133; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., p. 199, per cui Livio si pone scrupoli sulla correttezza delle procedure costituzionali adottate perché indotto a farlo, molto probabilmente, da qualcuno dei suoi patroni della domus Augusta (forse per evitare confronti col precedente recente della dittatura di Cesare, eletto dal popolo e nominato da un pretore?).

¹⁰³ Sono i problemi forse più importanti del diritto pubblico, in età repubblicana, secondo quel che già si anticipava sopra, § 3.1 e nt. 40. Spesso anzi il dibattito giurisprudenziale era speculare a quello politico, cosa che risulta oltremodo evidente in età graccana (con giuristi come Sempronio Tuditano e Giunio Graccano, autori di opere sul potere magistratuale, schierati forse su fronti anche politicamente contrapposti), ma certo non vale solo per quell'epoca. Su questi temi è ultimamente tornato G. Valditara, *Saggi...*, cit., pp. 31 ss., con considerazioni molto calzanti.

¹⁰⁴ Sull'ipotesi adombrata da Livio, di un pro-dittatore in quanto privato munito di poteri dittatoriali, si soffermano in dottrina, con toni sempre critici, per esempio U. Scamuzzi, *La dittatura...*, cit., p. 24; A. Lippold, 'Consules'..., cit., p. 151 s.; M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship...*, cit., pp. 495 ss.

qualcosa di altro da sé¹⁰⁵. Livio sembra non riuscire a sottrarsi agli strascichi di codeste polemiche¹⁰⁶ e, a fronte della notizia di un *imperium* di così ampia portata per la prima volta accordato a qualcuno a seguito di un pronunciamento popolare (che anche a noi, in verità, sembra già di carattere legislativo¹⁰⁷), non può astenersi dalla congettura che quello non potesse essere un magistrato, secondo la miglior tradizione repubblicana, quasi che anche l'autore patavino dovesse guardarsi dal rischio di apparire di quella tradizione poco rispettoso¹⁰⁸. Così facendo però egli non si comportava più da storico¹⁰⁹, perché ignorava i dati delle sue proprie fonti, quelli ai quali si stava, per altri versi, costantemente attenendo, e che gli davano coerentemente conferma di un fatto ben preciso: che Q. Fabio era un *magistrato*, un *dittatore*, al quale, al di là della previa designazione comiziale, erano stati attribuiti proprio *quei* poteri conosciuti dalla costituzione repubblicana, *quella* dignità e *quelle* prerogative anche esteriori, con *quei* ben noti limiti (soprattutto di durata di esercizio della carica). Certo, tutto si reggeva su un equilibrio¹¹⁰ destinato a rivelarsi instabile, dato che sempre con legge, come vedremo¹¹¹, all'*imperium* del dittatore fu ben presto

¹⁰⁵ E' pleonastico ricordare gli episodi in cui, durante la tarda repubblica, poteri di *imperium* dal contenuto straordinario furono via via accordati a sempre più soggetti, fossero essi magistrati (dittatori come Silla e Cesare, triumviri come Ottaviano, Antonio e Lepido), pro-magistrati (come ancora Cesare), privati (come Pompeo o lo stesso Augusto), fino alla soluzione definitiva adottata nel 23 a.C. Sul tema, affrontato in rapporto alla nostra vicenda, v. soprattutto le riflessioni di F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 220 ss.; cfr. per esempio M. Gusso, *Appunti...*, cit., p. 326 s.

¹⁰⁶ Sulla circostanza che Livio non brillasse, in questo frangente, per onestà intellettuale e autonomia di giudizio sono tendenzialmente concordi gli autori ricordati sopra, alla nt. 102. Ma particolarmente critici, tanto da ritenerlo forse persino succube, a noi sembrano soprattutto T. Mommsen, in *Elogia*, CIL I.1, p. 194; G. De Sanctis, *Storia...*, cit., vol. III.2, p. 45 s., nt. 67; P. Erdkamp, *Polybius...*, cit., p. 143 s. e nt. 32; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 199.

¹⁰⁷ Formalmente legislativo, come già si diceva sopra, § 3.1 e nt. 66. Del resto, sempre in rapporto alle dittature di fine-III secolo, va detto che certo non è di natura elettorale la delibera votata dalle tribù per parificare i poteri di Minucio a quelli di Fabio (cfr. oltre, § 3.4), né quella con cui, sette anni dopo, vennero designati Fulvio Flacco e Licinio Crasso col compito di *habere comitios* (cfr. sopra, § 3.1 e nt. 42).

¹⁰⁸ Come si sa, era tipico del pensiero dominante del tempo - compreso quello di parte augustea, ma *a fortiori* quello di parte "repubblicana" - preoccuparsi di far sì che anche le determinazioni più nella sostanza innovative fossero formalmente rispettose degli *antiqui mores*. In proposito, v. qui ad esempio F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 199, circa l'influenza che sullo storico patavino potrebbe aver esercitato qualche esponente della *domus Augusta*.

¹⁰⁹ Molto severo il giudizio espresso da P. Erdkamp, *Polybius...*, cit., p. 144, nt. 32, secondo cui da episodi come questo la credibilità complessiva della narrazione liviana può risultare inficiata.

¹¹⁰ Da noi illustrato sopra, in rapporto al compromesso politico che lo aveva generato.

¹¹¹ Cfr. oltre, § 3.4.

equiparato quello del *magister equitum* (altro fatto senza precedenti). Ma questo non autorizzava nessuno a negare al Temporeggiatore l'*honos* di dittatore.

Riguardo alle funzioni della dittatura del 217, è del tutto scontato, sulla base di una lettura complessiva delle fonti, che a Fabio fosse stato affidato il compito di fronteggiare il nemico esterno, ossia l'invasore cartaginese. Lo scopo di *rem gerere*, riferito alla guerra contro Annibale, trova anche, letteralmente, conferma in alcuni passi delle Storie liviane¹¹². A fronte di ciò desta stupore che, come dicevamo, nei Fasti Q. Fabio Massimo sia menzionato come *dictator 'interregni causa'*¹¹³. Tale locuzione, che non ha eguali per nessun'altra dittatura, è stata ritenuta assurda, priva di senso, e certamente frutto di un errore¹¹⁴. Anche noi non possiamo non dirci di quest'avviso, ove la si voglia intendere in senso *rigorosamente* giuridico, come sarebbe in effetti normale, in un contesto simile. Da questo punto di vista, i tentativi di giustificarla pienamente - così, salvaguardandola - ci paiono destinati ad insuccesso: si tratti di quello esperito da chi¹¹⁵ la spiega in forza del ricorso che sarebbe stato fatto ad un *interrex*, che convocasse i comizi per l'elezione di Fabio, e poi lo

¹¹² V. per esempio Liv. 22.27.8 e 22.31.8; cfr. Liv. 22.9.11 (belli cura). Si osservi che anche il remedium iam diu neque desideratum nec adhibitum, di cui a Liv. 22.8.5, non può che alludere ad una dittatura con pieni poteri nella sfera militare. Quanto agli studiosi, a favore di una dittatura rei gerundae causa si pronunciano, ad esempio, F. Münzer, s.v. Fabius..., cit., col. 1818; H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., p. 274; T.R.S. Broughton, The Magistrates..., cit., p. 245, nt. 2; G.I. Luzzatto, Appunti..., cit., p. 422 s.; U. Scamuzzi, La dittatura..., cit., pp. 19 s., 24; A. Lippold, 'Consules'..., cit., p. 151; J. Jahn, 'Interregnum'..., cit., pp. 116, 118 s.; A. Guarino, Il dittatore..., cit., pp. 7 ss.; R. Feig Vishnia, The Delayed Career..., cit., p. 31; cfr., per certi versi, la stessa M.E. Hartfield, The Roman Dictatorship..., cit., p. 303 s., per la quale tuttavia v. meglio oltre, alla nt. 118.

¹¹³ Cfr. sopra, testo e nt. 88.

¹¹⁴ Per una rassegna di opinioni v. ad esempio T. Mommsen, in *Elogia*, CIL I.1, p. 194, che parla di assurdità; B. Bruno, s.v. *Dictator*'..., cit., p. 1772, che è del medesimo parere; F. Münzer, s.v. *Fabius*..., cit., 1818, per cui l'incisore incorse in errore; G. De Sanctis, *Storia*..., cit., vol. III.2, p. 45 s., nt. 67, che pensa ad un equivoco o a qualche strana congettura; H.H. Scullard, *Roman Politics*..., cit., p. 274, secondo il quale si trattò di uno sbaglio; T.R.S. Broughton, *The Magistrates*..., cit., p. 245, nt. 2; G.I. Luzzatto, *Appunti*..., cit., p. 422 s., per cui *'interregni causa'* venne scolpito per errore; U. Scamuzzi, *La dittatura*..., cit., pp. 18, 20, 24, che la pensa allo stesso modo.

¹¹⁵ V. G.V. Sumner, *Elections...*, cit., pp. 252 ss.; M. Gusso, *Appunti...*, pp. 291 ss., specialmente 297 s., 317 ss., 325 ss., per il quale esisteva una tradizione secondo cui Fabio Massimo sarebbe stato dittatore "grazie all'interregno", o addirittura "in occasione dell'interregno" suo proprio, dato che, secondo G., Fabio avrebbe anche presieduto, in qualità di interré, i comizi destinati ad eleggere lui stesso dittatore (talché la locuzione *interregni causa*, da intendersi nel modo descritto, diverso da quello finale, acquisirebbe una funzione persino eponima); R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., pp. 39, 45.

nominasse dittatore, sia per le ragioni già esposte sopra¹¹⁶, sia soprattutto per l'impossibilità di attribuire a quella espressione contenente un genitivo seguito da *causa*, tradizionalmente esplicativa dei compiti affidati ad un qualsivoglia *dictator*, una valenza diversa da quella finale¹¹⁷; o si tratti del tentativo esperito da chi¹¹⁸ vede realmente nelle mansioni accollate al *Cunctator* quelle proprie di un interré, che in mancanza dei consoli tenga ufficialmente la repubblica (oltretutto, per sei mesi?).

Insomma, è difficile negare che - in base a quello che ad oggi sappiamo, in tema di costituzione romana - sul piano propriamente giuridico siamo in presenza di un'inesattezza. Ma ci pare strano che tutto sia dipeso da una mera disattenzione del lapicida, sfuggita per di più a chi avrebbe dovuto effettuare i controlli, prima che una testimonianza monumentale di così grande valore simbolico-politico, quale erano i Fasti, venisse ad essere definitivamente esposta al pubblico¹¹⁹. Molto probabilmente, secondo noi, si intese invece riconoscere alla dittatura fabiana, tramandata da lungo tempo come quella cui si dovette la salvezza stessa della repubblica in tempi quant'altri mai difficili¹²⁰, un *quid pluris* rispetto alle "normali" dittature *rei gerundae causa*: ossia l'aver gerito non solo la guerra, ma in un certo senso l'intera comunità, ed il suo destino, in un periodo di assoluta sostanziale vacanza di altri poteri, con

¹¹⁶ Cfr. sopra, § 3.1 e nt. 71.

¹¹⁷ Come giustamente osserva J. Lesiński, *Quintus...*, cit., p. 137, il solo dato elementare che dittatura *interregni causa* non possa tradursi, dal latino, come dittatura "causata da interregno", o simili (in merito, basti per esempio vedere s.v. 'causa', in *Oxford Latin Dictionary*, vol. I, Oxford 1968, p. 290, n. 17) è sufficiente a rendere vano ogni ulteriore sforzo ricostruttivo profuso in tal senso da Gusso, citato sopra, alla nt. 115.

¹¹⁸ V. soprattutto M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship...*, cit., pp. 303 ss., ripresa da F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., 198, nt. 4, che considera brillante la spiegazione offerta dalla Hartfield. Si noti che quest'ultima, pur ammettendo, in prima battuta, che potesse anche trattarsi di dittatura *rei gerundae causa*, si diffonde in ulteriori rilievi inerenti all'*interregni causa*, che non sarebbe stato affatto scolpito per sbaglio; tali rilievi, pur per altri versi plausibili, sembrano in effetti assumere, nell'ottica dell'autrice, una portata pienamente giuridica.

¹¹⁹ La predisposizione dei Fasti, avvenuta, come si sa, proprio in età augustea, rispondeva ad un preciso intento poltico, il che rende difficile postulare la vera e propria erroneità anche solo di qualcuna delle iscrizioni in essi contenute. Condivisibili, da questo punto di vista, le osservazioni, per esempio, di M. Gusso, *Appunti...*, cit., pp. 245 s., nt. 2, 326 e nt. 157.

¹²⁰ In proposito, è d'uopo richiamare alla memoria la tradizione dell'*unus homo qui nobis cunctando rem restituit*, per la quale v. ancora sopra, § 1 e nt. 6, con le fonti ivi citate.

particolare riferimento a quello dei consoli¹²¹, che infatti non provvidero alla *dictio* di Fabio, tanto che spettò anzi a quest'ultimo ricomporne l'integrità collegiale (provvedendo, come si è detto, a far eleggere un *suffectus*)¹²². Insomma, uno speciale omaggio postumo che, sacrificando in gran parte la forma del diritto alla sostanza dell'intento celebrativo, si volle tributare al Temporeggiatore, e soltanto a lui, presentandolo come un dittatore "hors catégorie", non riconducibile ad alcuna delle figure tradizionali¹²³.

3.3. Le incombenze di carattere religioso

Si è già detto della statura di grande leader anche religioso che Fabio Massimo rivestiva: egli, nel 217, era già augure da molti anni e, l'anno dopo, sarebbe divenuto anche pontefice¹²⁴. L'esperienza da dittatore, dunque, non fece altro che rafforzare il suo prestigio in questo campo, avuto riguardo al modo in cui esercitò le sue funzioni.

¹²¹ Già sopra (§ 3.1 e nt. 71) si è visto che di essi uno era morto e l'altro fu per un certo tempo irraggiungibile, e che in quel periodo si cominciava a discutere se non solo la morte, ma anche la sostanziale indisponibilità dei consoli non fosse requisito sufficiente per indire l'*interregnum*.

Nel complesso, intendiamo dire che è come se Fabio avesse concentrato nelle sue mani, oltre ai poteri dittatoriali, anche quelli ordinari del console, prima che egli stesso procedesse alla ricostruzione della coppia consolare, trovandosi a dover gestire, anche in città, una situazione di tale emergenza da risultare priva di precedenti. In questo quadro può trovare forse una spiegazione anche il fatto che poi si deciderà di equiparare l'imperium del magister equitum a quello del dittatore, che proprio come un console si troverà nella necessità di prendere accordi con un "collega" ai fini di un esercizio ripartito del comando (cfr., sul punto, Liv. 22.27.10, trascritto oltre, alla nt. 208): ciò, paradossalmente, anche quando due veri e propri consoli in carica vi saranno di nuovo. Sono argomentazioni, queste, idonee a rendere ragione della plausibilità della locuzione contenuta nei Fasti, sul piano storico-politico e latissimo sensu giuridico, ma non ancora, secondo noi, sul piano giuridico propriamente detto, perché interrex Fabio non fu mai.

¹²² Su questo dato ferma giustamente la propria attenzione M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship...*, cit., pp. 303 ss., perché occuparsi dell'elezione dei nuovi consoli era una delle funzioni per definizione proprie dell'*interrex*, in età repubblicana, ed in quel caso il dittatore era stato creato anche, innegabilmente, in previsione di questo. Ma, riguardo alle argomentazioni della Hartfield, cui non può certo attribuirsi un rilievo di tipo giuridico (nel senso di formale assunzione, da parte di Fabio, della qualifica di interré), v. i distinguo da noi già operati sopra. Sull'elezione del *consul suffectus* Atilio Regolo avremo modo di tornare oltre, § 3.4 e nt. 226, specie in rapporto al frangente, politicamente complesso, nel quale quella operazione si collocò.

¹²³ Non ci pare che, in dottrina, alcun autore si sia chiaramente espresso in questo senso. Fra gli studiosi citati sopra, alla nt. 114, qualche spunto è forse rinvenibile in coloro che, per spiegare l'*interregni causa*, parlano talora di congettura, di forzatura erudita, pur facendo nettamente prevalere la tesi dell'errore.

¹²⁴ Cfr. sopra, § 1.

Ora, su quali fossero, in generale, le implicazioni di carattere sacrale della dittatura non è nostro compito dilungare qui la nostra indagine¹²⁵. Basti solo dire che il *dictator* (*optima lege*) era il più alto magistrato in carica e che il suo *imperium* era connesso all'*auspicium*¹²⁶: quest'ultimo rilievo vale, in verità, anche per consoli e pretori, ma si rammenti che al dittatore si faceva ricorso in circostanze di emergenza, la quale, nell'ottica romana, sarà stata nella gran parte dei casi determinata dal venir meno della *pax deorum*¹²⁷. Il *dictator* era pertanto tenuto a sbrigare le incombenze di ordine religioso esattamente come ogni altro magistrato munito di *imperium*, ma entro scenari che il più delle volte presentavano tratti di considerevole drammaticità¹²⁸.

Forse anche in ragione di questo si individuò, allora, proprio in Fabio Massimo l'"uomo della provvidenza": perché tutte quelle sconfitte non potevano essere imputate a cause solo umane; in particolare, un disastro come quello del lago Trasimeno non poteva che essere dipeso dall'ira divina, provocata dall'empietà di Flaminio, che, eletto console, aveva trascurato sia gli auspici che i prodigi¹²⁹.

¹²⁵ V. comunque qui, per tutti, G.I. Luzzatto, *Appunti*..., cit., pp. 454, 458, e soprattutto F. Sini, *A proposito del carattere*..., cit., pp. 401 ss.

¹²⁶ Sul punto, v. ancora per esempio G.I. Luzzatto, *Appunti...*, cit., p. 458; F. Sini, *A proposito del carattere...*, cit., p. 410.

¹²⁷ Solo dal mantenimento dello stato di amicizia con le divinità dipendeva la salvezza della repubblica; viceversa dalla rottura della pax deorum scaturivano quelle situazioni di crisi, politica o militare, per ovviare alle quali si sarebbe eventualmente potuto fare ricorso ad un dittatore. Gli scritti pubblicati sul tema della pax deorum sono assai numerosi; v. qui, tra i più recenti, ad esempio F. Sini, Pax deorum' e sistema giuridicoreligioso romano, in C. Cascione e C. Masi Doria (a cura di), Fides Humanitas Ius'. Studii L. Labruna, vol. VII, Napoli 2007, pp. 5165 ss.; F. Santangelo, Pax deorum' and Pontifss, in J.H. Richardson e F. Santangelo (ed.), Priests and State in the Roman World, Stuttgart 2011, pp. 161 ss.

¹²⁸ Di tutti i precedenti in proposito invocabili vogliamo ricordare proprio quello del 249, che presenta molte analogie con la nostra vicenda: anche allora venne infatti nominato un dittatore, Atilio Calatino (v. sopra, alla nt. 46), dopo che il console Claudio Pulcro, che aveva disprezzato gli auspici, era andato incontro a sconfitta in battaglia. In merito v. Cic. *nat.* 2.3.7; Svet. *Tib.* 2.2; cfr. per esempio U. Scamuzzi, *La dittatura...*, cit., pp. 22, 29; J. Lesiński, *Quintus...*, cit., p. 142 e nt. 3.

¹²⁹ La connessione tra le manchevolezze di C. Flaminio e la disfatta del Trasimeno, dove egli trovò la morte, è assistita da riscontri testuali (v. per esempio Liv. 22.9.7, trascritto oltre, alla nt. 130; Cic. nat. 2.3.8; div. 1.35.77; 2.8.21; 2.23.71; Val. Max. 1.6.6), anche se forse tali testimonianze risentivano di una tradizione votata alla polemica contro Flaminio, qual era quella che faceva capo agli annalisti Fabio Pittore, parente alla lontana dello stesso Temporeggiatore, e Celio Antipatro, incline ad accentuare la drammaticità degli eventi: in proposito, v. per esempio M. Caltabiano, Motivi..., cit., specialmente pp. 103, 107 ss., 112, 114 ss.; J. Lesiński, Quintus..., cit., pp. 141, 143; R. Feig Vishnia, A Case of Bad Press'? Gaius Flaminius in Ancient Historiography, in

Non c'è dunque da stupirsi che il Verrucoso, appena entrato in carica, consulti subito il senato circa gli affari divini¹³⁰: questi, nelle sedute senatorie, avevano normalmente la precedenza su tutti gli altri¹³¹, ma adesso a maggior ragione. Ed è anche comprensibile che il dittatore insista particolarmente¹³² affinché, facendosi interpellare i *decemviri*, custodi degli oracoli sibillini¹³³, venissero quanto

ZPE, 181 (2012), pp. 27 ss.; R. Fiori, La convocazione..., cit., pp. 81 ss. Riguardo poi alle specifiche infrazioni imputabili al console del 217, v. ancora, per quanto riguarda gli auspicia, Liv. 21.63.5 ss., 22.1.5-8, Val. Max. 1.6.6, nonché Cic. nat. 2.3.8, div. 1.35.77, 2.8.21, 2.23.71, Sil. Ital. 5.59-62 (ove rispett.te si descrive Flaminio come colpevole di aver del tutto eluso l'auspicatio ovvero di averne disdegnato gli esiti sfavorevoli: cose ben diverse, come fa avvedutamente notare, in dottrina, soprattutto R. Fiori, appena sopra citato, che parla di due tradizioni parallele); per quanto riguarda i prodigia, v. Liv. 22.1.8 ss., Cic. div. 1.35.77, 2.8.21, Val. Max. 1.6.6, Plut. Fab. 2.2-3 (da cui si evince che Flaminio non si curò di cotanti segni della collera degli dei, alla cui procuratio dovette semmai dedicarsi il collega Servilio).

¹³⁰ In proposito, v. soprattutto Liv. 22.9.7-11: Q. Fabius Maximus dictator iterum quo die magistratum iniit vocato senatu, ab dis orsus, cum edocuisset patres plus neglegentia caerimoniarum quam temeritate atque inscitia peccatum a C. Flaminio consule esse quaeque piacula irae deum essent ipsos deos consulendos esse, pervicit ut, quod non ferme decernitur nisi cum taetra prodigia nuntiata sunt, decemviri libros Sibyllinos adire iuberentur. Qui inspectis fatalibus libris rettulerunt patribus, quod eius belli causa votum Marti foret, id non rite factum de integro atque amplius faciundum esse, et Iovi ludos magnos et aedes Veneri Erycinae ac Menti vovendas esse, et supplicationem lectisterniumque habendum, et ver sacrum vovendum si bellatum prospere esset resque publica in eodem quo ante bellum fuisset statu permansisset. Senatus, quoniam Fabium belli cura occupatura esset, M. Aemilium praetorem, ex collegii pontificum sententia omnia ea ut mature fiant, curare iubet; Plut. Fab. 4.4: Μετὰ δὲ ταῦτα καλλίστην ἀργόμενος ἐκ θεῶν ἀργήν, καὶ διδάσκων τὸν δῆμον ὡς ὀλιγωρία καὶ περιφρονήσει τοῦ στρατηγοῦ πρὸς τὸ δαιμόνιον, οὐ μοχθηρία τῶν ἀγωνισαμένων σφαλέντα, προὕτρεπε μὴ δεδιέναι τοὺς ἐχθρούς, ἀλλὰ τοὺς θεοὺς ἐξευμενίζεσθαι καὶ τιμᾶν, οὐ δεισιδαιμονίαν ἐνεργαζόμενος, ἀλλὰ θαρρύνων εὑσεβεία τὴν ἀρετὴν καὶ ταῖς παρὰ τῶν θεῶν ἐλπίσι τὸν ἀπὸ τῶν πολεμίων φόβον ἀφαιρῶν καὶ παραμυθούμενος; cfr. Pol. 3.88.7: ἐν ῷ καιρῷ καὶ Φάβιος μετὰ τὴν κατάστασιν θύσας τοῖς θεοῖς ἐξώρμησε μετὰ τοῦ συνάρχοντος καὶ τῶν ἐκ τοῦ καιροῦ καταγραφέντων τεττάρων στρατοπέδων. Circa l'esigenza, subito avvertita da Fabio e dall'aristocrazia senatoria, di recuperare le ragioni di diritto sacro, facendosi garanti del culto violato ed immettendo con solerzia nella pratica politica robuste iniezioni di religiosità tradizionale, v. ad esempio, per tutti, G. De Sanctis, Storia..., cit., vol. III.2, p. 46; A. Lippold, 'Consules'..., cit., p. 155; M. Gusso, Appunti..., cit., pp. 295 ss.; J. Lesiński, Quintus..., cit., pp. 140, 151; P. François, 'Sacrorum causa'..., cit., p. 165; J. Elliot, Ennius' 'Cunctator'..., cit., p. 536 e nt. 20; R. Scuderi, L'humanitas'..., cit., p. 477; M.B. Roller, The consul(ar)..., cit., p. 186.

131 Ciò rispondeva ad una prassi consolidata (cfr. Varr. in Gell. 14.7.9: *de rebusque divinis prius quam humanis ad senatum referendum esse*) ed assai risalente, che il magistrato doveva osservare quando faceva la sua *relatio*, e che Varrone aveva teorizzato nel suo *Isagogicum ad Pompeium*, scritto dal reatino per Pompeo Magno, console eletto per il 70, che nulla sapeva dell'esercizio del *ius agendi cum patribus* (v. ancora Gell. 14.7.1-3).

132 Lo si ricava dalla locuzione pervicit ut che compare in Liv. 22.9.8 (trascritto sopra, alla nt. 130). Cfr. per esempio G. Brizzi, Il culto di Mens e la seconda guerra punica, in Y. Le Bohec (éd.) L'Afrique, la Gaule, la religion à l'époque romaine. Mélanges M. Le Glay, Bruxelles 1994, p. 512.

133 Come noto, il numero dei membri di detto collegio sacerdotale mutò a seconda delle epoche, e corrispondentemente ne mutò anche la denominazione: Ilviri, Xviri, XVviri sacris faciundis. Su questi sacerdoti, ai quali si faceva per lo più ricorso per placare gli dei in circostanze che fuoriuscivano dall'ordinario, e sul ruolo assai importante che essi svolsero ai fini della integrazione del sistema cultuale romano, v. per esempio, tra i più recenti, M. Monaca, La Sibilla a Roma. I libri sibilini fra religione e politica, Cosenza 2005, specialmente pp. 130 ss.; D. Engels, Das römische Vorzeichennesen (753-27 v. Chr.), Stuttgart 2007, pp. 739 ss.; C. Février, De Tite-Live à Obsequens, ou les perturbations de la chronique prodigiale, in D. Briquel, C. Février, C. Guittard (éd), 'Varietates Fortunae'. Religion et mythologie à Rome. Hommages J. Champeaux, Paris 2010, pp. 167, 173; Id., 'Dis placandis'. Les destinataires de la 'procuratio prodigiorum', in Kentron, 24 (2009), pp. 133 ss.; M. de Souza, L'utilisation

prima prescritte le misure riparatorie più adatte ad una situazione divenuta così grave, come anche si evinceva dal verificarsi di *taetra prodigia*¹³⁴. Numerose furono le cerimonie cui bisognava di conseguenza attendere¹³⁵, nel rispetto dei precetti rituali indicati dal collegio dei pontefici¹³⁶; su alcune di esse è opportuno fermare qui la nostra attenzione, perché sembrano davvero attagliarsi a frangenti tanto straordinari, nei quali era in carica un dittatore, e per di più Fabio Massimo, uomo noto per la sua *pietas*. Colpisce per esempio l'offerta in voto di un tempio a *Venus Erycina*, alla quale, secondo i libri sibillini, avrebbe dovuto provvedere personalmente colui che in città detenesse il *maximum imperium*¹³⁷ (cosa che, prima di partire, farà appunto Fabio, non

de livres dans les rites romains, in Y. Perrin (éd.), Neronia, vol. VIII, Bibliothèques, livres et culture écrite dans l'empire romain de César à Hadrien, Bruxelles 2010, pp. 168 ss.; Y. Barthelet, Colère et apaisement des dieux de Rome. Remarques sur la réponse graduelle des autorités républicaines à l'angoisse suscitée par les prodiges, in Mythos, 4 (2010), pp. 15 ss.; E.M. Orlin, Foreign Cults in Rome, Oxford 2010, specialmente pp. 86 ss.

¹³⁴ V. ancora Liv. 22.9.8.

¹³⁵ Esse sono dettagliatamente elencate nel passo liviano riportato sopra, alla nt. 130; ma v. anche Plut. Fab. 4.5-6: 'Εκινήθησαν δὲ τότε πολλαὶ καὶ τῶν ἀπορρήτων καὶ χρησιμων αὐτοῖς βίβλων, ἃς Σιβυλλείους καλοδσι, καὶ λέγεται συνδραμεῖν ἕνια τῶν ἀποκειμένων ἐν αὐταῖς λογίων πρὸς τάς τύχας καὶ τάς πράξεις ἐκείνας. Καὶ τὸ μὲν γνωσθὲν οὐκ ἦν έτἑρῷ πυθέσθαι, προελθὼν δὲ ὁ δικτάτωρ εἰς τὸν ὄχλον εὕξατο τοῖς θεοῖς ἐνιαυτοῦ μὲν αἰγῶν καὶ σνῶν καὶ προβάτων καὶ βοῶν ἐπιγονὴν, ὅσην Ἱταλίας ὅρη καὶ πεδία καὶ ποταμοὶ καὶ λειμῶνες εἰς ώραν ἐσομένην θρέψουσι, καταθύσειν ἄπαντα, θέας δὲ μουσικὰς καὶ θυμελικὰς ἄξειν ἀπὸ σηστερτίων τριακοσίων τριάκοντα τριῶν καὶ δηναρίων τριακοσίων τριάκοντα τριῶν ἔτι τριτημορίου προσόντος. Sulle cerimonie complessivamente prescritte dai sacerdoti all'inizio della dittatura di Fabio v. per esempio G. Wissowa, Religion und Kultus der Römer, München 1912², pp. 60, 393 s.; G. De Sanctis, Storia..., cit., vol. III.2, p. 46; A. Abaecherli Boyce, The Development of the 'Decemviri sacris faciundis', in TAPH, 69 (1938), p. 179; I. Müller Seidel, Fabius..., cit., pp. 268 ss.; J. Bayet, Histoire politique et psycologique de la religion romaine, Paris 1957, p. 149 s.; O. Robinson, Blasphemy and Sacrilege in Roman Law, in IJ, 8 (1973), p. 358; G. Dumézil, La religione romana arcaica, trad. it., Milano 1977, pp. 407 ss.; F. Sini, 'A quibus iura civibus praescribebantur'. Ricerche sui giuristi del III secolo a. C., Torino 1995, p. 104 s.; Id., Populus' et 'religio' dans la Rome républicaine, in Archivio storico e giuridico sardo di Sassari, 2 n.s. (1995), p. 85 s. e nt. 67; Id., Religione e sistema giuridico in Roma repubblicana, in Diritto@Storia, 3 (2004), § 4, con ulteriore bibliografia; S.W. Rasmussen, Public Portents in Republican Rome, Rome 2003, pp. 42, 251; C. Février, Le double langage de la Sibylle de l'oracle grec au rituel romain, in M. Bouquet, F. Morzadec (éd.), La Sibille. Parole et représentation, Rennes 2004, p. 20 s.; T. Mazurek, The Decemviri sacris faciundis': Supplication and Prediction, in C.F. Konrad (ed.), 'Augusto augurio. Rerum humanarum et divinarum commentationes in honorem J. Linderski', Stuttgart 2004, pp. 151, 163 e nt. 34.

¹³⁶ Il fatto che siano stati questi sacerdoti, e non i *decemviri sacris faciundis*, a prescrivere le regole di rito dal cui rispetto sarebbe formalmente dipesa la validità delle celebrazioni è confermato da Liv. 22.9.11 (trascritto sopra, alla nt. 130).

¹³⁷ V. Liv. 22.10.10: Tum aedes votae: Veneri Erycinae aedem Q. Fabius Maximus dictator vovit, quia ita ex fatalibus libris editum erat ut is voveret cuius maximum imperium in civitate esset; Menti aedem T. Otacilius praetor vovit. Cfr. per esempio N. Criniti, in Tito Livio..., cit., 59, nt. 10; A.W.J. Holleman, Q. Fabius' Vow to Venus Erycina (217 b.C.) and its Backround, in AA. VV., Studia Phoenicia, vol. X, Punic Wars, Leuven 1989, p. 223; G. Brizzi, Il culto..., cit., p. 513.

a caso appartenente ad una *gens*, la quale, come è stato rilevato in dottrina¹³⁸, era da sempre devota a Venere, Madre di Enea, in cui poteva essere senz'altro identificata la Afrodite di Erice, divinità greco-fenicia¹³⁹). Colpisce anche la connessa offerta di un tempio a Mente¹⁴⁰, dea che personifica una virtù astratta, di cui il *Cunctator* si farà alfiere, in contrapposizione alla dissennatezza di Flaminio, nella conduzione della guerra¹⁴¹. Alquanto significativa è anche la promessa agli dei di un *ver sacrum*, antichissimo rito di origine italica che comportava il sacrificio di tutti i nuovi nati, fra gli animali, nella primavera di un certo anno¹⁴²: per un adempimento così eccezionale, tale da gravare pesantemente su tutta la cittadinanza, si decise di fare di

¹³⁸ V. A.W.J. Holleman, *Q. Fabius' Vow...*, cit., pp. 223 ss.; cfr. per esempio G. Brizzi, *Il culto...*, cit., p. 514; P. François, *'Sacrorum causa'...*, cit., pp. 173 ss.; R. Scuderi, *L'humanitas'...*, cit., p. 477, nt. 75. Fra le testimonianze più rilevanti, sul punto, anche perché relativamente recenti, occorre ricordare soprattutto quella, di cui a Liv. 10.31.9, concernente Q. Fabio Gurgite, che nel 295 fece costruire un tempio a Venere vicino al Circo Massimo; mentre altre che di solito si adducono a conferma del fervore religioso dei Fabii (v. per esempio Liv. 5.46.1-3;52.3-4; Val. Max. 1.1.11; Flor. *epit.* 1.7(1.13).16; App. *Celt.* 6; Dio. frg. 25.5, concernenti un celebre episodio di cui fu protagonista Fabio Dorsuone all'epoca dell'invasione gallica), sono, per la verità, difficilmente riferibili alla dea in questione.

¹³⁹ Sulla Venere di Erice - alla quale poi Fabio effettivamente dedicò, in esecuzione del voto, un tempio sul Campidoglio: cfr. Liv. 23.30.13;31.9 -, e sulla evoluzione del suo culto a Roma v. qui ad esempio U. Scamuzzi, *La dittatura...*, cit., p. 30; N. Criniti, in Tito Livio..., cit., p. 56, nt. 10; A.W.J. Holleman, *Q. Fabius' Vow...*, cit., pp. 223 ss.; G. Brizzi, *Il culto...*, cit., pp. 513 ss.; G. Sauron, *Vénus Érycine, patronne des poètes irrévérencieux*, in B. Delignon, Y. Roman, *Le poète irrévérencieux*. *Modèles hellénistiques et réalités romaines*, Lyon 2009, pp. 163 ss.; R. Scuderi, *L'humanitas'...*, cit., p. 479, nt. 87.

¹⁴⁰ Circa il culto della dea Mente - d'ora in poi collegato a quello di Venere Ericina, visto che anche alla prima fu dedicato, in contemporanea, un tempio sul Colle Capitolino: cfr. Liv. 23.30.13;31.9; Ov. fast. 6.241 ss. -, v. per esempio N. Criniti, in Tito Livio..., cit., 56, nt. 10, 59, nt. 10; G. Brizzi, *Il culto...*, cit., pp. 512 ss.; R. Scuderi, *L'humanitas'...*, cit., p. 479, nt. 87.

¹⁴¹ Sulla condotta di Fabio, ispirata - non diversamente, per certi versi, da quella del pio Enea, figlio di Venere - ad avvedutezza, prudenza, razionale accortezza, che protegge dalle insidie del nemico, di contro alle iniziative di Flaminio, ispirate a *temeritas, inscitia*, si soffermano, ad esempio, N. Criniti, in Tito Livio..., cit., p. 56, nt. 10; G. Brizzi, *Il culto...*, cit., pp. 517 ss.; R. Scuderi, *L'humanitas'...*, cit., p. 479, nt. 87; R. Feig Vishnia, *A Case...*, cit., p. 37.

e destinato ad essere celebrato molti anni dopo (cfr. Liv. 33.44.1-2; 34.44.1-3), v. ad esempio W. Eisenhut, s.v. 'Ver sacrum', in RE, vol. VIII A 1, Stuttgart 1955, coll. 911 ss.; J. Heurgon, Trois études sur le 'ver sacrum', Bruxelles 1957; Id., Le 'ver sacrum' romain de 217, in Latomus, 15 (1956), pp. 137 ss.; P.M. Martin, Contribution de Denys d'Halicarnasse à la connaissance du 'ver sacrum', in Latomus, 32 (1973), pp. 23 ss.; L. Aigner Foresti, La tradizione antica sul 'ver sacrum', in M. Sordi (a cura di), Coercizione e mobilità umana nel mondo antico, Milano 1995, pp. 141 ss.; J. Scheid, Les incertitudes de la 'voti sponsio'. Observations en marge du 'ver sacrum' de 217 av. J.C., in M. Humbert, Y. Thomas (éd.), Mélanges A. Magdelain, Paris 1998, pp. 417 ss.; J.M. Caro Roldán, 'Ver sacrum' pecuariorum, in DHA, 24 (1998), pp. 53 ss.; Id., Una aproximacióna la naturaleza del 'ver sacrum', in Gerión, 18 (2000), pp. 159 ss.; M. Monaca, La Sibilla..., cit., pp. 134 ss.; M.B. Roller, The consul(ar)..., cit., p. 192.

nuovo ricorso al popolo, che aveva appena eletto il dittatore; e sebbene Livio¹⁴³ ci riferisca che la convocazione dei comizi era stata resa necessaria da una decisione dei pontefici, adottata su richiesta del pretore Emilio, da Plutarco¹⁴⁴ sembra tuttavia ricavarsi che la *rogatio* in questione sia stata poi proposta all'assemblea da Fabio Massimo.

Ad ogni modo, in previsione dell'impegno bellico di Fabio, sarà poi lo stesso Emilio ad essere incaricato di curare l'esecuzione dei *sacra*¹⁴⁵; ma non c'è dubbio che le linee essenziali di politica religiosa fossero state definite dal Verrucoso¹⁴⁶, che dà qui prova sia di devozione agli dei sia di notevole sagacia nel rasserenare gli animi, rassicurare la popolazione¹⁴⁷, senza peraltro cadere nell'eccesso opposto, quello del fanatismo superstizioso¹⁴⁸.

¹⁴³ Liv. 22.10.1-2: His senatus consultis perfectis, L. Cornelius Lentulus pontifex maximus consulente collegium praetore omnium primum populum consulendum de vere sacro censet: iniussu populi voveri non posse. Rogatus in haec verba populus (...).

¹⁴⁴ Plut. Fab. 4.6 (trascritto sopra, alla nt. 135). Sulla necessità del ricorso ai comizi, imposta dal responso comunicato dal pontefice massimo Cornelio Lentulo, si rinvia qui, per tutti, a F. Sini, 'A quibus iura'..., cit., p. 103, nt. 7; Id., Populus..., cit., pp. 84, nt. 66, 86, e soprattutto Id., La règle 'iniussu populi voveri non posse': le peuple et la religion dans la Rome républicaine, in Diritto@Storia, 9 (2010), § 5 ss., che quanto meno prende in considerazione l'ipotesi che la decisione del collegio pontificale sia stata influenzata dalla temperie del momento, che tendeva ad accrescere le competenze del popolo.

¹⁴⁵ Secondo quanto attesta Liv. 22.9.11 (trascritto sopra, alla nt. 130), si trattava del pretore urbano M. Emilio, del quale abbiamo già più volte detto in precedenza (v. in particolare, sopra, § 3.1 e nt. 62). Cfr. per esempio P. François, 'Sacrorum causa'..., cit., p. 172, che parla di ripartizione dei compiti tra il dittatore e il pretore, cui sarebbe spettato il disbrigo residuo delle misure religiose.

¹⁴⁶ Nelle fonti sono addirittura rinvenibili rilievi di sintesi di questo tipo: Liv. 22.11.1, per esempio, ci riferisce che in senato Fabio passò a discutere d'altro *'rebus divinis peractis'*; Pol. 3.88.7 ci rappresenta il dittatore nell'atto di lasciare la città 'θύσας τοῖς θεοῖς'.

¹⁴⁷ Anche questo era senza dubbio l'obiettivo, politicamente rilevante, perseguito dal Verrucoso, secondo quanto è dato cogliere per esempio in Plut. Fab. 4.4 (trascritto sopra, alla nt. 130). Cfr. per esempio G. De Sanctis, Storia..., cit., vol. III.2, p. 47; R. Scuderi, L'humanitas'..., cit., p. 479, secondo cui Fabio, ormai esperto sessantenne, conosceva bene la psicologia delle masse, ed era la persona più adatta per placarle; R. Feig Vishnia, A Case..., cit., p. 37.

¹⁴⁸ Dal quale il Temporeggiatore sembra essere altrettanto alieno, come ancora si evince da Plut. Fab. 4.4, e ancor prima da 2.3, ove addirittura si allude ad una sua imperturbabilità di fronte ai prodigi, perché ritenuti contrari alla logica (...Φάβιον δὲ τὰ μὲν σημεῖα, καίπερ ἀπτόμενα πολλῶν, ἦττον ὑπέθραττε διὰ τὴν ἀλογία). Sono, queste, testimonianze che possono lasciare perplessi; ma non più di tanto, se si riflette sul fatto che si stava ormai entrando in una fase storica nella quale gli esponenti di spicco della classe dirigente, anche quelli sulla carta più rispettosi della religiosità tradizionale, cominciavano a fare di essa un uso politico. Sul tema v. ad esempio, in rapporto a Q. Fabio Massimo, F. Cassola, I gruppi..., cit., pp. 341 s.; G. Brizzi, Il culto..., cit., p. 521, che parla di un Fabio tradizionalista, strenuo difensore dei valori genuinamente romani, ma all'occorrenza incline ad utilizzare i mezzi religiosi per fini laici; J. Elliot, Ennius' Cunctator'..., cit., p. 536 e

Si ha notizia di altre successive incombenze di natura sacrale, a motivo delle quali il Temporeggiatore, in una fase molto delicata del suo mandato¹⁴⁹, venne addirittura costretto ad abbandonare le operazioni di guerra e a tornare a Roma. Le testimonianze all'uopo adducibili¹⁵⁰ non ci consentono di accertare in quali cerimonie esse esattamente consistessero¹⁵¹, tanto che è stato non a torto sostenuto che in realtà si trattasse più che altro di un pretesto per mettere in discussione la strategia militare di Fabio¹⁵², al cui comando, come si vedrà, si decise, proprio in quel frangente, di equiparare quello del *magister equitum* Minucio¹⁵³. D'altronde, per indurre

nt. 20, secondo cui il *Cunctator* fu sempre molto rispettoso verso gli dei, ma con equilibrio, guardandosi dall'adottare misure drastiche, e quasi barbare, come qualche volta accadeva in quel periodo; R. Scuderi, *L'humanitas'...*, cit., pp. 474, 476 s., per la quale alle nefaste conseguenze della mancanza di *pietas* bisognava rimediare, nell'ottica fabiana, non con la superstizione emotiva, irrazionale, ma con l' εὐσέβεια, che allontana la paura del nemico; R. Feig Vishnia, *A Case...*, cit., pp. 36 s., 41, a parere della quale da passi come Plut. *Fab.* 4.1 si ricava quale fosse la vera disposizione di un leader come Fabio Massimo, capace di usare la religione come strumento di propaganda, anche allo scopo di screditare gli avversari politici.

149 L'insistenza di Fabio nella sua tattica temporeggiatrice aveva infatti già sollevato parecchi malumori, *in primis* da parte del suo *magister equitum* Minucio Rufo, ma evidentemente non solo. Di ciò si dirà comunque oltre, § 3.4; ma v. fin d'ora, qui, per esempio, P. François, *'Sacrorum causa'...*, cit., pp. 165 ss., il quale, in uno scritto interamente dedicato alla vicenda del rientro del *Cunctator* a Roma per motivi religiosi, cerca di inquadrarla al meglio nel contesto politico-militare nel quale essa ebbe a verificarsi.

150 V. Liv. 22.18.8-9: Inde sacrorum causa Romam revocatus, non imperio modo sed consilio etiam ac prope precibus agens cum magistro equitum, ut plus consilio quam fortunae confidat et se potius ducem quam Sempronium Flaminiumque imitetur, Pol. 3.94.9: καὶ ἀναγκασθεὶς δὲ μετ' ὀλίγας ἡμέρας ἐπὶ τινας ἀπελθεῖν θυσίας εἰς τὴν Ῥώμην παρέδωκεν τῷ συνάρχοντι τὰ στρατόπεδα (...); Sil. Ital. 7.380-383: quin et vestigia pulsi et gressus premeret castris, ni sacra vocarent ad patrios veneranda deos. Tum, versus ad urbem, alloquitur iuvenem, cui mos tramittere signa (...); 392: 'Dis sine me libare dapem et sollemni ferre'; Plut. Fab. 8.1: μετὰ δὲ ταῦτα τῶν ἱερέων καλούντων αὐτόν εἰς Ῥώμην ἐπὶ τινας θυσίας παρέδωκε τῷ Μινουκίῳ τὴν δύναμιν (...); 9.1: ἐπεὶ δ'ὁ Φάβιος προσελθών ἀπολογεῖσθαι μὲν οὐδ' ἐμέλλησε πρὸς τὸν δἡμαρχον, ἔφη δὲ τάχιστα τὰς θυσίας καὶ τὰς ἱερουργίας γενέσθαι, ὥστ' ἐπὶ τὸ στράτευμα βαδιεῖσθαι τῷ Μινουκίῳ δἰκην ἐπιθήσων; App. Hann. 12.52: Διαδραμόντος δ' ἐς Ῥώμην ἐπὶ θυσίας τινὰς τοῦ Φαβίου, ὁ Μινούκιος ἡγούμενος τοῦ στρατοῦ συνεπλέκη τινὰ μάχην τῷ Αννίβα (...); cfr. Zon. 8.26: 'Έως μὲν οὖν ἐνεδἡμει ὁ Φάβιος, δεινόν ὁυδὲν τοῖς Ῥωμαίοις ἐγένετο, ὡς δ'ἐκεῖνος εἰς τὴν Ῥώμην ἀπῆρε κατὰ τι δημόσιον, ἕπταισαν.

¹⁵¹ Stando alle espressioni contenute nelle fonti sopra riportate, dovremmo trovarci di fronte a riti di carattere sacrificatorio (θυσία, ἱερουργία) con annesso banchetto (daps), secondo l'uso normale; tale dato resta tuttavia eccessivamente generico, mancando in particolare ogni indicazione relativa agli dei cui venne reso culto. Ci paiono, queste, constatazioni pacifiche anche in dottrina; fa parzialmente eccezione P. François, 'Sacrorum causa'..., cit., pp. 175 ss., nel suo tentativo, da noi contestato oltre, di individuare le divinità gentilizie, proprie dei Fabii, che il Temporeggiatore sarebbe corso a Roma ad onorare.

152 Così, già a suo tempo, G. De Sanctis, *Storia...*, cit., vol. III.2, p. 51, con un largo seguito da parte degli studiosi: v. per esempio F.W. Walbank, *A Historical Commentary...*, cit., p. 430, che parla di disegni politici di parte democratica; G. Vallet, *Un exemple...*, cit., p. 182 e nt. 2; Id., in Tite Live, *Histoires, livre XXII (Coll. Erasme)*, Paris 1966, p. 87, nt. 8; R. Scuderi, *L'humanitas'...*, cit., p. 480, nt. 98.

¹⁵³ V. ancora oltre, § 3.4.

il nostro a rientrare davvero in città, quei *sacra* dovranno pur essere esistiti, e con caratteristiche tali da rendergli preferibile il farlo anziché il non farlo, per non mettere a rischio la sua reputazione di uomo pio (la quale, in questo caso, fu probabilmente strumentalizzata dai suoi avversari politici)¹⁵⁴. Ebbene, la tesi secondo cui i riti in questione andrebbero individuati in culti privati, familiari o gentilizi¹⁵⁵, non ci trova concordi, sia perché le fonti sembrano direttamente alludere ad impegni di carattere pubblico¹⁵⁶ o ai quali il *Cunctator* era chiamato per via di determinazioni assunte dalla pubblica autorità, senatoria o sacerdotale che fosse¹⁵⁷, sia perché, più in generale, nella sfera dei *sacra privata* nessuna ingerenza di quel tipo sarebbe stata possibile, neppure da parte dei sacerdoti (questi, menzionati da Plutarco¹⁵⁸ al plurale, non erano mai collegialmente implicati nelle faccende private, delegando in particolare i pontefici soltanto un membro del loro collegio a dare ogni anno

.

¹⁵⁴ In questi termini, anche noi faremmo proprie le obiezioni mosse da P. François, 'Sacrorum causa'..., cit., pp. 165 ss. agli autori ricordati, sopra, alla nt. 152: ossia che quella delle incombenze religiose non fu soltanto una scusa. Più esattamente si trattò, secondo noi, di un'occasione còlta, da parte di chi, col proprio comportamento operoso, decisamente approfittò della circostanza perché Fabio Massimo rimanesse, per così dire, "incastrato".

¹⁵⁵ La tesi in questione è sostenuta, come si è detto, da P. François, 'Sacrorum causa'..., cit., pp. 165 ss., specialmente 173 ss., in base soprattutto a Sil. Ital. 7.380-383 e 392 (riportato sopra, alla nt. 150), il quale, con le locuzioni ad patrios deos e sollemni, rispett.te alluderebbe alle divinità dei padri, nel senso di patres familias, e ad un rito a data fissa da celebrare in loro onore, secondo l'uso già invalso presso certi Fabii del passato (v. in particolare sopra, alla nt. 138, a proposito di Fabio Dorsuone), che si erano recati a compiere il sacrificio a costo di abbandonare l'esercito in armi. Ma, anche a prescindere dalle peculiarità della fonte evocata - di natura poetica, di contro al silenzio sul punto delle fonti di natura storiografica -, occorre osservare innanzitutto che l'aggettivo patrius può significare anche "della patria" (v. qui, decisivo, il lemma di cui a Fest. 364 L, sul patrius ritus, in quanto distinto da quello peregrinus), e poi che i sacra sollemnia, i quali dovevano effettivamente svolgersi certis temporibus, non avevano affatto carattere soltanto privato (v. ancora Fest. 467 L). A tutto ciò si aggiunga il rilievo che Dorsuone non rivestiva, al contrario di Fabio, alcuna carica magistratuale, con il cui esercizio potesse rischiare di entrare in conflitto per adempiere ai suoi impegni di diritto sacro privato, e che comunque nessuna delle fonti relative a quel lontano precedente narra di un sacrificio celebrato ad Ercole, il dio caro ai Fabii che, secondo F., il Cunctator sarebbe forse qui tornato a venerare (essendo semmai, in App. Celt. 6, rinvenibile la menzione di Vesta e del suo tempio).

¹⁵⁶ Molto chiaro, in proposito, specialmente Zon. 8.26, che addirittura non parla neppure di cerimonie religiose, ma di un semplice affare pubblico (δημόσιον).

¹⁵⁷ L'utilizzo di verbi come *revocare*, in Liv. 22.18.8, ο καλέιν, in Plut. *Fab.* 8.1, non può che alludere ad un richiamo ufficiale, dal quale il Temporeggiatore si trova costretto (ἀναγκασθεὶς, in Pol. 3.94.9) ad accorrere (διαδραμόντος, in App. *Hann.* 12.52) a Roma per curare i *sacra.* Ora, sebbene nel citato passo plutarcheo si dica che il richiamo proveniva dai sacerdoti (τῶν ἱερέων), l'unico organo in grado di esercitare, sul piano politico, una pressione *diretta* sul magistrato, qui addirittura un dittatore, è senza dubbio il senato (al quale, come si dirà tra breve, spettava anche dare esecuzione ai decreti sacerdotali).

¹⁵⁸ V. ancora Plut. Fab. 8.1, citato alla nt. precedente e riportato per esteso sopra, alla nt. 150.

consigli ai patres familias che li richiedessero¹⁵⁹). Si sarà quindi trattato di cerimonie di diritto sacro pubblico¹⁶⁰, decretate da un qualche collegio sacerdotale - la competenza in materia, lo ricordiamo, spettava ordinariamente ai pontifices¹⁶¹ -, fatto consultare apposta dal senato, che ne avrà poi affidata la celebrazione a Fabio Massimo¹⁶². Questo può considerarsi abbastanza certo, ma la spiegazione non è ancora soddisfacente, visto che a Roma vi era pur sempre il pretore incaricato, come si è detto¹⁶³, della cura sacrorum in luogo del dittatore assente. Ci sembra allora inevitabile ipotizzare¹⁶⁴ che i riti in esame fossero di quelli per i quali, come all'inizio del semestre, era stata richiesta la partecipazione diretta del dictator, in quanto magistrato con l'imperium più alto, o qualcosa di molto simile¹⁶⁵. Qualcosa, comunque, cui il Verrucoso non potesse per coerenza sottrarsi, ma in sé non così importante da non passare subito in secondo piano¹⁶⁶, a tutto vantaggio di ben altre

-

¹⁵⁹ Cfr. Pomp. D. 1.2.2.6. Sul fatto che i pontefici, i quali, come tutti i giuristi romani, svolgevano attività di consulenza, non potessero autoconvocarsi in mancanza di una richiesta, né intervenire di propria iniziativa, si rinvia qui, in generale, alla nostra produzione in materia, ed ultimamente in particolare a *Il problema dell'esistenza di un 'ius controversum' in età arcaica*, in *Diritto@Storia*, XIII, 2015, § 3.

¹⁶⁰ In merito alla dialettica fra diritto sacro pubblico e privato v. per esempio Fest. 284 L, ove i sacra publica sono definiti 'quae publico sumptu pro populo fiunt', ed i sacra privata 'quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt'.

¹⁶¹ Con speciale riferimento alla funzione espiatoria e alla *procuratio prodigiorum*, *a fortiori* quando si trattava, per l'appunto, di riti patrii. A conferma, v. in generale Liv. 1.20.5-7; cfr. per esempio Liv. 24.44.9; 27.4.15; 27.37.4; 30.2.13; 34.45.7.

¹⁶² Sulla procedura di consultazione dei collegi sacerdotali, disposta dal senato, che anche poi ratificava il responso ricevuto, incaricando un magistrato di eseguire le misure prescritte, v. qui L. Franchini, *Aspetti...*, cit., pp. 144 ss.

¹⁶³ Cfr. sopra, § 3.1 e nt. 65. V. anche, per esempio, P. François, *'Sacrorum causa'...*, cit., p. 172, secondo il quale nulla, in linea di principio, avrebbe potuto giustificare il venir meno di questa sorta di ripartizione di compiti.

¹⁶⁴ Non ci risulta che un'ipotesi del genere sia stata finora formulata dalla dottrina.

¹⁶⁵ Ribadiamo che non è possibile determinare con precisione quali fossero i sacra in questione. Molto probabilmente, secondo noi, niente che avesse a che fare con i riti celebrati all'inizio della carica, che, almeno per quanto riguarda Q. Fabio, potevano dirsi compiuti (essendo stata, in particolare, presentata al popolo la rogatio relativa al ver sacrum, e pronunciato il voto a Venere Ericina: cfr. sopra), senza che sia lecito postulare l'esistenza di qualche irregolarità, in cui si fosse incorsi, da dover sanare a posteriori (così, giustamente, lo stesso P. François, 'Sacrorum causa'..., cit., p. 172 s.). Meglio pensare ad uno scrupolo religioso affatto nuovo, e dai tratti abbastanza incerti da indurre il senato a chiedere schiarimenti ai sacerdoti, la cui risposta, in qualche modo, avrà di nuovo chiamato in causa il Cunctator. ciò, al di là dell'oggettiva importanza del rito in sé considerato.

¹⁶⁶ Talché, a un certo punto, i riti di cui si tratta non erano stati ancora celebrati, della qual cosa Fabio si lamenta pubblicamente, cercando di affrettare i tempi per poter presto ripartire e ricongiungersi al suo esercito: così Plutarco, in *Fab.* 9.1 (riportato sopra, alla nt. 150), per poi però passare subito ad altro, senza in particolare dare, al pari di tutte le altre fonti, notizia alcuna dell'effettiva esecuzione dei sacrifici

questioni, di ordine politico-militare, la discussione delle quali, in presenza di Fabio, costituiva, inutile negarlo, il vero obiettivo di coloro che lo avevano fatto tornare in città.

3.4. La complessa vicenda dei rapporti tra Q. Fabio Massimo ed il magister equitum M. Minucio Rufo

Si è visto che la designazione popolare di Fabio Massimo e di Minucio Rufo, appartenenti a fazioni politiche contrapposte¹⁶⁷, rispettivamente a dictator e magister equitum, era il frutto di un compromesso politico, che aveva reso necessario il ricorso ad una procedura mai sperimentata prima. E sebbene formalmente, almeno secondo noi, tutto sia stato presto ricondotto, con la successiva dictio del dittatore e con la dictio da parte di quest'ultimo del magister equitum, nell'alveo dei tradizionali rapporti fra il comandante in capo ed il suo collaboratore - come anche chiaramente si evince dalla richiesta, fatta dal Verrucoso al senato, di essere esonerato dall'osservanza dell'antichissimo precetto che vietava al dittatore di salire a cavallo¹⁶⁸, dato che ogni competenza su quel reparto era stata un tempo davvero riservata al solo magister equitum¹⁶⁹ -, non c'è dubbio che Minucio, pur giuridicamente sottoposto a Fabio¹⁷⁰,

richiesti. Di ciò prende avvedutamente atto P. François, 'Sacrorum causa'..., cit., pp. 166, 177, 181, del quale tuttavia non condividiamo l'opinione secondo cui il silenzio delle fonti sarebbe imputabile al carattere privato, e perciò segreto, delle cerimonie in esame; tanto più alla luce di un passo come quello sopra trascritto, e dallo stesso F. citato, in cui si riferisce di una dichiarazione fatta dal Temporeggiatore in un contesto del tutto pubblico.

¹⁶⁷ Quella conservatrice, di cui Fabio stesso era il leader, e quella, a seconda delle ipotesi, democratica oppure scipioniana, di cui Minucio era un vivace esponente, secondo quanto già chiarito, in particolare, sopra, § 3.1 e nt. 51.

¹⁶⁸ In proposito, v. Plut. Fab. 4.1-2: Ὠς οὖν ταῦτ᾽ ἔδοξεν, ἀποδειχθεὶς διατάτως Φάβιος, καὶ ἀποδείξας αὐτὸς ἵππαρχον Μάρκον Μινούκιον, πρῶτον μὲν ἡτήσατο τὴν σύγκλητον ἵππφ χρῆσθαι παρὰ τὰς στρατείας. Οὐ γὰρ ἐξῆν, ἀλλ᾽ ἀπηγόρευτο κατὰ δή τινα νόμον παλαιόν, εἴτε τῆς ἀλκῆς τὸ πλεῖστον ἐν τῷ πεζῷ τιθεμένων καὶ διὰ τοῦτο τὸν στρατηγὸν οἰομένων δεῖν παραμένειν τῆ φάλαγγι καὶ μὴ προλείπειν, εἴθ᾽, ὅτι τυραννικὸν εἰς ἄπαντα τἆλλα καὶ μέγα τὸ τῆς ἀρχῆς κράτος ἐστίν, ἔν γε τούτφ βουλομένων τὸν δικτάτορα τοῦ δήμου φαίνεσθαι δεόμενον. Come giustamente rilevano R. Flacelière, É. Chambry, in Plutarque, Vies, vol. III, ediz. Les Belles-Lettres, Paris 1964, p. 62, Plutarco, unico autore a parlare di nomina del magister equitum da parte del Verrucoso (cfr. sopra), è anche il solo che ci riferisca il particolare della richiesta di esonero dall'applicazione del νόμος in questione.

¹⁶⁹ Sul divieto di equum escendere (Liv. 23.14.2; cfr. Zon. 7.13), sulle sue origini e sulle frequenti deroghe concesse in tempi successivi concordiamo interamente col punto di vista di G. Valditara, Perché il 'dictator' non poteva montare a cavallo, in SDHI, 54 (1988), pp. 226 ss.; Id., Studi..., cit., pp. 143, nt. 21, 219, 328,

tale nella sostanza non si sentisse fin da principio, perché pur sempre munito di un'investitura popolare diretta, alla quale erano sottesi degli accordi di cui egli era cosciente più di ogni altro¹⁷¹.

Tutto ciò spiega l'atteggiamento assunto dal *magister equitum* durante le operazioni di guerra, fortemente critico nei confronti della strategia temporeggiatrice di Fabio Massimo ed assai autonomo da quest'ultimo¹⁷². Il dittatore si rendeva conto che la loro collaborazione, indispensabile per la salvezza della repubblica, si fondava su di un equilibrio molto fragile¹⁷³, ed è per questo che, stando alla testimonianza

secondo cui siamo qui in presenza di un residuato dell'epoca più antica, in cui dominava l'oplitismo, durante la quale il magister populi-dictator era a capo soltanto della fanteria, e proprio per questo, assunta la carica, doveva immediatamente procedere alla nomina di un magister equitum. Allo stesso a. si rinvia per un'ampia rassegna delle opinioni espresse in dottrina; ma v. qui, in special modo, per esempio W. Liebenam, s.v. Dictator'..., cit., col. 385; B. Bruno, s.v. Dictator'..., cit., p. 1768; F. Sini, A proposito del carattere..., cit., pp. 422 ss.; A. Guarino, Il dittatore..., cit., pp. 7 ss.; R. Feig Vishnia, The Delayed Career..., cit., p. 31; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., pp. 206 s., nt. 35; R. Scuderi, L'humanitas'..., cit., p. 478 e nt. 82. La ragione del persistere del divieto, anche quando il dictator era ormai divenuto il comandante di tutto l'esercito, non va a nostro avviso rintracciata nella sua trasformazione in una sorta di tabù religioso (come lo stesso G. Valditara, Perché il 'dictator'..., cit., pp. 229 ss. sembra parzialmente concedere, soprattutto a Sini, sopra citato), quanto piuttosto nel tradizionalismo proprio della cultura politica romana, associato al fatto che la prassi dell'esonero l'esistenza della quale, come tale, è attestata da Liv. 23.14.2: ut solet - avrà senz'altro faticato a consolidarsi nel tempo tanto da sortire un effetto abrogans, stante il carattere ormai straordinario della dittatura. Da ciò la necessità di ricorrere sempre all'autorità (laica, non certo appunto religiosa: ma occorre rammentare che i collegi sacerdotali altro non erano che organi consultivi di senato e magistrati), per farsene sollevare: tramite una delibera dei comizi, secondo quanto indicato nel succitato passo liviano, ovvero del senato, come si ritiene qui sufficiente.

170 Di tale sottoposizione, che rientrava nella normalità, Pol. 3.87.9 significativamente si premura di dare subito conferma (già per il momento dell'elezione: Ἄμα δὲ τῷ δικτάτορι κατἐστησαν ἰππάρχην Μάρκον Μινύκιον. Οὖτος δὲ τἐτακται μὲν ὑπὸ τὸν αὐτοκράτορα, γίνεται δ'οἰονεὶ διάδοχος τῆς ἀρχῆς ἐν τοῖς ἐκεἰνου περισπασμοῖς), quasi che in questo caso ci fosse bisogno di farlo; cfr. per esempio Liv. 22.12.11. In materia, v. anche per esempio B. Bruno, s.v. *Dictator*···., cit., p. 1767; P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio*···., cit., pp. 218, 241, nt. 56, per il quale Polibio, aggiungendo che in assenza di Fabio Minucio lo avrebbe sostituito, nega che di fatto il rapporto fosse di subordinazione, e sottende una sorta di colleganza; F.J. Vervaet, *The Scope*···, cit., 206.

171 Sulla circostanza che in tutto questo stesse la causa del futuro *modus operandi* di Minucio Rufo, a dir poco indipendente, per non dire insubordinato, nei riguardi del Temporeggiatore, convergono, tra gli studiosi, per esempio G. De Sanctis, *Storia...*, cit., vol. III.2, p. 45 s. e nt. 67; A. Lippold, *'Consules'...*, cit., 152; P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., pp. 218, 222 s., 232, 241 s.; R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., p. 41, nt. 75; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 198.

172 A proposito dei contrasti tra Fabio e Minucio circa la strategia di guerra si rinvia, in generale, a tutte le fonti generalmente citate in questo §; ma v. soprattutto gli ampi resoconti di Liv. 22.12.11-30.6; Pol. 3.88-94;103-105; Plut. *Fab.* 5.5-13.9; cfr. per esempio Sil. Ital. 7.494-750; Dio frg. 57.15-17;19-20; Zon. 8.26.

173 Destinato ad essere infranto da Minucio, rivelatosi presto ingestibile, contrariamente a quanto, da parte fabiana, si era auspicato al momento dell'elezione: così, condivisibilmente, P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., p. 232 s.

delle fonti, preferiva rivolgergli consigli, quasi preghiere¹⁷⁴, più che impartirgli ordini, come pur sarebbe stato in suo potere di fare, nonché di sanzionarne severamente gli atti di insubordinazione¹⁷⁵. La situazione rimane in bilico per qualche tempo, finché il *Cunctator*, che aveva subito da Annibale la beffa di Casilino¹⁷⁶ e contro il quale si stavano in effetti diffondendo, in quella fase, sentimenti di un certo malcontento, non viene richiamato a Roma, come si è visto¹⁷⁷, formalmente per motivi religiosi, ma in realtà perché rendesse conto del suo operato. E' a quel punto che, nei rapporti con Minucio, le cose precipitano.

In un clima concitato, caratterizzato da accese discussioni sia in senato che in piazza¹⁷⁸, entra in scena il tribuno della plebe M. Metilio, particolarmente solidale con Minucio, anche perché forse suo parente¹⁷⁹, il quale alza la soglia della polemica

¹⁷⁴ V. per esempio Liv. 22.18.8-10; Sil. Ital. 7.386-409; Pol. 3.94.9-10; Plut. Fab. 8.1. D'altronde non mancano neppure fonti nelle quali il magister equitum viene addirittura indicato come il "collega" (συνάρχων) di Fabio, anche prima dell'entrata in vigore della legge Metilia: v. Pol. 3.88.7;9; 90.6; 92.4; 94.9. A commento, v. per esempio T. Mommsen, Staatsrecht..., cit., vol. II, p. 179 e nt. 5; F. Münzer, s.v. Minucius..., cit., col. 1960; P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 241, 242 e nt. 58; G.V. Sumner, Elections..., cit., p. 256; R. Scuderi, Per la storia..., cit., p. 39; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., pp. 206 s., nt. 35, 215 e nt. 56, il quale, riprendendo in parte Münzer, giustamente rimarca che si tratta di espressioni utilizzate in senso atecnico.

¹⁷⁵ V. quello che si è detto sopra circa la sottoposizione di Minucio ai poteri di Fabio, nei quali erano ovviamente compresi anche quelli di *coercitio*, secondo quanto viene, per esempio, chiaramente riaffermato in Liv. 22.27.3 (in eadem civitate, in qua magistri equitum virgas ac secures dictatoris tremere atque horrere soliti sint); v. anche oltre, testo e nt. 184.

¹⁷⁶ Il Cartaginese, trovatosi accerchiato dai Romani in luoghi angusti, riuscì a liberarsi per mezzo di un geniale strattagemma (fiaccole legate nottetempo alle corna di una mandria di buoi in movimento, così da far credere ai nemici di aver tolto il campo in una certa direzione, quando in realtà muoveva in quella opposta), per poi infliggere al *Cunctator* persino delle perdite: in proposito, v. Liv. 22.16.4-18.4; Nep. *Hann.* 5.2-3; Sil. Ital. 7.305-376; Quint. *inst.* 2.19; Frontin. *strat.* 1.5.28; Pol. 93.1-94.6; Plut. *Fab.* 6.1-7.3.

¹⁷⁷ Sopra, § 3.3.

¹⁷⁸Et in senatu et in concione, secondo Liv. 22.25.1. Alle sedute del senato il dittatore prenderà ovviamente parte (cfr. oltre, alla nt. 188), mentre dalle conciones si terrà lontano (Liv. 22.25.12), ed anzi quando poi, come vedremo, saranno ufficialmente convocate le tribù, egli addirittura partirà da Roma. In merito v. ad esempio P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., p. 224; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., p. 201.

¹⁷⁹ Così, secondo Plut. Fab. 7.5; ma certo il sostegno dato al magister equitum sarà dipeso dalle sintonie anche politiche, non solo familiari. Su Metilio, chiamato per puro sbaglio Metello in Liv. 22.25.3, cfr., in generale, per esempio L. Lange, Alterthümer..., cit., vol. II, 1879, p. 169, che lo definisce un tribuno del partito di C. Flaminio; F. Münzer, s.v. Metilius, n° 9, in RE, vol. XV.2, München 1980, col. 1399; G. Rotondi, Leges'..., cit., p. 251; G. De Sanctis, Storia..., cit., vol. III.2, p. 53 e nt. 82; H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., p. 48, nt. 3, per il quale Metilio era stato un amico di Flaminio; J. Bleicken, Das Volkstribunat..., cit., p. 37 s., che è dello stesso avviso; P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 224 e nt. 19, 232 s., 242, secondo cui si tratta di un attivista del partito democratico; F. De Martino, Storia..., cit., vol. II, p. 270 e nt. 170; G.V. Sumner, Elections..., cit., p. 256 s.; R. Scuderi, Per la storia..., cit., p. 40 e nt. 70; Id., L'humanitas'..., cit., p. 480 s.; T. Schmitt, s.v. Metilius, in Der neue Pauly, vol. VIII, Stuttgart-Weimar 2000, p. 100.

contro Fabio Massimo e la sua tattica di guerra¹⁸⁰: tanto più che nel frattempo era arrivata a Roma la notizia della vittoria - invero alquanto effimera, ma la cui portata era stata artatamente esagerata per ragioni politiche - ottenuta dal *magister equitum* a Gereonio¹⁸¹. Tuttavia Rufo, ingaggiando combattimento con Annibale, aveva trasgredito ad un preciso *dictum* che, come tale, per una volta il dittatore gli aveva impartito¹⁸², cosa per cui adesso Fabio minacciava di infliggergli una dura punizione (la quale, promanando da un dittatore, avrebbe avuto, come si sa, carattere

¹⁸⁰ Riguardo all'azione politica di Metilio, e a tutta la vicenda che lo vide, anche a prescindere dalla legge fatta poi approvare, fortemente contrapposto a Fabio Massimo, v. Liv. 22.25-26; Plut. Fab. 7.5; 8.4-9.3. Non ci pare che il resoconto fatto dalle fonti citate - neppure quello liviano, malgrado qualche eccesso retorico - possa essere ritenuto apocrifo in molte sue parti, come a suo tempo sosteneva G. De Sanctis, Storia..., cit., vol. III.2, p. 53, nt. 82; v. invece, tra i più recenti, per esempio P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 224 e nt. 19, 232 s., 242, che prende in seria considerazione financo il tenore del discorso che Livio fa pronunciare al tribuno, criticandolo perché incline a disconoscere al Temporeggiatore la legittimità dell'esercizio di poteri che pur chiaramente aveva, come quello di trattare il magister equitum da subordinato.

¹⁸¹ Il successo ottenuto da Minucio Rufo a Gereonio, di cui l'opinione pubblica romana sarebbe stata informata nei termini descritti (v. in proposito Liv. 22.23.9-25.4; Sil. Ital. 3.494-511; Pol. 3.101.1-103.3; Plut. Fab. 8.2-4; Zon. 8.26), offrì senza dubbio agli avversari di Fabio l'occasione che aspettavano per metterlo in difficoltà (così, giustamente, per esempio P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., pp. 223 e nt. 18, 232, 244). Ciò, al di là della reale entità della vittoria in quella battaglia, che le fonti sopra citate, risentendo di una tradizione filofabiana, tendono a rappresentare come poco più che una scaramuccia (quale anche noi, invero, crediamo che sia stata, al pari di numerosi autori, tra cui v. per esempio, oltre al citato Pinna Parpaglia, F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 207), secondo altri autori esagerando in senso opposto (v. per esempio G. Vallet, *Un exemple...*, cit., pp. 182 ss.; M. Gusso, *Appunti...*, cit., p. 325, nt. 153; R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., p. 40).

¹⁸² Cfr. Liv. 22.18.8 (riportato sopra, alla nt. 150) e 22.25.12-13: Ne in senatu quidem satis aequis auribus audiebatur tunc, cum hostem verhis extolleret bienniique clades per temeritatem atque inscientiam ducum acceptas referret, magistro equitum, quod contra dictum suum pugnasset, rationem diceret reddendam esse; Sil. Ital. 7.405-407: haec monuisse satis; sed si compescere corda non datur oranti, magno te iure pioque dictator capere arma veto'; Pol. 3.94.9-10: καὶ ἀναγκασθεὶς δὲ μετ' ὀλίγας ἡμέρας ἐπί τινας ἀπελθεῖν θυσίας εἰς τὴν Ῥώμην παρέδωκεν τῷ συνάρχοντι τὰ στρατόπεδα καὶ πολλὰ γωριζόμενος ένετείλατο μὴ τοσαύτην ποιεῖσθαι σπουδὴν ὑπὲρ τοῦ βλάψαι τοὺς πολεμίους ἡλίκην ὑπὲρ τοῦ μηδὲν αὐτοὺς παθεῖν δεινόν. ὧν οὐδὲ μικρὸν ἐν νῷ τιθέμενος Μάρκος ἔτι λέγοντος αὐτοῦ ταῦτα πρὸς τῷ παραβάλλεσθαι καὶ τῷ διακινδυνεύειν ὅλος καὶ πᾶς ἦν; Plut. *Fab*. 8.1: μετὰ δὲ ταῦτα τὧν ἱερέων καλούντων αύτόν εἰς Ῥώμην ἐπἰ τινας θυσίας παρέδωκε τῷ Μινουκίφ τὴν δύναμιν, ὑπὲρ τοῦ μὴ μάχεσθαι μηδὲ συμπλέχεσθαι τοῖς πολεμίοις οὐ μόνον ὡς αὐτοχράτωρ διαγορεύσας, ἀλλὰ καί παραινέσεις καὶ δεήσεις πολλὰς αὐτοῦ ποιησάμενος; 9.1: Ἐπεὶ δ'ὁ Φάβιος προσελθὼν ἀπολογεῖσθαι μὲν οὐδ'ἐμέλλησε πρὸς τὸν δήμαρχον, ἔφη δὲ τάχιστα τὰς θυσίας καὶ τὰς ἱερουργίας γενέσθαι, ὥστ᾽ ἐπὶ τὸ στράτευμα βαδιεῖσθαι τῷ Μινουκίῳ δίκην έπιθήσων, ὅτι κωλύσαντος αὐτοῦ τοῖς πολεμίοις συνέβαλε, θόρυβος διῆξε τοῦ δήμου πολύς, ὡς κινδυνεύσοντος τοῦ Μινουκίου. Καὶ γὰρ εἶρξαι τῷ δικτάτορι καὶ θανατῶσαι πρὸ δίκης ἔξεστι· καὶ τοῦ Φαβίου τὸν θυμὸν ἐκ πολλῆς ποφότητος κεκινημένον ἄροντο βαρὺν εἶναι καὶ δυσπαραίτητον; Zon. 8.26: ἐπεὶ τὴν τῶν μὲν ἐντολῶν τοῦ δικτάτορος ἀλιγώρησεν. Cfr. per esempio P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., p. 241 s.; F.J. Vervaet, The *Scope...*, cit., p. 201.

definitivo)¹⁸³. Allo scopo allora di consolidare la posizione di Minucio, sia tenendolo al riparo dalla repressione del suo superiore gerarchico¹⁸⁴, sia avvalorandone la diversa, e più aggressiva, strategia bellica, M. Metilio concepisce una proposta di legge: essa, che era stata inizialmente pensata come abrogativa dell'*imperium* di Fabio Massimo¹⁸⁵, consisterà invece nella equiparazione dei poteri del *magister equitum* a quelli del *dictator*¹⁸⁶, ciò che comunque non aveva precedenti nella storia costituzionale romana¹⁸⁷. Il senato accorda il proprio consenso a questa *modica*

¹⁸³ V. in proposito Plut. *Fab.* 9.1 e Liv. 22.25.13 (trascritti alla nt, precedente); cfr. Liv. 22.27.3 e Sil. Ital. 7.504-510. Sulla complessa questione della inopponibilità della *provocatio ad populum* avverso i provvedimenti coercitivi del dittatore non è nostro compito approfondire, qui, l'indagine; ma v. per tutti, in rapporto al caso in esame, ad esempio T.A. Dorey, *The Dictatorship...*, cit., pp. 94, 96.

¹⁸⁴Secondo alcuni studiosi, come per esempio T.A. Dorey, *The Dictatorship...*, cit., pp. 94, 96 (ripreso da M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship...*, cit., p. 496; cfr. R. Scuderi, *L'humanitas'...*, cit., p. 480 s.; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 203 e nt. 21), questa, di carattere protettivo, sarebbe stata la finalità prevalente, per non dire esclusiva, della *rogatio Metilia*. Ad ogni modo, è importante ricordare che vi era almeno un precedente in cui, per salvaguardare la persona di un *magister equitum* che aveva attaccato il nemico, così violando gli ordini del *dictator*, contro quest'ultimo si era fatto ricorso ai tribuni ed al popolo: quello, risalente al 325, di Q. Fabio Massimo Rulliano e L. Papirio Cursore (v. Liv. 8.30-35; Val. Max. 2.7.8; 3.2.9), opportunamente invocato, in dottrina, per esempio da R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., p. 40, nt. 71; T.C. Brennan, *The Praetorship in the Roman Republic*, vol. I, Oxford 2000, p. 47; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 224; ma occorre rilevare come in quel frangente la mancata irrogazione della pena fosse alfine dipesa da un provvedimento di tipo grazioso, e non legislativo.

¹⁸⁵ V. Liv. 22.25.10: Quas ob res, si antiquus animus plebei Romanae esset, audaciter se laturum fuisse de abrogando Q Fabi imperio; nunc modicam rogationem promulgaturum de aequando magistri equitum et dictatoris iure; Plut. Fab. 9.2-3: (...) ἀφελέσθαι δὲ τοῦ Φαβίου τὴν τυραννίδα καὶ τῷ δυναμένῳ καὶ βουλομένῳ σώζειν ἐπιτρέψαι τὰ πράγματα. Τοιούτοις λόγοις κινηθέντες οἱ ἄνθρωποι τὸν μὲν Φάβιον οὐκ ἐτόλμησαν ἀναγκάσαι καταθέσθαι τὴν μοναρχίαν καἰπερ ἀδοξοῦντα, τὸν δὲ Μινούκιον ἐψηφίσαντο τῆς στρατηγίας ὁμότιμον ὅντα διέπειν τὸν πόλεμον ἀπὸ τῆς αὐτῆς ἐξουσίας τῷ δικτάτορι, πρᾶγμα μὴ πρότερον ἐν Ῥώμη γεγονός, ὁλίγῳ δ' ὕστερον αὖθις γενόμενον μετὰ τὴν ἐν Κάνναις ἀτυχίαν; cfr. Zon. 8.26. L'ipotesi di G. Rotondi, Leges'..., cit., p. 251, secondo cui Metilio avrebbe presentato alla plebe una vera e propria rogatio in tal senso, poi non approvata dalle tribù, non ci pare trovi conferma nei passi sopra trascritti; meglio supporre che sia stato preventivamente il senato a non acconsentire ad una soluzione così estrema e dalla portata tanto radicalmente rivoluzionaria, quale sarebbe stata la deposizione e sostituzione di un dittatore in carica: cfr. per esempio P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 224, 233, 242 ss.; F. De Martino, Storia..., cit., vol. II, p. 270.

¹⁸⁷ Secondo quanto espressamente denunciano, per esempio, Liv. 22.27.3 (illum in rebus asperis unicum ducem ac parem quaesitum Hannibali, maiorem minori, dictatorem magistro equitum, quod nulla memoria habeat annalium, iussu populi aequatum), Liv. 28.40.10 (Me dictatorem, cum vigerem adhuc viribus et in cursu maximarum rerum essem, recusantem nemo aut in senatu aut apud populum audivit, quo minus insectanti me magistro equitum, quod fando numquam ante auditum erat, imperium mecum aequaretur), Val. Max. 5.2.4 (dictatori ei magister equitum Minucius scito plebis, quod numquam antea factum fuerat, aequatus), Pol. 3.103.3-4 (... τὸν δὲ Μάρκον ἐπὶ τοσοῦτον ηὖξον διὰ τὸ συμβεβηκὸς

rogatio¹⁸⁸, la quale verrà approvata dai concili della plebe. Sulla natura, il contenuto e gli effetti di tale provvedimento, ricordato come *lex Metilia de aequando magistri equitum et dictatoris iure*¹⁸⁹, non possiamo esimerci dall'appuntare, qui, la nostra attenzione.

Occorre anzitutto notare che la legge in questione è più precisamente un plebiscito¹⁹⁰. E' vero che in alcuni passaggi si allude genericamente al popolo¹⁹¹, anziché alla plebe; ma ciò è spiegabile in ragione del fatto che si tratta di fonti

ἄστε τότε γενέσθαι τὸ μηδέποτε γεγονός αὐτοκράτορα γὰρ κἀκεῖνον κατέστησαν, πεπεισμένοι ταχέως αὐτὸν τέλος ἐπιθήσειν τοῖς πράγμασι· καὶ δὴ δύο δικτάτορες ἐγεγόνεισαν ἐπὶ τὰς αὐτὰς πράξεις, ὅ πρότερον οὐδέποτε συνεβεβήκει παρὰ Ῥωμαἰοις) e Plut. Fab. 9.3 (riportato sopra, alla nt. 185). Già si è detto del rilievo che, nel diritto pubblico romano, rivestiva l'esistenza, o l'inesistenza, di precedenti: sul tema v., in riferimento al nostro caso, per esempio T. Mommsen, Staatsrecht..., cit., vol. II, p. 148; G. De Sanctis, Storia..., cit., vol. III.2, p. 117; T.A. Dorey, The Dictatorship..., cit., p. 92; U. Scamuzzi, La dittatura..., cit., p. 24.

¹⁸⁸ Ai fini della decisione adottata, il ruolo svolto dai patres appare pressoché determinante, sul piano politico: solo con loro, come si è visto, il Temporeggiatore accetta di confrontarsi direttamente, e sempre da loro apprenderà, mentre era in viaggio, della delibera dei concilia plebis (Liv. 22.26.7; cfr. App. Hann. 12.52), avendo preferito lasciare Roma prima che iniziassero le operazioni di voto (Liv. 22.25.16). A conferma, v. anche per esempio Liv. 22.25.1;12;16-17; 28.40.10; Sil. Ital. 7.511-512, per non dire di quelle fonti che addirittura menzionano il senato in luogo dell'assemblea popolare, o senz'altro erroneamente (Val. Max. 3.8.2; ma v. 5.2.4) oppure forse riferendosi alla lettera di notifica a distanza di cui si è appena detto (App. Hann. 12.52). A commento, si può aggiungere che i senatori, solidali col Temporeggiatore contro la proposta di abrogatio imperii, al contrario accolgono, se non addirittura propugnano, la soluzione della aequatio, che, in quanto modica, sarà stata certo il frutto di un ulteriore compromesso, probabilmente ispirato alla convinzione che la parità dei poteri dei comandanti in campo avrebbe finito per favorire, di fatto, la strategia di quello dei due che fosse realmente più capace di far fronte agli eventi bellici (ossia, sperabilmente, il campione della propria parte): così, a ragione, P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 232 s., 243 s., la cui opinione non è però condivisibile allorché contrappone recisamente aristocratici e democratici in un'epoca in cui la dialettica politica si svolgeva anche e soprattutto all'interno della nobilitas senatoria, alcune componenti della quale erano senza dubbio antifabiane. Nel complesso, l'esito della vicenda non appare favorevole al *Cunctator*, al quale del resto in quella fase specifica, per lui assai critica, neppure su altri fronti il senato si era dimostrato nel frattempo amichevole (cfr. oltre, § 3.5). In proposito v. anche comunque per esempio G.V. Sumner, Elections..., cit., p. 257; R. Scuderi, Per la storia..., cit., p. 41, nt. 75; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., pp. 204, 212, 214, 216; Id., The High Command in the Roman Republic. The Principle of the 'summum imperium auspiciumque' from 509 to 19 BCE, Stuttgart 2014, p. 212 secondo il quale, alla fine, il tribuno agì come se fosse un vero e proprio incaricato del senato.

189 Espressione, questa, dai più utilizzata, anche perché trova un riscontro diretto in Liv. 22.25.10; ma v. in particolare, per esempio, G. Rotondi, *Leges'..., cit., p. 251; P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 215 ss.; F.J. Vervaet, *The Scope..., cit., p. 214 s., che propone di emendarla con l'inserimento del nome dei due (de aequando M. Minuci magistri equitum et Q. Fabi dictatoris iure), perché ad essi soltanto il provvedimento si applicava.

190 Al quale, come si è detto, fanno esplicitamente riferimento, Liv. 22.26.4, 22.30.4 e Val. Max. 5.2.4; ma v. anche per esempio Liv. 22.25.10 (plebs), 22.25.17 (concilium plebis) e Sil. Ital. 7.542 (tribus). Di quest'avviso, del resto, la quasi totalità degli studiosi.

 191 V. per esempio Liv. 22.26.7, 22.27.3 ed Elogium, in CIL I.1, p. 193 (populus); Pol. 3.103.5 (πλ $\tilde{\eta}$ θος, δ $\tilde{\eta}$ μος)..

atecniche¹⁹². Inoltre, di fronte ad altri passi che chiaramente attestano l'attività in tal senso di un tribuno¹⁹³, e niente affatto quella di un magistrato (chi, fra l'altro, avrebbe potuto essere?)¹⁹⁴, non si vede perché debba ancora prendersi in considerazione la vecchia idea che propendeva per una legge centuriata, magari preceduta da un *plebiscitum ex senatusconsulto*¹⁹⁵. A distanza di diversi decenni dall'entrata in vigore della legge Ortensia, una delibera adottata dai *concilia plebis* sarà stata certamente sufficiente di per sé, senza bisogno di essere integrata da quella di altri organi¹⁹⁶.

Noi non conosciamo il testo della *lex Metilia*. Ma appare indubbio che essa, pur contribuendo in modo significativo alla crisi della dittatura intesa di per sé¹⁹⁷ - ché di essa destrutturava profondamente l'assetto interno, tradizionalmente (ed eccezionalmente) ispirato al principio monocratico¹⁹⁸ -, disponeva in merito alla sola

¹⁹² Così, condivisibilmente, F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 215 e nt. 56; cfr. per esempio P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., 243 ss.

¹⁹³ Trattasi dei passi liviani e plutarchei da noi citati sopra, alla nt. 180.

¹⁹⁴ D'altronde, è lo stesso Liv. 22.25.5-6 che, riferendo delle lamentele di Metilio in proposito, ci informa che a parte il dittatore non c'era più alcun alto magistrato operativo in città: né il console Cn. Servilio Gemino, impegnato sul mare con la flotta, né i pretori (T. Otacilio Crasso e A. Cornelio Mammula: cfr. T.R.S. Broughton, *The Magistrates...*, cit., p. 244), mandati a presidiare Sicilia e Sardegna; lo storico patavino non fa però menzione del pretore urbano M. Emilio, sul quale avremo modo di tornare oltre. Ad ogni modo, sulla difficoltà anche solo ad individuare un magistrato potenzialmente competente a presentare ai comizi una *rogatio* - della quale si sarebbe dovuto comunque avere notizia -, v. per esempio P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., p. 243; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 216.

¹⁹⁵ Idea sostenuta a suo tempo da F. Münzer, s.v. *Minucius...*, cit., col. 1960 (che pur non escludeva del tutto l'ipotesi di un plebiscito tout court), e recentemente ripresa da T.C. Brennan, *The Praetorship...*, cit., p. 44 s.

¹⁹⁶ In questo senso, ragionevolmente, per esempio F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 215 e nt. 56, 216 e nt. 63.

¹⁹⁷ La legge Metilia è sì forse - come ad esempio sostengono W. Liebenam, s.v. *Dictator'..., cit., col. 385; B. Bruno, s.v. *Dictator'..., cit., p. 1766 - sintomo di una decadenza già in atto: quanto meno, come si è visto, alla dittatura *optima lege, prima del 217, non si faceva ricorso da molto tempo. Ma un provvedimento come quello dovette senz'altro imprimere una tale accelerazione al processo di crisi da poterne essere considerato, col senno di poi, una vera e propria causa: se ne dicono non a torto convinti per esempio F. Bandel, *Die römischen Diktaturen..., cit., p. 129; G. Rotondi, *Leges'..., cit., p. 251; H.H. Scullard, *Roman Politics..., cit., p. 47; P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'..., cit., 215, 226, 247 s.; R. Scuderi, *Per la storia..., cit., 42 s., 45; F.J. Vervaet, *The Scope'..., cit., 212, i quali per lo più parlano di colpo decisivo inferto a questa magistratura ai fini della sua caduta in disuso ovvero della sua involuzione o ulteriore futura degenerazione.

¹⁹⁸ Estendere alla dittatura i principi della collegialità uguale significava snaturarla del tutto, facendone venir meno la stessa ragion d'essere, come opportunamente osservano per esempio T. Mommsen, *Staatsrecht...*, cit., vol. II, p. 148, il quale rammenta come la dittatura fosse di per sé un rimedio proprio contro gli inconvenienti della collegialità; F. Bandel, *Die römischen Diktaturen...*, cit., p. 129; H.H. Scullard, *Roman Politics...*, cit., p. 47, che parla di provvedimento in grave controtendenza rispetto alla funzione della dittatura;

dittatura del 217, ossia ai rapporti fra quel dittatore, Q. Fabio Massimo, e quel magister equitum, M. Minucio Rufo¹⁹⁹.

Un primo importante effetto del provvedimento fu di elevare l'*imperium* di Minucio al livello di quello di Fabio, e non, si badi bene, di degradare il *Cunctator*, abbassandolo al livello del suo collaboratore: la quasi totalità delle fonti disponibili dà ragionevolmente adito a questa interpretazione²⁰⁰, e la sola che sembra deporre in senso contrario, ossia Liv. 22.27.3²⁰¹, può essere a nostro avviso considerata significativa della situazione in cui, dal punto di vista esclusivo di Fabio, egli stesso aveva finito per trovarsi, sul piano politico più che giuridico²⁰². Tali precisazioni, a ben vedere, rilevano innanzi tutto in merito ai rapporti di Minucio con i *milites*, con i *cives*, più che col Verrucoso: Rufo si sarebbe a sua volta potenzialmente avvalso, *erga omnes*, delle prerogative proprie di un dittatore, e non di un altro magistrato: il che era un portato niente affatto trascurabile della legge!

Altro effetto, certo connesso, ma di per sé distinto²⁰³, era appunto quello inerente ai rapporti con Fabio Massimo, che ora sono di *par potestas*²⁰⁴. Non era

U. Scamuzzi, *La dittatura...*, cit., p. 26 s., per cui la dittatura non aveva senso se non come unicità di comando, e non poteva trasformarsi in diarchia; P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., pp. 215, 226 s., 247 s.; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, p. 271, secondo il quale la grave deroga determinò un mutamento negli equilibri interni alla struttura dell'organo straordinario; R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., p. 42.

¹⁹⁹ E non alle coppie dittatorie intese in quanto tali, come si evince dal fatto che non vi fu poi bisogno di un provvedimento generalmente abrogativo. Su questo tema avremo modo di tornare oltre, testo e nt. 238; ma v. fin d'ora, qui, per esempio F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 214 s.

²⁰⁰ Infatti - a parte quelle che non specificano chi sia stato equiparato a chi: v. per esempio Liv. 22.25.10 (ius aequatum); 22.26.7, 22.27.5 e 28.40.10 (imperium aequatum); 22.27.8 (imperium communicatum); Val. Max. 5.2.4 (aequale imperium); Sil. Ital. 7.515-516 (imperia aequata) - le altre fanno quasi esclusivamente riferimento ad un adeguamento dell'imperium del magister equitum a quello del dittatore: v. per esempio Liv. 22.29.2 (Fabio aequatus imperio); Val. Max. 3.8.2 (dictatori magister equitum iure imperii aequatus); 5.2.4 (dictatori magister equitum aequatus); Sil. Ital. 7.551 (aequare minorem); Vir. ill. 43.3 (magister equitum imperio aequatus); Elogium, in CIL I.1, p. 193 (imperium cum dictatoris imperio aequatus); cfr. Plut. Fab. 9.3; 10.1; App. Hann. 12.52; Dio frg. 57.16-17;19; Zon. 8.26. A queste testimonianze vanno ovviamente aggiunte quelle, da noi ricordate oltre, alla nt. 210, che addirittura indicano Minucio come un secondo dittatore.

²⁰¹ Trascritto sopra, alla nt. 187.

²⁰² Cfr. per esempio F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 205 e nt. 32.

²⁰³ Su questa distinzione, pur certo come tale presente anche ad altri autori (v. per esempio P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'*..., cit., pp. 215 s., 226, 242, 245 ss.), punta soprattutto F.J. Vervaet, *The Scope*..., cit., pp. 197 ss., specialmente 201 ss., 206, 208 ss., 220 ss., secondo cui la legge Metilia non avrebbe sancito solo *l'idemimperium*, ma anche, con clausola espressa, *l'idem ius*, nel regime dei rapporti reciproci, con la conseguenza, altrimenti non automatica, della condivisione del comando. Valorizzano molto comunque, in

astrattamente scontato che la *aequatio iuris* generasse una relazione di perfetta collegialità tra i due, che adesso risultano non affatto *slegati*, ma piuttosto *legati* alla pari, secondo il modello consolare romano. A questo sembra che ci si sia attenuti, stando alla testimonianza delle fonti²⁰⁵, a tal segno che è senz'altro ipotizzabile persino la possibilità di un'*intercessio* reciproca²⁰⁶. Traiamo questa convinzione anche dalla circostanza che, per ovviare al rischio di paralisi che ne sarebbe derivato, Fabio e Minucio, proprio come erano soliti fare i consoli²⁰⁷, abbiano subito cercato un accordo per esercitare il comando, trovandolo non nell'alternanza temporale (turno giornaliero o di altra periodicità), ma nella spartizione delle legioni (tramite assegnazione a sorte) e degli accampamenti²⁰⁸. Il fatto che, secondo quanto

dottrina, il profilo della piena colleganza per esempio anche T. Mommsen, *Staatsrecht...*, cit., vol. II, p. 179 e nt. 5; B. Bruno, s.v. *Dictator'...*, cit., p. 1767; G.I. Luzzatto, *Appunti...*, cit., p. 428; U. Scamuzzi, *La dittatura...*, cit., p. 25; G.V. Sumner, *Elections...*, cit., p. 256; R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., pp. 28, 42.

²⁰⁴ In proposito, v. per esempio Nep. *Hann.* 5.3 (par imperium); Val. Max. 5.2.4 (par); cfr. Cic. leg. 3.3.9; v. anche per esempio Plut. Fab. 9.3; 10.1; App. Hann. 12.52; Dio frg. 57.16-17;19; Zon. 8.26. Si considerino anche le fonti che parlano di "collega", 'συνάρχων', dopo l'entrata in vigore del plebiscito Metilio (v. per esempio Liv. 22.27.8; Plut. Fab. 10.7; 13.1;7; Dio frg. 57.20), per non dire di quelle che, come vedremo, definiscono Minucio egli stesso dittatore.

²⁰⁵ V. Liv. 22.27.10 (trascritto oltre, alla nt. 208); 23.11.10 (magistrum equitum, quae consularis potestas sit, fusum fugatum; dictatorem, quia se in aciem nunquam commiserit, unicum haberi imperatorem). Le testimonianze in questione vanno interpretate nel senso appunto della seconda distinzione, inerente al rapporto reciproco di potestas par, e quindi solo per questo consularis, secondo il modello rappresentato dai consoli colleghi; e non nel senso della prima distinzione, perché il genus imperii era diventato dictatorium (e non consulare, quale anzi quello del magister equitum non fu mai: cfr. oltre). L'impressione è che, da questo punto di vista, taluni autori, pur altrimenti lucidi, cadano a volte in equivoco, contraddicendo se stessi: v. per esempio P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 216, 225 s., 245 ss., del quale non appare calzante la frequente invocazione del precedente dei (che sarebbe rappresentato dai) tribuni militum consulari potestate; R. Scuderi, Per la storia..., cit., pp. 28, 42. V. invece per esempio G.V. Sumner, Elections..., cit., p. 256 e, sempre persuasivo sul punto, F.J. Vervaet, The Scope..., cit., pp. 201 s., 208 s., 220 ss.

²⁰⁶ In proposito, non comprendiamo i dubbi di certa parte della dottrina (per tutti, v. ad esempio R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., p. 42), di contro alla convinzione con cui, qui plausibilmente, fa per esempio propria questa opinione P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., p. 246.

²⁰⁷ V. Liv. 22.27.10 e Dio frg. 57.17 (entrambi trascritti alla nt. successiva). Sui ben noti accorgimenti che, d'intesa tra di loro, i consoli erano soliti adottare per ovviare agli inconvenienti della collegialità uguale, v. in generale, per tutti, ad esempio, F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. I, pp. 413 ss., con ampia citazione di fonti, da cui chiaramente si ricava che fra tali rimedi erano normalmente compresi sia la divisione dell'esercito, col ricorso alla sorte, sia anche il turno, giornaliero o meno che fosse; cfr. per esempio, qui, P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., pp. 225 s., 245 ss.; R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., p. 28; Id., *L'humanitas'...*, cit., p. 481 s., nt. 105, di cui non ci pare condivisibile la tendenza a ritenere giuridicamente irrilevante la questione relativa alla soluzione che ai colleghi s'imponeva di trovare; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 208 e nt. 37, 209 e nt. 39, 210, 220 ss.; Id., *The High Command...*, cit., p. 212.

²⁰⁸ Ce ne danno notizia Liv. 22.27.5-10: Itaque quo die primum congressus est cum Q Fabio, statuendum omnium primum ait esse quemadmodum imperio aequato utantur: se optimum ducere aut diebus alternis aut, si maiora intervalla placerent, partitis temporibus alterius summum ius imperiumque esse, ut par hosti non solum consilio sed viribus etiam

diversamente attestato, a tale soluzione fossero addivenuti a seguito dell'iniziativa presa dall'uno o dall'altro non interessa sotto l'aspetto giuridico: importa invece che una qualsivoglia soluzione fosse necessaria ai fini di una gestione, evidentemente collegiale, del potere²⁰⁹.

esset, si quam occasionem rei gerendae habuisset. Q Fabio haudquaquam id placere: omnia fortunam eam habitura quamcumque temeritas collegae habuisset; sibi communicatum cum alio, non ademptum imperium esse; itaque se nunquam volentem parte, qua posset, rerum consilio gerendarum cessurum, nec se tempora aut dies imperii cum eo, exercitum divisurum suisque consiliis, quoniam omnia non liceret, quae posset servaturum. Ita obtinuit ut legiones, sicut consulibus mos esset, inter [se] dividerent. Prima et quarta Minucio, secunda et tertia Fabio evenerunt. Item equites pari numero sociumque et Latini nominis auxilia diviserunt. Castris quoque separari magister equitum voluit; Sil. Ital. 7.515: dividitur miles, Fabioque equitum magistro imperia aequantur, Frontin. strat. 2.5.22: Idem Hannibal, cum inter Fabium dictatorem et Minucium magistrum equitum divisus esset exercitus et Fabius occasionibus immineret, Minucius pugnandi cupiditate flagraret, castra in campo, qui medius inter hostes erat, posuit; Pol. 3.103.7-8: θεωρῶν δὲ τὸν Μάρκον ἐκπεφυσημένον καὶ πρὸς πάντ' ἀντιφιλονικοῦντα καὶ καθόλου πολὺν ὄντα πρὸς τῷ διακινδυνεύειν, αἵρεσιν αὐτῷ προύτεινε τοιαύτην, ἢ κατὰ μέρος ἄρχειν ἢ διελόμενον τὰς δυνάμεις χρῆσθαι τοῖς σφετέροις στρατοπέδοις κατὰ τὴν αύτοῦ προαίρεσιν. Τοῦ δὲ καὶ λίαν ἀσμένως δεξαμένου τὸν μερισμόν, διελόμενοι τὸ πλῆθος χωρὶς ἐστρατοπέδευσαν ἀλλήλων, ἀπέχοντες ὡς δώδεκα; Plut. Fab. 10.5-6: (...) καὶ παραγενόμενος εἰς τὸ στρατόπεδον καὶ καταλαβὼν τὸν Μινούκιον οὐκέτι καθεκτόν, ἀλλὰ βαρὺν καὶ τετυφωμένον καὶ παρὰ μέρος ἄρχειν ἀξιοῦντα, τοῦτο μὲν οὐσυνεχώρησε, τὴν δὲ δύναμιν διενείματο πρὸς αὐτόν, ὡς μέρους μόνος ἄρξωνβέλτιον ἣ πάντων παρὰ μέρος καὶ τὸ μὲν πρὧτον τὧν ταγμάτων καὶ τέταρτον αὐτὸς ἔλαβε, τὸ δὲ δεὑτερον καὶ τρίτον ἐκείνῷ παρέδωκεν, ἐπ'ἰσης καὶ τὧν συμμαχικὧν διανεμηθέντων; 11.1: ὁ δὲ ταῦτα μὲν εἰρωνείαν ἡγεῖτο γεροντικήν παραλαβὼν δὲ τὴν ἀποκληρωθεῖσαν δύναμιν, ίδία καὶ χωρὶς ἐστρατοπέδευσεν, οὐδὲν ἀγνοοῦντος τοῦ Άννίβου τῶν γινομένων, ἀλλὰ πᾶσιν ἐφεδρεύοντος; App. Hann. 13.53: Οἱ μὲν δὴ μερισάμενοι τὴν στρατιὰν πλησίον ἀλλήλων ἐστρατοπέδευον; Dio frg. 57.17: ὁ δὲ Φάβιος φοβηθεὶς μή τι κακόν σφας, εἰ πάσης τῆς δυνάμεως ἐγκρατὴς γένοιτο, ἐξεργάσαιτο, πρὸς οὐδέτερον αὐτῷ συνήνεσεν, ἀλλ' ἐνεἰματο τὸ στράτευμα, ὥστε ἐν ὁμοίῳ τοῖς ὑπάτοις καὶ ἐκεἰνους ἰδίαν ἑκάτερον ἰσχὺν ἔχειν. Καὶπαραχρῆμα ὁ Ῥοῦφος ἀπεστρατοπεδεὑσατο, ἵνα καὶ τῷ ἔργφ διάδηλος, ὅτι αὐτὸς καθ΄ ἑαυτόν, άλλ'οὐχ ὑπὸ τῷ δικτάτορι ἄρχοι, γένοιτο; Zon. 8.26; cfr. Lyd. mag. 1.38.13.

²⁰⁹ E' peraltro comprensibile che gli studiosi, alcuni dei quali non giuristi, si interessino al problema della duplicità delle versioni - quella ritenuta più favorevole a Fabio, tramandata da Tito Livio e Plutarco, e quella ritenuta meno favorevole, tramandata da Polibio -, cercando di spiegarlo sulla base delle fonti differenti cui gli autori in questione avrebbero attinto: per tutti, v. ad esempio G. Vallet, Un exemple..., cit., p. 183 e nt. 5; R. Scuderi, L'humanitas'..., cit., pp. 481 s. e nt. 105; P. François, Iulius Cunctator. César, un chef pour tous les Romains?, in O. Devillers, J. Meyers (éd.), Pouvoirs des hommes, pouvoirs des mots, des Gracques à Trajan. Hommages P.M. Martin, Louvain 2009, p. 175 s.; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., p. 208 s.. Ma dobbiamo ribadire che sul piano giuridico non interessa chi per primo abbia esercitato una facoltà d'iniziativa che spettava ad entrambi; interessa che sia le soluzioni prospettate sia quella poi effettivamente adottata rientrassero nella tradizione costituzionale romana. Né ci pare accoglibile l'ipotesi che Fabio Massimo si sia attenuto a presunte istruzioni ricevute dal senato prima di lasciare Roma o per lettera dopo la partenza (delle quali neppure in Liv. 22.26.7 si conserva traccia), come pur sostengono T.A. Dorey, The Dictatorship..., cit., p. 94 (anche in ragione di una qualche, non documentata, supremazia che Fabio avrebbe conservato su Minucio), e C. Laudani, Caratteri e funzioni del personaggio di Falerno (Sil. Ital. 7.157-216), in Filologia antica e moderna, 36 (2009), p. 54: ricordiamo infatti, con F. De Martino, Storia..., cit., vol. I, p. 415, che gli accordi per l'esercizio collegiale del potere erano di esclusiva e personale spettanza dei consoli. Ad integrazione, v. ancora per esempio F. Münzer, s.v. Minucius..., cit., col. 1961; U. Scamuzzi, La dittatura..., cit., p. 25; P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 225 s., 245 ss.; R. Scuderi, Per la storia..., cit., p. 42; Id., L'humanitas'..., cit., p. 481 s. e nt. 105; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., 208 ss., 221; Id., The High Command..., cit., p. 212.

Ma la questione più discussa è, come si sa, se Minucio Rufo abbia ufficialmente assunto anche il titolo, il *nomen* di dittatore, oppure sia rimasto investito della sola carica di *magister equitum*, pur con *imperium* equiparato nel senso sopra illustrato. La dottrina è decisamente divisa, soprattutto perché alcune fonti lo chiamano in effetti "dittatore"²¹⁰ (compresa la già ricordata iscrizione di cui a CIL I.2, 607 e VI.1, 284, nella quale è proprio Minucio a definire così sé medesimo)²¹¹, mentre altre²¹² (come gli stessi Fasti capitolini)²¹³ soltanto *magister equitum*, insistendo semmai sulla *aequatio* intesa in quanto tale²¹⁴: di conseguenza vi è chi²¹⁵ ritiene quella

_

²¹⁰ V. Pol. 3.103.4: καὶ δὴ δύο δικτάτορες ἐγεγόνεισαν ἐπὶ τὰς αὐτὰς πράξεις, ὃ πρότερον οὐδέποτε συνεβεβήκει παρὰ Ῥωμαίοις; 3.106.1-2: Τῆς δὲ τῶν ἀρχαιρεσίων ὥρας συνεγγιζούσης, εἴλοντο στρατηγοὺς οἱ Ῥωμαῖοι Λεύκιον Αἰμίλιον καὶ Γὰιον Τερέντιον. ὧν κατασταθέντων οἱ μὲν δικτάτορες ἀπέθεντο τὴν ἀρχήν.

²¹¹ Vedila trascritta sopra, alla nt. 25.

²¹² Si tratta, in pratica, di tutte le altre fonti qui variamente citate, con particolare riferimento a Tito Livio e Plutarco, che, anche dopo l'approvazione della *lex Metilia*, continuano a indicare Minucio soltanto come maestro della cavalleria.

²¹³ V. A. Degrassi, *Fasti...*, cit., pp. 130, 185.

²¹⁴ Tale insistenza, che suona talora persino enfatica, è ravvisabile soprattutto in Livio, come si evince dai numerosi passi ricordati sopra, alla nt. 200; essa sembra significativa del maggior potere attribuito alla stessa carica più che di una carica nuova, secondo quanto ragionevolmente osservano, in dottrina, per esempio T.A. Dorey, *The Dictatorship...*, cit., p. 92 s.; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 219.

²¹⁵ Quest'impostazione, che risultava in epoca risalente senz'altro maggioritaria, è ancor oggi invalsa: v. per esempio L. Lange, Alterthümer..., cit., vol. I, p. 765 s.; vol. II, p. 169; T. Mommsen, Staatsrecht..., cit., vol. II, pp. 146 e nt. 2, 147, nt. 4, 148 e ntt. 1-2; W. Liebenam, s.v. "Dictator"..., cit., col. 385; F. Münzer, s.v. Fabius..., cit., col. 1819; Id., s.v. Minucius..., cit., col. 1960 s., che ritiene volgare la pur ampia testimonianza delle fonti in cui si parla solo di equiparazione dei poteri; B. Bruno, s.v. 'Dictator'..., cit., p. 1766 s.; F. Bandel, Die römischen Diktaturen..., cit., p. 128 s.; G. De Sanctis, Storia..., cit., vol. III.2, p. 117, che nella circostanza considera Polibio attento e ben informato, sul piano del diritto pubblico, ed invece Livio preso da scrupoli eccessivi, come già in merito alla qualifica della carica di Fabio, se fosse dittatura o pro-dittatura; A. Westermayer, s.v. 'Magister equitum'..., cit., p. 642 s.; M.L. Patterson, Rome's Choice..., cit., p. 321; H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., pp. 48 s., 274 s.; T.R.S. Broughton, The Magistrates..., cit., vol. I, p. 243; vol. III, Atlanta 1986, p. 143 s.; U. Scamuzzi, La dittatura..., cit., pp. 24 ss.; J. Jahn, 'Interregnum'..., cit., p. 114, ntt. 97-98; M. Gusso, Appunti..., cit., p. 325; R. Scuderi, Per la storia..., cit., p. 40 s. e nt. 75, per cui, nel dubbio, la questione di forma può sciogliersi nella sostanza del potere dittatoriale; T. Schmitt, s.v. Metilius..., cit., col. 100; R. Feig Vishnia, The Delayed Career..., cit., p. 32; M.B. Roller, The consul(ar)..., cit., pp. 186, 189 s., 199 s. Un po' più sfumata, ma preferibilmente riconducibile - almeno secondo noi - a questa impostazione è anche l'opinione di P. Pinna Parpaglia, Sulla 'rogatio'..., cit., pp. 216, 219 s. e nt. 11, 245 e nt. 71, il quale, nel passare in rassegna gli autori succitati, non li contesta, descrivendo fondamentalmente entrambe le posizioni, di Fabio e Minucio, come dittatorie. Inoltre, l'ardita tesi di L. Pareti, Contributi per la storia della guerra annibalica (218-217 av. Cr.), in RFIC, 40 (1912), pp. 553 ss., specialmente 558 e nt. 1, 559 ss.; Id., Storia di Roma e del mondo romano, vol. II, Torino 1952, pp. 325 ss., secondo cui Minucio Rufo sarebbe diventato sì dittatore, ma come successore e non come collega di Fabio Massimo, pur fondata su di una arguta analisi dei passi relativi alla battaglia di Gereonio - che imporrebbe la necessità di rivedere tutta la cronologia della dittatura fabiana -, pecca della totale ignoranza delle numerosissime fonti che attestano la aequatio degli imperia contemporaneamente in atto (per quanto ciò fosse contrario alla tradizione costituzionale romana in tema di dittatura), e in ragione di ciò è stata sempre da più parti contestata: per tutti, v. ad esempio G. De Sanctis, Storia..., cit., vol. III.2, p. 117; G. Vallet, Un exemple..., cit., p. 189; H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., p. 47 s.

minuciana del 217 una vera e propria dittatura, o co-dittatura, e vi è chi²¹⁶ recisamente lo nega, preferendo semmai imputare la succitata testimonianza epigrafica ad anni precedenti²¹⁷. Quest'ultima operazione in particolare però, secondo noi, non è corretta, giacché, come si è detto in precedenza²¹⁸, difficilmente Minucio avrebbe potuto, prima dello scoppio della seconda guerra punica, essere nominato dittatore, anche solo *comitiorum habendorum causa*, in maniera tale da celebrare poi, mediante un'offerta votiva, un successo conseguito in battaglia. Questo avrebbe invece potuto farlo soltanto nel 217, dopo la vittoria di Gereonio²¹⁹, indicando se stesso nel modo in cui molti ormai, almeno di fatto, lo avranno certo percepito, ed anche chiamato, ossia dittatore²²⁰: egli, nel comportarsi così, in ogni caso non diremmo che propriamente "usurpasse" una qualche carica²²¹, anche se certo il temperamento del soggetto era alquanto ardimentoso ed auto-propositivo.

²¹⁶ V. per esempio A. Klotz, *Q. Fabius...*, cit., pp. 295 ss.; J. Bleicken, *Das Volkstribunat...*, cit., pp. 30 e nt. 4, 38; T.A. Dorey, *The Dictatorship...*, cit., pp. 92 ss., per cui Polibio è fonte attendibile ma poco pratica di diritto costituzionale romano; F.W. Walbank, *A Historical Commentary...*, cit., p. 434; G. Vallet, *Un exemple...*, cit., p. 183, nt. 3; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, p. 270, secondo il quale Polibio, parlando di due dittatori, sbaglia nel nome (se non nella sostanza); G.V. Sumner, *Elections...*, cit., p. 256; M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship...*, cit., pp. 492, 498 s., che, nonostante qualche dubbio residuo (su Minucio «co-dictator?»: p. 498), ritiene davvero improbabile la coesistenza di due dittatori formalmente in carica per la stessa causa, ché almeno quelli dell'anno successivo, M. Giunio Pera e M. Fabio Buteone, avranno, come noto, funzioni diverse; T.C. Brennan, *The Praetorship...*, cit., pp. 43 ss., per cui è del tutto normale che nei Fasti, i quali riferivano del nomen magistratus, e non del genus imperii, manchi la menzione di Minucio dittatore; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 218 ss., 228 ss.

²¹⁷ V. in particolare J. Bleicken, *Das Volkstribunat...*, cit., p. 30 e nt. 4; T.A. Dorey, *The Dictatorship...*, cit., pp. 92 ss.; G. Vallet, *Un exemple...*, cit., p. 183, nt. 3; M.E. Hartfield, *The Roman Dictatorship...*, cit., pp. 489 ss.; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 228 ss. Tali autori, già da noi ricordati sopra, alla nt. 23, sono stati, su questo punto specifico, fondatamente contestati per esempio da E. Badian, Recensione a T.R.S. Broughton, *Supplement...*, cit., p. 497; J. Jahn, *Interregnum'...*, cit., p. 114, nt. 98; R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., p. 40, nt. 75; Id., *L'humanitas'...*, cit., p. 480 s., che ritiene questa ipotesi non documentata.

²¹⁸ Sopra, § 2 e nt. 28.

²¹⁹ Per cui v. sopra, testo e nt. 181.

²²⁰ Tanto più se, come sembra possibile ricavarsi dalle fonti (cfr. Sil. Ital. 7.540-541), la legge gli aveva accordato la facoltà di utilizzare ventiquattro fasci littorii. Cfr. per esempio F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 204 s., 221.

²²¹ Condivisibile, sotto questo profilo, il rilievo di R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., p. 41. Secondo F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 220, 228, sebbene sia perfettamente comprensibile che, con quel tipo di regime, poi qualcuno abbia parlato di due dittatori, a Minucio non sarebbe stato in alcun modo lecito fare personalmente uso di quel titolo.

Se il titolo di dictator lo avesse anche formalmente acquisito, è - ribadiamo - in effetti difficile stabilire. Può darsi che, come è stato osservato²²², il tenore stesso della lex Metilia non fosse, in proposito, del tutto chiaro e che, per un caso privo di precedenti quale il nostro, essa fosse realmente suscettibile di interpretazioni diverse, da parte dei protagonisti di quella complessa vicenda; ma è anche vero che si era ancora in un'epoca in cui, in linea di principio, per essere investiti di un determinato bonos magistratuale, era indispensabile essere eletti o nominati, e non, come si è visto²²³, semplicemente designati a mezzo di una legge comiziale o addirittura di un plebiscito. In pratica, a nostro avviso, M. Minucio sarebbe diventato dittatore soltanto se un magistrato a ciò competente lo avesse, nel rispetto della decisione presa dalle tribù, dictus come tale: questa tesi è stata coerentemente sostenuta da un sia pur esiguo numero di studiosi²²⁴, ed anche noi non escludiamo del tutto che qualcosa del genere possa essere successo. Nondimeno, ci pare alquanto improbabile che, esistendo già un dictator regolarmente dictus - Q. Fabio, seppur non presente, perché da poco riallontanatosi da Roma²²⁵ -, ci si sia presi la briga di individuare di nuovo un magistrato che nominasse al Cunctator un collega dittatore, nella persona di colui che, secondo noi, da Fabio stesso era stato in precedenza nominato magister equitum... Sarebbe stato congruo, politicamente e forse non solo, ricorrere ad Atilio Regolo, consul suffectus, che il Verrucoso aveva appena fatto eleggere dai comizi226? Quasi

²²² Da parte di E. Badian, Recensione a T.R.S. Broughton, *Supplement...*, cit., p. 497, al quale si contrappone, forse qui in modo apodittico, F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 228 e nt. 28.

²²³ Cfr. sopra, § 3.1-2.

V. per esempio T. Mommsen, *Staatsrecht...*, cit., vol. II, p. 148, e F. Bandel, *Die römischen Diktaturen...*, cit., p. 129, per i quali la nomina venne fatta con le stesse formalità osservate per Fabio Massimo (ossia, lo ricordiamo, secondo entrambi gli a. con l'intervento del pretore: cfr. sopra, alla nt. 82); L. Pareti, *Contributi...*, cit., p. 561, per cui fu invece il *consul suffectus* Atilio Regolo, appena eletto, a nominare dittatore Minucio (in sostituzione, e non a fianco, di Fabio, nella particolare ottica di P.). Comunque sia, di tali studiosi è oltremodo apprezzabile l'approccio metodologico coerente, in rapporto alla questione, veramente dirimente, della *dictio*, che ci pare essere stata per lo più trascurata, anche da parte di chi maggiormente si è dedicato allo studio del plebiscito Metilio e dei suoi effetti.

²²⁵ Cfr. Liv. 22.25.16, già da noi citato sopra, alla nt. 188.

²²⁶ Secondo alcuni (cfr. sopra, § 3.2 e nt. 122), dando così compimento, per certi versi, alla *causa* della sua stessa speciale dittatura, *interregni causa*. In realtà, come si è visto, il Temporeggiatore non era stato richiamato a Roma per quello, neppure a mo' di pretesto, e la decisione di procedere in un frangente simile all'elezione del *suffectus* pare sia stato il frutto delle esigenze del momento, avvertite come tali o dagli avversari di Fabio (in alternativa alla sua eventuale permanenza come dittatore incontrastato: Liv. 22.25.11) o dai suoi

certamente no. Sarebbe stato allora possibile, o addirittura lecito, rivolgersi di nuovo al pretore urbano, essendovi un console in carica a Roma²²⁷? La risposta da dare è a nostro giudizio ancora negativa.

E' insomma preferibile pensare che quel potere straordinario, un *imperium* di natura dittatoria²²⁸, sia stato con legge accordato ad un soggetto che, pur non essendo magari un privato, non rivestiva neppure la magistratura cui normalmente quella potestà era annessa, bensì una magistratura di grado inferiore, il *magisterium* equitum²²⁹: talché l'esatta qualifica di cui da allora in poi Minucio Rufo avrebbe potuto a rigore fregiarsi sarebbe stata quella di *magister equitum pro dictatore*, secondo una condivisibile opinione espressa in dottrina²³⁰. Il confine con la dittatura vera e propria era però molto sottile, tanto che molti, più o meno intenzionalmente, non lo

alleati (in alternativa, forse, alla sua eventuale deposizione). Ad ogni modo, non c'è dubbio che un *suffectus* dovesse essere creato e che alla fine ciò sia avvenuto nella persona di M. Atilio Regolo, figlio ormai anziano dell'eroe della prima guerra punica, un filofabiano privo di particolari capacità di condottiero. Cfr., per la dottrina, ad esempio G. De Sanctis, *Storia...*, cit., vol. III.2, p. 53, per cui si trattò di un accorgimento, poi ritenuto non appagante, preteso dai democratici; H.H. Scullard, *Roman Politics...*, cit., p. 47 s., secondo il quale furono Fabio ed i suoi a tentare di restaurare la normale autorità consolare, onde evitare il peggio, ma la scelta di Atilio si rivelò sfortunata, non essendo egli in grado di condurre la guerra; P. Pinna Parpaglia, *Sulla 'rogatio'...*, cit., p. 232, che, attribuendo l'iniziativa al senato, esprime un'opinione analoga; G.V. Sumner, *Elections...*, cit., p. 257, il quale a sua volta identifica in Atilio un alleato del Temporeggiatore; L. Pareti, *Contributi...*, cit., p. 561, secondo cui, invece, fu proprio lui poi a nominare dittatore Minucio.

²²⁷ Il pretore M. Emilio, molto attivo al tempo dell'elezione di Q. Fabio (cfr. sopra), e del quale si tornerà a fare menzione in seguito (cfr. Liv. 22.33.8), sembra invece, qui, uscito di scena, tanto che non figura neppure nell'elenco dei magistrati in carica citati dal tribuno Metilio nella sua orazione contro il *Cunctator* (cfr. sopra).

Come tale sovraordinato all'imperium consolare (v. Cic. rep. 2.32.56; leg. 3.3.9) e pretorio, cui quello del magister equitum era assimilato (v. Cic. leg. 3.3.9; cfr. F. De Martino, Storia..., cit., vol. I, p. 454). E' stato d'altronde osservato che tale differenza rilevava sul piano "quantitativo", ossia del "grado" di imperium, stante la identica natura di quell'antico potere, sui cui limiti, sul cui impiego, anche al di fuori dell'ambito strettamente magistratuale, da allora in poi sempre più si disputò. A commento v., oltre a quanto già più volte detto in precedenza, per esempio L. Lange, Alterthümer..., cit., vol. I, p. 766, riguardo al quale si legga però la nt. successiva; T.A. Dorey, The Dictatorship..., cit., pp. 93 ss., con molte considerazioni, interessanti il nostro caso, sulla complessa concezione romana dell'imperium; F. De Martino, Storia..., cit., vol. I, p. 454; F.J. Vervaet, The Scope..., cit., pp. 202 e nt. 17, 206 s., nt. 35, 220 ss. e nt. 79, 224 ss., che affronta spesso il problema dell'imperium auspiciumque del dittatore (e qui del magister equitum aequatus), anche dal punto di vista del diritto augurale.

La tesi secondo la quale il *magister equitum* non avrebbe avuto, quasi fosse un privato, alcun *imperium* suo proprio - per cui in questa circostanza si sarebbe avuta *aequatio* tra i due, più che tra gli *imperia* dei due -, sostenuta a suo tempo da L. Lange, *Alterthümer...*, cit., vol. I, p. 766, e recentemente ripresa da T.C. Brennan, *The Praetorship...*, cit., pp. 43 ss., è rigettata dalla maggior parte degli studiosi: per tutti, v. qui ad esempio F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 217, 224 ss.

²³⁰ V. F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 221 s.

avranno riconosciuto come tale, a maggior ragione perché si trattava di un caso senza precedenti, per il quale si dovevano operare dei distinguo cui nessuno era abituato. Un caso che, comunque sia, segnava un ulteriore passo avanti lungo la strada che, come si accennava sopra, più sarebbe stata battuta nella tarda repubblica, quella dell'attribuzione, con provvedimenti *ad hoc*, dell'*imperium* militare a personalità che, senza occupare una carica corrispondente, apparissero le più idonee ad esercitarlo per far fronte ad emergenze di natura bellica²³¹.

La soluzione indicata ci sembra la più probabile anche alla luce di un'altra valutazione, basata sulle fonti relative alla conclusione della vicenda del tormentato rapporto tra i due²³², le quali ci riferiscono di un Minucio Rufo che, salvato da Fabio mentre stava per andare incontro ad una rovinosa sconfitta, si pente del suo comportamento e dichiara di voler tornare sotto il potere del Temporeggiatore (*sub imperium auspiciumque tuum redeo*)²³³. Ora, può darsi che il resoconto degli *antiqui*

Già in quell'epoca si davano casi di promagistrati, cui era attribuito un *imperium* che, in linea di principio, era considerato *minus* rispetto a quello dei magistrati corrispondenti. Qui una disposizione espressa di legge l'aveva reso *par* a quello del dittatore, in un regime di perfetta colleganza. In seguito saranno frequenti, come si sa, casi di *imperium maius*. In proposito, v. per esempio L. Lange, *Alterthümer...*, vol. I, p. 766; T.A. Dorey, *The Dictatorship...*, cit., pp. 93 ss.; T.C. Brennan, *The Praetorship...*, cit., p. 44 s.; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 217 e nt. 65, 220 ss., 223 e nt. 81, al quale variamente si rinvia, in merito all'esame di episodi, pressoché coevi, di proroga di comandi esistenti o creazione di promagistrature straordinarie, anche a mezzo, talora, di plebisciti (v. per esempio Liv. 26.2.5-6; 27.22.5; 30.27.3; 30.41.4; 31.50.10-11); o ancora allo studio di casi - cui il nostro fece probabilmente da modello - nei quali un potere già esistente veniva accresciuto, come quelli dei *praetores pro consule* ovvero quello, oltremodo significativo, di Augusto, il cui *consulare imperium* fu elevato, nel 23, al rango di *proconsulare maius* (collocabile, per così dire, a metà strada con l'*imperiumdictatorium*); cfr. Id., *The High Command...*, cit., *passim*, ma specialmente p. 212.

²³² In proposito, v. in generale Liv. 22.28-30; Sil. Ital. 7.515 ss.; Val. Max. 5.2.4; Plin. *nat.* 22.5.10; Frontin. *strat.* 2.5.22; Vir. *ill.* 43.3; Pol. 3.104-105; Diod. 26.3.3; Plut. *Fab.* 11-13; App. *Hann.* 13; Dio frg. 57.19-20; Zon. 8.26.

²³³ Così Liv. 22.30.4-5: Itaque plebei scitum, quo oneratus [sum] magis quam honoratus, primus antiquo abrogoque et, quod exercitibus his tuis quod tibi mihique servato ac conservatori sit felix, sub imperium auspiciumque tuum redeo et signa haec legionesque restituo. Tu, quaeso, placatus me magisterium equitum, hos ordines suos quemque tenere iubeas; cfr. Liv. 22.29.9-10: (...) parere prudenti in animum inducamus. Castra cum Fabio iungamus. Ad praetorium eius signa cum tulerimus, ubi ego eum parentem appellavero, quod beneficio eius erga nos ac maiestate eius dignum est, vos, milites, eos quorum vos modo arma dexterae texerunt patronos salutabitis; Sil. Ital. 7.736-745: tum qui partitis dissederat ante maniplis 'sancte' ait 'o genitor, revocato ad lucis honorem si fas vera queri, cur nobis castra virosque dividere est licitum? patiens cur arma dedisti, quae solus rexisse vales? hoc munere lapsi aeternas multo cum sanguine vidimus umbras. Ocius huc aquilas servataque signa referte. Hic patria est, murique urbis stant pectore in uno. Tuque dolos, Poene, atque astus tandem exue notos; cum solo tibi iam Fabio sunt bella gerenda'; Val. Max. 5.2.4: ubi temere inito certamine pestiferum habiturus exitum subsidio Fabi conservatus, et ipse eum patrem appellavit et ab legionibus suis patronum salutari voluit ac deposito aequalis imperii iugo magisterium equitum, sicut par erat, dictaturae subiecit inprudentisque vulgi errorem gratae mentis significatione correxit; Plut. Fab. 13.4-6: 'ὑμῖν δὲ τῶν μὲν ἄλλων ἐστὶν ἄρχων ὁ διατάτωρ, τῆς δὲ πρὸς ἐκεῖνον εὐχαριστίας αὐτὸς ἡγεμῶν ἔσομαι,

auctores sia affetto, qui, da un'enfasi eccessiva, indotta dall'orientamento storiografico, per lo più filofabiano, che decisamente li ispira²³⁴; ma non ci spingeremmo ad ignorare queste testimonianze considerandole ridicole e inattendibili²³⁵, né completamente irrilevanti dal diritto. Anzi, il fatto che Minucio si sia, di nuovo, volontariamente sottoposto a Fabio Massimo non può che essere ricondotto a due circostanze, entrambe estremamente interessanti dal nostro punto di vista: o i due colleghi, pur restando tali, e cioè alla pari, si accordano nel senso di un esercizio esclusivo da parte di Fabio dei supremi poteri di comando, fino alla scadenza del mandato²³⁶; o in alternativa Minucio formalmente rinuncia al beneficio della aequatio e torna a rivestire il ruolo, del tutto subordinato, normalmente connaturato al magisterium equitum. Come è intuibile, ambedue le eventualità si

_

πρώτον έμαυτὸν εὐπειθῆ καὶ ποιοῦντα τὸ κελευόμενον ὑπ'ἐκείνου παρεχόμενος'. Ταῦτ'εἰπὼν καὶ τοὺς ἀετοὺς ἄρασθαι κελεύσας καὶ πάντας ἀκολουθεῖν, ἦγε πρὸς τὸν χάρακα τοῦ Φαβίου. Καὶ παρελθὼν ἐντὸς ἐβάδιζεν ἐπὶ τὴν στρατηγικὴν σκηνήν, ὥστε θαυμάζειν καὶ διαπορεῖν πάντας. Προελθόντος δὲ τοῦ Φαβίου θέμενος ἔμπροσθεν τὰς σημαίας; Αρρ. Ηαππ. 13.55: ὁ δὲ Μινούκιος αὐτοῦ καταγνους ἀπειρίαν ἀπέθετο τὴν ἀρχήν, καὶ τὸ μέρος τοῦ στρατοῦ παρέδωκε τῷ Φαβίῳ, ἡγουμένῳ πρὸς ἄνδρα τεχνίτην μάχης ἕνα καιρὸν εἶναι τὴν ἀνάγκην; Dio frg. 57.19: ὅτι ὁ Ῥοῦφος ἰσομοιρίαν λαχὼν τῷ δικτάτορι καὶ ἡττηθεὶς ὑπὸ Καρχηδονίων μετεβάλετο (σωφρονίζουσι γάρ πως τοὺς μὴ πάνυ ἀνοήτους αἱ συμφοραί) καὶ ἐθελοντὴς τὴν ἡγεμονίαν ἀφῆκε; Ζοπ. 8.26: Παθὼν οὖν τοῦτο ὁ Ῥοῦφος μετεβάλετο, καὶ τὸ στράτευμά τε τὸ περίλοιπον ἐς τὸν Φάβιον εὐθὺς ἤγαγε, καὶ τὴν ἀρχὴν παραδέδωκεν, οὐδ' ἀνέμεινε τὸν δῆμον ἀναψηφίσασθαι, ἀλλ' ἐθελοντὴς τὴν ἡγεμονίαν, ῆν παρ' αὐτοῦ μόνος ἱππάρχων ἔλαβεν, ἀφῆκε. Καὶ αὐτὸν ἐπὶ τοὑτῳ πάντες ἐπήνεσαν. Καὶ ὁ Φάβιος αὐτίαα μηδὲν ἐνδοιάσας πᾶσαν ὲδέξατο καὶ ὁ δῆμος αὐτὸ ἀπεδέξατο; ν. anche Pol. 3.105.10: οὐ μὴν ἀλλ'οἱ μὲν Ῥωμαῖοι διδαχθέντες ὑπὸ τῶν πραγμάτων καὶ βαλόμενοι χάρακα πάλιν ἕνα πάντες ἐστρατοπέδευσαν ὁμόσε καὶ λοιπὸν ἤδη Φαβίφ προσεῖχον τὸν νοῦν καὶ τοῖς ὑπὸ τούτου παραγγελλομένοις.

²³⁴ Non a caso Polibio, che meno risente di certi condizionamenti, offre, come si è appena visto, una versione più concisa dell'accaduto, limitandosi a ricordare che i Romani tornarono ad accamparsi di nuovo tutti insieme. In merito all'incidenza esercitata sulle altre fonti da una certa tradizione di parte, favorevole al *Cunctator*, si vedano le riflessioni da noi più volte condotte in precedenza, con citazioni di autori; ma v. qui in particolare, in rapporto a questo episodio, per esempio H.H. Scullard, *Roman Politics...*, cit., p. 47; G. Vallet, *Un exemple...*, cit., pp. 182 ss.; R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., p. 42; cfr. per esempio M. Gusso, *Appunti...*, cit., p. 325.

²³⁵ Per una rassegna di opinioni, v. ad esempio G. De Sanctis, *Storia...*, cit., vol. III.2, p. 55, che dubita della fedeltà al vero del racconto sulla riconciliazione tra i due, anche perché ricco di particolari un po' comici; H.H. Scullard, *Roman Politics...*, cit., p. 48 s., che si esprime negli stessi termini; G. Vallet, *Un exemple...*, cit., p. 184, per cui la descrizione liviana del riallineamento di Minucio a Fabio presenta tratti di spettacolarità; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, p. 271, secondo il quale si tratta di notizie scarsamente attendibili; R. Scuderi, *Per la storia...*, cit., p. 42, che, relativamente a Livio e Plutarco, parla di narrazione drammatica; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 209 s.; Id., *The High Command...*, cit., p. 212, il quale considera, come minimo, teatrali, drammatici i resoconti sulla rinuncia di Minucio al *summum imperium auspiciumque*.

²³⁶ Questa è la spiegazione che, secondo per esempio F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 211 e ntt. 43 e 45, 221, sarebbe preferibile dare del comportamento di Minucio Rufo: si tratterebbe della manifestazione della sua volontaria disponibilità ad attenersi ai *desiderata* del collega, in accordo con lui, cosa che qualche volta era successa anche fra i consoli (v. per esempio Liv. 3.70.1).

attagliano meglio ad una situazione in cui, per l'appunto, Rufo non fosse diventato proprio dittatore²³⁷: specialmente la seconda, in verità, che appare la più fedele ai testi²³⁸ e che non si capisce perché debba ritenersi incompatibile coi principi del diritto costituzionale romano²³⁹, che generalmente ammetteva l'*abdicatio*²⁴⁰.

Tuttavia, ad un completo accoglimento di quest'ultima ricostruzione osta il rilievo che, al termine del semestre²⁴¹, i consoli, secondo Tito Livio²⁴², ricevano in

²³⁷ Ciò perché, come è anche espressamente attestato (Liv. 22.30.5), Minucio pregava Fabio di mantenere comunque la carica (*magisterium equitum tenere*), l'unica che ancora evidentemente esisteva.

²³⁸ Secondo quanto si è visto, a parte Livio, che utilizza il verbo *abrogo*, vi è Valerio Massimo, che parla di depositio aequalis imperii; ad un formale abbandono del supremo comando paiono fare riferimento anche Appiano e Dione Cassio, mentre la pur tarda, e dubbia, testimonianza di Zonara ci dà addirittura notizia di un pronunciamento popolare che, abrogando la lex Metilia, avrebbe sancito la rinuncia di Minucio. Specie su quest'ultimo, isolato passo, in genere del tutto eluso dagli studiosi (e che anche noi consideriamo, a dire il vero, di scarsa attendibilità, per le ragioni che subito spiegheremo), ha, comunque meritevolmente, concentrato la sua attenzione F.J. Vervaet, The Scope..., cit., pp. 214 ss., 222 s., il quale, ribadendo che il plebiscito Metilio era diretto ai soli Fabio e Minucio, e non alle coppie dittatorie in generale, sostiene che un eventuale contro-plebiscito di carattere abrogativo sarebbe stato semmai necessario per ripristinare, proprio tra i due, l'originario regime di disparità gerarchica, dato che l'aequatio come tale, a suo avviso, non era più formalmente rimuovibile a discrezione loro: in quest'ottica, la personale abrogatio di Rufo sembra quasi preludere, secondo V., ad un potenziale provvedimento popolare. Ad ogni modo, si tratta di un'impostazione che non condividiamo: in primo luogo, perché non può esservi formalmente abrogatio se già vi è stata abdicatio (sulla piena distinzione tra i due istituti, nel diritto pubblico romano, v. gli autori citati appena oltre, alla nt. 240), dovendosi pertanto intendere il verbo che Livio fa pronunciare a Minucio nel senso, atecnico, di rinuncia al privilegio concesso con una lex rogata; in secondo luogo, perché nella pragmatica ottica romana non si vede di che utilità potesse essere a quel punto per Fabio, che era nella fase finale del suo mandato, far approvare a Roma una legge popolare ad hoc, anziché dedicarsi pienamente alla cura della guerra.

²³⁹ Questa è invece, a nostro avviso, la posizione che pare prendere F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., pp. 209 s., 216 ss., il quale dà assolutamente per scontato che M. Rufo non possa rescindere la *lex Metilia* di sua propria autorità.

²⁴⁰ I magistrati (e promagistrati) romani potevano sempre abdicare dalla carica (cfr. per esempio T. Mommsen, *Staatsrecht...*, cit., vol. II, pp. 626 ss.; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, pp. 199, 491; v. anche sopra, alla nt. 27); ma il *magister equitum* era l'unico che, più che altro, *dovesse* farlo, se a costringerlo era il dittatore (v. Liv. 4.34.5; 8.15.6; 9.26.20; cfr. per esempio F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. I, p. 453). E' allora plausibile pensare che qui Minucio abbia rinunciato ai soli poteri di cui, in applicazione del principio generale, poteva disporre del tutto liberamente - ossia quelli che erano stati *aggiunti* alla carica -, per il resto chiedendo a Fabio di conservare il *magisterium equitum* in quanto tale.

²⁴¹ Sulla fine del mandato e sui relativi adempimenti v. soprattutto oltre, § 3.6 e nt. 286, con le fonti ivi generalmente richiamate.

²⁴² V. Liv. 22.31.7: Ipse per Siciliam pedibus profectus freto in Italiam traiecit, litteris Q. Fabi accitus et ipse et collega eius M. Atilius, ut exercitus ab se exacto iam prope semenstri imperio acciperent; 22.32.1: Consules Atilius Fabiano, Geminus Servilius Minuciano exercitu accepto, hibernaculis mature communitis, [quod reli]quum autumni erat Fabi artibus cum summa inter se concordia bellum gesserunt.

consegna le legioni di Fabio e quelle di Minucio, menzionate separatamente²⁴³, e che, secondo Polibio²⁴⁴, essi depongano il potere in quanto dittatori uscenti²⁴⁵.

3.5. Il problema del riscatto dei prigionieri

Tra i motivi per cui si era diffuso un certo malcontento verso il comportamento di Fabio, suscitando il disappunto degli stessi senatori, prima che il *Cunctator* fosse richiamato a Roma²⁴⁶, vi fu anche un episodio che dobbiamo qui prendere in considerazione: lo scambio dei prigionieri con Annibale, al quale dovettero essere pagati quelli da lui restituiti in sovrappiù²⁴⁷. Il dittatore non ottenne,

²⁴³ Attribuisce importanza a questo dato per esempio F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, pp. 271 e nt. 172; cfr. F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 209 s. Ma il fatto che gli eserciti fossero stati di nuovo divisi, in verità, non è di per sé prova di una perdurante *par potestas* tra i due: lo stesso Fabio avrebbe potuto dare indicazioni in tal senso, e Minucio comportarsi di conseguenza, come sovente sarà accaduto tra dittatori e *magistri equitum*.

²⁴⁵ Dittatore propriamente Minucio, secondo noi, non era mai stato; ma è in effetti difficile ipotizzare, con una testimonianza simile, che alla scadenza del mandato fosse addirittura formalmente tornato ad essere *magister equitum* con autorità subordinata. Attribuisce importanza a questo dato, in maniera qui anche più convincente, ancora F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, p. 271 e nt. 172.

²⁴⁶Come fa giustamente notare P. François, *'Sacrorum causa'*…, cit., p. 178, nt. 82, il resoconto liviano della vicenda si colloca giusto in mezzo ai due riferimenti alla partenza del Temporeggiatore dal campo alla volta di Roma (Liv. 22.18.8 e 24.1).

²⁴⁷ Sul punto v. Liv. 22.23.5-8: (...) altera ipsius facto, primo forsitan dubio, quia non exspectata in eo senatus auctoritas est, ad extremum haud ambigue in maximam laudem verso. In permutandis captivis, quod sic primo Punico bello factum erat, convenerat inter duces Romanum Poenumque, ut, quae pars plures reciperet quam daret, argenti pondo bina et selibras in militem praestaret. Ducentis quadraginta septem cum plures Romanus quam Poenus recepisset argentumque pro eis debitum, saepe iactata in senatu re, quoniam non consuluisset patres, tardius erogaretur, inviolatum ab hoste agrum, misso Romam Quinto filio, vendidit fidemque publicam impendio privato exsolvit; Val. Max. 3.8.2: Atque ista quidem severitatis, illa vero pietatis constantia admirabilis, quam Q. Fabius Maximus infatigabilem patriae praestitit. Pecuniam pro captivis Hannibali numeraverat, fraudatus ea publice tacuit; 4.8.1: quae Fabio Maximo tot ante saecula parvam pecuniae summam erogatam ad hoc usque tempus laudahilem fecit. Captivos ah Hannihale interposita pactione nummorum receperat. Qui cum a senatu non praestarentur, misso in urbem filio fundum, quem unicum possidebat, vendidit eiusque pretium Hannibali protinus numeravit, si ad calculos revocetur, parvum, utpote septem iugeribus et hoc in Pupinia addictis redactum, si animo ~ praerogantis, omni pecunia maius: se enim patrimonii quam patriam sidei inopem esse maluit, eo quidem maiore cum commendatione, quod proni studii certius indicium est supra vires niti quam viribus ex facili uti: alter enim quod potest praestat, alter plus etiam quam potest; Frontin. strat. 1.8.2: Hannibal Fabium, cui neque virtute neque artibus bellandi par erat, ut infamia distringeret, agris eius abstinuit, ceteros populatus. Contra ille, ne suspecta civibus fides esset, magnitudine animi effecit, publicatis possessionibus suis; Vir. ill. 43.6-7: de redemptione captivorum cum hostibus pepigit; quod pactum cum a senatu improbaretur, fundum suum ducentis milibus vendidit et fidei satisfecit; Plut. Fab. 7.5-8: ἐγεγόνει δὲ καὶ τῆ βουλῆ δι' ὀργῆς οὐχ ἥκιστα μεμφομένη τὰς περὶ τῶν αἰχμαλώτων πρὸς Άννἰβαν όμολογίας, ώμολογήκεισαν γὰρ αὑτοῖς ἄνδρα μὲν ἀνδρὶ λύεσθαι τῶν ἀλισκομένων, εἰ δὲ πλείους οἱ ἕτεροι γένοιντο, διδόναι δραχμὰς ὑπὲρ ἑκάστου τῶν κομιζομένων πεντήκοντα καὶ διακοσίας. 'Ως οὖν γενομένης τῆς κατ' ἄνδρα διαμείψεως ηὑρέθησαν ὑπόλοιποι Ρωμαίων παρ' Άννίβα τεσσαράκοντα καὶ διακόσιοι, τούτων ή σύγκλητος ἔγνω τὰ λύτρα μὴ πέμπειν, καὶ προσητιᾶτο τὸν Φάβιον ὡς οὐ πρεπόντως οὐδὲ λυσιτελῶς ἄνδρας ὑπὸ δειλίας πολεμίων ἄγραν γενομένους ἀνακομιζόμενον. Ταῦτ' ἀκούσας ὁ Φάβιος τὴν μὲν ὀργὴν ἔφερε πρῷως τῶν πολιτῶν, χρήματα δ'οὐκ ἔχων,

²⁴⁴ V. Pol. 3.106.1-2 (trascritto sopra, alla nt. 310).

in ciò, la collaborazione del senato, e venne allora costretto a spendere i suoi soldi, ricavati fra l'altro dalla vendita di un fondo che il Cartaginese aveva maliziosamente evitato di devastare, per insinuare nell'animo dei Romani il sospetto di una connivenza del Temporeggiatore col nemico²⁴⁸.

Della vicenda gli studiosi si sono per lo più occupati dal punto di vista dei rapporti fra dittatore e consesso senatorio in campo finanziario; ma essa è interessante anche per altri versi.

Occorre anzitutto osservare che tra Fabio Massimo ed Annibale era stato raggiunto un accordo (*conventio*, *pactio*)²⁴⁹, che appunto prevedeva una *permutatio* alla pari dei *captivi* e, per il caso di sovrannumero da una parte o dall'altra, persino il *quantum* da versare per il riscatto di ognuno²⁵⁰. Si trattava di patti che, se conclusi da un generale romano dotato di *imperium*, con le modalità consuete - ossia, tradizionalmente, a mezzo di legati od araldi²⁵¹, nell'ambito di una tregua anche di poche ore²⁵² -, erano idonei ad impegnare la *res publica* come tale. Le fonti non ci consentono di dubitare che ciò valesse anche nel nostro caso (*fidem publicam exsolvere*;

διαψεύσασθαι δὲ τὸν Ἀννίβαν καὶ προέσθαι τοὺς πολίτας οὐχ ὑπομένων, ἔπεμψε τὸν υἰὸν εἰς Ῥώμην κελεύσας ἀποδόσθαι τοὺς ἀγροὺς καὶ τὸ ἀργύριον εὐθὺς ὡς αὐτὸν ἐπὶ τὸ στρατόπεδον κομίζειν. ᾿Αποδομένου δὲ τοῦ νεανίσκου τὰ χωρία καὶ ταχέως ἐπανελθόντος ἀπέπεμψε τὰ λύτρα τῷ Ἁννίβα καὶ τοὺς αἰχμαλώτους ἀπέλαβε· καὶ πολλῶν ἀποδιδόντων ὕστερον παρ' οὐδενὸς ἔλαβεν, ἀλλ' ἀφῆκε πᾶσι; Dio. frg. 57.15: ὅτι Ἁννίβας ἤτοι χαριζόμενος τῷ Φαβίῳ ὡς καὶ ἐπιτηδείῳ σφίσιν ὄντι, ἣκαὶ ἐπὶ διαβολῆ αὐτοῦ, οὐδὲν τῶν προσηκόντων οἱ κατέδραμεν. Καὶ διὰ τοῦτ' ἀντιδόσεως τῶν αἰχμαλώτων τοῖς Ῥωμαίοις πρὸς τοὺς Καρχηδονίους, ὥσθ'ὁποτέρων ἂν πλείους εὐρεθῶσιν ἀπολυτρωθῆναὶ σφας, γενομένης, καὶ τῶν Ῥωμαίων μὴ βουληθέντων αὐτοὺς ἐκ τοῦ δημοσίου λυτρώσασθαι, τὰ χωρία ὁ Φάβιος ἀποδόμενος τὰ λύτρα αὐτοῖς ἐχαρίσατο.

²⁴⁸ In merito a quest'altro episodio, in qualche modo collegato al primo (non, forse, senza qualche forzatura storica, dato che non sempre dalle fonti risulta essere la stessa l'ubicazione del fondo risparmiato da Annibale e di quello venduto da Fabio: in merito v. per esempio G. De Sanctis, *Storia...*, cit., vol. III.2, p. 51, nt. 81; cfr. C. Laudani, *Caratteri...*, cit., p. 57), v. Liv. 22.23.4-5; Val. Max. 7.3 ext. 8; Sil. Ital. 7.260-271; Frontin. *strat.* 1.8.2; Plut. *Fab.* 7.4; Dio. frg. 57.15; Zon. 8.26.

²⁴⁹ V. ancora, in particolare, Liv. 22.23.6; Val. Max. 4.8.1; Vir. ill. 43.6-7.

²⁵⁰ Due libbre e mezzo secondo Liv. 22.23.6; duecentocinquanta dracme per Plut. Fab. 7.5.

²⁵¹ La cui persona era, come noto, inviolabile. A conferma v. ad esempio, per tutti, F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, p. 59 e ntt. 151-152; L. Loreto, *E' scoppiata la guerra coi Romani*, in *BIDR*, 94-95 (1991-1992), pp. 248 ss., specialmente 260 ss.

²⁵² Su natura, durata ed effetti delle c.d. *indutiae* e sulle discussioni su di esse sorte, già nei tempi antichi, v. ad esempio D. 49.15.19.1; Gell. 1.25, che cita autori precedenti; cfr. per esempio F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, pp. 54 ss., specialmente 57 ss. e nt. 142; L. Loreto, *E' scoppiata la guerra...*, cit., pp. 220, 230, 232, 235; V. Ilari, s.v. *Trattato internazionale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano 1992, p. 1344.

patria fidei inops)²⁵³, tanto più che il dittatore, assai più dei consoli, era dotato di autonomia nella gestione della guerra²⁵⁴, e quindi anche nella applicazione delle regole proprie del *ius belli ac pacis*²⁵⁵. Fabio, forse confidando nell'esistenza di un precedente prossimo - quello, risalente alla prima guerra punica, di cui fa menzione Livio²⁵⁶ -, ritiene la questione pacifica ed evita di consultare il senato; ma mal gliene incoglie, in quella fase in cui il suo *modus operandi* era messo costantemente sotto esame, sia perché, a ben vedere, di precedenti ve n'era uno anche più recente, in cui era stato Annibale a disattendere clamorosamente gli impegni²⁵⁷ (con la sua proverbiale *perfidia plus quam Punica*)²⁵⁸, sia perché sull'utilizzo dei fondi erariali i *patres*, come si sa, avrebbero dovuto essere interpellati comunque²⁵⁹.

Essi si saranno probabilmente indispettiti dell'atteggiamento del Verrucoso, apparso autoreferenziale: anche, in fin dei conti, contro il proprio interesse, perché, se si fosse trattato di mero scambio dei prigionieri, di ricorrere al senato non vi sarebbe stato a rigore bisogno²⁶⁰, ma trattandosi anche di riscatto a pagamento, certo

²⁵³ V. rispett.te Liv. 22.23.8; Val. Max. 4.8.1.

²⁵⁴ V. per esempio Pol.. 3.87.7-8; Dion. Alic. 5.73. Cfr. per esempio P. Willems, *Le sénat...*, cit., p. 332; T. Mommsen, *Staatsrecht...*, cit., vol. II, pp. 158 s., 166; B. Bruno, s.v. *'Dictator'...*, cit., p. 1766 s.; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. I, p. 451 s.

²⁵⁵ V. ancora soprattutto Dion. Alic. 5.73.1 (Οὖτος πρῶτος ἐν Ῥώμη μόναρχος ἀπεδείχθη πολέμου τε καὶ εἰρήνης καὶ παντὸς ἄλλου πράγματος αὐτοκράτωρ) ove il dittatore è addirittura definito "signore della guerra e della pace". V. anche per esempio F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. I, p. 452, il quale, pur riconoscendo la particolare fiducia di cui solitamente godeva il dittatore, di per sé nominato dai consoli con l'assenso del senato, giudica tuttavia eccessiva la testimonianza di Dionigi, perché dal controllo della guerra e della pace il senato ed il popolo romano non si rendevano completamente avulsi con la *dictio dictatoris*. Ad ogni modo, non si può fare a meno di rilevare che, in mancanza di un dittatore, si verificarono casi di trattative per il riscatto dei prigionieri condotte, mediante ambasciatori, direttamente dal senato: sul punto v. soprattutto L. Loreto, E' scoppiata la guerra..., cit., pp. 260 ss., cui si rinvia per la disamina delle fonti pertinenti.

²⁵⁶ Liv. 22.23.6.

²⁵⁷ Pol. 3.84.14-85.3; Liv. 22.6.11-12.

²⁵⁸ Liv. 21.4.9; cfr. Liv. 22.6.12 (*Punica religio*, in senso sarcastico); 28.17.7. Evidente è l'intento di contrapporre la *perfidia* al valore, tipicamente romano, della *fides*, l'osservanza della parola data, pubblica o privata che fosse.

²⁵⁹ Sulle ben note competenze in campo finanziario, accordate al senato dalla costituzione repubblicana, v. qui ad esempio, per tutti, P. Willems, *Le sénat...*, cit., pp. 329 ss., 331 ss..; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. I, pp. 479 ss.; vol. II, pp. 205 ss.

²⁶⁰ Ma pur sempre l'opportunità, come tale ravvisata dal senato stesso, secondo quanto si evince, per esempio, da Plut. Fab. 7.6, ove si legge che i patres mossero contestazioni di merito anche alla permutatio in sé considerata (cfr. oltre). Sulla circostanza che il senato fosse politicamente contrario all'intera operazione, anche al di là del mancato esborso delle somme richieste, v. per esempio P. François, Énée..., cit., p. 213 s., per cui il vero intento dell'assemblea senatoria era quello di boicottare l'iniziativa presa dal Temporeggiatore,

invece che sì. Le fonti sembrano in effetti confermare che il *dictator*, pur di per sé irresponsabile dell'amministrazione di quanto ricevuto (non essendo, per esempio, tenuto al rendiconto)²⁶¹, al pari dei consoli non poteva fare a meno della preventiva autorizzazione del senato per attingere all'*aerarium populi Romani*²⁶². Qui i senatori di fatto negano a Fabio l'autorizzazione in questione, e non è indispensabile accertare se ciò sia dipeso da una mancata pronuncia nei tempi richiesti dall'accordo, come fa intendere Livio²⁶³, o da una espressa pronuncia di rifiuto, secondo quanto si ricaverebbe da altri autori²⁶⁴.

Ma non possiamo sentirci appagati da codesti rilievi, giacché in casi simili, non del tutto inediti²⁶⁵, la *res publica* veniva poi a trovarsi in una situazione di grave

col pretesto di non essere stata consultata; F.J. Vervaet, *The Scope...*, cit., p. 200; R. Feig Vishnia, *The Delayed Career...*, cit., p. 32, della quale pur non appare corretta l'affermazione secondo cui Fabio, accordandosi con Annibale per lo scambio di prigionieri, avrebbe disobbedito agli ordini del senato; R. Scuderi, *L'humanitas'...*, cit., p. 480.

²⁶¹ Su questo punto specifico la dottrina è pacifica. Per tutti, ed anche a riscontro delle fonti all'uopo adducibili, basti qui per esempio rinviare a T. Mommsen, *Staatsrecht...*, cit., vol. II, p. 166 s., il quale ulteriormente spiega che non era prevista accanto al dittatore la presenza di un questore contabile che lo assistesse, al contrario di quel che avveniva per il console; W. Liebenam, s.v. *'Dictator'...*, cit., col. 373; B. Bruno, s.v. *'Dictator'...*, cit., p. 1767; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. I, p. 452 e nt. 165.

Zon. 7.13 (ἦν μὲν οὖν, ὡς εἴρηται, ἡ δικτατορία κατά γε τὴν ἐξουσίαν τῇ βασιλεία ἰσόρροπος, πλὴν ὅτι μὴ ἐφ ιππον ἀναβῆναι ὁ δικτάτωρ ἡδύνατο, εἰ μὴ ἐκοτρατεὐεσθαι ἔμελλεν, οὕτε ἐκ τῶν δημοσίων χρημάτων ἀναλῶσαὶ τι ἐξῆν αὐτῷ, εἰ μὴ ἐψηφίσθη), secondo il quale, addirittura, il dittatore avrebbe apparentemente avuto, in questo campo, mano ancor meno libera dei consoli, essendogli indispensabile, per ogni spesa, ottenere un voto favorevole ad hoc (espresso da quale organo, non si dice). Ora, al di là degli eccessi di quest'ultima testimonianza, è difficile disconoscere la necessità di un'autorizzazione senatoria per l'accesso ai fondi erariali: su questa linea per esempio T. Mommsen, Staatsrecht..., cit., vol. II, pp. 166 e nt. 3, 167 e nt. 1; W. Liebenam, s.v. Dictator'..., cit., col. 373; B. Bruno, s.v. Dictator'..., cit., pp. 1767; F. De Martino, Storia..., cit., vol. I, p. 452 e nt. 166; contra, tra i pochissimi, P. Willems, Le sénat..., cit., pp. 331 ss., del quale non ci sembra abbia avuto seguito l'opinione secondo cui la prassi di chiedere il permesso del senato era un portato della decadenza della dittatura, mentre in antico le cose non andavano così, in conformità a quanto si evincerebbe per esempio da Liv. 7.17.7 (ma in questa fonte non è contenuto alcun chiaro riferimento alla materia finanziaria, al contrario di quel che è dato riscontrare nel succitato passo di Zonara, anch'esso rilevante per l'epoca risalente).

²⁶³ Liv. 22.23.7-8. Si osservi che P. Willems, *Le sénat...*, cit., p. 335, coerentemente con la sua impostazione, adduce questo passaggio a sostegno della tesi diretta a negare una vera e propria competenza che il senato, in materia, potesse esercitare nei confronti del dittatore; ma alla luce di tutte le altre fonti non si può che ritenere questa interpretazione forzata.

²⁶⁴ Val. Max. 4.8.1; Vir. ill. 43.7; Plut. Fab. 7.6.

²⁶⁵ Anche in materia, per esempio, di promesse votive, fatte *inconsulto senatu* dai generali prima di una battaglia per ottenere dagli dei la vittoria, poteva darsi il caso che i *patres*, chiamati in un secondo momento a ratificare il voto e a finanziarne l'esecuzione, si pronunciassero in senso negativo. Sul tema ci permettiamo di rinviare al nostro *Voti...*, cit., specialmente pp. 75 ss.

stallo: esisteva infatti un obbligo contratto per il tramite di un suo organo (il magistrato, messo qui in altrettanto grave imbarazzo), che come tale avrebbe dovuto mantenere l'impegno, con mezzi da reperire, ma che un altro organo (il senato), a ciò ordinariamente competente²⁶⁶, non gli voleva concedere. Come uscire dall'impasse? Una prima soluzione, che certo avrebbe coperto Fabio di vergogna, ma a cui la decisione del senato sembra dare in qualche modo adito, è quella di rinunciare al riscatto di quegli uomini, abbandonandoli a se stessi perché da ritenersi vigliacchi²⁶⁷: Annibale, non pagato, avrebbe potuto auto-tutelarsi non consegnando i captivi romani²⁶⁸, a meno che non lo avesse già fatto²⁶⁹. La repubblica si sarebbe così resa insolvens, pur verso un nemico infido e spietato: uno sbocco comunque inaccettabile per il dittatore, che si era impegnato alla solutio. Ma come trovare i fondi? Ai comandanti romani era riservata, come si sa, una parte del bottino²⁷⁰; si sarebbe teoricamente potuto utilizzare quello, ma qui non esisteva, dato che si stava combattendo una guerra difensiva e non di conquista, e che in ogni caso Roma aveva fino a quel momento riportato solo sconfitte. L'extrema ratio²⁷¹, di cui i magistrati erano d'altronde consapevoli, era di far ricorso alle proprie ricchezze

²⁶⁶ Competente ad autorizzare la erogazione dei fondi, non ad onorare l'impegno in sé considerato, come pur qualche volta autori non specialisti di diritto (per tutti, v. ad esempio C. Laudani, *Caratteri...*, cit., p. 55) sembrano sottintendere.

²⁶⁷ Sul punto, v. soprattutto Plut. Fab. 7.6.

²⁶⁸ La c.d. *exceptio inadimpleti contractus* è da sempre, di fatto, la forma di (auto)tutela più comune agli accordi di carattere sinallagmatico.

 $^{^{269}}$ Ciò parrebbe intendersi da Liv. 22.23.7e Val. Max. 4.8.1; ma il contrario è chiaramente attestato da Plut. Fab. 7.6-8.

²⁷⁰ Sulla sorte del bottino e delle sue ripartizioni (con particolare riferimento alle c.d. *manubiae*, che il magistrato poteva trattenere con sé anche per diverso tempo), v. qui, per tutti, F. Bona, s.v. *Preda bellica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano 1985, pp. 911 ss.

²⁷¹ Vale forse la pena ricordare che in caso di sponsio internazionale la civitas aveva facoltà di liberarsi anche mediante noxae deditio del comandante che l'avesse effettuata senza il rispetto delle procedure. A conferma, v. per esempio M. Sargenti, Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano (1950), ora in Id., Scritti, Napoli 2011, pp. 129 ss., specialmente 151 ss.; F. De Martino, Storia..., cit., vol. II, pp. 34 ss.; G. Pugliese, Appunti sulla 'deditio' dell'accusato di illeciti internazionali (1974), ora in Id., Scritti giuridici scelti, a cura di G. Sacconi e I. Buti, vol. I, Napoli 1985, pp. 559 ss., specialmente 594 ss.; G. Turelli, 'Audi Iuppiter'. Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana, Milano 2011, pp. 117 ss.; Id., Recensione a O. Tellegen-Couperus, Law and Religion in the Roman Republic, Leiden 2012, in ZSS, 132 (2015), p. 578 s., nt. 11, con le fonti e la ulteriore bibliografia da questi autori richiamate; cfr. per esempio N. Rampazzo, 'Iustitia' e 'bellum'. Prospettive storiografiche sulla guerra nella repubblica romana, Napoli 2012, pp. 55 ss.; F. Tuccillo, Sui feziali e il 'ius fetiale', in Index, 41 (2013), p. 230; A. Manni, 'Mors omnia solvit'. La morte del 'reus' nel processo penale romano, Napoli 2013², pp. 161 ss.; M.F. Cursi, 'Bellum iustum' tra rito e 'iustae causae belli', in Index, 42 (2014), p. 580.

personali (*impendium privatum*²⁷²): non sappiamo con esattezza se questo costituisse un obbligo rilevante dalla sfera giuridica o soltanto da quella morale (senz'altro, in quest'ambito, quasi egualmente stringente); ma non vi è dubbio che Fabio Massimo abbia salvaguardato al meglio il suo profilo, disponendo la vendita proprio del fondo che Annibale aveva risparmiato e impiegando il ricavato per recuperare i prigionieri²⁷³.

Una qualche luce su quest'ultima questione la può probabilmente gettare la testimonianza relativa alla richiesta, fatta poi per gratitudine a Fabio da molti degli uomini liberati, di rimborsarlo delle spese profuse, ottenendone peraltro un rifiuto²⁷⁴. Se infatti quelli ritengono di essere col Temporeggiatore veramente in debito (come tale estinguibile financo per remissione²⁷⁵), è forse lecito supporre che Fabio, in quanto privato cittadino, non fosse tenuto a versare ad Annibale la somma stabilita.

3.6. Riflessioni integrative e finali

Lo spazio a nostra disposizione non ci consente di trattare in modo diffuso altri argomenti, pur giuridicamente significativi, concernenti la dittatura del 217; ma riteniamo di aver ragionevolmente selezionato, sopra, quelli di sicuro maggior rilievo.

Qualche cenno può forse comunque farsi.

Q. Fabio Massimo ebbe modo di adottare, per esempio, tutta una serie di provvedimenti, di carattere per così dire "ordinario", diretti alla salvaguardia della

²⁷² Liv. 22.23.8. Cfr. ancora L. Franchini, *Voti...*, cit., p. 77.

²⁷³ Come si evince da tutte le fonti inerenti al nostro caso (trascritte sopra, alla nt. 247), si trattava di impiegare una ricchezza privata per finalità pubbliche (di *publicatio possessionum suarum* parla significativamente Frontino), a vantaggio non solo della *civitas*, ma anche, ovviamente, dei prigionieri di cui era stata prevista la consegna.

²⁷⁴ Di quest'altro episodio ci dà notizia Plut. Fab. 7.8.

²⁷⁵ Il verbo ἀφίημι, che compare nel citato passo plutarcheo, sembra esservi utilizzato in senso propriamente tecnico. Il "diritto" acquisito dai *captivi* verso la comunità ad ottenere la propria liberazione non era stato soddisfatto dal soggetto debitore, la *res publica*, bensì da un singolo, al quale è immaginabile che ora si dovesse qualcosa; ma il *Cunctator*, già in qualche modo *fraudatus* dalla *civitas* (cfr. Val. Max. 3.8.2), non per questo intende rivalersi verso gli interessati.

comunità, oltre che alla conduzione della guerra. Talora la testimonianza resa dalle fonti appare particolarmente dettagliata e interessante, come nel caso delle disposizioni date ad inizio mandato²⁷⁶; tra queste la evacuazione delle piazze non fortificate, imposta con editto²⁷⁷.

Si ha anche notizia di una importante riforma monetaria, che portò alla svalutazione dell'asse²⁷⁸. Secondo Plinio²⁷⁹ sarebbe stata introdotta durante la dittatura di Q. Fabio Massimo. Ora, però, se è vero che di essa venne fatta applicazione già al principio del suo incarico, per l'offerta in voto di un *ver sacrum*²⁸⁰, ci pare difficile riferirla ad un'iniziativa²⁸¹ del Verrucoso stesso, che non è infatti in alcun modo attestata²⁸²: d'altronde egli, come si sa, prima di partire da Roma era in tutt'altre faccende affaccendato. Pertanto, a meno che non si voglia far risalire la riforma a quando non era stato ancora eletto dittatore²⁸³, è necessario supporre che

²⁷⁶ V. Liv. 22.11. Cfr. per esempio P. Erdkamp, *Polybius...*, cit., pp. 134 ss.

²⁷⁷ V. in particolare Liv. 22.11.4.

²⁷⁸ Riducendosene il peso fino a tre quinti, e così riducendosi anche il rapporto fra asse e denario, da uno a dieci ad uno a sedici: v. Plin. nat. 33.13.44-46; cfr. per esempio Fest. 468 L; Ps. Ascon. 217 St.; Dion. Alic. 7.71.2. Sull'argomento v. qui per esempio T. Mommsen, Geschichte des römischen Münzwesens, Berlin 1860, pp. 288 ss., 379, nt. 39; G. Rotondi, Leges'..., cit., p. 250; H. Mattingly, The First Age of Roman Coinage, in JRS, 35 (1945), p. 73 e nt. 35; H.H. Scullard, Roman Politics..., cit., p. 49, nt. 1; L.H. Neatby, F.M. Heichelheim, The Early Roman Currency, in AASH, 8 (1960), p. 68 e nt. 113; M.H. Crawford, Roman Republican Coinage, vol. II, Cambridge 1974, pp. 614, nt. 1, 615 s.; C. Nicolet, Mutations monétaires et organisation censitaire sous la république, in AA. VV., Les Dévaluations à Rome, Roma 1978, p. 258 e nt. 16; Id., Il pensiero economico dei Romani, in L. Firpo (a cura di), Storia delle idee politiche, economiche e sociali, vol. I, L'antichità classica, Torino 1982, p. 914.

²⁷⁹ Plin. nat. 33.13.46.

²⁸⁰ Secondo quanto si legge in Liv. 22.10.7 ed in Plut. *Fab.* 4.6, tale complessa cerimonia venne promessa in voto a Giove per una somma assai singolare (333.333,333 assi), certo corrispondente ad una cifra tonda (200.000 assi) prima che intervenisse la svalutazione. In proposito, rinviamo al nostro *Voti...*, cit., p. 17 s.

²⁸¹ Iniziativa di carattere probabilmente legislativo, secondo quanto la maggior parte degli studiosi è incline a credere, per quanto attiene alle riforme in campo monetario: per tutti v. ad esempio T. Mommsen, *Geschichte...*, cit., pp. 363 ss.; F. De Martino, *Storia...*, cit., vol. II, p. 215; ma v. ad esempio, già a suo tempo, P. Willems, *Le sénat...*, cit., vol. II, 1885, p. 438, nt. 3, che per la nostra epoca ritiene sufficiente un senatoconsulto.

²⁸² Di una *rogatio* siffatta, se davvero proposta dallo stesso dittatore, è ben difficile che non ci sia pervenuta notizia. Ci sembra dunque alquanto imprudente descrivere quella in esame come la riforma "di Fabio", secondo una tendenza che invece qualche volta affiora in dottrina: v. per esempio U. Scamuzzi, *La dittatura...*, cit., p. 30.

²⁸³ Di contro alla precisa attestazione pliniana, vi è infatti chi (v. per esempio G. Rotondi, *Leges'...*, cit., p. 250, seppur in forma ipotetica; H. Mattingly, *The First Age...*, cit., p. 73 e nt. 35), sulla base di una discutibile ricostruzione-interpretazione di Fest. 470 L, postula il rilievo di una *lex Flaminia minus solvendi*; ma è impensabile che il console morto al Trasimeno abbia a sua volta potuto presentare una proposta di legge in tal

sia stata varata²⁸⁴ appena Fabio aveva assunto la carica, e prima che, assolte tutte le incombenze di ordine religioso, si dedicasse pienamente agli affari militari²⁸⁵.

Quanto infine alla scadenza della dittatura, si è già visto che vi è qualche dubbio se i consoli abbiano ricevuto in consegna l'esercito dal solo Temporeggiatore o anche da Minucio formalmente ancora suo pari. Per il resto tutto sembra essersi svolto secondo la normale prassi, con Fabio Massimo che, verso la fine del semestre, scrive una lettera a Servilio perché torni in Italia dalla Sicilia e, insieme al collega Atilio, riprenda l'esercizio dell'*imperium* consolare²⁸⁶. Ciò che sarebbe stato fatto, secondo la significativa chiosa di Livio²⁸⁷, seguendo la tattica di colui che, da allora in poi, tutti avrebbero per sempre ricordato come il *Cunctator*, tanto che Annibale venne subito messo in difficoltà²⁸⁸.

Dal mutamento di strategia sarebbe derivato, l'anno dopo, il disastro di Canne.

Keywords: dictator; magister equitum; priests; popular election; appointments; imperium; captivi.

Abstract: Franchini illustrates the figure of Q. Fabius Maximus, known as *Cunctator*, who was opposed to Hannibal, in relation to public offices covered. Regarding the first dictatorship, the author tries to fix the problem posed by a grave contradiction between the sources. Regarding the second, and much more important, dictatorship of the 217, the author takes on the issue about popular election of the *dictator* and *magister equitum*, which in his view did not exclude the need to use traditional *dictiones*. The author, then, underlines how the work of Fabio is to be included as part of

senso, dato che non si fermò neanche un giorno a Roma: così, condivisibilmente, per esempio P. Willems, *Le sénat...*, cit., vol. II, pp. 438, nt. 3, 449, nt. 1; cfr. M.H. Crawford, *Roman Republican Coinage...*, cit., p. 614, nt. 1.

²⁸⁴ L'iniziativa sarà stata, secondo noi, inevitabilmente presa da qualche altro magistrato, forse dal pretore urbano M. Emilio, su impulso del senato e col consenso del dittatore appena entrato in carica. Corretto ci pare, sotto questo profilo, l'approccio degli autori che alludono ad una leggedal nome incerto (ma 'de assibus semilibralibus', ad avviso per esempio di M.H. Crawford, Roman Republican Coinage..., cit., p. 615 s.,) o che comunque esercitano, sul punto, l'ars silendi.

²⁸⁵ Cfr. in particolare Liv. 22.11.

²⁸⁶ Liv. 22.31.7. Sulla fine del mandato e sui relativi consueti adempimenti v. anche per esempio Pol. 3.106.1-2; Plut. *Fab.* 14.1; App. *Hann.* 16.68; Dio frg. 57.21; Zon. 8.26.

²⁸⁷ Liv. 22.32.1; cfr. per esempio Plut. Fab. 14.1.

²⁸⁸ V. Liv. 22.32.1-3. Cfr. per esempio M. Monaca, *La Sibilla*..., cit., p. 136.

a real magistracy (and not pro magistracy), *optima lege* (and not *interregni causa*, which will be celebrated even without juridical significance). The author also discussed *Lex Metilia*, which added to the *magister equitum* the *dictator*'s powers (though considered possible surrender), as well as the episode of the exchanging of prisoners following an agreement reached with the enemy.

Maria Luisa Chiarella

Ricercatrice di diritto privato, Università degli studi "Magna Graecia" di Catanzaro

Armonizzazione del diritto dei contratti: percorsi teorici e stato dell'arte

SOMMARIO: 1. L'integrazione europea tra globalizzazione dei mercati e nuove tecnologie – 2. Armonizzazione del diritto privato europeo: work in progress – 3. Il contratto nel diritto europeo – 4. Gli strumenti di armonizzazione. – 5. I modelli di normazione – 6. Questioni di policy – 7. Armonizzazione europea e disciplina contrattuale: alcune conclusioni.

1. L'integrazione europea tra globalizzazione dei mercati e nuove tecnologie

Gli ordinamenti contemporanei, di fronte all'evolversi e all'uniformarsi dei rapporti economici su scala globale, puntano alla creazione di regole armonizzate per regolare gli scambi in un mercato oggi dominato dai *diktat* di multinazionali e nuove tecnologie. La sfida europea, relativa agli obiettivi programmati nei Trattati così come incardinati nell'agenda politico-istituzionale, coinvolge, non a caso, il mondo del diritto giacché la dimensione spaziale si presenta in una prospettiva transnazionale attraversata e continuamente ridefinita dai mercati dotati di una forza espansiva che sbiadisce i confini statuali tracciati dalla storia¹.

Il sistema giuridico contemporaneo è chiamato oggi a confrontarsi con una realtà complessa, la cui crisi e le cui emergenze inducono a ripensare i rapporti tra istituzioni ed agenti, tra interessi sovraindividuali e soggettività, vagliando la

¹ M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002, p. 7 (ed. digit.: 2010, doi: 10.978.8815/143143).

^{*}Il contributo è stato sottoposto a double blind peer review

In argomento, ex multis, v. G. Alpa, Diritto privato europeo, Milano 2016, pp. 25 ss.; Id., Cesl, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto, in Nuova giur. civ. commentata (2014), II, pp. 147 ss.; C. Castronovo, Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo, in Europa e diritto privato (2013), 4, pp. 905 ss. e P. Sirena, Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo (2016), 3, pp. 652 ss. Si v. sul punto anche: A.C. Amato Mangiameli, Diritto e Cyberspace, Torino 2000, 1 ss.; M. Mantovani, Le nullità e il contratto nullo, in A. Gentili (a cura di), Rimedi, IV, in V. Roppo (a cura di), Trattato del contratto, Milano 2006, p. 13.

coerenza delle regole giuridiche in funzione degli obiettivi perseguiti, volta per volta, in termini assiologici, nonché tecnicistici².

L'idea di un diritto "comune" europeo non si presenta come nuova in quanto ci riporta all'esperienza tardo – medievale dello *ius commune*: esperienza superata con l'avvento delle codificazioni nazionali, ma ciò nondimeno degna di essere rimeditata alla luce dei nuovi criteri di articolazione delle competenze (da quello comunitario a quelli nazionali)³ e della progressiva involuzione del modello auto-referenziale di sovranità statuale⁴.

In questa cornice si colloca il processo di integrazione europea volto a fare dell'Europa una realtà socio-politica, culturale ed economica transnazionale, piuttosto che una mera "espressione geografica"⁵.

Il percorso di integrazione, avviatosi nel 1957 al fine di creare un mercato comune, uno spazio senza frontiere interne nel quale assicurare la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, ha assunto col tempo ulteriori finalità coinvolgendo settori di natura non esclusivamente economica, ma anche politica e sociale. Da Bruxelles a Maastricht, da Amsterdam a Nizza, passando per Laeken, Tampere e Lisbona, si sono raggiunti importanti traguardi sul piano dell'integrazione e l'Unione Europea, oggi, non rappresenta un semplice agglomerato di Stati, costituendo una realtà politica, corredata anche da una cittadinanza che accomuna, sotto la stessa bandiera, popoli di lingue e tradizioni giuridiche differenti.

² Con il nuovo Millennio si è assisto ad un acceleramento dell'evoluzione del diritto comunitario e del processo di avvicinamento degli ordinamenti nazionali, con la costruzione di valori comuni, con la riformulazione dei rapporti tra il cittadino e istituzioni europee e, al contempo, con la formazione di un nucleo essenziale di regole (acquis communautaire) per il diritto contrattuale europeo (cfr. G. Alpa, Cesl, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto, cit., p. 150).

³ «Ciò per via del principio di sussidiarietà: inteso come criterio di distribuzione tra più livelli dei poteri sovrani, in modo da realizzare l'adeguatezza del loro assetto ordinamentale e dei relativi processi decisionali a un corrispondente livello di competenza (per territorio e materia)» (cfr. L. Moccia, Comparazione giuridica e diritto europeo, Milano 2005, p. 1023).

⁴ C. Castronovo, Codice civile e diritto europeo, in Europa e diritto privato (2012), 3, p. 699.

⁵ G. Alpa, *Diritto privato europeo*, cit., pp. 1 ss.

Esiste, perciò, un *diritto europeo* che è un riflesso della globalizzazione e che incide sulla *plenitudo potestatis* nazionale⁶, sovente incrinata dalla penetrante azione comunitaria, dal primato, sul piano delle fonti, del diritto europeo, dai suoi effetti nei rapporti verticali e orizzontali e dalle stesse finalità istituzionali correlate all'esistenza ed alla gestione del mercato comune⁷.

La giuridicità contemporanea, come osserva M.R. Ferrarese, appare dunque «sospesa tra una dimensione globale ed una dimensione locale, come un lungo millepiedi, che per toccare gli estremi del globo, ha bisogno di appoggiarsi su tante gambe»⁸. Del diritto europeo, espressione di questa realtà transnazionale, è fattore trainante l'esistenza del mercato comune che postula una regolazione uniforme dei traffici commerciali, sollecitando una nuova universalità del diritto. Ecco allora affiorare i risvolti della rivoluzione c.d. post-industriale: l'erosione dei principi ordinatori dell'organizzazione giuridica preesistente tra cui, *in primis*, il dogma della statualità e della nazionalità del diritto⁹.

Proprio sulla base di queste esigenze, è sorta la necessità di un'armonizzazione del diritto ponendosi al giurista interrogativi sui possibili

⁶ Nella globalizzazione si riflette un nuovo volto degli Stati, cui i mercati globali hanno sottratto molte delle loro tradizionali prerogative sovrane, atteso che autorità tecnocratiche sovente hanno preso il posto prima occupato da autorità politiche, mentre autodiscipline contrattuali hanno sostituito fonti normative (v. F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, pp. 9 - 10).

⁷ V. in argomento la ricostruzione di V. Ricciuto, La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma di contratto, in Contratto e impresa (2016), 6, pp. 1339 ss.

⁸ M.R. Ferrarese, Mercati e globalizzazione. Gli incerti cammini del diritto, in Politica del diritto (1998), p. 417.

⁹ F. Galgano, op. ult. cit., p. 33.

approcci al diritto europeo¹⁰, benché, al momento, sia controverso l'itinerario da seguire, per le numerose proposte al riguardo¹¹.

I tentativi di individuare modelli di normazione per un diritto comune europeo sono molteplici, ma al contempo sono già presenti strumenti di armonizzazione del diritto per l'economia globalizzata.

La circolazione di modelli giuridici e la elaborazione di regole uniformi trascendono, infatti, le frontiere europee, proprio perché «lo specchio del diritto rimanda della globalizzazione un'immagine fatta soprattutto di scambi contrattuali»¹²; di ciò, ad esempio, sono testimonianza i *Principles of international commercial contracts* (elaborati dall'Unidroit a partire dal 1994)¹³ che, da un lato, si fondano su norme già praticate nel commercio internazionale e, dall'altro, sono finalizzati a dettare una disciplina comune, opzionale, per il commercio internazionale. Questa disciplina, contenente regole di condotta per la *societas*

¹⁰ Si v. G. Alpa, *Diritto privato europeo*, cit., pp. 39 ss.; L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., pp. 973 ss.

In ambito europeo, già a partire dalla istituzione della CEE, la sovranità statuale ha ceduto il passo alla creazione di un mercato unitario. Con il Trattato di Maastricht, in particolare, si è assistito alla creazione di una unione economica e monetaria che ha dato luogo a nuovi interrogativi, sul piano del diritto privato, concernenti (i) la conciliabilità tra mercato comune e diverse discipline di diritto privato all'interno degli Stati membri e (ii) l'opportunità della elaborazione di strumenti di armonizzazione giuridica.

¹¹ In argomento, si v. G. Alpa, *Diritto privato europeo*, cit., pp. 316 ss.; Id., *I principi "direttivi" nei progetti di armonizzazione*, in *Vita notarile* (2013), pp. 119 ss. M. Bussani, *Diritto privato europeo*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II-2 (2008), pp. 417 ss.

¹² F. Galgano, La globalizzazione nello specchio del diritto, cit., p. 9.

¹³ V. in argomento A. Di Majo, I "principles" dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law, in Rivista di diritto civile (1995), 5, 1, pp. 609 ss.; U. Draetta, Principi Unidroit per i contratti internazionali e progetto di codice europeo dei contratti. Due proposte a confronto, in Diritto del commercio internazionale (1994), 3-4, pp. 681 ss.; M.J. Bonell, I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti, in Rivista di diritto civile (1997), 2, 1, pp. 231 ss.; F. Pernazza, I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di uniformazione del diritto, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni (1996), 3-4, 1, pp. 297 ss.; F. Marrella, Lex mercatoria e principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale, in Contratto e impresa/Europa (2000), 1, pp. 29 ss.; S.M. Carbone, I principi Unidroit quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali tra autonomia privata e ordinamenti statali, in Diritto del commercio internazionale (2012), 1, pp. 47 ss.; F. Macario, I principi comuni e l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti, in O. Troiano, G. Rizzelli, M.N. Miletti (a cura di), Harmonization involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia, Milano 2004, pp. 195 ss.

mercantile¹⁴, viene utilizzata nei lodi arbitrali dalla Camera di Commercio internazionale, in quanto fonte idonea (anche se non esclusiva) a dettare regole generali per i contratti commerciali internazionali¹⁵.

L'espressione *lex mercatoria*, di cui i *Principles* sono espressione, vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto universale fu il diritto dei mercanti dell'epoca intermedia, volto a regolare i rapporti mercantili; per *lex mercatoria* oggi si intende, in particolare, l'insieme delle regole elaborate dalle classi imprenditoriali senza la mediazione del legislatore e destinate a disciplinare in modo uniforme i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati e al di là delle unità politiche degli Stati¹⁶.

2. Armonizzazione del diritto privato europeo: work in progress

Da quanto sopra ricordato, si può evidenziare anzitutto come il percorso di armonizzazione avvenga in modo "spontaneo" e non istituzionale, mediante gli accordi mercantili caratterizzati dalla finalità di superare la discontinuità giuridica statuale e che in ciò si differenziano dal diritto comune dell'epoca tardo-medievale¹⁷.

La nuova *lex mercatoria* nasce, in particolare, come «un sistema normativo a sé stante, di fonte consuetudinaria, quantunque raccolto e riordinato da Unidroit, il

¹⁴ Così: Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.* (1982), I, c. 2285. L'ordinamento sovranazionale, secondo la Corte di Cassazione, sotteso alla *lex mercatorum* è un ordinamento originario, che ha in sé la propria

legittimazione (così F. Galgano, *op. cit.*, p. 62).

15 E'interessante ricordare come la nuova *lex mercatoria* trasporti in Occidente principi di diritto che hanno origine negli ordinamenti delle nuove potenze economiche dell'estremo Oriente, è «la rivincita della storia»: cent'anni or sono la Cina aveva importato il diritto tedesco, ora è la cultura giuridica occidentale ad importare il diritto cinese (così: F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, pp. 40-41).

¹⁶ Così, F. Galgano, *op. cit.*, p. 57. In argomento, si v., in articolare, F. Marrella, *La nuova lex mercatoria:* principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale, Padova 2003.

In questa cornice di iniziative uniformatrici del diritto parimenti si colloca l'attività dell'Uncitral (United Nations Commission on International Trade Lam): nello svolgimento dei suoi obiettivi istituzionali, miranti alla progressiva armonizzazione del diritto commerciale internazionale, l'ente ha svolto nel tempo un importante ruolo attraverso l'elaborazione di Convenzioni, modelli di legge e regole uniformi, tra cui, basti ricordare, la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili.

¹⁷ Per una definizione di diritto comune si v. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano 1982, pp. 49 ss. In argomento, si v. anche M. Barberis, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna 2008, pp. 79 ss.; D. Quaglione, *«Civilis sapientia»*. *Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno*, Rimini 1989, pp. 11 ss.

quale ripete la propria legittimità dal fatto di corrispondere all'opinio iuris di quanti, quale che ne sia la nazionalità, agiscono sui mercati internazionali. Altrettanto indubbio è che in questo nuovo sistema di regole siano confluite linee di tendenza già emerse all'interno dei predetti sistemi nazionali, ma è degno di nota che queste linee di tendenza, che hanno ricevuto un diseguale grado di sviluppo nei diversi diritti nazionali, si trovino tutte realizzate in un più alto grado di compiutezza nella nuova lex mercatorian¹⁸.

Il passo successivo è la circolazione transfrontaliera di istituti e regole giuridici che si attua tramite l'immissione negli ordinamenti nazionali di modelli unitari - il processo di armonizzazione, sotto questo aspetto, se rappresenta un tentativo di superamento della statualità del diritto, viceversa determina una sorta di ultranazionalità del diritto statuale¹⁹ - al fine di consentire una regolazione uniforme del mercato (specificamente identificato in relazione alla tipologia di beni e servizi che formano oggetto degli istituti regolati)²⁰. Da un lato, questo percorso avviene dietro l'impulso del diritto comunitario²¹ (alla luce delle politiche economiche comunitarie²²), dall'altro lato, lo sovrasta, comportando un necessario e costante adeguamento di quello alle esigenze di un'economia globalizzata ed una parallela metamorfosi dei modelli e degli istituti giuridici tradizionali²³.

¹⁸ F. Galgano, La globalizzazione nello specchio del diritto, cit., p. 9.

¹⁹ *Ivi*, p. 77.

²⁰ V. Roppo, , *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, pp. 10 ss.

²¹ V. Zeno-Zencovich, *Diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.* (1993), IV, c. 4: «quello di cui occorre prendere atto è che è in corso una vasta modifica non di questo o di quell'aspetto del diritto dei contratti, ma dell'intera materia in tutti i suoi momenti (conclusione, forma, effetti, validità/invalidità, scioglimento, risarcimento). Il mutamento è determinato non da una riforma legislativa votata dal nostro Parlamento, né da una generale revisione del codice civile, bensì dalla prepotente pressione del diritto comunitario che impone ai legislatori nazionali di adeguare e uniformare il proprio ordinamento alle Direttive della Comunità».

²² Il cui obiettivo è lo «sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente» (art. 3, Trattato sull'Unione europea).

²³ C. Castronovo, *Armonizzazione senza codificazione*, cit., pp. 907 ss. Da questo punto di vista: «come ogni fenomeno dell'età moderna, anche la ridefinizione del diritto contrattuale, fondandosi su esigenze inedite e aprendosi ad aspettative mai prima concepite, si manifesta come un *movimento di rottura* rispetto al passato»:

Accanto agli strumenti formali del diritto comunitario, dati *in primis* dai regolamenti e dalle direttive, nel panorama europeo vengono in considerazione diverse proposte da parte dei sostenitori di un diritto comune europeo che sono più o meno ampie e ambiziose, in funzione della specificità e dell'organicità del testo, codice o documento, ritenuto valevole per un diritto uniforme in Europa²⁴.

Benché alcune Risoluzioni del Parlamento europeo (ad esempio quella del 26 maggio 1989, quella del 6 maggio del 1994 e del 15 novembre 2001) abbiano proposto la codificazione dell'intero diritto privato, attualmente, il processo di armonizzazione è volto prevalentemente alle aree specifiche del diritto privato patrimoniale, in particolare, al diritto dei contratti²⁵ (v. al riguardo la Risoluzione del Parlamento europeo del 7 settembre 2006) e a alla responsabilità civile, essendo più neutrali²⁶ e funzionali alle esigenze del mercato. Viene allora in considerazione il dibattito sulla possibile affermazione di modelli e soluzioni giuridiche uniformi per gli ordinamenti europei²⁷. Numerose sono le iniziative che perseguono programmi di avvicinamento delle regole che governano i rapporti tra gli operatori economici in ambito sovranazionale²⁸.

Da più parti si assiste, spesso dietro sollecitazione delle istituzioni comunitarie, al formarsi di cenacoli di esperti²⁹ che nei diversi centri e istituti

così F. Di Marzio, Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale), in Rivista di diritto privato (2002), p. 722.

²⁴ In argomento, v. Alpa, *Cesl, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, cit., pp. 147 ss.; M. Bussani, *Diritto privato europeo*, cit., pp. 417 ss. e L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., p. 973.

²⁵ In argomento, v. F. Cafaggi (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti*, Padova 2003, *passim*.

²⁶ Rispetto ad altre intrise di implicazioni culturali ed etiche (si pensi alle spinose problematiche esistenti in tema eutanasia, famiglia omosessuale, libertà testamentaria e quota di riserva ad esempio).

²⁷ Con riferimento alle categorie per un diritto europeo armonizzato, si v. P. Grossi, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo,* in *Rivista di diritto civile* (1996), 3, I, pp. 281 ss. e Id., *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto, ivi,* 1997, 2, I, pp. 175 ss.

²⁸ G. Alpa, *Diritto privato europeo*, cit., pp. 316 ss.

²⁹ Da questo punto di vista, «il ceto accademico appare piuttosto "travestito" da legislatore, nelle tante commissioni nazionali e internazionali allestite per produrre diritto legislativo o sue sembianze più o meno *soft* e cede spazio alla funzione creatrice svolta da élite professionali e "grandi esperti" produttori di *lex mercatoria* dentro e fuori le *law firms* all'americana»: così M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., p. 68. Sulle

giuridici europei s'interrogano sul futuro del diritto privato europeo³⁰, proponendo soluzioni, redigendo progetti, con un denso lavoro di ricerca per un diritto europeo armonizzato³¹. L'obiettivo perseguito da questi gruppi di ricerca è quello di superare le distanze tra gli ordinamenti sul piano normativo, cercando di trarre regole uniformi, al fine di migliorare e incrementare lo sviluppo dei traffici commerciali, dando maggiore certezza giuridica e medesime tutele ai contraenti, nonché riducendo i costi transattivi³². Il fine perseguito è altresì quello di consentire agli operatori di prevedere le soluzioni da adottare in caso di conflitto tra le parti, elidendo le incertezze determinate dalla scelta della legge applicabile e dal «forum shopping» su cui si basa la concorrenza tra ordinamenti³³. I risultati di queste elaborazioni (spesso accomunati dall'etichetta di *Principles*) non sono fonti normative in senso tecnico, benché spesso siano utilizzati nella contrattazione anche come strumenti ermeneutici ed integrativi³⁴ utili sia nei rapporti transazionali che in quelli nazionali³⁵.

3. Il contratto nel diritto europeo

L'area del diritto privato principalmente interessata ai processi di armonizzazione è, dunque, il diritto dei contratti³⁶. Ciò avviene essenzialmente a

iniziative di armonizzazione del diritto privato europeo v. anche L. Moccia, Comparazione giuridica e diritto europeo, cit., pp. 1015 ss.

³⁰ M. Bussani, Diritto privato europeo, cit., pp. 433 ss.; C. Castronovo, Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti: codice o restatement?, in R. Alessi (a cura di), Diritto europeo e autonomia contrattuale, Palermo 1999, pp. 157 ss.; Id., Savigny, i moderni e la Codificazione europea, in Europa e diritto privato (2001), pp. 219 ss.

³¹ G. Alpa, Cesl, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto, cit., pp. 149 ss.

³² Con riferimento alla prospettiva dei costi transattivi, si v. l'inquadramento di R. Cooter et al., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, I, Fondamenti*, Bologna, 2006, pp. 161 ss.

³³ In argomento, v. A. Nicolussi, Europa e cosiddetta competizione fra ordinamenti giuridici, in Europa e diritto privato (2006), 1, pp. 83 ss.; R. Pardolesi, Armonizzazione giuridica comunitaria e codici nazionali: rapporti e tensioni, in O. Troiano, G. Rizzelli, M.N. Miletti (a cura di), op. cit., pp. 177 ss. e A. Di Majo, L'attività di armonizzazione nel diritto privato. Il diritto alle e/o delle differenze, ivi, pp. 328 ss.

³⁴ A. Sassi, *Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno*, in A. Palazzo, A. Sassi (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia 2007, p. 31. Si v. in argomento C. Castronovo, *I "Principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice*, in *Rivista di diritto commerciale* (1995), 1, pp. 21 ss.

³⁵ F. Galgano, La globalizzazione nello specchio del diritto, p. 9.

³⁶ In argomento, si v. G. Alpa, *Diritto privato europeo*, cit., pp. 301 ss.; Id., *Cesl, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, cit., pp. 147 ss.; L. Gatt, *Il contratto nel diritto europeo*, in G. Amadio, F. Macario (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, Bologna 2014, pp. 554 ss.

causa del nesso inscindibile che sussiste tra contratto e mercato³⁷: nello scambio di beni e servizi i problemi derivanti dall'applicazione, dal consenso, dall'interpretazione (ed in genere dall'utilizzo degli strumenti contrattuali nei rapporti internazionali) comportano il rischio di incidere sul corretto funzionamento del mercato comune. È ormai diffusa nella dottrina civilistica la consapevolezza dell'importanza di detto legame, considerato che la disciplina generale del contratto plasma la «libertà del soggetto di operare liberamente le proprie scelte *nel mercato*» ³⁸.

In questo ambito, il processo di armonizzazione tende a prediligere principi generali e regole facilmente condivisibili in virtù del loro contenuto non dettagliato e della loro duttilità per la maggior parte degli ordinamenti³⁹; al contempo, con l'utilizzo di clausole e principi generali, viene in considerazione la possibilità di utilizzare criteri aggreganti capaci di rispettare le identità statuali: «l'ampia discrezionalità ed autonomia che tali disposizioni riservano all'intervento giudiziale incarna un compromesso quasi perfetto tra la logica di *Civil law*, di impostazione prettamente normativa, e l'approccio di *Common law*, fondato sulla vincolatività del precedente»⁴⁰.

Chiaramente sussistono argomentazioni favorevoli e contrarie ad una uniformazione del diritto in Europa: posizioni che considerano il processo di armonizzazione un possibile attacco alla legislazione nazionale e posizioni

L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto, Bologna 2006, p. 164].

aggregazione di contratti» [così R. Pardolesi, Il contratto e il diritto della concorrenza, in G. Gitti (a cura di),

³⁷ V. Ricciuto, *La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma di contratto*, cit., pp. 1342 ss. Si evidenzia in dottrina come il mercato non sia altro che «un processo dinamico di

³⁸ Come si è registrato in dottrina, le nozioni di contratto e di mercato sono strettamente correlate: «esse, infatti, si pongono in una relazione di reciproca interdipendenza, in base alla quale, se da un lato è la stipulazione dei contratti a creare il mercato, dall'altro è proprio quest'ultimo a rendere possibile l'esercizio dell'autonomia negoziale dei privati» [così P. Sirena, L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto, in Rivista di diritto civile (2004), p. 792].

³⁹ C. Castronovo, Codice civile e diritto europeo, cit., pp. 691 ss.

⁴⁰ Così: E. Navarretta, Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo, in Europa e diritto privato (2012), 4, p. 955.

europeiste che invece ne caldeggiano la possibilità⁴¹. Così come si registra la posizione di chi ritiene di dover prendere consapevolezza della complessità del tema, evitando di schierarsi tra posizioni più o meno europeiste da un lato e più o meno scettiche dall'altro⁴².

Sussiste, inoltre, disaccordo tra gli interpreti su diversi piani. Di fronte alla possibilità di un codice civile europeo quale presupposto di un diritto europeo uniforme⁴³, sovente gli interpreti ritengono questo obiettivo non praticabile in considerazione delle divergenze tra gli ordinamenti nazionali e della incommensurabilità delle esperienze giuridiche⁴⁴.

In tal senso, al fine di conservare lo *status quo* degli ordinamenti nazionali, si evidenzia anche la circostanza che non vi è alcun richiamo nei trattati europei ad un diritto contrattuale armonizzato: probabilmente in ragione del fatto che l'UE contiene nel suo ambito paesi di tradizioni giuridiche differenti (*Civil* e *Common law*) e che, anche all'interno di una stessa famiglia giuridica, vi sono notevoli differenze sul piano delle soluzioni normative⁴⁵.

⁴¹ V., in generale, M. Bussani, *Diritto privato europeo*, cit., pp. 418 ss.; O. Lando, *Rules of European contract law*, nel *Working Paper «The Private Law Systems in the EU: Discriminations on Grounds of Nationality and the Need for a European Civil Code»* (pp. 123 ss.) redatto dal *Directorate General for Research*, in http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103_en.pdf; v. anche G.B. Portale, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino 2007, 40 ss. e E. Piro, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Roma 2013, pp. 125 ss.; M. Meli, *The Common Frame of Reference and the Relationship between National Law and European Law*, in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/249_en.pdf. Tra le due si collocano le posizioni dualiste, secondo le quali: «the territory of each Member State has two systems, the national and the European one. Both systems are complementary but nevertheless distinct».

⁴² L. Moccia, Comparazione giuridica e diritto europeo, cit., p. 972.

⁴³ Si v. in argomento C. Castronovo, *Codice civile e diritto europeo*, cit., pp. 689 ss.

⁴⁴ A. Gambaro, *Il "Plan d'action" della Commisisone europea in materia di diritto dei contratti*, in O. Troiano, G. Rizzelli, M.N. Miletti (a cura di), *op. cit.*, p. 357. Tuttavia, prosegue l'A., «parlare di incommensurabilità significa evocare un concetto nato nella geometria euclidea e da li trapiantato altrove per metafora. In geometria euclidea è noto che l'ipotenusa di un triangolo isoscele è incommensurabile con il suo cateto ed una circonferenza con il suo raggio. Ciò nel senso che non vi è alcuna unità di misura comune alla coppia. Ma la mancanza di una unità di misura non implica che sia impossibile un confronto e tanto meno che sia impossibile un confronto comprendente» (*ivi*, p. 358).

⁴⁵ Si consideri il divario tra *Civil* e *Common law:* basta pensare al contrasto che oppone la tradizione giuridica continentale e la tradizione inglese, ad esempio, intorno al principio di buona fede presente nei testi del diritto europeo (eccentrico quanto balzano per la *law of contract* d'oltre Manica). La cultura giuridica inglese vede, infatti, nel principio di buona fede una stravaganza continentale che rischierebbe di aggredire quel

In secondo luogo, la *Standardisation of the Law of Contract* non sarebbe necessaria essendo già esistenti strumenti di diritto comune (quale la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e ora il c.d. Regolamento Roma I⁴⁶) mediante i quali gli Stati membri hanno regolato il diritto internazionale dei contratti, assicurandone così valenza uniforme.

Inoltre, alle volte viene sottolineato il fatto che ogni standardizzazione del diritto privato verrà fortemente osteggiata dagli ordinamenti nazionali: si pensi all'ordinamento inglese o irlandese che difendono fortemente le proprie tradizioni di *Common law*, ma anche, nell'area continentale, al sistema francese dove il *Code Napoléon* è la pietra angolare del patrimonio culturale della nazione⁴⁷.

A contrario, si può affermare che l'esistenza di differenti tradizioni giuridiche non può ritenersi ostativa ad uno sviluppo economico (di ciò sarebbero testimonianza Paesi come il Regno Unito, il Canada e gli Stati Uniti che comprendono diversi ordinamenti nel loro interno e ciò non ha loro impedito di divenire tra le maggiori potenze industriali e commerciali al mondo)⁴⁸. Secondo un approccio favorevole al diritto contrattuale uniforme, le grandi differenze esistenti in Europa tra i vari sistemi giuridici, rendendo più problematico il commercio

principio della sanctity of contract ovvero della intangibilità del vincolo contrattuale cui gli inglesi sono tenacemente legati come all'architrave dell'intero sistema contrattuale [cfr. V. Roppo, Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica e non apologetica, in Politica del diritto (2004), 1, p. 38; si v. al riguardo altresì C. Castronovo, Codice civile e diritto europeo, cit., 690]. Per quanto riguarda questa obiezione, relativa cioè al confronto con sistemi giuridici che comprendono differenti ordinamenti, si osserva che quivi è comunque presente il fenomeno dell'armonizzazione, tramite le «uniform law» (come nel sistema statunitense) che dettano regole uniformi per le aree del diritto commerciale e del diritto privato; e che, in secondo luogo, anche laddove vi sono ordinamenti distinti, come nel Regno Unito, questa differenza è solo apparente perché sussiste comunque un sistema giuridico omogeneo (cfr. L. Moccia, Comparazione giuridica e diritto europeo, cit., p. 1000).

 $^{^{46}}$ Regolamento n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

⁴⁷ A venire in considerazione, dunque, è anche una problematica di *path dependency* (v. per esempio R. Pardolesi, *Armonizzazione giuridica comunitaria e codici nazionali: rapporti e tensioni*, cit., p. 179).

⁴⁸ Avverte la necessità di tener conto delle diversità giuridiche culturali esistenti in Europa, al fine di una buona riuscita del percorso di armonizzazione, «insieme garantendone una più efficace realizzazione, all'insegna della 'comunicabilità' (...) quanto più estesa possibile tra ordinamenti e loro giuristi, in chiave di appartenenza a una 'comunità europea' del diritto»: L. Moccia, Comparazione giuridica e diritto europeo, cit., p. 970.

internazionale, sono un'argomentazione di sostegno per un diritto contrattuale armonizzato⁴⁹.

I market players, infatti, dovendo utilizzare e gestire regole giuridiche straniere dovranno investire risorse di tempo, denaro e impegno per familiarizzare con altri ordinamenti. Competere in un mercato transnazionale gestito da regole non uniformi, infatti, rappresenta, oltre che un fattore rischioso, anche un'incognita per le aziende, specialmente per quelle di piccole o medie dimensioni. Le differenze normative, pertanto, sono viste come pregiudizievoli per i traffici commerciali: come tali, rappresentano un ostacolo inconciliabile con l'esistenza di un mercato comune. Si sottolinea, pertanto, che i passi già compiuti sul piano dell'armonizzazione rendono necessari ulteriori progressi, proprio perché gli strumenti già esistenti non sono soddisfacenti.

La resistenza alla standardizzazione del resto, sottolineano gli europeisti, è inevitabile. Storicamente, è dimostrato che in presenza di tendenze innovatrici si è pur presentata l'opposizione dei sostenitori delle opposte tesi conservatrici; ciò è avvenuto anche in Francia prima della rivoluzione del 1789 ed in Germania prima della codificazione del 1900⁵⁰.

Se, dunque, quelle appena esposte sono alcune delle argomentazioni favorevoli e di quelle contrarie, di fatto, è comunque presente l'esistenza di un diritto privato europeo, conteso tra un'armonizzazione "debole", data dal ravvicinamento mediante direttive, e un'armonizzazione più "forte", attuata

-

⁴⁹ In tal senso, si veda l'ampia relazione di apertura alla Proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita dell'11.10.2011 (su cui si v. *infra* §. 4).

⁵⁰ Basti pensare, tra corsi e ricorsi storici, alla disputa tra Thibaut ("Sulla necessità di un diritto generale per la Germania", 1814) e Savigny in merito alla codificazione tedesca, disputa che vedeva il primo (e la Scuola filosofica), convinto assertore della necessità di una codificazione (che sostituisse il diritto romano) in Germania, contrapposto al secondo (e alla scuola storica), contrario all'idea di una codificazione tedesca ("La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza", 1814). Si v. in argomento: C. Castronovo, Savigny, i moderni e la Codificazione europea, cit., pp. 219 ss.; M. Barberis, Breve storia della filosofia del diritto, Bologna 2004, pp. 46 ss.; G. Fassò, Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento (edizione aggiornata a cura di C. Faralli), Roma – Bari 2001, pp. 45 ss. e M. Lalatta Costerbosa, Storicismo giuridico, in A. Ballarini (a cura di), Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo, Torino 2010, pp. 70 ss.

mediante i regolamenti comunitari che, essendo immediatamente applicabili, producono effetti diretti sul piano dell'innovazione delle fonti e dell'introduzione di norme giuridiche. L'armonizzazione, inoltre, si presenta "minima", allorché si lascia spazio ai legislatori nazionali di tradurre i precetti europei in corrispondenti regole operative; "massima" ove, al contrario, questo spazio non sussiste ed i legislatori sono privati della possibilità di incidere sui precetti comunitari in sede di trasposizione delle direttive. In entrambi i casi, tuttavia, essa opera allo stato attuale solo a livello verticale, cioè su singole aree, senza implicare una complessiva unificazione⁵¹.

Ciò nondimeno, come osserva la dottrina, «the European legal unity is too important a matter to be left entirely to legislatures»⁵², enfatizzando così il dato che «nei sistemi giuridici moderni le decisioni giuridiche sono l'esito di interazioni dinamiche e complesse tra diverse istituzioni e diversi formanti operanti a diversi livelli e non già l'esito di un percorso lineare tra strati normativi gerarchicamente strutturati. Sicché ai fini della formazione di un diritto comune europeo non rileva solo l'esistenza di una legislazione comune, ma la maniera in cui i giuristi pensano»⁵³.

4. Gli strumenti di armonizzazione

Vengono in considerazione, al riguardo, elaborazioni di diritto privato europeo, spesso collegate alle istituzioni comunitarie, volte a creare un'armonizzazione del diritto privato (assunta quale presupposto per un corretto funzionamento del mercato comune).

Le istituzioni comunitarie hanno sottolineato la necessità di procedere ad una maggiore armonizzazione del diritto privato tra gli Stati membri e a livello

٠

⁵¹ In argomento, v. G.B. Portale, *Lezioni di diritto privato comparato*, cit., pp. 38 ss.

⁵² H. Kötz, *Preface European Contract law*, I, translated by T. Weir, Oxford Clarendon press 1997, III, citato da A. Gambaro, *Il "Plan d'action" della Commissione europea in materia di diritto dei contratti*, cit., p. 356.

⁵³ A. Gambaro, *op. cit.*, p. 357.

accademico si è, di conseguenza, aperto il dibattito su una codificazione europea⁵⁴, sicché numerosi gruppi di lavoro si sono formati, elaborando molteplici itinerari di ricerca.

Da questo punto di vista, da un lato, vi è il diritto comunitario che trova forma in direttive e regolamenti⁵⁵ e nasce, come tale, nelle sedi istituzionali dell'Unione, ma c'è anche, dall'altro lato, il diritto "comune" europeo, dato da un insieme di regole, principi e categorie, che non si formalizza in virtù di metanorme, ma si genera nelle elaborazioni intellettuali e nella circolazione di modelli giuridici ovvero in un processo non istituzionalizzato in cui si integrano e interagiscono gli apporti delle diverse comunità nazionali⁵⁶.

In dottrina, si è talvolta messa in evidenza una certa divaricazione sussistente tra questi due mondi del diritto europeo, in qualche misura visti come diversi e lontani per molti aspetti⁵⁷. Al fine di poter comprendere il processo di armonizzazione *lato sensu* inteso, conviene muovere dal dato storico, relativo ai tempi e ai modi in cui si sono formate e affermate l'una e l'altra componente del diritto europeo.

Sul piano diacronico, il primato spetta al diritto comunitario istituzionale che trova la sua fonte prevalente nei regolamenti, immediatamente applicabili, e nelle direttive destinate a essere trasposte negli ordinamenti nazionali; è un diritto che nasce «dall'alto» nelle sedi istituzionali dell'Unione e che ha inizio immediatamente

⁵⁵ G. Alpa, *Diritto privato europeo*, cit., pp. 53 ss. L'armonizzazione realizzata mediante interventi comunitari *ad hoc* si caratterizza per la marcata settorialità delle discipline volta per volta regolate, con importanti conseguenze sul piano del sistema normativo complessivo, il quale, secondo gli interpreti, rischierebbe di perdere in omogeneità, coordinamento e coerenza a causa della disorganicità della normativa europea (si v. sul punto: E. Guerinoni, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino 2011, pp. 106 ss.).

⁵⁴ C. Castronovo, Savigny, i moderni e la Codificazione europea, cit., pp. 219 ss.

⁵⁶ Così V. Roppo, Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?, in Corriere giuridico (2009), 2, p. 277 e Id., Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica e non apologetica, cit., p. 27; si v. sul punto anche L. Gatt, Il contratto nel diritto europeo, cit., pp. 555 ss.

⁵⁷ V. Roppo, Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica e non apologetica, cit., pp. 28 ss.

dopo l'istituzione della Comunità europea, attraverso il lavoro delle burocrazie di Bruxelles e le mediazioni politiche che lo accompagnano⁵⁸.

A distanza di pochi lustri, cioè a partire dagli anni Settanta⁵⁹, si inizia a parlare di un diritto "comune" europeo. In particolare, è a Fiesole nel 1976 che in un Convegno, dal titolo "*Nuove prospettive di un diritto comune per l'Europa*", viene lanciata l'idea di un diritto europeo armonizzato e partendo da questa idea, nel 1989, una Commissione presieduta dal comparatista danese Ole Lando inizia il suo lavoro per una codificazione europea di principi generali sul contratto⁶⁰; è, dunque, intorno agli anni '90 che si avviano e sempre più si intensificano le diverse azioni che, sul terreno culturale e professionale ancor più che su quello politico-istituzionale⁶¹, danno corpo al diritto "comune" europeo dei contratti.

La Commissione Lando (Commission on European Contract Law) ha pubblicato tra il 1995 e il 2003, come risultato del lavoro di ricerca, le tre parti dei Principi di diritto europeo dei contratti (Principles of European Contract Law)⁶². Nell'ottica della Commissione, le finalità dei Principles sono molteplici⁶³: oltre a rappresentare il progetto iniziale di un codice civile europeo, sono finalizzati a fungere da ausilio

⁵⁹ L. Moccia, Comparazione giuridica e diritto europeo, cit., pp. 973 ss.

⁵⁸ V. Roppo, *op. ult. cit.*, p. 27.

⁶⁰ Facendo fronte all'esigenza di uniformazione emersa, con accentuata evidenza, quando nel 1973 aderirono alla CE il Regno Unito e l'Irlanda (paesi di *Common law*).

⁶¹ Si può evidenziare, al riguardo, come il diritto comunitario *tout court* esordisca, a differenza del c.d. diritto comune europeo, proprio con una impronta settoriale non sistematica, benché successivamente abbia recuperato su questo terreno, agendo in tal senso lo stesso Parlamento europeo che con alcune risoluzioni ha avanzato riflessioni e linee di iniziativa intorno a una prospettiva di armonizzazione del diritto privato europeo destinata a spingersi al di là dell'armonizzazione indotta dal tradizionale strumento delle direttive (in argomento, cfr. V. Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica e non apologetica*, cit., p. 33).

⁶² C. Castronovo, I "Principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice, cit., pp. 21 ss.; Id., Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II, Milano 2001, pp. 11 ss.; Id., I principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II. Breve introduzione ee versione italiana degli articoli, in Europa e diritto privato (2000), pp. 249 ss.; Id., I principi di diritto europeo dei contratti e il codice civile europeo, in Europa e diritto privato (2000), pp. 1219 ss.; Id., Verso un codice europeo: i principi di diritto europeo dei contratti, in Vita notarile (2004), pp. 18 ss. G. Alpa, I "Principles of European Contract Law predisposti dalla Commissione Lando", in Rivista critica del diritto privato (2000), 3, pp. 483 ss.; M. Bussani, Diritto privato europeo, cit., pp. 420 ss.

⁶³ Sulla valenza dei principi generali, quale modalità dell'armonizzazione del diritto privato in Europa, v. F. Macario, *I principi comuni e l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti,* in O. Troiano, G. Rizzelli, M.N. Miletti (a cura di), *op. cit.*, pp. 183 ss. e Id., *Alla ricerca di "principi comuni" per il diritto europeo dei contratti*, in F. Cafaggi (a cura di), *op. cit.*, pp. 1 ss.

nella redazione e nella applicazione dei provvedimenti comunitari e da legge regolatrice per la contrattazione transfrontaliera. I *Principles* sono norme generali sui contratti, pur contenendo regole speciali relative ai contratti tra imprese (ad esempio: art. 2:210) e ai contratti tra imprese e consumatori (art. 6:101, commi 2 e 3).

Con riferimento invece al proposito di una codificazione del diritto dei singoli contratti, viene in considerazione il lavoro svolto dall'Accademia dei giusprivatisti europei⁶⁴ dell'Università di Pavia (presieduta dal Prof. Giuseppe Gandolfi) che ha elaborato il Code européen des contrats⁶⁵, il quale ha adottato come modello per un diritto contrattuale armonizzato il libro IV del codice civile italiano, visto come mediazione tra i principali modelli europei. Il risultato è un testo destinato ad applicarsi sia ai contratti tra imprese che ai contratti tra imprese e consumatori. A differenza dei Principles, il Code européen è redatto secondo una tecnica di tipo legislativo, non già mirante alla elaborazione di principi. Ulteriore differenza rispetto alle altre iniziative è il francese come lingua di redazione, in quanto differenza tipicamente europeo-continentale, a dell'inglese, di natura intercontinentale⁶⁶.

Sotto gli auspici della Commissione europea, è inoltre sorto anche lo European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis group)⁶⁷, diretto dai Professori Gianmaria Ajani e Hans Schulte-Nölke, che si differenzia dagli altri in quanto focalizza la propria attenzione sul diritto comunitario tout court: in particolare,

⁶⁴ www.accademiagiusprivatistieuropei.it.

⁶⁵ G.B. Ferri, Il Code Européen des contrats, in Contratto e impresa/Europa (2002), 1, pp. 27 ss.; Id., Validità e patologie nel Code Européen des contrats, in Europa e diritto privato (2005), 4, pp. 925 ss.; G. Gandolfi, Il libro secondo ("Des contrats in particulier") del Code Européen des contrats, in Rivista di diritto civile (2005), 6, 2, pp. 653 ss.; M.L. Ruffini Gandolfi, Il Code Européen des contrats fra gli scenari delineati dalla Commissione europea, in Jus (2002), 2, pp. 219 ss.; O. Trombetti, I tentativi di uniformazione del diritto privato a livello europeo. Prime riflessioni per un confronto tra il Draft of Common Frame of Reference ed il progetto preliminare del Code Européen des contrats, in Contratto e impresa / Europa (2011), 1, pp. 168 ss.

⁶⁶ M. Bussani, Diritto privato europeo, cit., p. 422.

⁶⁷V. http://www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de/. *Acquis* è chiaramente riferito all'*acquis communautaire*.

ha redatto i "Principi di diritto comunitario in materia di contratto" ("Principi acquis"), per una semplificazione dei procedimenti nazionali di trasposizione del diritto comunitario nel diritto nazionale⁶⁸.

Occorre altresì ricordare il contributo che offre la *Society of European Contract*Law (Secola) presieduta da Stefan Grundmann, quale piattaforma di discussione per il diritto contrattuale europeo.

Il "controcanto politico" delle iniziative appena menzionate è dato dal *Social justice group*⁶⁹, che si pone l'obiettivo di elaborare un diritto comune dei contratti imperniato sulla giustizia sociale, mirante a proteggere la parte debole del rapporto quale che ne sia la natura (lavoratore, imprenditore, consumatore, etc.).

Infine, per quel che riguarda settori specifici, si possono ricordare: in materia di diritto di famiglia la Commissione sui *Principles of European family law*⁷⁰; per quel che concerne le garanzie immobiliari il gruppo che progetta la *Eurohypothec*; in ambito successorio il lavoro del *Deutsches Notarinstitut* ed in tema di responsabilità civile quello dell'*European Group on Tort Law*⁷¹.

Nel 1989 e nel 1994, inoltre, il Parlamento europeo ha adottato risoluzioni che hanno dato l'avvio dei lavori per un codice civile europeo⁷², al quale è stato

http://www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de/ag/dms/ag/dms.php?UID=mh5hbbbb5muaiepciba8tb2gb7&p=home&s=http%3A%2F%2Facquis.jura.uni-

bielefeld.de%2Fdms%2Fag%2Fdms.php%3FUID%3Dcf95b2c9921985c2b17a3e43d&UID=mh5hbbbb5mu~aiepciba8tb2gb7~.

⁶⁹ Così: M. Bussani, *Diritto privato europeo*, cit., p. 417.

⁷⁰ M. Bussani, *op. cit.*, pp. 431 ss.

⁷¹ European Group On Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and commentary*, Springer Vien New York 2005.

⁷² V. sul punto O. Lando, Rules of European contract law, cit., p. 123. In forma dubitativa circa l'opportunità nel percorso di armonizzazione di dar vita ad un codice civile europeo (in senso "forte", cioé come atto pienamente normativo), in ragione della disomogeneità del substrato socio-culturale europeo e per la mancanza di un centro unitario di progettazione e decisione politica, si v. V. Roppo, Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica e non apologetica, cit., p. 45. Secondo l'A., proprio per dette motivazioni, al contrario, non si porrebbe alcun problema ove venisse a prendere corpo un codice in senso "debole", cioè una simulazione di prodotto normativo, una semplice elaborazione culturale senza alcuna finalità normativa,

preposto lo *Study Group on a European Civil Code*, fondato nel 1998 e coordinato dal Professore tedesco Christian von Bar⁷³, il cui progetto si caratterizza per l'ampia portata e la vastità dell'impianto, volto a regolare tutte le aree del diritto privato patrimoniale. L'obiettivo è quello di elaborare un testo che consenta di eliminare le discriminazioni di trattamento per i cittadini dell'Unione europea. Il lavoro, come generalmente avviene in materia di armonizzazione del diritto in Europa, non mira ad elaborare principi rivoluzionari, ma a formulare principi generalmente condivisi, riflettendo posizioni comuni in Europa, espressione di una «*shared legal culture*»⁷⁴. In particolare, si mira al coordinamento dei termini e dei principi uniformanti, mediante un *Common Frame of Reference*.

La Commissione europea⁷⁵, in particolare, a partire dall'*Action Plan on a More Coherent European Contract Law*⁷⁶ del 2003 e dalla comunicazione "Diritto contrattuale europeo e revisione dell'*acquis*: prospettive per il futuro"⁷⁷ ha lanciato l'idea di venire a capo di un *Common Frame of Reference* (CFR), ovvero un *Quadro Comune di Riferimento*, avente lo scopo di migliorare l'*acquis* comunitario nel diritto contrattuale europeo nella prospettiva di renderlo uniforme per le varie legislazioni nazionali⁷⁸.

A questo riguardo, si è avuta nel febbraio 2009, la pubblicazione del *Draft of a Common Frame of Reference*, da parte dello *Study Group on a European Civil Code* e del

⁷⁴ Così C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nolke et Alii (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, p. 99.

elaborato da studiosi europei di diverse tradizioni giuridiche che immaginano e negoziano fra loro un virtuale corpo di regole armonizzate.

⁷³ In argomento, si v. M. Bussani, *op. ult. cit.*, pp. 417 ss.

⁷⁵Con la comunicazione dell'11.7 2001 "in materia di diritto europeo dei contratti", la Commissione ha avviato una consultazione pubblica sul quadro giuridico frammentario nel settore del diritto dei contratti e sui suoi effetti ostativi agli scambi transfrontalieri. In argomento si v. E. Caterini, *Principi e clausole generali nella proposta di regolamento europeo della vendita transfrontaliera*, in *Contratto e impresa / Europa* (2014), 2, pp. 581 ss.

⁷⁶ COM (2003) 68 definitivo del 12.02.2003. In argomento, v. A. Gambaro, op. cit., pp. 343 ss. e N. Scannicchio, *Il piano d'azione della Commissione UE per l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo: codici, unificazioni e dintroni,* in O. Troiano, G. Rizzelli, M.N. Minetti (a cura di), op. cit., pp. 365 ss.

⁷⁷ COM (2004) 651 definitivo dell'11.10.2004, seguita dalla Prima relazione della Commissione sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'*acquis*, COM (2005), 456 definitivo del 23.09.2005.

⁷⁸ In argomento si v. C. Castronovo, *Quadro comune di riferimento e acquis comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, in Europa e diritto privato (2007), pp. 275 ss.

Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)⁷⁹. Il DCFR si presenta con un articolato normativo molto ampio (10 libri) ed è volto a regolare in modo uniforme non solo la materia contrattuale, ma anche il diritto delle obbligazioni, l'illecito, i singoli contratti, le donazioni, il trust, l'arricchimento senza causa ed altro⁸⁰.

Inoltre, come risultato della consultazione avviata l'8 febbraio 2007 (con l'adozione da parte della Commissione europea del Libro Verde sulla revisione dell'acquis comunitario), l'8 ottobre 2008 è stata emanata una Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori volta a uniformare quattro direttive sui diritti dei consumatori (n. 85/577/CEE; 93/13/CEE; 97/7/CE; 1999/14/CE), seguita poi dall'emanazione della Direttiva n. 83/2011. Quest'ultima, mettendo insieme i quattro interventi, mira a creare un unico strumento orizzontale che disciplini gli aspetti comuni in modo sistematico, semplificando e aggiornando le norme esistenti, nonché risolvendo le incoerenze e colmando le lacune.

Nel luglio 2010 si è, quindi, avviata una seconda consultazione pubblica con il libro verde sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, in cui vengono in considerazione le possibili strategie per l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti nel mercato interno⁸¹. In risposta al libro verde, l'8 giugno 2011 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione in cui esprime forte sostegno a uno strumento per migliorare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno e recare benefici a professionisti, consumatori e sistemi giudiziari degli Stati membri. La comunicazione della Commissione "Europa

⁷⁹ Si v. sul punto: G. Alpa, Diritto privato europeo, cit., pp. 322 ss.; C. Castronovo, Armonizzazione senza codificazione, cit., pp. 915 ss.; U. Breccia, Principles, definitions and model rules nel "comune quadro di riferimento europeo", in I Contratti (2010), 1, pp. 95 ss.; M. Maugeri, Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo), in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata (2011), 5, pp. 253 ss.

⁸⁰ C. Castronovo, *Codice civile e diritto europeo*, cit., pp. 692 ss.

⁸¹ COM (2010) 348 definitivo dell'1.7.2010.

2020"82 riconosce l'esigenza di «agevolare e rendere meno onerosa per imprese e consumatori la conclusione di contratti con partner di altri paesi dell'UE, segnatamente offrendo soluzioni armonizzate per i contratti stipulati con i consumatori, introducendo clausole contrattuali tipo a livello di UE e facendo progressi verso una legge europea facoltativa in materia di contratti»83.

In questa direzione, l'11 ottobre 2011 la Commissione europea ha pubblicato una Proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita (Common European Sales Law)⁸⁴, successivamente emendata il 26 febbraio 2014, relativa alla disciplina del contratto di vendita e di fornitura di contenuto digitale (e di alcuni servizi correlati) valevole sia nei rapporti con i consumatori che in quelli endoprofessionali. La Proposta viene, tuttavia, successivamente ritirata dalla Commissione «per liberare appieno il potenziale del commercio elettronico nel mercato unico digitale»; essa aveva, peraltro, costituito oggetto di una presa di posizione negativa da parte di alcuni Stati membri, poiché ritenuta lesiva del principio di sussidiarietà posto dall'art. 5 TUE⁸⁵.

Orbene, come sottolinea autorevole dottrina, il quadro delle tecniche per un'armonizzazione del diritto privato in Europa si presenta variegato: queste possono concretarsi in una uniformazione dell'*acquis* limitata alle sole aree d'intervento comunitario ovvero nell'aggiornamento delle codificazioni nazionali al

⁸² COM (2010) 2020 definitivo del 3.3.2010.

⁸³ *Ivi*, par. 3.1.

⁸⁴ Si v. G. Alpa, Towards the Completion of the Digital Single Market: The Proposal of a Regulation On a Common European Sales Law, in European Business Law Review (2015), 26, pp. 347 ss.; Id., Il progetto di regolamento europeo della vendita digitale (CESL), in Economia e diritto del terziario (2015), 2, pp. 259 ss.; C. Castronovo, Armonizzazione senza codificazione, cit., pp. 916 ss.; Id., Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita, in Europa e diritto privato (2012), pp. 289 ss.; G. D'Amico, Il diritto comune europeo della vendita, in I Contratti (2012), 7, pp. 611 ss.; P. Stanzione, Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita, ivi, pp. 624 ss.; P. Sirena, Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti, ivi, pp. 634 ss.; R. Peleggi, Il progetto di Regolamento sul diritto comune europeo della vendita: una breve analisi nell'ottica dell'applicazione ai rapporti tra imprese, in Contratto e impresa / Europa (2014), 2, pp. 628 ss.; E. Caterini, Principi e clausole generali nella proposta di regolamento europeo della vendita transfrontaliera, cit., pp. 582 ss.;

⁸⁵ http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_it.pdf.

diritto privato comunitario⁸⁶. Dagli ambienti professionali, sotto un diverso punto di vista, viene proposta, come possibile strumento di armonizzazione, la sola uniformazione delle clausole e dei tipi contrattuali. Inoltre, non si può non condividere l'idea della natura, almeno in parte, giurisdizionale del processo di armonizzazione: posto che ad operare con pienezza come giudici del diritto europeo sono le corti nazionali, in quanto legittimate a conoscere dei rapporti interprivati⁸⁷, occorre che si intensifichi il dialogo e l'interazione con la Corte di Giustizia⁸⁸.

Da un lato, come evidenziato dalla Corte, la stessa armonizzazione realizzata mediante il ricorso alle direttive consente l'uniformazione del diritto, essendo compito dei giudici «interpretare il proprio diritto nazionale quanto più è possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato» ⁸⁹.

Come si è osservato in dottrina «[...] interpretare la normativa di derivazione comunitaria secondo i parametri espressi dal legislatore europeo significa allontanarsi (in modo significativo) dai consolidati canoni ermeneutici proposti dalla dottrina tradizionale. La disciplina contrattuale di origine comunitaria, infatti, al contrario di quella codicistica (fondata sull'atto come espressione dell'autonomia negoziale), per la sua caratteristica di strumento per la realizzazione di un mercato unico europeo, si incentra sulla disciplina dell'attività economica svolta in modo professionale. Il nostro codice civile esprime già una sorta di principio generale in

⁸⁶ G. Alpa, Un codice europeo dei contratti, quali vie d'uscita?, in I Contratti (2007), 837 ss. e Id., Towards a European Contract Law, in Contratto e impresa / Europa (2012), pp. 115 ss.

⁸⁷ F. Macario, I principi comuni e l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti, cit., p. 201.

⁸⁸ In argomento, si v. per tutti: A.M. Mancaleoni, The Obligation on Dutch and Italian Courts to Apply EU Law of their Own Motions, in European Review of Private Law (2016), 3-4, pp. 553 ss. e, sia pur con riferimento alla differente prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, si v. A. Ruggeri, Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16), in Rivista AIC. Associazione italiana dei costituzionalisti (www.rivistaaic.it) 2014, n. 1 e Id., L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema dei sistemi" come problema, ivi, 2014, n. 2. In argomento, si v. G. Alpa, I "principi generali del diritto civile" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in Giustizia civile (2014), 2, pp. 325 ss.

⁸⁹ CGCE, 14 luglio 1994, causa C-91/92, in *Giur. it.* (1995), I, 1, c. 1385.

forza del quale gli atti relativi all'esercizio dell'impresa giustificano deroghe normative alla disciplina dettata per i contratti solo per le ipotesi in cui il contratto concretamente posto in essere sia stipulato da un imprenditore e per l'esercizio dell'impresa. Ora, invece, nella disciplina di derivazione comunitaria (che peraltro non si presenta come un corpo normativo unitario), le previsioni in tema di forma e nullità (virtuali o testuali) rappresentano l'espressione della logica di interventi finalizzati alla disciplina dell'attività di contrattazione degli operatori economici. E ciò malgrado si debba rilevare la mancanza di una terminologia coerente e costante nelle direttive, frutto, anche, delle assenze di operazioni di coordinamento»⁹⁰.

Altro strumento decisivo per l'armonizzazione, nel dialogo tra le Corti, è il rinvio pregiudiziale ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in forza del quale il giudice nazionale solleva una questione interpretativa su di una disposizione comunitaria dinanzi alla Corte di Giustizia, al cui verdetto interpretativo dovrà poi attenersi⁹¹.

Secondo gli interpreti, il ricorso ampio e appropriato a questo strumento è la strategia principale per lo sviluppo del diritto comunitario atteso che il diritto comunitario vive e cresce essenzialmente negli ordinamenti degli Stati membri e nelle rispettive giurisdizioni; affinché fra giurisdizione europea e giurisdizioni interne possa circolare il diritto europeo con buona riuscita del progetto di armonizzazione, occorre che i due apparati giudicanti interagiscano sinergicamente, creando fecondi innesti fra regole, principi e modelli delle tradizioni giuridiche nazionali⁹².

⁹⁰ Così M. Putti, voce Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria), in Dig. disc. priv. – sez. civ., Torino 1995, p. 676.

⁹¹ V. Roppo, Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica e non apologetica, cit., pp. 41-42.

⁹² Ivi, p. 43. Sul decisivo ruolo della Corte di Giustizia nella prospettiva dell'armonizzazione "verticale" (procedente cioè dall'Unione europea agli Stati nazionali), si v. C. Castronovo, *Armonizzazione senza codificazione*, cit., pp. 907 ss.

Al riguardo, verrebbe in considerazione una sorta di "federalismo funzionale", «ossia (...) un federalismo visto come processo incrementale, fatto di nozioni, acquisizioni ed esperienze formatesi e accumulatesi nel tempo, per opera specialmente della Corte del Lussemburgo in tema di rapporti tra ordinamento comunitario (...) e ordinamenti interni, nonché in tema di principi e diritti coessenziali al

In questa prospettiva, la circostanza che i vari progetti del c.d. "diritto comune" non siano sfociati in un testo normativo vigente rappresenta un dato che rema contro il c.d. "eurottimismo codificatorio", giacché consente di assumere la consapevolezza che un'opera di codificazione del diritto privato in Europa (destinata inevitabilmente a rapida obsolescenza, visti i nuovi ritmi di formazione e gli incalzanti sviluppi della società nel suo complesso), tanto vasta quanto defatigante, sia in realtà da considerare una scelta meno efficace ed utile rispetto a quella che miri invece ad un'armonizzazione fondata sui precedenti della giurisprudenza comunitaria⁹³.

In sintesi, si può riassumere questo discorso, affermando che il percorso di armonizzazione si sta sviluppando in diverse traiettorie: in primo luogo, attraverso il diritto vigente (dato dalle regole elaborate dal legislatore europeo)⁹⁴, in secondo luogo, mediante il circuito ermeneutico (giurisdizionale e accademico), senza il quale non esiste diritto vivente, ed infine, *last but not least*, nella pratica delle negoziazioni di mercato, le prassi contrattuali⁹⁵, cioè mediante la *law in action*⁹⁶.

Si può ricordare, inoltre, come sia frequente nei provvedimenti giurisdizionali il riferimento al diritto europeo, così come a quello "comune" europeo elaborati dai

corretto funzionamento del mercato unico, a sua volta inteso come modello di integrazione insieme economica e sociale» (cfr. L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., p. 1020).

⁹³ Riferisce sul punto: C. Castronovo, L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune della vendita, in Europa e diritto privato (2011), 4, p. 844.

V. in argomento anche E. Piro, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, cit., 127, secondo l'Autrice: «Certo, si tratterebbe della prevalenza del modello angloamericano al quale nessuna delle principali tradizioni europee è avvezza, ma deve anche osservarsi che i legislatori interni si sono pure dovuti abituare a dare esecuzione al loro interno a direttive di un organo sovrastatale, qual è la Comunità, sicché non pare che il modello culturale sinora di riferimento possa ostare all'adozione di un altro. Piuttosto che tentare di mettere ordine alla congerie normativa attraverso un codice europeo (...) sarebbe meglio mettere radicalmente in discussione ciò a cui la tradizione ci ha abituati e pensare ad un modello diametralmente opposto».

⁹⁴ Sovente preceduto dalle elaborazioni del diritto comune provenienti dai cenali del diritto privato europeo.

⁹⁵ Si parla al riguardo di norme create a colpi di contratto, nella circolarità iurigena contratto – prassi – uso – norma: in argomento, si v. F. Galgano, La globalizzazione nello specchio del diritto, cit., pp. 93 ss.

⁹⁶ Il *favor* per il diritto vivente delle prassi commerciali uniformi rappresenta (non a caso) una delle tre anime dell'Unidroit [cfr. A. Mazzoni, L'Unidroit fino agli anni '70 e i suoi contatti con i giuristi italiani del tempo, in Contratto e impresa (2016), 2, pp. 311 ss.].

gruppi accademici già menzionati⁹⁷. Le citazioni ed i rinvii posti in essere dai giudici per supportare date interpretazioni, evidenziano l'utilità pratica dei progetti di derivazione accademica ai fini dell'attività ermeneutica, rappresentando un valido ausilio interpretativo per far luce sulla complessa congerie di norme di provenienza comunitaria all'interno degli ordinamenti nazionali⁹⁸.

Si tratta, in sintesi, di un processo ricco e pluralistico, che ruota su elementi eterogenei: «perché l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo non dipende solo da ciò che decidono burocrati e politici a Bruxelles; bensì anche da quello che si studia, si elabora e si insegna nelle università, dal grado in cui le professioni legali interagiscono fra loro e con le istituzioni europee e, infine, dalle tecniche e dai contenuti ai quali gli operatori del mercato informano le proprie contrattazioni» ⁹⁹.

5. I modelli di normazione

Per quanto riguarda i modelli di normazione si possono individuare diverse opzioni. Una di queste, di natura formale, rimanderebbe ai «modelli» nazionali, ritrovando in questo o in quell'ordinamento la radice delle regole di un diritto contrattuale armonizzato. Tuttavia, il riferimento ai modelli di normazione per un diritto contrattuale armonizzato può essere inteso anche quale scelta delle opzioni di fondo cui ancorare la filosofia unitaria del diritto uniforme¹⁰⁰.

⁹⁷ Per il nostro ordinamento, si v. ad esempio: Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Danno e responsabilità*, 2003, 701, con commento di C. Perfumi, *La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze del mercato* e Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, in *Delure*, banca dati Giuffrè.

⁹⁸ Sul punto: L. Gatt, *Il contratto nel diritto europeo*, cit., 562.

⁹⁹ Così V. Roppo, Il contratto del duemila, cit., p. 61.

¹⁰⁰ Si v. in argomento la riflessione di A. Navarretta, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in Rivista di diritto civile (2016), 5, pp. 1262 ss. e di M.J. Hesselink, *Democratic contract law*, in European Review of Contract Law (2015), 2, pp. 81 ss.

Al riguardo, diverse appaiono le linee di politica del diritto esistenti in tema: da opzioni filo – liberali a modelli polarizzati verso esigenze di giustizia contrattuale declinata in chiave sostanziale e procedurale¹⁰¹.

Come è noto, il diritto privato europeo, *lato sensu* inteso, si basa sulla *market* freedom che rappresenta il risvolto della libertà negoziale, la quale a sua volta nella dimensione pluralistica assume le forme della libertà di concorrenza¹⁰²; l'autonomia dei privati, quali protagonisti del mercato, è tutelata fino a quando non collida con i limiti posti dalle discipline nazionali e dal diritto europeo. L'orizzonte teorico, pertanto, su cui si inquadra questa tematica è quello della contrapposizione tra liberismo antiregolatorio¹⁰³ e interventismo istituzionale¹⁰⁴.

6. Questioni di *policy*

Secondo la prospettiva filo-liberale viene in considerazione un'intrinseca razionalità oggettiva del mercato, nelle sue strutture e nei suoi modi di funzionamento, per cui sarebbe irrilevante la razionalità soggettiva degli agenti in quanto sovrastata dal mercato in sé nel suo agire inintenzionale e nella sua oggettiva e intrinseca razionalità¹⁰⁵. Da questo punto di vista, si contrappongono diverse prospettive di politica del diritto: da un lato, vi sono i sostenitori di un approccio filo-liberale puro, secondo i quali *il mercato ha ragione anche quando ha torto*¹⁰⁶ («gli

¹⁰¹ A. Navarretta, op. ult. cit., p. 1262.

¹⁰² F. Scaglione, *Il mercato e le regole della correttezza*, Padova 2010, p. 16.

¹⁰³ E' il modello in cui l'*imisible hand* guida l'agire individuale dei consociati, in modo inconsapevole, verso il benessere della società nel suo complesso. Secondo questa teoria, i ricchi, attraverso il consumo di beni di lusso, sono in grado di riequilibrare le posizioni sociali: tali soggetti, infatti, «malgrado il loro egoismo e la loro ingordigia naturale, [...] da una mano invisibile sono guidati a fare quasi la stessa distribuzione dei beni necessari alla vita che sarebbe stata fatta se la terra fosse stata divisa in parti uguali fra tutti i suoi abitanti; e così senza volerlo e senza saperlo, promuovono gli interessi della società» (così A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, London, 1759, pp. 248-249).

¹⁰⁴ In argomento, cfr. V. Roppo, Behavioural law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti, in Rivista di diritto privato (2013), 2, p. 182.

¹⁰⁵ Ihidem

¹⁰⁶ A. Mingardi, L'intelligenza del denaro. Perché il mercato ha ragione anche quando ha torto, Venezia 2013. Lo strapotere dell'economia di mercato, secondo l'A., sarebbe una finzione. Nella realtà sociale, al contrario, si presenta pervasiva la presenza dello Stato e, viceversa, troppo limitata la libera concorrenza. La crisi che ha colpito la società contemporanea sarebbe, in questo senso, la conseguenza del dirigismo politico e di dannosi

apologeti estremi della razionalità oggettiva del mercato»¹⁰⁷), dall'altro lato, si trovano coloro che, pur schierandosi tra le file liberali, ritengono tuttavia che il liberismo possa talvolta essere socialmente dannoso e indesiderabile¹⁰⁸.

Secondo il riformismo liberale, il mercato è lo strumento migliore per il benessere della società, ovvero, secondo il linguaggio degli economisti, per l'efficienza allocativa. Tuttavia, il mercato, contrariamente a quanto teorizzato dalle ideologie propriamente liberiste, è un'istituzione sociale che non è sempre in grado di realizzare automaticamente da sé un risultato ottimale: atteso che, in alcuni casi, i suoi meccanismi tendono a incepparsi e ad autodistruggersi. Al fine di evitare tali "fallimenti", il riformismo liberale promuove interventi pubblici di regolazione, «i quali, però, devono essere compatibili con il mercato stesso, ossia devono dettare esclusivamente appropriate regole del gioco, senza sostituirsi agli operatori nel raggiungimento di determinati risultati finali di produzione e distribuzione della ricchezza»¹⁰⁹.

In questo versante, si colloca quella prospettiva teorica che fa perno sulla «razionalità inintenzionale del sistema» (come capacità dello stesso di «definire i ruoli degli agenti e di assicurare che l'ordinato svolgimento dei ruoli da parte di ciascuno

continui interventi che turbano il mercato, quale infinita ragnatela di liberi scambi fra persone. Questo approccio presenta il mercato in maniera inedita: il luogo della libera interazione di individui, la sorgente ultima di ogni innovazione, l'unica palestra possibile per la libertà degli esseri umani. In quest'ottica se ne descrivono gli attori sociali contestualmente ai pericoli di regolamentazioni in funzione correttiva. Ostacolare o limitare la libertà del mercato significherebbe togliere alle persone la possibilità di manifestare la loro libertà di farsi scegliere, il ché presenta un costo: sono i prodotti e i servizi che non potremo sperimentare, che a nostra volta non ci sarà dato di poter scegliere. Lasciare spazio all'imprevisto, invece, sarebbe preferibile. Per tali ragioni, «varrebbe la pena di rinunciare alle spiegazioni semplificanti, al divorante bisogno di un ordine sovrimposto che abbia il pregio di risultarci immediatamente chiaro sulla carta. La chiarezza del progetto non garantisce la bellezza dell'esito» (così, p. 331).

 ¹⁰⁷ V. Roppo, Behavioural law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti, cit., p. 183.
 108 Si v. sul punto la riflessione di G.B. Ferri, Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione europea, in Europa e diritto privato (2005), pp. 19 ss.

¹⁰⁹ Così P. Sirena, L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto, cit., p. 795.

assicuri automaticamente il raggiungimento degli obbiettivi del sistema»¹¹⁰) e al contempo patrocina interventi pubblici per correggere le distorsioni del mercato¹¹¹.

Pertanto, mentre il primo approccio avversa ogni politica finalizzata a rimediare i fallimenti del mercato, il secondo, invece (di cui fa parte, e. g., anche la behavioural law and economics¹¹²), ritiene utili interventi pubblici finalizzati a correggere detti fallimenti in una logica "oggettiva", che incida sul mercato in sé (cioè sulla difesa della concorrenza¹¹³) ovvero sull'agire razionale degli operatori, correggendone ad esempio le asimmetrie informative o introducendo rimedi a tutela del corretto e libero svolgimento delle negoziazioni.

¹¹⁰ F. Denozza, Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti, in G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari (a cura di), I contratti per l'impresa, I, Produzione, circolazione, gestione, garanzia, Bologna 2012, p. 88.

¹¹¹ In questo senso, «il mercato concorrenziale ha una natura intrinsecamente giuridica al di là dei risultati di fatto descrivibili e valutabili secondo i criteri della scienza economica. È composto di regole che sono ricostruibili per astrazione e, come tali, riferibili a un modello ideale. Secondo il modello ideale il mercato concorrenziale assomiglia a un tribunale: è un luogo dove le parti esercitano il contraddittorio ad armi pari e dove, se esiste, come quasi sempre accade, una pluralità di contendenti, questi vengono introdotti nel contraddittorio con la tecnica del litisconsorzio». Così, F. Merusi, Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale, Bologna 2010, p. 13 (ed. digit. Il Mulino: 2010, doi: 10.978.8815/144508). Secondo l'A., in particolare, proprio poiché il modello ideale è spesso corrotto dalla realtà o, in molti casi, non è neppure parzialmente calato nella realtà, per difenderlo, o per crearlo ex nihilo, vengono nominate delle autorità di regolazione, cui è affidato l'esercizio accentrato o diffuso di funzioni di vigilanza. In merito al ruolo di crescente importanza delle Authorities, poste al governo di diversi settori di mercato, nell'attuale assetto normativo, si v.: V. Ricciuto, Le decisioni delle autorità indipendenti nel sistema delle garanzie costituzionali, in Rivista di diritto dell'impresa (2011), 3, pp. 721 ss.; Gitti G., L'autonomia privata e le autorità indipendenti, cit., passim; Id., Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti, in Rivista di diritto privato (2003), pp. 255 ss.; F. Greco, La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti, in GiustAmm.it (2014), 9, pp. 9 ss.; M. Trimarchi, Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti, in GiustAmm.it, (2013), 10, pp. 9 ss.; M. Orlandi, Autonomia privata e Autorità indipendenti, in Rivista di diritto privato (2003), pp. 271 ss.; F. Macario, Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali, ivi, pp. 295 ss.; E. Del Prato, Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti, ivi, 2001, pp. 515 ss.; G. De Nova, Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti, ivi, pp. 5 ss.; Id., Provvedimenti delle Autorità indipendenti e disciplina dei contratti, Relazione al Convegno nazionale di studi di Alba, Authorities, mercato, contratto e tutela dei diritti, 18 novembre 2000, in Le Società (2001), pp. 519 ss.; A.R. Tassone, Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle Amministrazioni indipendenti, in Dir. amm. (2002), pp. 181 ss.; U. Breccia, Prospettive nel diritto dei contratti, in Rivista critica di diritto privato (2001), pp. 183 ss.; P. Sirena, Attività di regolazione, clausole contrattuali abusive e sindacato giudiziario, Annuario 2002, Milano 2003, pp. 239 ss.; G. Carriero, Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo, in Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, vol. XXXI, Torino 2002, pp. 118 ss.; G. Cian, Gli interventi dell'Autorità regolatoria sul contratto, in Rass. giur. Enel (1997), pp. 327 ss.

¹¹² Su cui si v. E. Righini, Behavioural law and economics. Problemi di policy, assetti normativi e di vigilanza, Roma 2012.

¹¹³ V. Roppo, Behavioural law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti, cit., p. 183.

Nell'impostazione originariamente recepita dall'ordinamento comunitario, l'unico tipo di regolazione del mercato (reputata necessaria) era costituito dalla tutela della concorrenza fra imprenditori: non c'era dunque spazio per una vera e propria tutela dei soggetti, consumatori o professionisti, in quanto si riteneva che assicurare un'effettiva e leale concorrenza fra gli imprenditori fosse lo strumento più efficace per la tutela della salute del mercato.

L'evoluzione del sistema economico capitalistico ha dimostrato tuttavia come questo tipo di regolazione non sia sufficiente per l'efficienza allocativa, la quale (oltre che dalle distorsioni della concorrenza fra imprenditori) risulta ostacolata anche dall'impossibilità concreta degli utenti e consumatori finali di esercitare la propria autonomia negoziale in situazioni frequenti, quali, ad esempio, i contratti di massa¹¹⁴.

In tal senso, infatti, si è dimostrato come il mantenimento e la crescita della società dipenda non soltanto dal funzionamento della concorrenza tra imprenditori, ma anche dalla tutela del contraente debole nei casi di contratto con asimmetrie di potere¹¹⁵.

Si palesano utili, pertanto, specifiche regole del diritto dei contratti grazie alle quali gli utenti e i consumatori finali siano tutelati nei c.d. contratti asimmetrici, in cui il potere economico di un contraente rappresenta rischio di potenziale sopraffazione dell'altro e di consequenziali inefficienze allocative¹¹⁶.

115 Si è osservato, come la disparità nel potere contrattuale sia «frutto delle imperfezioni del mercato», così come «l'approfittamento dello squilibrio contrattuale può essere la conseguenza dell'incapacità del mercato di fornire ai soggetti deboli alternative adeguate per sottrarsi alla situazione di dipendenza»: così R. Pardolesi, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, cit., pp. 159 ss.

¹¹⁴ Si v. altresì: P. Sirena, L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto, cit., pp. 795-796. Per un'ampia ricostruzione della tematica, tra "assetto materiale" e "condizioni generali del contratto" si v. M. Maggiolo, Il contratto predisposto, Padova 1996, passsim.

¹¹⁶ F. Scaglione, *Il mercato e le regole della correttezza*, cit., p. 9. V. in argomento anche L. Nonne, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino 2013, 102.

La creazione di regole armonizzate, se può giovare alla libera circolazione delle imprese, da sola non è sufficiente per il corretto funzionamento del mercato; quest'ultimo, infatti, è meglio garantito se presidiato da regole volte a correggere i c.d. fallimenti del mercato intesi quali abusi di potere contrattuale, nonché condizioni di mercato in cui le risorse non sono efficientemente allocate.

Le nuove discipline dei contratti d'impresa, si pongono, in questo contesto, come «componente indispensabile all'instaurazione e al funzionamento del mercato»¹¹⁷, nonché quale «naturale complemento del diritto europeo della concorrenza»¹¹⁸.

Perché si avverte l'esigenza di stemperare il valore della libertà di mercato con altri valori come quello della giustizia contrattuale? «La giustizia è la prima virtù delle istituzioni sociali, così come la verità lo è dei sistemi di pensiero. Una teoria, per quanto semplice ed elegante, deve essere abbandonata o modificata se non è vera. Allo stesso modo, leggi e istituzioni, non importa quanto efficienti e ben congegnate, devono essere riformate o abolite se sono ingiuste»¹¹⁹ e, per converso, se rispettose degli ideali di giustizia, vanno in ogni caso preservate¹²⁰.

Come sottolinea ancora John Rawls, nella struttura fondamentale della società (ove si colloca il mercato) devono valere i principi della giustizia sociale¹²¹, soprattutto in considerazione del fatto che molti servizi, un tempo erogati dallo Stato, sono stati privatizzati. Il mercato e il contratto sono, dunque, la sede per la soddisfazione dei bisogni fondamentali dei cittadini, quali ad esempio salute, istruzione, pensioni, comunicazioni o trasporti. L'arretramento dello Stato sociale, a fronte delle ondate di privatizzazioni, ha comportato il contraccolpo della gestione

¹¹⁷ P. Sirena, L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto, cit., p. 796.

¹¹⁸ P. Sirena, Y. Adar, La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo, in Rivista di diritto civile (2012), 3, p. 364.

¹¹⁹ J. Rawls, Una teoria della giustizia, Milano 2002, pp. 24 ss.

¹²⁰ E. Navarretta, Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo, cit., 593 ss. e Ead., Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale, cit., pp. 1262 ss.

¹²¹ J. Rawls, op. ult. cit., pp. 24 ss.

privatistica di servizi sociali un tempo erogati dal settore pubblico; di conseguenza «il contratto è divenuto mezzo di accesso a una serie di servizi (istruzione, trasporti, sanità, giustizia) per gran parte del Novecento erogati dal settore pubblico»¹²².

Fornendo le regole di giusta condotta tra i cittadini, il mercato può rappresentare la base dello schema della giustizia sociale nella società; come si è letto anche nel *Manifesto on Social Justice in European Contract Law*¹²³, se le regole del diritto contrattuale modellano la distribuzione della ricchezza e del potere nella moderna società, allora il mercato è il vero arbitro delle possibilità di vita delle persone.

Nel *Manifesto*, non a caso, si richiamano le norme della Carta di Nizza i cui valori di riferimento, richiamati anche nel *Draft of a Common Frame of Reference*, sono *freedom, security, justice* ed *efficiency*, mentre sullo sfondo si pone sempre il superprincipio costituzionale della dignità umana e dei suoi corollari: solidarietà e responsabilità sociale¹²⁴.

Si pensi, sul piano applicativo, ad esempio, all'importanza del principio di uguaglianza¹²⁵, che implica l'obbligo della parità di trattamento ed esige una tutela dell'equilibrio contrattuale, in una prospettiva di neutralizzazione della dicotomia pubblico - privato, per una protezione (sostanziale) dei diritti fondamentali.

In questa ottica, il diritto dei contratti assolve un'importante funzione regolatoria del mercato che, pertanto, non è più oggetto di disciplina esclusiva del diritto pubblico dell'economia: al contrario, l'intreccio tra interessi pubblici e

¹²² R. Natoli., Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, d'investimento e di assicurazione, Milano 2012, p. 50, nt. 3.

¹²³ Si v. Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto, a cura del Gruppo di studio Social Justice in European Contract Law, in Rivista critica del diritto privato (2005), pp. 99 ss.

¹²⁴ In argomento, v. G. Alpa, Cesl, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto, cit., p. 148.

¹²⁵ In argomento, v. E. Navarretta, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Rivista di diritto civile* (2014), 3, pp. 547 ss.

interessi privati rappresenta il *trait d'union* e al tempo stesso la giustificazione del sistema contrattuale europeo¹²⁶.

Di conseguenza, il dibattito si incentra sui profili della giustizia contrattuale, i cui indici normativi sono tutte le disposizioni che colpiscono gli accordi iniqui: dalla disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori alla normativa sull'abuso di dipendenza economica¹²⁷, dalla disposizione sui ritardi di pagamento sino alle normative verticali di regolazione delle c.d. asimmetrie microeconomiche¹²⁸.

Parallelamente, la *libertà contrattuale* costituisce un fattore cardine del mercato, in quanto valore strumentale alla circolazione della ricchezza senza la quale anche la giustizia sociale sarebbe compromessa; tuttavia, in un diritto europeo armonizzato, essa non può essere assunta nella logica del *Qui dit contractuel, dit juste*¹²⁹, cioè quale dogma auto-referenziale, ma viene ad essere bilanciata con valori solidaristici e sociali¹³⁰.

Come ha osservato Ole Lando, le società fondate sulla libertà contrattuale, unitamente alla solidarietà, alla giustizia e alla lealtà, hanno maggiore successo di

¹²⁶ F. Scaglione, *Il mercato e le regole della correttezza*, cit., p. 10.

¹²⁷ V. per tutti L. Nonne, Contratti tra imprese e controllo giudiziale, cit., 157; M. Maugeri, Subfornitura (diritto civile), in Enc. dir., Annali, VIII, 2015, 775 ss.; Ead., La subfornitura, in G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari (a cura di), I contratti per l'impresa, I, Produzione, circolazione, gestione, garanzia, Bologna 2012, 207 ss.

¹²⁸ Cfr. E. Navarretta, op. ult. cit., pp. 549-550; C. Castronovo, L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles, cit., p. 851; Id., Autonomia privata e costituzione europea, in Europa e diritto privato (2005), pp. 41 ss.; V. Ricciuto, La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma di contratto, cit., p. 1332.

¹²⁹ Secondo la celebre formula di Alfred Fouillée (*La science sociale contemporaine*, Paris 1880, p. 410). V. sul punto C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nolke et Alii (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, cit.*, p. 63; J.P.Spitz, "*Qui dit contractual dit juste*": qualques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, in *Rev. trim. dr. civ.* (2007), pp. 281 ss.

¹³⁰ Si v. sul punto G. Alpa, *Diritto privato europeo*, cit., pp. 349 ss.; pp. 352 ss.; per una ricostruzione delle diverse concezioni del diritto contrattuale a partire dalla codificazione del 1942, si v. Id., *Le stagioni del contratto*, Bologna 2012; A. Somma (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino 2007; ID., *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano 2007.

quelle in cui governano le leggi della jungla¹³¹. Ciò emerge con maggiore evidenza in settori che afferiscono ai servizi pubblici, ancorché vengano erogati da soggetti privati.

Questa riformulazione del diritto contrattuale alla luce delle norme di provenienza europea viene in qualche misura vista sfavorevolmente da una parte della dottrina che la considera un'ingiustificata compressione dell'autonomia contrattuale, quale retaggio tradizionale dei codici civili europei¹³².

A tal proposito, vi è chi si interroga se si possa generalizzare un costante sindacato sul contratto sino al punto di accedere ad un'interpretazione sostanzialmente abrogante della libertà contrattuale, quantunque vi possano essere contesti e motivazioni, non connotabili in termini di stretta eccezionalità, che giustificano un vaglio sull'esercizio degli atti di autonomia¹³³.

Secondo altro punto di vista, sarebbe da considerare consona una correzione (dell'abuso) dell'autonomia contrattuale (non da intendere quale *eterointegrazione* del contratto, bensì) quale *autointegrazione* volta a dar voce al contraente debole vittima dell'altrui posizione di dominanza¹³⁴.

Nella prospettiva comunitaria, vi è concordia sul dato che una armonizzazione del diritto sia (formalmente) strumentale al funzionamento del mercato e alla libera circolazione delle imprese, dei servizi e dei capitali. In concreto, però, è da ritenersi che solo una normativa di protezione del contraente debole nei

¹³⁴ In argomento sia consentito rinviare a M.L. Chiarella, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano 2016, 336.

¹³¹ V. O Lando, The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR), in European Review of Contract Law (2007), 3, pp. 245, 251; v. sul punto anche Id., Liberal, Social and «Ethical» Justice in European Contract Law, in Common Market Law Review (2006), p. 824.

¹³² Riferisce sul punto C.M. Nanna, Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice, Padova 2010, p. 194.

¹³³ E. Navarretta, Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto, cit., p. 556.

rapporti asimmetrici d'impresa¹³⁵ possa garantire il (buon) funzionamento e l'efficienza del mercato, incentivando investimenti ottimali e comportamenti cooperativi¹³⁶.

A venire in considerazione è, pertanto, una disciplina che travalica l'interesse individuale presentando risvolti di ordine pubblico¹³⁷, sia che si tratti di contratti con i consumatori, sia che si tratti di rapporti endoprofessionali squilibrati (ove, cioè, si prospetti una disparità di forze contrattuali tra le parti, indebitamente sfruttata dal contraente forte) ¹³⁸.

Conferma di ciò potrebbe trovarsi anche, al di fuori del nostro ordinamento, nella recente riforma del diritto contrattuale francese entrata in vigore l'1 ottobre 2016 (introdotta con l'Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations)¹³⁹ che disciplina all'interno dei vizi del consenso la violence économique:«[i] l y a également violence lorsqu'une partie, abusant

¹³⁵ Sia ancora consentito rinviare a M.L. Chiarella, op. ult. cit., passim, ove si raccolgono le sollecitazioni formulate da V. Roppo, in Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?, in Corriere giuridico (2009), pp. 271 ss. (si v. anche Id., Il contratto del duemila, cit., pp. 53 ss. e Id., Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici, in E. Navarretta, Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore, Milano 2008, pp. 290 ss.). Si interroga sulla possibilità di configurare un paradigma generale di contratto nel diritto europeo V. Ricciuto, La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma di contratto, cit., pp. 1327 ss.

¹³⁶ Le condotte abusive che determinano spostamenti di ricchezza si muovono fuori dal fisiologico funzionamento del mercato, anzi rappresentano ipotesi evidenti di *market failures*, intesi come condizioni di mercato in cui le risorse non sono efficientemente allocate (cfr. L. Nonne, *Contratti tra imprese*, cit., p. 69).

¹³⁷ V. Ricciuto, La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma di contratto, cit., p. 1342. L'ordine pubblico economico di protezione costituisce, per autorevole dottrina, strumento dell'ordine pubblico economico di direzione, «[c]on una netta anteposizione dell'ordine giuridico del mercato all'ordine del singolo contratto» (così A. Gentili, Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti, II, Torino 2015, p. 637).

¹³⁸ P. Fava, Il contratto nella teoria generale del diritto, in Id. (a cura di), Il contratto, Milano 2012, p. 41.

¹³⁹ Con la riforma, che è entrata in vigore l'1 ottobre 2016, si è data esecuzione alla Loi n. 2015-177 del 16 febbraio 2015 la quale delegava al governo francese il compito di modernizzare e semplificare il diritto dei contratti, del regime generale e della prova delle obbligazioni. In argomento, si v. D. Mazeaud, Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese, in Rivista di diritto civile (2016), 2, pp. 432 ss.; G. Alpa, Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti, in Rivista critica del diritto privato (2015), pp. 177 ss.; Id., Réflections sur le project français de réforme du droit des contrats, in Revue internationale de droit comparé (2015), pp. 877 ss.; B. Dondero, La réforme du droit des contrats (ordonnance n° 2016-131 du 10 févr.2016), in http://brunodondero.com/2016/02/12/la-reforme-du-droit-des-contrats-ordonnance-n-2016-131-du-10-La liberté back. fevr-2016/; Chantepie, contractuelle: to basics, in http://reformeobligations.dalloz.fr/2016/02/16/la-liberte-contractuelle-back-to-basics/#more-200.

de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif» (art. 1143 Code civil)¹⁴⁰. Previsione affine si trova nel sistema tedesco: il §. 138 BGB che sancisce la nullità del negozio stipulato in contrasto con il buon costume o realizzato tramite l'approfittamento di una posizione di soggezione, a vario titolo, della controparte¹⁴¹. Tornando in Francia, protagonista della recente riforma è la clausola generale di buona fede, elevata al rango di clausola di ordine pubblico (art. 1104 del Code civil riformato): la valutazione di scorrettezza del comportamento conduce, di conseguenza, ad un giudizio di invalidità del contratto frutto di una condotta di sopraffazione di un contraente ai danni dell'altro.

7. Armonizzazione europea e disciplina contrattuale: alcune conclusioni

Lo scenario appena delineato si colloca nel processo di sviluppo dei c.d. diritti di terza generazione¹⁴², che tratteggiano la soggettività inquadrandola in specifici contesti (diritti dei consumatori, dei minori, degli anziani, disabili e altri ancora) visti nel prisma della socialità.

Questo sistema di nuovi diritti (sociali) sottende diversi modelli di regolazione giuridica e sociale dei rispettivi "status" che rispondono alle ambivalenti prospettive

¹⁴⁰ Per la *violence èconomique*, si v. M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, in *Dalloz* (1995), pp. 51 ss. Rientrano in questa prospettiva di tutela del contraente debole anche l'art. 1164 e 1165 (in caso di abuso nella fissazione unilaterale del prezzo nei contratti standard e nei contratti per la fornitura di servizi).

¹⁴¹ L. Nonne, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 131. A ciò corrisponde, nel diritto americano, la *unconscionability*, figura che scatta in presenza di una oggettiva disparità nello scambio e dell'approfittamento (di una parte ai danni dell'altra), di cui, pertanto, l'abuso costituisce elemento essenziale (*ivi*, pp. 148 ss.; A. Gianola, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, Milano 2008, pp. 254 ss.).

¹⁴² N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1997, pp. 9 ss., pp. 66 ss.

(i) dell'eguaglianza e della parità ovvero (ii) della differenza e della tutela del "soggetto debole" ¹⁴³.

Ciò non rappresenta una degenerazione paternalista per il diritto privato¹⁴⁴, né può essere associato ad una supina trasposizione in esso dei risultati di approcci metagiuridici. È bensì il risultato di una visione olistica dell'ordinamento in cui non si può parlare di primato dei diritti inviolabili senza leggerne i riflessi in ambiti tradizionalmente estranei alle logiche personalistiche e più aderenti a quelle di tipo mercantile¹⁴⁵.

Ecco allora che la smitizzazione dell'autonomia privata e, al contempo, la sua funzionalizzazione costituiscono la precondizione per lo sviluppo dei diritti fondamentali e l'intervento da parte del legislatore nelle regole di mercato si palesa necessario al fine di «porre ciascuno nelle condizioni di realizzare le proprie potenzialità e in pari tempo fornire un aiuto a quanti non sono in grado di farlo»¹⁴⁶.

Emerge, dunque, la rilevanza degli interventi di giustizia perequativa: in tal modo, il mercato stesso viene elevato a fonte di rapporti equi e, pertanto, a strumento di protezione dell'individuo in quanto strumentale alla tutela dell'interesse generale al buon funzionamento degli scambi¹⁴⁷.

Già dagli albori del XX secolo si inizia a rilevare come il contratto sia, talvolta, basato su un accordo e una parità inesistenti; si presenta, nella dinamica

144 Utilizza l'espressione A. Somma, Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale, in Riv. trim. dir. proc. civ. (2001), 2, pp. 263 ss.

¹⁴³ Sul rapporto tra disciplina del contratto e *status* dei contraenti, si v. V. Ricciuto, La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma di contratto, cit., pp. 1333 ss.; E. Minervini, Status delle parti e disciplina del contratto, in Obbligazioni e contratti (2008), pp. 8 ss.

¹⁴⁵ G. Alpa, *Cesl, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, cit., pp. 154 – 155: «la libertà della persona include la libertà contrattuale e questa può essere vista come un potenziamento dei o un limite ai diritti personali».

¹⁴⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione europea COM(2008) 412, Agenda sociale rinnovata: opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo del 2 luglio 2008, p. 3.

¹⁴⁷ V. Ricciuto, La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma di contratto, cit., p. 1340. La dicotomia interesse particolare – interesse generale insita nel nuovo diritto dei contratti è stata evidenziata anche da Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata (2015), I, pp. 299 ss.

contrattuale, una dicotomia tra scambi con e senza accordo¹⁴⁸ che, grazie agli interventi normativi di matrice europea, approda anche nel diritto positivo. Il compito è spettato, dunque, alle istituzioni europee: l'obiettivo del mercato unico e la tutela delle libertà fondamentali postulate dal diritto europeo originario hanno rafforzato l'autonomia contrattuale, ma l'hanno al tempo stesso anche fortemente condizionata, nella consapevolezza dell'illusione della *invisible hand* e dell'esigenza di costruire normativamente i presupposti di un corretto funzionamento del mercato e delle regole della concorrenza¹⁴⁹.

In tale ambito, si è avvertita la duplice esigenza della pari opportunità di accesso al mercato e dell'esercizio effettivo del potere di autonomia¹⁵⁰, intesa non solo come libertà di concludere un contratto, ma anche come concreta possibilità di determinarne il contenuto¹⁵¹.

Il concetto di giustizia contrattuale rappresenta, oggi, il risultato della trasformazione della dicotomia giustizia distributiva - giustizia commutativa, riflessa nella contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato 152. Secondo un approccio tradizionale, infatti, non compete al diritto privato occuparsi di giustizia distributiva, in quanto questa spetta al diritto pubblico; «il terreno proprio del diritto privato è quello della giustizia commutativa (o correttiva), che interviene quando lo schema di allocazione delle risorse disposto dalla giustizia distributiva abbia a subire ingiustificate alterazioni, e vi pone rimedio» 153, in questo senso, «la conformità al concorde volere delle parti garantisce automaticamente la giustizia del voluto, o

⁻

¹⁴⁸ L'espressione è di N. Irti, Scambi senza accordo, in Riv. trim. dir. proc. civ. (1998), pp. 347 ss.

¹⁴⁹ E. Navarretta, *Principio di uguaglianza*, principio di non discriminazione e contratto, cit., p. 548.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ In argomento, si v. la riflessione di C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, pp. 41 ss. ¹⁵² V. in argomento C. Castronovo, *op. ult. cit.*, pp. 48 ss. Si v. altresì A. Nicolussi, *Diritto soggettivo e*

¹⁵² V. in argomento C. Castronovo, op. ult. cit., pp. 48 ss. Si v. altresì A. Nicolussi, Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale fra diritto privato e diritto pubblico, in Europa e diritto privato (2014), 4, pp. 1191 ss

¹⁵³ V. Roppo, Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?, in Politica del diritto (2007), p. 453.

comunque assorbe ogni valutazione al riguardo»: in sintesi *Qui dit contractuel dit* juste¹⁵⁴.

Da tempo detta dicotomia è ampiamente superata, ammettendosi che gli istituti del diritto privato possano essere polarizzati verso logiche diverse dal passato: tra questi, *in primis*, il contratto, quale accordo privato delle parti che presenta risvolti che travalicano l'interesse privato¹⁵⁵.

La disciplina dei contratti asimmetrici e in particolar modo delle relazioni asimmetriche di mercato è una reazione dell'ordinamento ai *market failures*¹⁵⁶; essa è espressione dell'incrinarsi del dogma ottocentesco dell'inviolabilità dell'autonomia privata¹⁵⁷: atteso che i primi (*i.e.* i fallimenti del mercato) «generano asimmetrie che pregiudicano l'agire razionale del soggetto che ne è vittima, rendendolo un contraente debole; ma rispetto ai fallimenti dell'autonomia privata contemplati dal codice civile, si connotano per il fatto di dipendere dalla struttura oggettiva del mercato, il quale – essendo strutturalmente esposto a fallimenti – pone alcuni dei suoi attori in posizione di forza e altri in posizione di debolezza nei rapporti reciproci»¹⁵⁸.

Il *trait d'union* tra armonizzazione europea a disciplina contrattuale potrebbe allora cogliersi al crocevia tra interesse particolare e interesse generale: di fronte all'impatto dirompente di norme e tecniche di regolazione europee nuovi paradigmi e categorie sembrano porsi alla base anche del diritto dei contratti, «la cui cifra consiste sempre più nella giustizia, che nell'autonomia»¹⁵⁹.

-

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ In argomento, A. Fici, Art. 33, Codice del consumo, in Commentario del codice civile e leggi collegate, Torino 2011, p. 725.

¹⁵⁷ In argomento, si v. F. Di Marzio, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli 2011, pp. 86 ss., pp. 166 ss.

¹⁵⁸ V. Roppo, Behavioural law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti, cit., p. 169.

¹⁵⁹ A.C. Benedetti, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, p. 389, si vedano altresì le riflessioni di V. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, cit., pp.

Keywords: Legal harmonization, European contract law, market policies, contract rules.

Abstract: This writing analyzes the evolution of European contract law, focusing on legal models and harmonization tools and considering the relationships between market and agents, including those between private and supra-individual interests. In this frame, this paper focuses on the developments of European contract law, which underline the birth of a new paradigm, that gives relevance to the inequality of bargaining power between the parties and is aimed to promote a public order goal: i.e. the protection of fundamental rights within the smooth functioning of internal market.

⁴⁵¹ ss. Basti pensare all'importante ruolo che essa riveste, oltre che sul piano normativo, anche con riferimento ai testi per un diritto armonizzato, quali, ad esempio: i *PECL*, il *DCFR*, nonché i Principi Unidroit.

Daniela Tarantino

Ricercatore di Diritto canonico ed ecclesiastico, Università degli Studi di Genova

Verso i *Bullari*a: collezioni sistematiche di legislazione pontificia del XV secolo*

SOMMARIO: 1. Forme di legislazione pontificia nell'età dello ius commune. Breve nota storico-giuridica – 2. Le collezioni sistematiche del Quattrocento – 3. Alcune conclusioni

1. Forme di legislazione pontificia nell'età dello ius commune. Breve nota storico-giuridica.

L'autorità dei vescovi di Roma quali supremi legislatori e, conseguentemente, la produzione normativa da essi scaturente, venutasi progressivamente ad estendere su tutta la cristianità, conobbe un notevole incremento in epoca basso medievale e si rafforzò a seguito della sconfitta del conciliarismo e della restaurazione del primato romano, tanto da far divenire i pontefici la fonte "quasi unica" della legislazione ecclesiastica¹. Da qui il grande sviluppo della legislazione papale fra XV e XVI secolo, fenomeno che pose presto il problema della raccolta di tale materiale finalizzata anche a facilitarne la conoscenza e l'uso nelle scuole e nella prassi negoziale, giudiziaria e amministrativa. Molteplici sono state, nel corso del tempo, le denominazioni degli atti pontifici, benché la diversità del nome non abbia sempre indicato diversità nella natura dell'atto, così come diversa è stata ed è la forma di

^{*}Il contributo è stato sottoposto a double blind peer review

^{*} Il testo riproduce la relazione, con le opportune aggiunte e le note, tenuta al XV International Congress of Medieval Canon Law svoltosi a Parigi dal 17 al 23 luglio presso l'Università Panthéon-Assas (Pris II), destinata alla pubblicazione, nella versione in francese, negli Atti.

¹ Sul tema si veda C. Fantappié, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 2003, p. 139. La «vittoria del papato», che celebrerà i suoi fasti con il Concilio di Trento e porterà alla definitiva affermazione della preminenza legislativa del Romano Pontefice sulla Chiesa universale, è preparata fra gli ultimi decenni del XV secolo e gli inizi di quello successivo da una politica «di accordi diretti con i principi» con cui, attraverso concessioni anche piuttosto onerose, si riesce ad esorcizzare la minaccia del conciliarismo (su tale processo cfr. A. Prosperi, *Il Concilio di Trento: una introduzione storica*, Torino 2001, p. 12 ss.).

redazione che varia a seconda dell'importanza e della solennità del provvedimento². Le diverse denominazioni sono tratte per lo più dalla tradizione giuridica della Roma imperiale, come si può facilmente evincere dall'esempio rappresentato dalle constitutiones e dai rescripta, la cui rilevanza è confermata dal fatto che vennero addirittura dedicati due titoli nella sistematica pentapartita destinata ad affermarsi nelle compilazioni bassomedievali di decretali. Dal Breviarium extravagantium di Bernardo da Pavia (lib. I, titt. I-II) fino al Liber Extra e al Sextus (lib, II, titt. II-III), notiamo infatti due titoli consecutivi, fra i primi del libro I concernente le fonti del diritto e la gerarchia ecclesiastica, dedicati rispettivamente alle constitutiones ed ai rescripta³. Fra "l'autunno del Medioevo" e l'Età moderna, la forma che le costituzioni - comprese le decretali e gli stessi rescritti sempre più spesso assimilati in tale periodo alla categoria delle constitutiones - potevano assumere nel momento in cui venivano redatte era quella della "bolla" o del "breve", a seconda dell'importanza dell'argomento trattato e dell'aspetto con cui si presentavano all'esterno⁴.

Il fenomeno che si registra sul finire del XII secolo e che vede la comparsa delle prime collezioni di tali decretali le quali "si presentano spesso come semplici supplementi al Decreto di Graziano", prefiggendosi come scopo quello di aggiornarlo, si ripeterà regolarmente e in proporzioni persino maggiori anche dopo la comparsa delle tre successive compilazioni destinate a far parte del *Corpus iuris canonici*, stante un'attività di produzione normativa da parte dei pontefici sempre più

² Secondo lo *stylus curiae* molte di queste denominazioni sono ancora utilizzate nella odierna prassi romana (cfr. V. Del Giudice, *Nozioni di diritto canonico*, Milano 1970, pp. 105-106; G. Feliciani, *Le basi del diritto canonico dopo il Codice del 1983*, Bologna 2002, pp. 47-48).

³ Cfr. G. Moroni, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica da S. Pietro ai nostri giorni*, Venezia 1840, vol. XVIII, p. 157). I rescritti in particolare si distinguevano, secondo la natura degli affari affrontati, in rescritti di grazia, quando con essi il Papa elargiva qualche concessione, e in rescritti di giustizia, quando il Papa prescriveva qualche cosa per dirimere una controversia (cfr. S. De Santi, *Istituzioni di diritto canonico*, Salerno 1902, p. 63).

⁴L'espressione tra virgolette con cui si dà inizio al periodo è presa volutamente a prestito da un classico della storiografia del secolo scorso in cui si vedono nei secoli XIV e XV «non già gli albori del Rinascimento ma il tramonto del Medioevo» (J. Huizinga, L'autunno del Medioevo, Firenze 1978, p. XXXIII). Sul significato del termine bulla e sulla forma ed il contenuto di tali documenti cfr. cfr. A. Melampo, Attorno alle bolle papali da Pasquale I a Pio X, in «Miscellanea di storia e cultura ecclesiastica», III (1905), pp. 556-562; G. Battelli, voce Bolla, in Enciclopedia Cattolica, Roma 1950, tomo II, pp. 1779-1780; T. Frenz, I documenti pontifici nel Medioevo e nell'età moderna, II ed. italiana a c. di S. Pagano, Città del Vaticano 1998, p. 27.

ricca e frequente, soprattutto a cavallo fra XIV e XV secolo⁵. Dopo l'emanazione del Liber Extra nel 1234 l'attività legislativa di papi importanti, Innocenzo IV fra tutti, nonché la celebrazione dei due concili di Lione a loro volta produttori di norme significative, comportarono immancabilmente la realizzazione di nuove compilazioni di aggiornamento alle Decretali di Gregorio IX i cui contenuti furono in parte recepiti nel Liber Sextus di Bonifacio VIII⁶. La stessa situazione, ripetutasi dopo la promulgazione di questo testo, si ripropose quindi a seguito dell'uscita delle Clementinae constitutiones emanate da Giovanni XXII nel 1317, secolo che si concluse significativamente con il ricco apparato di commento a ben 116 extravagantes (emanate fra il 1298 e il 1378) del grande canonista francese Gilles de Bellemère. Le puntigliose ricerche di Jacqueline Tarrant sui testimoni manoscritti delle Clementinae e l'importante studio della stessa sulle raccolte di extravagantes che precedono quella più famosa e più fortunata di Jean Chappuis, dimostrano quanto fosse stata avvertita nel corso del XIV secolo l'esigenza di arricchire i testi delle compilazioni ufficiali di decretali con le più recenti constitutiones papali in essi non ricomprese8. Proprio il Quattrocento si segnala come il periodo in cui la vastità e lo stile di alcune collezioni sembrano davvero preannunciare la successiva età delle grandi imprese tipografiche passate allo storia con il nome di "Bollari". Limitando l'attenzione ai codici della Biblioteca Apostolica Vaticana, vediamo come nello stesso fondo dei Vaticani Latini

⁵ L'espressione tra virgolette è tratta da un'utile panoramica sulle collezioni di decretali tra gli ultimi decenni del XII secolo e l'elaborazione del *Liber Entra* di Gregorio IX (cfr. J. Gaudemet, *Storia del diritto canonico*. Ecclesia et Civitas, Cinisello Balsamo 1998, p. 453).

⁶ Cfr. V. Piergiovanni, Sinibaldo dei Fieschi decretalista. Ricerche sulla vita, in Studia Gratiana XIV (1967), Collectanea Stephan Kuttner, IV, p. 129; Id., Innocenzo IV legislatore e commentatore. Spunti tra storiografia, fonti e istituzioni, in Gli inizi del diritto pubblico, 2. Da Federico I a Federico II, Atti del Convegno di Trento, 20-22 settembre 2007, a cura G. Dilcher - D. Quaglioni, Bologna-Berlin 2008, pp. 195-222 (ora anche in Id., Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente medievale e moderno, Genova 2012, I, pp. 709-736).

⁷ Cfr. BAV, Vat. lat., 6351, ff. 1r-335r.

⁸ Cfr. J. Tarrant, Prolegomena (1. "Extravagantes" of the fourteenth and fifteenth centuries), in Ead., a cura di, Extravagantes Iohannis XXII, Città del Vaticano 1983, p. 1 e ss.; Id., The manuscripts of the Constitutiones Clementinae. Part II: Napoli to Zwettl, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Kanonistische Abteilung, vol. 102, 1984, pp. 76 ss.; Id., The Extravagantes communes and Its Medieval Predecessors, in A distinct voice. Medieval Studies in Honor of Leonard E. Boyle, O.P., Edd. J. Brown-W.P. Stoneman, Notre Dame, Indiana 1997, pp. 373-436.

si segnalino tre importanti codici quattrocenteschi collocati l'uno dopo l'altro con segnature consecutive⁹.

2. Le collezioni sistematiche del Quattrocento.

Il primo dei suddetti codici, membranaceo con rilegatura più tarda in pelle marrone con scritta sul dorso in oro «EXTR. DIVE.» (che abbrevia verosimilmente il titolo di Extravagantes diversorum Romanorum Pontificum) riporta sul verso del primo foglio in alto una firma che sembrerebbe indicare come antico proprietario del codice un illustre personaggio e precisamente quell'Antonio Augustin «episcopus Ilerdensis» che fu uno dei canonisti ed umanisti di maggior rilievo del Cinquecento. Il fatto che si qualifichi con tale titolo, consente di collocare chiaramente la nota di possesso al periodo in cui fu vescovo di Lerida (1561-1576)¹⁰. La raccolta, assai ricca comprendendo ben 279 interventi normativi, copre un arco temporale molto ampio, prendendo avvio dal pontificato di Innocenzo III (1198-1216), per giungere a quello di Pio II, il papa durante il cui regno la raccolta si è venuta verosimilmente a formare¹¹. La costituzione più antica risulta infatti la *Cum bonus pastor* con la quale Innocenzo III vietava ai chierici di allontanarsi, «absque rationabili causa», dalle rispettive Chiese e monasteri¹²; l'assenza di documenti successivi al pontificato di Pio II indurrebbe a pensare che il periodo di redazione del codice sia da collocare fra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio del decennio successivo del XV secolo. La raccolta può essere divisa in due sezioni: una prima, abbastanza curata e di dimensioni contenute, in cui il materiale appare ordinato secondo la sequenza dei vari titoli presenti nella tradizionale divisione pentapartita (iudex, iudicium, clerus,

 $^{^{9}}$ BAV, Vat. Lat., 12570; Vat. Lat. 12571; Vat. Lat. 12572.

¹⁰ BAV, Vat. lat. 12570, f. 1r. Sull'Agustin, fine intellettuale che fu prima dell'episcopato uditore della Rota Romana, cfr. A. Bernal Palacios, Antonio Agustin (1517-1586) y su "Recollecta in iure canonico", in Revista española de derecho canonico 45 (1988), pp. 487 ss.

¹¹ La costituzione più antica risulta infatti la *Cum bonus pastor* con la quale Innocenzo III vietava ai chierici di allontanarsi, «absque rationabili causa», dalle rispettive Chiese e monasteri (BAV, Vat. Lat. 12570, f. 65v); l'assenza di documenti successivi al pontificato di Pio II indurrebbe a pensare che il periodo di redazione del codice sia da collocare fra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio del decennio successivo del XV secolo

¹² BAV, Vat. Lat. 12570, f. 65v.

connubia, crimen) delle collezioni di decretali ed una seconda, più ampia ma meno curata divenendo verso la fine un po' disordinata, rappresentata da copiose aggiunte che ci si sforza, almeno all'inizio, di disporre sempre secondo l'ordine di successione dei titoli (quindi ripetuti) delle collezioni di decretali¹³.

Pur essendo la parte maggiore del materiale inserito rappresentata ancora dalle extravagantes trecentesche con una prevalenza di quelle di Giovanni XXII, assume una crescente importanza la legislazione del secolo allora in corso con il succedersi sin dall'inizio - dopo l'Unam sanctam di Bonifacio VIII che apre la raccolta e il primo titolo De Summa Trinitate et fide catholica - di diversi interventi assunti da Eugenio IV nel Concilio di Firenze, in merito sia all'effimera riunione con i Grecoortodossi, celebrata in quel sinodo, che alle controversie in tema di conciliarismo nei confronti dei ribelli di Basilea e dell'antipapa Felice V, nonché della celebre bolla Execrabilis con cui proprio il regnante papa Piccolomini aveva vietato, sotto pena di scomunica, qualunque «appellatio ad futurum Concilium»¹⁴. Confermano una certa attenzione alla più recente legislazione non pochi interventi di Nicolò V e diverse costituzioni di Martino V con l'indicazione per alcune delle quali del fatto non certo irrilevante di essere state emanate «in Concilio Constantiensi»¹⁵. Realizzata per evidenti necessità pratiche, la collezione denota qua e là non pochi errori dovuti ad una certa trascuratezza dimostrata, oltre che dalla non infrequente omissione in testa al provvedimento del nome del Pontefice, da errate attribuzioni che raggiungono il

¹³Il confine fra le due parti si colloca dove, al termine dell'ultima costituzione inserita nell'ultimo titolo, che secondo tradizione è quello di matrice romanistica denominato *De verborum significatione*, prende inizio la serie delle aggiunte che prosegue, con sempre minor ordine fino alla fine (BAV, Vat. Lat. 12570, ff. 32r-136v). Seguono quindi tre fogli di carta, aggiunti verosimilmente dall'Agustin che per rendere la raccolta più facilmente fruibile vi ha voluto inserire un indice alfabetico di *incipit*, stante l'usanza consolidata di identificare le leggi pontificie per le parole iniziali, e un indice per nome di pontefice emanante (*ivi*, ff. 137r-139r).

¹⁴ Cfr. BAV, Vat. lat. 12570, ff. 1v-11r.

¹⁵ È questo il caso del cap. Attendentes facente parte degli Statuta de reformatione Ecclesiae promulgati dal pontefice nella sessione XLVIII del Concilio celebrata il 21 marzo 1418 (cfr. ivi, f. 29r). In diversi altri casi come in quello del successivo cap. Inter ceteros praelatorum excessus degli stessi Statuta ci si limita invece nell'intestazione ad indicare «ex Concilio Constantiensi» (cfr. ivi, f. 19v; per una sintesi puntuale sulle travagliate vicende che caratterizzarono tale importante evento nella storia della Chiesa cfr. D. Quaglioni, I Concili del Medioevo e dell'Età moderna, in R. Aubert - G. Fedalto - D. Quaglioni, Storia dei Concili, Cinisello Balsamo 1995, pp. 147-154).

loro apice quando si ascrivono due costituzioni ad un mai esistito papa Bonifacio XII – l'ultimo pontefice a portare tale nome, com'è noto, fu Bonifacio IX morto 1404 – precisamente la *Dignum arbitrantes* (*Extravagantes communes* 5.2.2) di Giovanni XXII e la *Qua nonnulli quibus* di Benedetto XII¹⁶.

Risulta abbastanza simile nella sua impostazione e nei suoi contenuti a quello appena esaminato il codice vaticano latino 12572 anche se caratterizzato da un tono più dimesso sia per quanto riguarda il supporto scrittorio, non più pergamenaceo ma cartaceo, sia per il tipo di scrittura, una gotica corsiva (con diversi cambi di mano) di carattere ben poco librario quanto piuttosto notarile-cancelleresco¹⁷. Anche in questo caso abbiamo una prima parte, contraddistinta da una certa omogeneità, in cui troviamo, preceduta da un ampio indice sistematico, una raccolta di materiale normativo pontificio costituito da 196 costituzioni numerate e disposte secondo la successione dei titoli contemplati nel Liber Extra¹⁸. Segue quindi una serie piuttosto disordinata di aggiunte in cui le extravagantes vengono fino ad un certo punto numerate, volendo porsi come continuazione rispetto alla prima parte, finendo poi per ammassarsi i modo sempre più caotico¹⁹. Tale collezione copre un arco temporale più circoscritto, partendo da Bonifacio VIII e giungendo come estremo cronologico al pontificato di Callisto III (1455-1458), durante il quale essa è stata verosimilmente redatta. Risulta inoltre essere di carattere ancora più marcatamente pratico della precedente, essendo appartenuta ad un importante esponente della Curia identificabile con sicurezza, da una nota di possesso presente in apertura, nel cardinale Domenico Capranica, giurista di valore e per questo impiegato da vari pontefici in importanti affari sia civili che ecclesiastici, conosciuto comunemente come 'cardinalis firmanus' dal nome della diocesi che gli fu affidata al momento

¹⁶ Cfr. BAV, Vat. Lat. 12571, f. 175rv

¹⁷ Affinità si ravvisano fra tale scrittura e due modelli di scrittura gotica corsiva/cancelleresca risalenti a fine XIV secolo riportati in G. Battelli, Lezioni di paleografia, Città del Vaticano 1991, pp. 231-232.

¹⁸ Cfr. BAV, Vat. Lat. 12572, cc. 2r-80v.

¹⁹ La numerazione si protrae sino alla const. 339 (cfr. *ibidem*, f. 283r). Le successive aggiunte fino al termine del codice (f. 513) non vengono più contraddistinte al lato della parte iniziale dall'indicazione di alcun numero.

della consacrazione episcopale. La morte del cardinale avvenuta nel 1458 a breve distanza da quella del pontefice Callisto III al quale va ricondotta la costituzione più recente che figura nella collezione (la *Inter caetera* del 1456, in f. 372r), conferma ulteriormente la datazione del codice fra il 1456 e il 1458²⁰.

Di ben maggiori dimensioni, ricchezza di contenuti e migliore qualità è senza dubbio il codice vaticano latino 12571, più recente dei due precedentemente esaminati ed anche più moderno e più ordinato nella sua concezione. Risalente con certezza al pontificato di Paolo II (1464-1471), di cui riporta non poche costituzioni ivi comprese diverse norme tratte dalle Regulae Cancellariae apostolicae emanate dallo stesso papa veneto, esso si segnala, oltre che per le dimensioni, contando quasi ottocento fogli numerati solo sul recto rilegati in un grosso volume che riporta sul dorso della legatura probabilmente secentesca la scritta 'Decretales diversae antiquae', per la cura nella redazione testimoniata dall'uso di una regolare umanistica rotonda di tipo librario che fa pensare ad un esemplare ufficiale o di presentazione²¹. Se non fosse così a ridosso degli anni di introduzione della stampa a Roma si potrebbe persino avanzare l'ipotesi di un esemplare realizzato ai fini di una sua pubblicazione attraverso il nuovo sistema di riproduzione meccanica dei testi scritti. Il materiale, rappresentato da ben 532 extravagantes pontificie (riportate di regola integralmente e spesso corredate a margine da succinte annotazioni) oltre che da altre costituzioni particolari e modelli su cui ci soffermeremo più avanti, viene disposto con grande ordine nei classici cinque libri delle raccolte di decretali con i rispettivi titoli nella loro sequenza ed è preceduto da due indici (che diventeranno poi usuali per una loro rapida fruizione nelle raccolte a stampa del secolo successivo) rappresentati il primo dall'elenco in successione alfabetica degli incipit delle singole costituzioni, e il secondo da un indice sistematico sulla base della

²⁰ Sulla figura del cardinale Capranica cfr. L. Cardella, *Memorie storiche de' cardinali di Santa Romana Chiesa*, Roma, Stamperia Pagliarini, 1793, II, pp. 32-37.

²¹ Per un esempio di scrittura "umanistica tonda" molto simile a quella utilizzata nel codice cfr. G. BATTELLI, *Lezioni di paleografia...*, cit., p. 247.

successione dei titoli in cui non solo è riportato di nuovo l'incipit con a fianco l'indicazione del pontefice emanante, ma anche un breve sunto del singolo documento papale²². L'arco temporale considerato è più ampio di tutte le collezioni precedenti non solo perché si arriva, come detto, al pontificato di Paolo II, ma anche perché si parte addirittura dal secolo XI con due costituzioni risalenti rispettivamente a Gregorio VII e a Urbano II²³. Per il resto, pur segnalandosi una ancora più marcata attenzione rispetto alle altre collezioni esaminate ai testi normativi emanati dagli ultimi pontefici, attenzione comprovata da ben ottanta costituzioni di Nicolò V, quarantotto di Martino V e trentadue di Eugenio IV, si conferma anche in questo caso una prevalenza di Giovanni XXII con addirittura centotrentanove costituzioni, seguito dagli altri papi avignonesi e dal pontefice "anagnino" Alessandro IV con sessantadue extravagantes²⁴. Non mancano però pontefici ricordati con un solo testo normativo come il celebre pontefice del "gran rifiuto" Celestino V e neanche figure, già allora perlomeno controverse, come l'antipapa avignonese Benedetto XIII e il papa/antipapa pisano Giovanni XXIII, deposto dal Concilio di Costanza da lui stesso convocato, anch'essi ricordati nella collezione attraverso alcuni loro interventi legislativi. Qualche dubbio fa sorgere il provvedimento attribuito a Celestino V (ff. 603v-604r Apostolicum), in quanto lo stesso non viene riportato in nessuna delle successive raccolte a stampa che pure raccolgono, sebbene in misura esigua, provvedimenti del suddetto pontefice. La prima riguarda un privilegio concesso all'Ordine Premostratense, essendo datato con la sola indicazione dell'anno peraltro incomprensibile («Anno Domini millesimo quadringentesimo centesimo nonagesimo secundo») e nemmeno lontanamente assimilabile al breve periodo di regno del santo eremita Pietro da Morrone (5 luglio-

²² Per esempio di seguito all'*incipit* dell'*Unam sanctam*, riportata anche qui in seno al titolo *De Summa Trinitate et fide catholica*, troviamo sintetizzato il suo contenuto in questi brevi efficaci termini: «loquitur de potestate Pape etiam in temporalibus et quod omnes ei subsunt» (cfr. BAV, Vat. lat. 12571, c. XXr n.n.).

²³ Tutte e due riguardanti la delicata materia dei privilegi, sono datate rispettivamente 1073 e 1095 (cfr. ASV, Vat. Lat. 12571, ff. 592v-594r).

²⁴ Papa Alessandro IV (1254-1261) legislatore cfr. F. Liotta, *I papi anagnini e lo sviluppo del diritto canonico classico: tratti salienti*, in Id., a cura di, *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno*, I, Bologna 1999, pp. 112-114.

13 dicembre 1294). I provvedimenti dei due antipapi, invece, si trovano ai ff. 536r-537v (const. *Etsi* di Benedetto XIII) e 726v-728r (constt. *Etsi* ex debito; Intenta semper; Inter cetera di Giovanni XXIII). Non mancano quindi costituzioni dello stesso Concilio di Costanza e di quello Fiorentino mentre non vengono volutamente menzionati i decreti di quello di Basilea, dominato dalle tesi conciliariste rifiutate dai pontefici²⁵.

Un'ulteriore peculiarità di rilievo della collezione è infine rappresentata dal fatto che presenta al suo interno, senza che siano il frutto di aggiunte posteriori ma in modo preordinatamente voluto, testi di natura differente da quelli che costituiscono la parte di maggiore estensione della raccolta e precisamente degli esempi di formule di giuramento tratti da documenti originali di una certa rilevanza storica e delle costituzioni-statuti di ordini religiosi. Se nel primo caso l'occasione per l'inserimento del predetto materiale è fornita dal titolo De iure iurando del secondo libro, nel secondo questa è a sua volta fornita dal titolo De statu monachorum del terzo libro. Nel primo caso si segnalano testi tratti da fonti come il Liber Diurnus o lo stesso Concilio di Costanza riguardo a formule di giuramento di spettanza papale e altre varie formule di provenienza non specificata relative al giuramento di soggetti meno importanti come i Senatori, gli Uditori del Sacro Palazzo, i notai²⁶, mentre nel secondo si segnalano, tutte sotto il nome di Benedetto XII (1334-1342), già religioso cistercense e, dunque, particolarmente sensibile alle necessità del clero regolare, le Constitutiones sive statuta dei benedettini (qualificati col nome 'monachi nigri' per distinguerli dai Cistercensi detti comunemente 'monachi blanchi') seguite dalle relative moderationes, dalle ordinationes sive statuta dell'Ordine francescano dei Frati

²⁵ Come noto il Concilio di Basilea arrivò addirittura a decretare la deposizione del papa di Roma e ad eleggere un antipapa nella persona di Amedeo (già VIII come duca) di Savoia che assunse il nome di Felice V (su tale controverso concilio cfr. D. Quaglioni, *I Concili del Medioevo...*, cit., pp. 155-162). I decreti del Concilio di Basilea, proseguito poi a Ferrara e a Firenze, si trovano invece riprodotti in un altro codice cartaceo vaticano, databile intorno alla metà del Quattrocento, contenente anche una raccolta di *extravagantes*, in prevalenza trecentesche, ordinate non per titoli secondo la successione classica delle collezioni di Decretali ma secondo materia (cfr. BAV, Vat. Lat. 4990, ff.49r-130v).

²⁶ Cfr. BAV, Vat. Lat. 12571, ff. 100r-133v.

minori, dagli *Statuta sive constitutiones* dell'Ordine dei Cistercensi, dalla *regula* delle Suore di S. Chiara (le Clarisse) e dalla regola dei Frati del terz'ordine francescano²⁷. Risulta abbastanza singolare che ci siano numerosi provvedimenti di natura particolare e formati da un notevole numero di pagine (ben 80 carte), vista appunto la loro ampiezza, tanto che una presenza così massiccia non si riscontra nemmeno nei primi bollari a stampa fra XVI e XVII secolo, bensì soltanto nelle raccolte sette/ottocentesche.

La ricchezza e l'interesse della collezione è ulteriormente confermata dal fatto che, pur mantenendo la scarsezza di interventi pontifici in materia matrimoniale al di fuori delle compilazioni ufficiali del Due-Trecento, l'ignoto redattore della raccolta dà comunque corpo, a differenza di quanto farà Jean Chappuis nelle Extravagantes communes, ad un seppur breve IV libro dedicato alla materia matrimoniale. A differenza delle Extravagantes communes in cui, come viene riportato nelle edizioni a stampa «quartus liber vacat» (o «deest»), qui troviamo invece tre titoli (De consanguinitate et adfinitate, Qui filii sint legitimi e De secundis nuptiis) composti ciascuno da una sola costituzione (rispettivamente: Nuper di Clemente VI; Cum quidam di Alessandro IV e Praesenti di Benedetto XII, ff. 522r-523v).

Simile a tale raccolta per struttura e ordine risulta essere un altro codice manoscritto della Biblioteca Casanatense. Meno ricco quanto a materiale (i testi raccolti sono poco meno di trecento) e soprattutto meno curato sotto il profilo formale avendo l'aspetto di un pratico strumento di lavoro, il codice casanatense²⁸ – che copre un arco temporale che va da Innocenzo IV a Nicolò V essendo la costituzione di Paolo II in materia beneficiale effetto di una delle poche aggiunte successive poste in coda al testo - si segnala soprattutto per la ricchezza dell'apparato degli indici che supera persino il codice BAV, Vat. Lat. 12571; oltre infatti all'indice delle costituzioni in relazione ai loro *incipit* disposti alfabeticamente e

²⁷ Cfr. ivi, ff. 360-452r.

²⁸ Cfr. BCR, Ms. 419 v.

a quello sistematico per ordine di successione dei titoli secondo lo schema delle collezioni di Decretali, si segnala infatti un altro indice degli *incipit* organizzato questa volta per nome del pontefice emanante²⁹. Questi codici testimoniano come in una fase importante dello sviluppo della legislazione della Chiesa, ben prima della pubblicazione a stampa della raccolta parigina dello Chappuis, si fosse già risposto con una certa efficacia all'esigenza diffusamente avvertita di poter disporre come strumento di lavoro e di studio di un testo che aggiornasse il quadro del diritto vigente non compreso nel *Decretum* e nelle tre successive raccolte ufficiali di Decretali. Per realizzare questo obiettivo fu senz'altro necessario poter attingere alla fonte primaria in cui era conservato tutto il materiale normativo prodotto dai pontefici: i volumi prima membranacei e poi cartacei dove questo materiale veniva registrato in genere prima della spedizione dell'originale; non sappiamo molto su quale fosse (se vi era) la prassi per accedere agli archivi dove questo materiale era conservato o per procurarsi i testi della normativa pontificia via via prodotta.

È noto che pontefici cominciarono a tenere copie d'ufficio di documenti emanati probabilmente già dopo Costantino, tuttavia per i tempi più antichi sono conservati soltanto pochi frammenti, poiché una serie continua di registri di bolle inizia solo con Innocenzo III (1198-1216). La più antica e la più celebre serie di registri è rappresentata dai Registra Vaticana³⁰. Accanto a questi l'Archivio Segreto Vaticano conserva anche i Registri Avignonesi (trasportati nel 1783 da Avignone) ed i Registri Lateranensi (giunti verso la fine del XIX secolo dal Palazzo Apostolico del Laterano dove furono custoditi dal 1817, anno del loro ritorno da Parigi). Questi registri si distinguono dai Vaticani per la provenienza omogenea rappresentata, come nel caso degli Avignonesi, da un unico Ufficio: la Cancelleria Apostolica³¹. Da

²⁹ Cfr. BCR, Ms. 419, ff. 3r-4v

³⁰ La serie, conservata presso l'Archivio Segreto Vaticano, è composta da volumi numerati da 1 a 2020, anche se per la ripetizione di alcuni numeri i volumi salgono a 2042 (cfr. M. Giusti, *I registri vaticani e le loro provenienze originarie*, in Id., *Studi sui registri di Bolle Papali*, Città del Vaticano 1979, p. 4).

³¹ Riorganizzata e potenziata sotto il pontificato di Innocenzo III (1198-1216), essa ha poi conservato le sue caratteristiche del suo operare e la sua struttura pressoché invariate sino alla fine del XIX

tale ufficio e dal relativo archivio provenivano verosimilmente anche i testi che, a seguito dell'invenzione della stampa, venivano comunicati ai tipografi perché stampandone più copie ne facilitassero la prassi della pubblicazione favorendone la conoscenza da parte di un più ampio pubblico di destinatari³².

3. Alcune conclusioni.

Fra gli ultimi lustri del XV secolo e la fine del Cinquecento assistiamo quindi ad una ricca produzione, spesso fornita di una qualche coloritura di semiufficialità dovuta all'attività di tipografi privilegiati se non al servizio della Curia Romana, non solo di singole *constitutiones*, *bullae*, *Brevia* o provvedimenti emanati *motu proprio* pubblicati come fascicoli autonomi, ma anche di raccolte più o meno ampie realizzate spesso dagli stessi tipografi senza alcuna pretesa di scientificità, ma con grande attenzione alle richieste degli operatori giuridici. Ne è un esempio la raccolta dello stampatore Baldassare Cartolari, edita a Roma nel 1542, contenente 65 costituzioni da Bonifacio VIII al pontefice regnante Paolo III³³.

Tale tendenza ha il suo primo punto di arrivo nella raccolta dell'avvocato romano originario di Norcia Laerzio Cherubini il cui *Bullarium* del 1586 - la prima di tale genere di sillogi ad assumere in assoluto tale titolo - entra così nel novero di una

secolo (per una sintesi su questo importante dicastero cfr. N. Del Re, La Curia Romana. Lineamenti storico-giuridici, Città del Vaticano 1998 (IV ed.), pp. 435-444.

³² Come apprendiamo da quanto sarà riportato sulle bolle a stampa, sempre con maggior frequenza a partire dalla metà del Cinquecento (ma di sicuro si trattava di una prassi già precedentemente affermatasi), la pubblicazione degli atti papali avveniva mediante affissione di un esemplare in alcuni luoghi particolarmente importanti dell'Urbe dove fra l'altro vi era normalmente il concorso di molte persone come per esempio «ad valvas Ecclesiae sancti Ioannis Lateranensis et Basilicae Principis apostolorum de Urbe, ac in acie Campi Florae», come recitava infatti una forma ben documentata nel Bollario di Laerzio Cherubini, cui si accennerà più avanti (sulla prassi della pubblicazione attraverso la quale avveniva la promulgazione dei provvedimenti pontifici e sulle problematiche intorno all'estensione territoriale dell'efficacia di tale formalità cfr. Z. B. Van Espen, Tractatus de promulgatione legum ecclesiasticarum ac speciatim bullarum et rescriptorum Curiae Romanae, Bruxellis, apud T'Serstevens Typographos juratos, 1712, pp. 17 ss.).

³³ Bullae diversorum Pontificum incipiente a Ioanne XXII usque ad Sanctiss. D.N.D. Paulum Papam III ex bibliotheca R.P.D. Ludovici Gomes Episcopi sarnensi, Palatii Apostolici Auditoris, Sacraeque Poenitentiariae Regentis, summa cum diligentia excerptae et in unum redactae, Romae apud Balthazarem de Cartulariis perusinum, 1542; su Baldassarre Cartolari (1498?-1543), già attivo a Perugia e a Pesaro prima di trasferirsi a Roma dove aprì intorno al 1540 un'officina tipografica "in vico Peregrini" nel quartiere dei librai di Campo de' Fiori cfr. P. Veneziani, Cartolari, Baldassarre, in Dizionario Biografico degli Italiani (DBI), vol. XX, Roma 1977, pp. 804-806.

delle tipologie di quelle «compilazioni di leggi» destinate a precedere (e anche a preparare) il fenomeno della codificazione³⁴. In tale raccolta e in alcune altre apparse negli ultimi decenni dello stesso secolo ci sono già i germi del successo di un genere, quello appunto dei 'Bullaria', destinato a protrarsi ben oltre il periodo delle origini, come dimostrano le successive e sempre più ricche edizioni dei secoli XVIII e XIX. Esse, sulla scia delle prime raccolte quattro-cinquecentesche, confermano ed evidenziano sia la loro importanza come sillogi di documenti, sia il loro rilevante valore storico, poiché se nel passato hanno rappresentato uno strumento di grande utilità per il pratico del diritto, nel presente divengono un mezzo insostituibile di indagine non solo per lo storico della Chiesa e del suo diritto, ma anche, più in generale, per gli operatori giuridici attivi presso i tribunali ecclesiastici nonché presso i dicasteri della Curia Romana. Alle diverse edizioni che si succedono nel corso del tempo, comprese quelle pubblicate dalla Tipografia della Camera Apostolica, pur essendo state, sin dal XVI secolo, largamente utilizzate non solo dai privati ma anche nelle Congregazioni cardinalizie e nei vari tribunali della Curia Romana, non venne comunque mai riconosciuto alcun carattere di ufficialità. Da ciò deriva il problema del valore da riconoscere al testo dei singoli provvedimenti pontifici accolti nel Bollario, valore legato imprescindibilmente alla loro conformità o meno all'originale. Già durante il XV secolo la dottrina si era interrogata sul valore da attribuire alle extravagantes inserite in raccolte di varia dimensione, come dimostra un intervento di Giovanni Francesco Pavini, giurista formatosi a Padova e professore nell'Ateneo di quella stessa città, pubblicato in testa alle due raccolte di decretali extravagantes comprese nel Corpus Iuris Canonici, il quale afferma «debent autem extravagantes quando de eis dubitatur per allegantem in forma authentica produci sub plumbo», inteso il sigillo metallico con impressi i volti dei due apostoli Pietro e

³⁴ Su tale concetto cfr. M. E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino 1983, pp. 25 ss.; per una sua rivisitazione in chiave critica si veda U. Petronio, *Una categoria storiografica da rivedere*, in *Quaderni fiorentini* 13 (1984), pp. 705-717.

Paolo, da un lato, e dall'altro il nome del pontefice³⁵. Tale principio verrà ripreso nel corso del XVII secolo quando, con l'affermazione del Bollario, la scienza canonistica si interrogherà compiutamente sul valore attribuibile al testo dei provvedimenti pontifici in esso contenuti. Del resto è proprio in questo periodo che l'utilizzo di tali raccolte diviene assai comune, manifestandosi già una tendenza favorevole a riconoscere ai testi raccolti nei bollari una certa affidabilità in sede accademico-didattica, raccomandando invece molta cautela nel loro utilizzo in sede giudiziaria. Come affermava, infatti, un noto canonista austriaco di metà Seicento, Engel, autore del *Collegium universi juris canonici*: «...quare ego extimo, bullis in Bullario contentis posse quidem in scholis probabilem fidem adhiberi, ceterum autem censeri nomine extravagantium, quae in iudiciis, ubi de rebus magni momenti et praejudicii ageretur, non aliter facerent plenam probationem, quam si ab allegante in authentica forma producerentur»³⁶.

Nonostante tale problema di non irrilevante importanza giuridica, i *Bullaria*, e in particolare quello Romano relativamente ai provvedimenti destinati alla Chiesa universale, hanno svolto una funzione molto importante in un'epoca nella quale, al di fuori dei testi canonizzati definitivamente alla fine del Cinquecento nel *Corpus Iuris Canonici* e del loro essenziale aggiornamento costituito dal volume dei *Canones et Decreta* del Concilio Tridentino, essi rappresentarono l'unico strumento accessibile per conoscere, interpretare ed applicare lo *ius novissimum*³⁷.

³⁵ I. F. de Pavinis, Ad Extravagantium, Regularum cancellariae et Decisionum Rotae notiatiam, utile praeludium, in Extravagantes tum viginti..., cit., p. 1

³⁶ L. Engel, *Collegium universi juris canonici*, Venetiis, apud Jo. Jacobum Hertz, 1693, p. 4. Tale posizione veniva ripresa nella sostanza anche dalla dottrina dei secoli successivi come dimostra ad esempio un testo molto diffuso nei seminari di fine ottocento che riguardo al materiale compreso in un'edizione settecentesca di largo uso (il *Magnum Bullarium* del Coquelines) afferma «...bullae in hoc opere comprehensae vim legis absolute non habent, nisi cum earum archetypis demostrentur convenire; nihilhominus in scholis praesumuntur archetypis convenire» (cfr. J. C. Ferrari, *Summa institutionum canonicarum*, Genuae 1896, t. I, p. 17).

³⁷ Per un approfondimento sul tema delle raccolte di diritto della Chiesa mi permetto di rinviare a D. Tarantino, *Dalle* Extravagantes *ai* Bullaria. *Prime note sulle raccolte di diritto della Chiesa al di fuori del* Corpus iuris canonici *fra XV e XVI secolo*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano* LXXXVI (2013), pp. 81-123.

Keywords: Pope – Systematic collections – Bullaria

Abstract: The article deals with some collections of papal legislation in the XV century. Given a brief study on the type of regulations issued by the Apostolic See, it focuses in particular on the analysis of three systematic collections of the 15th century preserved at the Vatican Library, and then concludes with a brief reflection on the evolution that, following the invention of printing, this kind of collections would undergo, until they took on more complex shapes which,in the sixteenth century, would start the genre of bullaries.

Veronica Montani

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto privato, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

La legge delega sul Terzo settore e le prospettive di riforma del codice civile

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Ambito di applicazione della legge delega. La definizione di Terzo settore - 2.1. (Segue): Problemi di coordinamento tra codice civile e codice del Terzo settore - 3. Le cinque linee di riforma del codice civile: i) il riconoscimento della personalità giuridica - 4. ii) La responsabilità degli amministratori - 5. iii) Diritti degli associati - 6. iv) L'esercizio dell'attività d'impresa stabile e prevalente e le norme applicabili - 6.1 (Segue): L'attività di impresa e il principio causale - 7. v) Le trasformazioni dirette tra enti del libro I - 8. Conclusioni

1. Introduzione

A settantacinque anni dalla codificazione e dopo svariati tentativi mai giunti a positiva conclusione, il 2017 dovrebbe conoscere l'attesa riforma del c.d. Terzo settore, che possa costituire risposta organica e sistematica alla disciplina scarna ed obsoleta del codice civile e a quella eccessivamente frammentaria delle leggi speciali.

Il travagliato *iter* dell'ultimo tentativo di riforma, cominciato nel maggio 2014 con la predisposizione delle linee guida¹, è giunto a conclusione, dopo quasi due

 1 Consultabili in http://presidenza.governo.it/GovernoInforma/documenti/LINEE-GUIDA-RIFORMA-TERZO-SETTORE_20140513.pdf.

^{*} Il contributo è stato sottoposto a double blind peer review.

Il disegno di legge delega è stato presentato alla Camera il 22 agosto 2014 (A.C. 2617) ed approvato il 9 aprile 2015. Per un commento alla prima versione del disegno di legge delega si veda lo speciale in Non profit, (2014), fasc. 3, in cui, in particolare, F. Pacini, Per un Codice del Terzo settore. Appunti di tecnica normativa, p. 11; E. Rossi, La necessità di una "revisione organica" della legislazione del Terzo settore: un'opportunità da cogliere, un lavoro parlamentare da realizzare, p. 19; P. Consorti, Nozione di Terzo settore, p. 27; G. Donadio, Riforma del Terzo settore e Codice civile, p. 34; A. Cetra, La riforma del Terzo settore e gli enti del primo libro del c.c. titolari di impresa, p. 42; C. Redi, Il difficile "mix" tra dimensione sociale e imprenditorialità nella revisione della disciplina dell'impresa sociale, p. 162; E. Castorina, Il disegno di legge di riforma del Terzo settore: i profili costituzionali e l'impatto con l'ordinamento europeo, p. 139.

anni di lavori e oltre settecento emendamenti, molti dei quali presentati e poi ritirati, con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale in data 6 giugno 2016 della legge n. 106 "Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale", a cui dovranno ora fare seguito i relativi decreti attuativi.

Duplice è la potenziale linea di intervento: da un lato, una revisione del titolo II del libro I del codice civile; dall'altro un riordino della legislazione speciale in materia. Non stupisce, dunque, che gli operatori del settore guardino con particolare interesse alle potenziali innovatività che potrebbero essere introdotte dai decreti attuativi della legge delega, potendo costituire l'occasione che da molto tempo si attendeva per fornire risposte alle molte incertezze interpretative sorte negli anni e per introdurre una disciplina che tenga opportunamente conto del mutato ruolo degli enti senza scopo di lucro.

Come noto, l'originario impianto codicistico ha risentito della visione degli enti senza scopo di lucro quali corpi morali, che costituivano un "diaframma" tra Stato e cittadino, dediti esclusivamente all'attività di beneficienza e/o assistenza (ai quali era sostanzialmente preclusa l'attività economica) e sottoposti a rigidi controlli statali, anche in ragione dello storico timore per il fenomeno dalla manomorta ecclesiastica.

Alla semplicità concettuale degli enti senza scopo di lucro che ha caratterizzato l'idea dell'inizio secolo scorso, è corrisposta una essenzialità di disciplina del codice civile con la previsione di tre modelli operativi – fondazioni, associazioni, comitati – caratterizzati da un sistema di ingerenti controlli statali sull'operato degli enti intermedi – così l'art. 12 e l'art. 16, ultimo comma ed altresì gli

Successivamente trasmesso al Senato (A.S. 1870), il disegno di legge delega è stato approvato, con modifiche, nella seduta del 30 marzo 2016 e, infine, approvato in via definitiva dalla Camera (A.C. 2617-B) nel testo trasmesso dal Senato nella seduta del 25 maggio 2016.

La legge 6 giugno 2016, n. 106, pubblicata sulla G.U. n. 141 del 18 giugno 2016, è in vigore dal 3 luglio 2016. Si veda il commento di M.V. De Giorgi, *Terzo settore, verso la riforma*, in *Studium iuris*, 2016, p. 1446.

artt. 17, 25, 26, 27, 28, 31, secondo comma, 32, oltre che 600 e 786 del codice civile – e da un riconoscimento di tipo concessorio centralizzato a livello nazionale da parte dello Stato, cui sfuggiva solo il modello dell'associazione non riconosciuta, concepito come residuale e marginale.

Da eccezione a regola, l'art. 36 c.c. è ben presto divenuto norma di "apertura" e di elasticità di sistema che, valorizzando l'autonomia contrattuale dei privati, ha nel tempo assunto un ruolo determinante nella creazione di nuovi enti o di nuove regole di governance degli stessi, rendendo gli enti senza scopo di lucro un "mondo" assai eterogeneo e difficilmente riconducibile a rigidi schemi descrittivi². Da ruolo ancillare, espressione dell'intento del legislatore del 1942, le associazioni non riconosciute hanno ben presto acquisito una funzione centrale quale modello assai duttile e adattabile alle più diverse esigenze dei privati, pur continuando a scontare gli storici problemi legati all'assenza di personalità e al discusso riconoscimento della soggettività giuridica³, con le forti limitazioni operative anche in termini di acquisti immobiliari e di capacità successoria.

I controlli incombenti sugli enti riconosciuti e le limitazioni imposte anche agli enti di fatto hanno prodotto l'insofferenza sfociata in due diversi fenomeni, apparentemente antitetici (entrambi oggetto di revisione della pendente riforma): così, mentre il codice civile è stato oggetto di una serie di importanti interventi abrogativi⁴, definiti di "degenerazione neocorporativa"⁵, volti a «espungere dal codice civile quei profili normativi che più appa(rivano) superati dalla affermazione dei nuovi principi e

² Ampiamente, G. Ponzanelli (a cura di), *Le associazioni non riconosciute, Artt. 36-38 c.c.*, in P. Schlesinger (fondato da) e F.D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano 2016.

³ F.D. Busnelli, *Il diritto delle persone*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, Giuffrè, Milano 1993, p. 128.

⁴ G. Ponzanelli, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, Giappichelli, Torino 2000, pp. 86-106; Id., Gli enti collettivi senza scopo di lucro nell'attesa della riforma, in Giur. comm., (1995), I, p. 515; M.V. De Giorgi, Il (criticato) sistema per il riconoscimento degli enti del primo libro del codice civile, in Studium Iuris, (1997), p. 703.

⁵ L'espressione è di G. Ponzanelli, Osservazioni (a commento della legge 7 dicembre 2000, n. 383), in Corr. giur., (2001), p. 155.

valori in materia di autonomia dei gruppi organizzati»⁶ (l'abrogazione dell'art. 17 c.c.⁷ e degli artt. 600 e 786 c.c.⁸ a cui si deve aggiungere la riforma del procedimento di riconoscimento della personalità giuridica⁹), in parallelo, si è assistito ad una fioritura di leggi fuori codice, la cui frammentarietà e articolazione sono ben rese dall'espressione "groviglio di leggi speciali"¹⁰.

Quest'ultima tendenza alla decodificazione è stata, in particolare, determinata dall'eterogeneità del settore che ha assunto sempre più marcatamente una finalità sociale. Dimostrando un mutamento non solo nominalistico bensì concettuale e

⁶ G. Alpa, G. Conte, Gli enti senza scopo di lucro nel diritto privato e i profili di responsabilità civile, in Riv. it. scienze giur., (2012), spec. p. 238.

Art. 13, primo comma, l. 15 maggio 1997, n. 127, Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo, c.d. Bassanini bis. Sul punto, G. Ponzanelli, Abrogazione dell'art. 17 c.c.: verso una riforma degli enti non profit?, in Corr. giur., (1997), p. 841; U. Carnevali, L'abrogazione dell'art. 17 c.c., in Contr., (1997), p. 229; M.V. De Giorgi, L'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche, in Studium iuris, (1997), pp. 1010 ss.; Id., Le persone giuridiche e gli enti di fatto, in P. Rescigno (diretto da), Trattato di diritto privato, II, 1, Utet, Torino 1982, pp. 356 ss.; Id., L'abrogazione dell'art. 17 del codice civile (acquisto di immobili e accettazione di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche) ex art. 13 l. 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. Bassanini bis), in Le nuovi leggi civ. comm., (1997), p. 1303; D. Vittoria, L'abrogazione dell'art. 17 c.c.: l'incidenza dell'assetto normativo degli enti del libro primo del codice civile, in Contr. impr., (1998), p. 314; M. Ricca, Morte della manomorta? Abrogazione dell'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche e rilevanza costituzionale della normativa concordataria, in Dir. eccles., (1997), p. 1066; V. Stamerra, Nuovo regime degli acquisti delle persone giuridiche, in Contr., (1999), p. 199; L. Bruscuglia, Il fenomeno associativo, in L. Bruscuglia, E. Rossi (a cura di), Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Atti del Convegno di Pisa, 27-28 marzo 1998), Giuffrè, Milano 2000, pp. 10 ss.; P. Carbone, Dopo l'abrogazione dell'art. 17 c.c. le persone giuridiche devono accettare l'eredità con beneficio di inventario?, in Contr. impr., (1999), p. 61; G.B. Ferro, Capacità a succedere degli enti di fatto: questioni vecchie e nuove all'indomani dell'abrogazione dell'art. 17, in Vita not., (1999), I, p. 55.

⁸ La legge 22 giugno 2000, n. 192 ha sostituito e riformulato lo stesso art. 13 della legge Bassanini bis, abrogando quindi gli artt. 600 e 786 c.c.: l'art. 13 di tale legge, stabilisce, infatti che "sono altresì abrogate le altre disposizioni che prescrivono autorizzazioni per l'acquisto di immobili o per accettazione di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche, associazioni e fondazioni". Sul punto, si v. G. Ponzanelli, Abrogati gli artt. 600 e 786 c.c., in Corr. giur., (2000), p. 1272; M.V. De Giorgi, L'abrogazione degli artt. 600 e 7786 c.c. e la modifica dell'art. 473 c.c. (come rielaborare il codice attraverso la "Bassanini" bis), in Studium Iuris, (2000), p. 56; G. Gabrielli, L'accettazione di eredità da parte degli enti morali, in Riv. dir. civ., (2003), I, p. 225. In merito all'accettazione con beneficio d'inventario, ampiamente, M. Ceolin, Struttura e scopo degli enti nell'accettazione dell'eredità beneficiata, in Riv. dir. civ., (2013), I, p. 691.

⁹ D.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361, su cui, per tutti, G. Ponzanelli, La nuova disciplina sul riconoscimento della personalità giuridica degli enti del Libro Primo del Codice Civile, in Foro it., (2001), V, c. 52; G. Ponzanelli, M.V. De Giorgi, A. Zoppini (a cura di), Il riconoscimento delle persone giuridiche, Giuffrè, Milano 2001; A. Zoppini, Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche, in Corr. giur., (2001), p. 296; M.V. De Giorgi, La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro c.c., in Le nuove leggi civili commentate, (2000), p. 1321; Id., La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro, in Studium Iuris, (2000), p. 499.

¹⁰ M.V. De Giorgi, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in Riv. dir. civ., (1999), I, p. 293. In termini non dissimili anche R. Rascio, Gli enti del Libro primo. Dalla moltitudine dei modelli speciali ai tipi del codice, in Dir. e giur., (2003), p. 1 e ora in AA.VV., Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca, I, Giuffrè, Milano 2006, p. 631.

ancor più culturale, derivante dalle teorie pioneristiche dei fallimenti dello Stato di Burton Weisbord¹¹ e del contratto di Henry Hansmann¹², la progressiva ridefinizione degli enti da "corpi morali" a "enti del Terzo settore" descrive, infatti, l'emersione di una nuova realtà alternativa rispetto alla società commerciale e agli enti pubblici, in cui il Terzo settore diviene in una prima stagione sinonimo di ente senza scopo di lucro e, in una seconda, sinonimo di ente caratterizzato da finalità di interesse generale e sociale.

Mosso dall'esigenza di proteggere e promuovere finalità particolarmente meritorie, il legislatore ha, così, risposto alle esigenze degli operatori, attraverso l'introduzione di normative *ad hoc*¹³ che valorizzassero i caratteri peculiari dei diversi tipi di enti e che, al contempo, prevedessero benefici o agevolazioni di carattere fiscale.

Ne è derivata una normativa variegata, frastagliata e disomogenea, spesso originata dalla necessità, di volta in volta, di riconoscere la meritevolezza di una specifica tipologia di ente, operante in specifici ambiti, più che da un intento di regolazione unitaria e coerente dell'intero settore degli enti senza scopo di lucro. Alluvionali gli interventi, talora più strutturati e contenuti in apposite leggi, talaltra in articoli o commi contenuti in leggi finanziarie o di altra natura, che hanno contribuito a creare un sistema normativo farraginoso, nel quale si intrecciano, e in parte sovrappongono, profili di natura civilistica e fiscale generando non poche

¹¹ B.A. Weisbrod, Toward a theory of the voluntary nonprofit sector in a three sector economy, in Altruism, morality and economic theory, ed. E.S. Phelps, New York 1975, pp. 171-96.

¹² H.D. Hansmann, The role of nonprofit enterprise, in The Yale law journal, (1980), 5, pp. 835-901. Più ampiamente, D.R. Young, Entrepreneurship and the behavior of nonprofit organizations: elements of a theory, in Nonprofit firms in a three sector economy, ed. M.J. White, Washington (DC) 1981, pp. 135-62; E. James, Economic theories of the nonprofit sector: a comparative perspective, in The third sector: comparative studies of nonprofit organizations, ed. H.K. Anheier, W. Seibel, Berlin-New York 1990, pp. 21-29; L.M. Salamon, H.K. Anheier, Defining the nonprofit sector: a cross-national analysis, Manchester University Press, Manchester 1997.

¹³ Si pensi, ma senza pretese di esaustività, alle organizzazioni non governative, regolate dalla l. 49/1987; alle fondazioni bancarie, istituite dalla l. 218/1990; alle organizzazioni di volontariato, ai sensi della l. 266/1991; alle cooperative sociali, di cui all'articolo 2512 c.c. e disciplinate poi dalla l. 38/1991; alle associazioni di promozione sociale, istituite dalla l. 383/2000; alle imprese sociali, disciplinate dal d.lgs. 155/2006; ma anche alle associazioni e alle società sportive dilettantistiche, di cui all'art. 90 della l. 289/2002, così come alle associazioni *pro loco* (art. 9-*bis* d.l. 417/1991).

difficoltà interpretative e operative. Emblematico l'intervento del d.lgs. n. 460/1997 che, operando trasversalmente, ha previsto la figura delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (O.n.l.u.s.), così introducendo una disciplina fiscale che, tuttavia, nel tempo, è stato percepito dagli operatori del settore come nuova ed autonoma categoria civilistica. Una sovrapposizione, dunque, tra concetti civilistici e fiscali non sempre coincidenti¹⁴, nonché tra diverse discipline speciali applicabili allo stesso ente non necessariamente tra loro coerenti che ha certo contribuito ad aumentare la sensazione di confusione regnante nel sistema. Gli enti del Terzo settore – il cui numero ordinale rispecchia l'emersione cronologica dello stesso, ma da molti definito primo settore per l'importanza rivestita nel welfare moderno – costituiscono, dunque, una realtà assolutamente eterogenea, in cui il sistema normativo da "groviglio" è divenuto "nebulosa" 15.

Che il codice civile e la miriade di leggi speciali siano percepite come il riflesso di un sistema inadeguato è, dunque, come detto, sentire unanimemente condiviso sia dal formante dottrinale sia da quello legislativo da oltre un decennio, tanto che dal 2000 ad oggi si contano non poche occasioni¹⁶, tra proposte di legge e commissioni, in cui si è cercato, invano, di revisionare la normativa in questione,

¹⁴ Si pensi, per esempio, alla nozione di ente non commerciale: Cass., 26 giugno 2000, n. 8374, in *Enti non profit*, (2001), p. 217 (c.d. fallimento dell'Associazione sportiva Pallacanestro Firenze) ha escluso che la norma di esenzione fiscale possa assumere valenza civilistica al fine di desumere la natura non commerciale dell'attività esercitata dall'ente e, conseguentemente, escludere la sussistenza dei requisiti *ex* art. 1 l. fall. Si v. altresì M. Avigliano, *Enti non commerciali* e non profit: *aspetti di interesse civilistico alla luce del decreto Onlus*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato, 1998-2000*, 6.1., Giuffrè, Milano 2001, p. 335.

¹⁵ L'espressione è di A. Propersi, Finalmente fuori dalla nebulosa, in Vita, (2016), 10, p. 56.

¹⁶ In particolare, nel 1998 fu istituita, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento Affari Sociali dell'allora ministro Livia Turco, la "Commissione per la riforma del primo libro del codice civile", presieduta dal prof. Pietro Rescigno; di poco successiva la c.d. Commissione Rovelli, coordinata dalla Prof.ssa Visintini (cfr. Carusi (a cura di), Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate, Giuffrè, Milano 2001); nel 2005 la Commissione coordinata dal sottosegretario alla Giustizia, on. Vietti (cfr. Fondazioni e della Camera dei Deputati, Per una riforma del diritto delle associazioni e delle fondazioni, Milano giugno 2005) e nel 2006, nel corso della successiva legislatura, dal Viceministro dell'Economia, Roberto Pinza. Per una più approfondita ricostruzione storica della Commissioni, si v. F. Alleva, L'impresa sociale, Giuffrè, Milano 2007, spec. pp. 42-43.

Numerose le successive proposte di riforma: nel 2006 la proposta di legge dell'on. Vietti (n. 1650); nel 2008 il disegno di legge della sen. Leddi (1294); nel 2008 la proposta di legge dell'on. Vietti (1090); nel 2010 il disegno di legge della sen. Baio (2525); nel 2010 la proposta di legge dell'on. Bobba (3683); nel 2011 il disegno di legge di iniziativa governativa degli allora Ministri Alfano e Sacconi (134); nel 2013 la proposta di legge dell'on. Bobba (165).

facendo emergere la difficoltà di operare nel senso di una riforma organica ed unitaria della materia.

L'approvata legge delega e i decreti attuativi in corso di stesura si pongono, dunque, di fronte ad una sfida ambiziosa. Come si avrà ampiamente modo di argomentare, la riforma del codice civile dovrà riuscire a dettare regole più precise e maggiormente aderenti alla nuova fisionomia degli enti senza scopo di lucro, per i quali, pur nella loro diversità ontologica rispetto agli enti del libro V del codice civile, emerge la necessità di riflessioni circa la compatibilità delle norme dettate per l'impresa ed i modelli societari. Riecheggiano, così, oggi con rinnovata attualità, le parole di un compianto illustre giurista, il quale avvertiva della necessità di creare «una continuità, pur sempre nella diversità»¹⁷ tra diritto civile e diritto commerciale, rappresentando, emblematicamente, gli enti associativi e fondazionali l'anello di congiunzione tra le due discipline. In tal senso, le norme societarie costituiscono un modello di riferimento legislativamente imposto nell'attuazione delle modifiche che la legge delega introduce con riferimento alla disciplina del codice civile, e in particolare in relazione alle norme da applicare ove l'ente svolga una attività di impresa in modo stabile e prevalente (art. 3, lett. d) e in relazione ai procedimenti di trasformazione e fusione tra fondazioni e associazioni (art. 3, lett. e). Più in generale, il sistema del titolo V potrebbe, poi, costituire un utile terreno di confronto per l'attuazione della revisione del procedimento di riconoscimento della personalità giuridica degli enti di libro I, della previsione di obblighi di informazione, trasparenza e pubblicità nonché di conservazione del patrimonio (art. 3, lett. a); della disciplina del regime di responsabilità limitata degli enti riconosciuti che tenga conto del rapporto tra patrimonio netto e indebitamento dell'ente (art. 3, lett. b); della più articolata previsione dei diritti degli associati (art. 3, lett. c).

¹⁷ P. Ferro-Luzzi, Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori: profili di sistema, in Riv. dir. comm., (2007), I, p. 661.

La legge delega, inoltre, sembra poi poter costituire anche un'occasione importante di revisione di sistema tra diritto comune e diritto speciale. Fin dalla commissione Galgano¹⁸ e da quella Rovelli¹⁹, si sottolineava, infatti, la necessità di adeguare il diritto comune ai nuovi fenomeni associativi e fondazionali con una tecnica di novellazione del codice che consentisse di non relegare l'applicazione del titolo II del libro I ad ipotesi residuali. Si avvertiva l'esigenza di svolgere un'opera di coordinazione tra codice civile e legislazione di settore, impedendo che i singoli statuti, sempre più speciali e sempre più dettagliati, acquisissero un ruolo primario, persino sostitutivo del diritto comune²⁰.

Così, mentre nei primi progetti le riflessioni erano incentrate esclusivamente sulle tipologie di ente senza scopo di lucro, in tempi più recenti è emersa un'attenzione gradualmente cresciuta per gli enti che suscitano un affidamento in ordine alla realizzazione di un fine pubblico o collettivo²¹, tanto da essere divenuto quest'ultimo, nella proposta di Riforma del 2010²², parametro di diverse regole applicative.

Non stupisce, dunque, che in questo processo evolutivo l'approvata legge delega n. 106/2016 abbia recepito normativamente la nozione di ente del Terzo settore ed abbia coniugato le doppie esigenze di ammodernamento di sistema,

¹⁸ Aa. Vv., Fondazioni e associazioni. Proposte per una riforma del primo libro del codice civile, Maggioli, Rimini 1995. Ma già prima, Convegno organizzato a Roma (12-14 maggio 1966) dalla fondazione "Olivetti", dalla fondazione "Cini" e dall'Istituto Accademico di Roma, Funzioni e finalità delle fondazioni culturali, Roma, 1967, e in particolare A. Predieri, Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato, in Riv. trim., (1969), p. 1117. Sulle esigenze di una riforma, si v. An. Fusaro, La riforma del diritto delle associazioni, in Giur. it., (2000), pp. 2426 ss.; G. Visintini (a cura di), Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale, Esi, Napoli 2003; M.V. De Giorgi, Tra legge e leggenda: la categoria ente nel diritto delle associazioni, in Riv. dir. civ., (2004), I, pp. 624 ss.

¹⁹ Sulla proposta di riforma della Commissione Rovelli, si v. D. Carusi (a cura di), Associazioni e fondazioni..., cit.; V. Zambrano (a cura di), Non profit. Persona. Mercato, Giuffrè, Milano 2005.

²⁰ Nella relazione alla proposta di revisione della Commissione Rovelli, infatti, si affermava come "la funzione del codice civile (..) è (..) sempre stata (..) quella di fornire una disciplina generale, neutra ed adattabile ad ogni organizzazione purchè non profit, destinata anche agli enti regolati dalle leggi speciali per tutto quanto da esse non previsto".

²¹ Cfr., in particolare, la proposta di legge 1090/2008 ad iniziativa dell'on. Vietti (art. 2, primo comma, lett. c).

²² Art. 1, primo comma, lett. g) della proposta di legge 3683/2010.

proponendosi il duplice obiettivo di armonizzare e semplificare una legislazione disorganica, attraverso la predisposizione di un apposito Codice del Terzo Settore.

Dopo aver chiarito l'ambito di applicazione della legge delega (art. 1), il presente lavoro si concentrerà, in particolare, sulle cinque linee di intervento dettate per il codice civile – corrispondenti alle cinque lettere dell'art. 3, già prima brevemente ripercorse - e sulle relative possibili modalità di attuazione, per l'importanza della riforma ex se e, al contempo, per il ruolo logicamente preordinato che la revisione del codice civile assume rispetto alla semplificazione e riorganizzazione delle leggi speciali a cui la legge delega si riferisce, in particolare, con gli articoli 4, 5 e 6.

2. Ambito di applicazione della legge delega. La definizione di Terzo settore.

La legge delega si apre con la definizione di Terzo settore²³, quale «complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività d'interesse generale, mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi» (art. 1, primo comma).

Un primo elemento di innovazione è, dunque, la normazione "in positivo" della nozione di Terzo settore; espressione sconosciuta al codice civile, che ha storicamente prediletto formule, scarsamente caratterizzanti e limitative, quali "corpi morali" o, secondo l'art. 12 c.c., "persone giuridiche private", ma ben nota nell'ambito sociologico al quale appartengono le nozioni di "terzo settore", "terzo sistema", "privato sociale", "economia sociale"²⁴.

.

²³ Art. 1, primo comma.

²⁴ G. Alpa, G. Conte, Gli enti senza scopo di lucro nel diritto privato..., cit., p. 235.

Si evincono, già dal profilo lessicale, le difficoltà incontrate nel definire il fenomeno in esame anche in ragione della diffusa tendenza a ricostruire l'area interessata in termini "residuali", a cui sopperisce per la prima volta il legislatore. La nozione di Terzo settore²⁵, utilizzata per la prima volta nel 1973 da Amitai Etzioni nel suo scritto "The Third Sector and Domestic Mission"²⁶ e recepita poi in Europa da Jacque Delors²⁷ qualche anno più tardi, è stata lungamente impiegata come sinonimo di enti senza scopo di lucro per descrivere un ente diverso da quello societario, in una contrapposizione tra pubblico e privato, allorquando il modello bipolare Stato/imprese for profit poteva considerarsi un dogma.

Come autorevolmente ricordato²⁸, tuttavia, mentre il sistema statunitense ha, poi, prediletto scelte terminologiche quali *non profit* per indicare un sistema nato per favorire l'inclusione degli enti senza scopo di lucro nel mercato, in una funzione redistributrice, il sistema francese ed anche inglese ha preferito la formulazione di Terzo settore per identificare, di fatto, un soggetto privato ma sostanziale braccio operativo della pubblica amministrazione, con il quale instaurare un rapporto privilegiato. In ragione di ciò e della peculiarità del sistema italiano, in cui gli enti senza scopo di lucro si sono da sempre caratterizzati per una funzione produttiva, di creazione di valore, vi è chi sottolinea come sarebbe più corretto discorrere di settore dell'economia civile produttivo ²⁹, in un passaggio da terzo a primo settore.

²⁵ Per una ricostruzione del profilo terminologico, A. Propersi, G. Rossi, *Gli enti* non profit, Giuffré, Milano 2007, p. LI.

²⁶ A. Etzioni, The Third Sector and Domestic Mission, in Public Administration Review, (1973), p. 314.

²⁷ Rapporto Delors "Un progetto per l'Europa", 1978.

²⁸ Sia consentito un ampio richiamo a S. Zamagni, Economia civile come forza di civilizzazione della società italiana, in P. Donati (a cura di), Rapporto sulla società civile in Italia, Mondadori, Milano 1997; Id., Non profit come economia civile. Per una fondazione economica delle organizzazioni non profit, in Id. (a cura di), Non profit come economia civile, Il mulino, Bologna 1999; P.L. Sacco, S. Zamagni, Civil Economy, Cultural Evolution and Partecipatory Development: A Theoretical Inquiry, in G. Mwabu, C. Ugaz, G. White (a cura di), Social Provision in Low Income Countries, Oxford University Press, Oxford 2001; S. Zamagni, L'economia delle relazioni umane, in P.L. Sacco, S. Zamagni, Complessità relazionale e comportamento economico. Materiali per un nuovo paradigma di razionalità, Il mulino, Bologna 2002; Id., Dell'identità delle imprese sociali e civili: perché prendere la relazionalità sul serio, in Id. (a cura di), Il non profit italiano al bivio, Egea, Milano 2003.

²⁹ S. Zamagni, Non profit come economia civile..., cit, p. 17.

Le differenze concettuali sottese alle diverse scelte terminologiche attengono, più propriamente, all'idea e alla funzione economico-produttiva che il Terzo settore può assumere e non già alla definizione strettamente giuridica, che, come detto, per la prima volta una legge fornisce.

La legge delega n. 106/2016 sceglie di non adottare come medio logico del suo percorso innovativo le fondazioni, le associazioni, i comitati e le altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, bensì di recepire una figura più ampia, onnicomprensiva di tali enti; al contempo, di circoscrivere la nozione di Terzo settore ai soli enti senza scopo di lucro che perseguono finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale.

Terzo settore che, dunque, non appare più sinonimo di enti senza scopo di lucro *tout court*, né di *non profit*.

Alla definizione in positivo seguono, tuttavia, una serie di esclusioni legislative in relazione a soggetti che, in realtà, da un punto di vista funzionale, ricadono più o meno pienamente nella definizione di Terzo settore così formulata: si tratta, in particolare, delle formazioni e delle associazioni politiche, dei sindacati, delle associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche a cui, con gli emendamenti di coda approvati al Senato, sono state aggiunte le fondazioni bancarie. La scelta parrebbe essere stata determinata, più che da una coerenza sistematica, dalla volontà di mantenere inalterata la normativa "a maglie larghe" che a detti enti esclusi si applica e, con riferimento alle fondazioni bancarie – per le quali un inciso normativo riconosce esplicitamente la loro funzione volta al perseguimento delle finalità tipiche del Terzo settore³⁰ - di non pregiudicare l'equilibrio raggiunto con l'accordo di autoregolamentazione siglato il 22 aprile 2015

³⁰ Mentre infatti per i primi l'espressione utilizzata dalla legge delega è "non fanno parte del Terzo settore"; per le fondazioni indica che "non si applicano le disposizioni contenute" nella legge delega e nei relativi decreti attuativi.

tra il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Associazione di Fondazioni e Casse di Risparmio S.p.A. (c.d. accordo MEF-Acri³¹).

Soffermandosi sull'aspetto inclusivo della definizione, può osservarsi come la specificazione del requisito della finalità civica, solidaristica o di utilità sociale che l'ente deve perseguire determini la nascita di un sottosistema del non profit. Con una rappresentazione grafica, all'interno dell'insieme degli enti senza scopo di lucro, si individuerebbe un sottoinsieme del Terzo Settore, che non esaurirebbe il primo e che conterrebbe appunto gli enti senza scopo di lucro che perseguono finalità civica, solidaristica o di utilità sociale, in un rapporto di inclusione basato sul profilo finalistico dell'ente. Con l'ulteriore precisazione che si tratterebbe di un sottoinsieme peculiare in quanto le norme dedicate al Codice del Terzo settore (e all'impresa sociale in particolare) prevedono, infatti, che anche gli enti societari possano assumere tale ultima qualifica, con ciò determinando un allargamento "atipico" del Terzo settore anche ad enti caratterizzati da una, seppur limitata, remuneratività del capitale. Nelle indicazioni della legge delega sulla struttura del Codice speciale degli enti del Terzo settore, dunque, i confini della categoria si dilatano, uscendo dall'insieme enti del libro I, per abbracciare, in presenza di determinate condizioni, anche gli enti del libro V, in un'ottica di valorizzazione dell'economia sociale, costituendo una nuova categoria di ente più che una mera qualifica.

Così, mentre nell'ultimo ventennio del secolo scorso di discuteva circa la possibile configurazione dell'autonoma categoria degli "enti *non profit*" e,

.

³¹ M. Clarich, Il protocollo di intesa Mef e Acri, ovvero uno strumento inedito di regolazione consensuale, in Giornale dir. amm., (2015), p. 295; F. Riganti, Brevi note sulle fondazioni di origine bancaria a seguito del protocollo di intesa Mef-Acri del 22 aprile 2015, in Nuove Leggi civ. comm., (2016), p. 167; G. Sala, G. Meruzzi (a cura di), Le fondazioni di origine bancaria verso l'autoriforma, Il Mulino, Bologna 2016.

³² P. Schlesinger, Categorie dogmatiche e normative in tema di non profit organizations, in G. Ponzanelli (a cura di), Gli enti non profit in Italia, Cedam, Padova 1994, 273; G. Napolitano, Le associazioni private a rilievo pubblicistico, in Riv. crit. dir. priv., (1994), p. 583; L.F. Natoli, P. Montesano, Enti non profit. Respicere finem, in Il fisco, (1996), p. 9873.

Ante riforma, l'Autorità governativa, ai fini della concessione del riconoscimento, valutava, oltre all'adeguatezza del patrimonio, anche lo scopo istituzionale dell'ente, con ampi spazi di discrezionalità (Cons. Stato, 20 dicembre 1989, n. 1119, in Cons. Stato, (1991), I, p. 160; TAR Veneto, 29 settembre 1990, n. 1013, in

ulteriormente, del profilo differenziale tra enti senza scopo di lucro e enti *for profit*, giungendo ad individuare detto *discrimen*, più o meno pacificamente, nel divieto di *distribution constraint*³³, il dibattito si è spostato negli ultimi anni verso l'ulteriore specificazione degli enti senza scopo di lucro in ragione della finalità, certamente ideale (*rectius*: produzione dell'utile oggettivo ma non distribuzione dell'utile soggettivo), ma altresì indirizzata a precipue finalità sociali che divengono, dunque, elemento costitutivo della causa dell'ente del Terzo settore.

La sensibilità mostrata dal legislatore è frutto della nuova concezione degli enti senza finalità lucrative: dagli storici timori e dall'impostazione ingerente della codificazione si è passati ad un innegabile favore per il non profit, dapprima, negli anni sessanta, attraverso il riconoscimento della libertà associativa, poi, a cavallo tra gli anni settanta e ottanta, con il riconoscimento di tutela del singolo all'interno dei fenomeni associativi, per giungere, infine, alla piena valorizzazione degli enti non lucrativi quali soggetti che, da un lato, si pongono in sostituzione dello Stato in relazione al mantenimento dei livelli del welfare che avevano caratterizzato la seconda metà del secolo scorso, dall'altro, operano anche in ambiti ulteriori, parimenti meritevoli di protezione e incentivo (quali l'ambiente, l'immigrazione, i diritti umani, la cooperazione internazionale, la qualità urbana...); soggetti che, dunque, erogano

Trib. amm. reg., (1990), I, p. 3916; TAR Toscana, 6 giugno 1989, n. 404, in Trib. amm. reg., (1989), I, p. 3011; F. Galgano, Riconoscimento della personalità giuridica e discrezionalità dell'autorità governativa, in Riv. dir. civ., (1969), I, p. 46) e in dottrina si discorreva della necessità che gli enti senza scopo di lucro dovessero essere caratterizzati anche da uno scopo "solidaristico"; tuttavia, anche alla luce del sistema di riconoscimento della personalità giuridica ai sensi del D.P.R. 361/2000, si ritiene detto elemento non necessario, essendosi osservato come sia, più correttamente, necessario un mero interesse ultraindividuale ossia un'alterità dello scopo rispetto alle motivazioni individuali dei singoli membri che, tuttavia, non necessariamente deve coincide con uno scopo altruistico. Cfr. G. Ponzanelli, Gli enti collettivi senza scopo di lucro..., cit., spec. pp. 54-55; M.V. De Giorgi, I presupposti per l'attribuzione della personalità giuridica, in G. Visintini (a cura di), Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale, Esi, Napoli 2003, p. 85.

³³ H.D. Hansmann, The Role of Nonprofit Enterprise..., cit., p. 835 e Id., Reforming the Non Profit Corporations Law..., cit., p. 501 ss; G. Ponzanelli, Le non profit organizations, Giuffrè, Milano 1985, passim; Id., Gli enti collettivi senza scopo di lucro..., cit., p. 6; D. Preite, La destinazione dei risultati nei contratti associativi, Giuffrè, Milano 1988, p. 322; An. Fusaro, Il lucro nelle associazioni, in Riv., crit. dir. priv., (1989), p. 221; G.B. Portale, Fondazioni bancarie e diritto societario, in Riv. soc., (2005), p. 28; F. Galgano, I gruppi di società, in Id. (diretto da), Le società, Giappichelli, Torino 2001, p. 193; A. Zoppini, Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie, Jovene, Napoli 1995, p. 16. Sul profilo differenziale tra enti del libro I e del libro V, si v., seppure con differenze nelle proposte interpretative, tra i contributi più recenti, M. D'Ambrosio, Partecipazione e attività: contributo allo studio delle associazioni, Esi, Napoli 2012.

servizi ma che, al contempo, possono svolgere attività diverse, quali quelle connesse ai temi dell'*advocacy* e che, al contempo, pur rinunciando al perseguimento del lucro in senso stretto, creano un effetto di traino, in un benefico *loop*, per l'economia divenendo «*la terza gamba del pubblico e del privato*»³⁴.

La previsione delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, unitamente alla necessità che l'ente operi per la realizzazione di attività di interesse generale, costituiscono l'elemento distintivo di questa nuova categoria (ente del Terzo settore). In tal modo, viene recepita, di fatto, una tendenza che già poteva intuirsi nella legislazione speciale, trasversalmente accomunata da una considerazione unitaria delle varie figure di organizzazioni che possono assumere la qualifica specifica di volta in volta introdotta normativamente, incentrata sul ruolo unificante delle azioni svolte dai diversi enti nel settore, *latu sensu*, della solidarietà sociale. Un tentativo di *reductio ad unum*, che, pur mantenendo salve le caratterizzazioni di ciascun ente, sembra elevare a criterio unificante le attività e le finalità da questi poste in essere.

Una simile lettura, che troverebbe conferma, oltre che nella stessa definizione di ente del Terzo settore (art. 1), anche nella previsione operativa dell'art. 4, primo comma, lett. b)³⁵, permetterebbe il superamento della pura distinzione tra enti a finalità autodestinata ovvero eterodestinata³⁶ e della connessa diatriba relativa alla delimitazione dello scopo non economico di queste sole ultime, riconoscendo quale elemento essenziale il tipo di attività svolta in combinato con la finalità perseguite. Ne consegue che associazioni, fondazioni e comitati potranno assumere la qualifica di ente di Terzo settore se, pur perseguendo obiettivi diretti a procurare vantaggi immediati anche ai soli membri, siano indirizzati al perseguimento delle predette

³⁴ S. Zamagni, Regolamentazione del Terzo settore e innovazione sociale, in A. Bassi, P. Venturi (a cura di), Regolamentazione del Terzo settore e innovazione sociale, Tipolitografia Valbonesi, Forlì 2008, spec. p. 23.

³⁵ Il Codice del Terzo settore presupporrebbe, quale principio e criterio direttivo, l'individuazione delle "attività solidaristiche e di interesse generale".

³⁶ Per un approfondimento si veda, per tutti, D. Preite, La destinazione dei risultati nei contratti associativi..., cit., p. 7.

finalità meritorie e realizzino attività di interesse generale (si pensi, ad esempio, a enti di assistenza e di cura di malattie, che indirizzano le loro attività ai propri membri, sofferenti di tali patologie); per converso, la realizzazione di un'attività di interesse generale, pur eterodestinata, potrebbe in ogni caso determinare l'esclusione dell'ente dal Terzo settore ove questa non si qualifichi come costitutiva dell'ente medesimo, giacché il riferimento alle forme di azione volontaria e gratuita, di mutualità e di produzione e scambio di beni e servizi (contenuto nella definizione di Terzo settore) deve intendersi come relativo alle modalità con cui gli enti possono promuovere o realizzare l'attività e non alla qualificazione dell'interesse generale, che dovrebbe coincidere con lo scopo costitutivo dell'ente e non dovrebbe poter essere relegato a momenti di occasionalità o marginalità.

Ovviamente, l'insieme degli enti del Terzo settore sarà tanto più ampio (o più ristretto) quanto più estensivamente (o restrittivamente) si interpreterà, da un lato, la finalità civica, solidaristica e di utilità sociale, dall'altro il concetto di interesse generale.

2.1. (segue): Problemi di coordinamento tra codice civile e codice del Terzo settore.

Se, in decenni passati, la dottrina, concentrandosi sull'individuazione degli elementi essenziali caratterizzanti le comunioni di interessi di fonte contrattuale, aveva ravvisato quali requisiti degli enti l'elemento soggettivo (la pluralità di persone), l'elemento oggettivo (il patrimonio) e l'elemento teleologico, intendendo per esso genericamente lo scopo comune verso cui l'attività tende e che determina il sorgere stesso dell'ente³⁷, la definizione di Terzo settore sembrerebbe introdurre,

³⁷ Ai tre requisiti riconosciuti unanimemente, parte della dottrina ha argomentato anche la necessità della presenza di un'organizzazione, seppur minima, che permetta di coordinare e indirizzare l'attività verso la finalità prefissata e un profilo di durata temporale dell'impegno contrattuale che i partecipanti assumono reciprocamente con la nascita del rapporto contrattuale e che permane per tutta la durata dello stesso, in quanto, «a differenza di quanto avviene in ogni altro contratto, l'interesse di ciascuna parte non è senz'altro realizzato dall'esecuzione delle prestazioni cui sono obbligate le altre parti: esso si realizza solo attraverso lo svolgimento di quella attività

come si è visto, una caratterizzazione specifica del predetto scopo e dell'attività svolta che determinerebbe l'individuazione di una sottocategoria trasversale di enti senza scopo di lucro.

Vero è che anche nelle molteplici legislazioni speciali di settore già si assiste alla individuazione di finalità socialmente meritorie; tuttavia, una tale caratterizzazione mira principalmente a riconoscere agli enti, dotati del profilo finalistico solidaristico-sociale normativamente individuato, determinati benefici fiscali e norme di favore.

La nozione di Terzo settore appare, dunque, perfettamente coerente con le finalità del futuro Codice del Terzo settore: la legge delega, infatti, dopo aver individuato principi e criteri direttivi generali (art. 2), dedica, in particolare, le previsioni dell'art. 4 alla revisione e al riordino della legislazione speciale, operando in un *trend* già individuato ma riconoscendo una soggettività più omogenea e prevedendo che, al *favor* fiscale, all'erogazione di finanziamenti pubblici e privati attraverso pubbliche sottoscrizioni e allo svolgimento di attività in regime di accreditamento o convenzione con enti pubblici³⁸, si pongano quale contraltare specifici e graduati obblighi di organizzazione interna, trasparenza, informazione e controllo (art. 4, nonché art. 7).

All'opposto, un profilo di apparente discrasia potrebbe profilarsi tra l'individuato oggetto della legge delega di cui all'art. 1– la nozione di ente del Terzo settore, per l'appunto – e la linea di attuazione relativa al codice civile, cui sono rivolte le previsioni dell'art. 3.

Infatti, non solo il titolo della legge si limita ad indicare espressamente la "riforma del Terzo settore" ma, altresì, l'art. 1, ancor prima di individuare i campi di

cui le prestazioni delle parti sono preordinate»: così F. Galgano, Delle associazioni non riconosciute e dei comitati artt. 36-42 c.c., in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), Commentario al codice civile, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, , Bologna-Roma 1976, p. 15.

³⁸ A. Albanese, I rapporti fra soggetti "non profit" e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà, in Non profit, (2014), pp. 153-161 e ivi P. Michiara, L'affidamento di servizi al Terzo settore, pp. 199-215.

intervento dei decreti attuativi (secondo comma), identifica l'oggetto della legge nel "Terzo settore" (primo comma), fornendo la definizione già illustrata non più coincidente con la macrocategoria degli enti senza scopo di lucro di cui al titolo II del Libro I del codice civile. Ad una prima lettura, dunque, potrebbe astrattamente ipotizzarsi una limitazione di operatività per il legislatore delegato nella revisione del codice civile ai soli enti caratterizzati dalle finalità di cui al primo comma dell'art. 1, giacché il secondo comma introduce la revisione del codice civile «con i decreti legislativi di cui al comma 1», ossia con «i decreti legislativi in materia di riforma del Terzo settore», con il rischio di travalicare la definizione di enti del Terzo settore ove si introducesse una riforma del codice civile estesa a tutti gli enti disciplinati dal titolo II del libro I.

Ove trovasse spazio tale restrittiva lettura, che appare del tutto in antitesi agli intenti e alle esigenze di riforma che hanno portato all'approvazione della legge delega, tre sarebbero le possibili opzioni per il legislatore delegato: prevedere, con un'apposita norma all'interno del codice civile, l'esistenza degli enti del Terzo settore e rinviare al Codice del Terzo settore per la disciplina degli stessi; disciplinare all'interno del codice civile detti enti sotto il profilo organizzativo, funzionale e contabile, prevedendo nell'apposito Codice del Terzo settore esclusivamente la materia fiscale e i rapporti con la pubblica amministrazione; non attuare affatto la linea di riforma relativa al codice civile, disciplinando *tout court* gli enti del Terzo settore esclusivamente nel Codice dedicato.

Vien da sé che nessuna delle tre scelte risulterebbe soddisfacente e coerente con lo spirito della riforma, non solo per la mancata attuazione di un'occasione tanto lungamente attesa e necessitata da un sistema che sopravvive in un equilibrio evolutivo dettato dagli interventi giurisprudenziali, ma ancor più per gli evidenti problemi di coordinamento sistematico-civilistico, con inutili e sovrabbondanti duplicazioni della discipline generali, delle procedure di riconoscimento della personalità giuridica e dei registri, che se non sapientemente raccordati non potranno che condurre ad un incremento della sensazione di sovrapposizione

normativa e confusione applicativa che la legge delega intendeva superare. Senza, da ultimo, considerare il rapporto marcatamente problematico di funzione tra i principi comuni del diritto civile e la normazione speciale di settore, quest'ultima sempre più ricca di regole civilistiche precise e dettagliate che pongono questioni interpretative e sistematiche nei rapporti con gli istituti di diritto comune. In anni passati, un'autorevole dottrina³⁹ aveva formulato considerazioni, di perdurante attualità, circa il rapporto tra codice civile e legislazione speciale, osservando come, più opportunamente, la disciplina delle organizzazioni e dell'attività dovrebbero essere contenute nel codice civile, delegando alla legislazione speciale esclusivamente la previsione delle caratteristiche specifiche dei singoli sistemi ovvero dei rapporti con la Pubblica Amministrazione.

In realtà, sia il contenuto dei lavori preparatori che una lettura meno focalizzata sul rapporto tra oggetto e linee di intervento, ma egualmente letterale, consentirebbe di attuare la riforma secondo le sue più coerenti direttive.

Se, infatti, l'art. 1, al suo primo comma, sembrerebbe offrire un'interpretazione restrittiva del suo campo operativo, il dato testuale del suo secondo comma parrebbe legittimare un intervento a tutto campo. Nell'indicare le due linee di revisione, la legge delega discorre, da un lato, di «disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute» (art. 1, secondo comma, lett. a), adottando un medio logico onnicomprensivo di tutti gli enti senza scopo di lucro e, dunque più ampio rispetto a quello del comma precedente; dall'altro, di «riordino e (...) revisione organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore» (art. 1, secondo comma, lett. b).

Al riguardo, deve osservarsi come le due lettere dell'art. 1, secondo comma, rispettivamente corrispondenti alla revisione del codice civile e a quella del codice del Terzo settore, adottano varianti terminologiche più precise e dettagliate, ciascuna

³⁹ F. Cafaggi, Per una regolazione del terzo settore, in A. Bassi, P. Venturi, Regolamentazione del Terzo ..., cit., pp. 28 ss.

coerente con il proprio oggetto di indirizzo: tutti gli enti senza scopo di lucro in relazione al codice civile; i soli enti del Terzo settore con riferimento all'intervento sulle leggi speciali. Espressioni terminologiche parimenti differenziate anche nelle due rubriche – quella dell'art. 3 e quella dell'art. 4 – che elencano, specularmente alla lettera a) e b), i principi cui attenersi nell'elaborazione delle due direttive di riforma.

Ulteriormente, solo nella lettera b) del secondo comma dell'articolo 1 in questione, allorquando il legislatore delegante fa riferimento al riordino delle normative di settore, l'espressione enti del Terzo settore rinvia alla definizione fornita dal primo comma del medesimo articolo; rinvio, invece, assente nella precedente lettera a) relativa all'intervento di riforma del codice civile. La definizione di Terzo settore, che secondo una lettura restrittiva potrebbe, dunque, limitare l'intera legge delega, è, in realtà, posta in relazione esclusivamente al Codice speciale e non già al codice civile, consentendo così di superare il raccordo mal formulato tra oggetto e linee riforma e garantire la più ampia portata alla revisione del codice civile.

3. Le cinque linee di riforma del codice civile: i) il riconoscimento della personalità giuridica

La legge delega detta cinque criteri e principi indirizzati alla riforma del codice civile. Il primo di essi (art. 3, lett. a), in particolare, è volto alla revisione e semplificazione del procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica degli enti del libro I c.c., rappresentando tale linea di intervento una costante anche di tutti i precedenti progetti di modifica. Diversamente da questi ultimi⁴⁰, nei quali si prospettava una più puntuale declinazione di revisione di tale profilo, l'approvata legge delega lascia totale autonomia nell'attuazione, fornendo solo la generica indicazione di «rivedere e semplificare il procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica». È indubbio, tuttavia, che l'ispirazione ai precedenti lavori di riforma così

 $^{^{40}}$ Così la proposta di legge 1650/2006 (art. 3); la successiva 1090/2008 (art. 4); o, ancora la proposta di legge 3683/2010 (art. 4).

come l'avvicinamento tra gli enti del libro I e del libro V dovrebbe condurre il legislatore delegato ad attribuire centralità al ruolo notarile e alla relativa procedura di riconoscimento vigente in ambito societario, completando il percorso storico di definitivo abbandono del modello concessorio⁴¹ e di ingerenza statale nella vita degli enti senza scopo di lucro e di cui il vigente D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 ha costituito tappa intermedia.

In tal senso, sebbene sia stato di fondamentale importanza tale ultimo intervento normativo con l'introduzione, di fatto, di un meccanismo semi-automatico e con una forte riduzione dei tempi, non può non rilevarsi come l'attuale procedimento risenta di una vecchia impostazione di fondo, risultando ancora centrale il riscontro dell'adeguatezza patrimoniale dell'ente che importa valutazioni non già di sola legittimità ma anche di natura sostanziale.

⁴¹ Il sistema anteriore all'entrata in vigore del D.P.R. 361/2000, in cui lo Stato vagliava l'opportunità e la meritevolezza degli enti, era incentrato su di un decreto reale, sentito il Consiglio di Stato, divenuto poi del Presidente della Repubblica, e, dal 1991, del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro competente, a seconda della materia in cui il nuovo ente avrebbe operato - con possibilità di delega ai prefetti "per determinate categorie di enti che esercitano la loro attività nell'ambito della provincia" – in cui veniva espressa una valutazione discrezionale, di legalità e di adeguatezza dei mezzi patrimoniali, secondo quanto previsto dall'art. 2 disp. att. c.c., ma molto spesso estesa anche al merito, ed insuperabile per la stessa nascita dell'ente che voleva ottenere la personalità giuridica. Esemplare, in tal senso, Cons. Stato, 16 maggio 1985, n. 189, in Foro it., (1986), I, c. 128 relativa ad una fondazione testamentaria con scopi di assistenza, in cui i Giudici rilevano che la P.A. "ha il potere-dovere di valutare la validità della disposizione testamentaria; pertanto è illegittimo il provvedimento di riconoscimento emesso sul presupposto apodittico della validità e dell'efficacia della disposizione testamentaria o, comunque, dell'irrilevanza della contestazione (fatta dai chiamati per legge alla successione, davanti al Tribunale civile) della sua legittimità", e, altresì, che il testatore, nel disporre la fondazione, era "venuto meno ai doveri di coscienza e di solidarietà familiare".

Il tentativo di innovamento e semplificazione avviato dall'allora Ministro della funzione pubblica, Sabino Cassese, che sulla base della L. 24 dicembre 1993, n. 537, propose un sistema automatico, in cui l'acquisto della personalità giuridica era un effetto dell'iscrizione dell'ente presso il Registro delle Persone Giuridiche, previo giudizio di omologazione del Presidente del Tribunale, luogo in cui il registro stesso era depositato, venne, tuttavia, bocciato dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, 8 febbraio 1994, n. 95; Cons. Stato, Ad. Plen., 3 aprile 1994, n. 123, in Giur. Comm., (1995), I, p. 636) per lo spostamento del procedimento dall'autorità amministrativa a quella giudiziaria ma ancor più l'eliminazione in nuce di una qualsivoglia preventiva indagine sull'opportunità "della trasformazione di una formazione sociale in soggetto dell'ordinamento", con conseguente ottenimento automatico del regime patrimoniale perfetto. Sul punto, G. Ponzanelli, Gli enti senza scopo di lucro in attesa della riforma, in Giur. comm., (1995), I, pp. 515 ss.; Id., La nuova disciplina sul riconoscimento della personalità giuridica..., cit., p. 50; A. Lucarelli, Il Consiglio di Stato e la mancata riforma delle persone giuridiche, in Contr. impr., (1996), pp. 147 ss.

L'attuale procedimento attribuisce, infatti, alle Prefetture, secondo la competenza per territorio, il compito di valutare, oltre alla sussistenza delle condizioni di legge o di regolamento, «che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo»⁴².

Pur osservandosi come il sistema «non consente più di subordinare il riconoscimento all'interesse pubblico dell'attuazione delle finalità di utilità sociale, ma consente agli enti di perseguire finalità di qualsiasi natura, anche non spiccatamente utili sul piano sociale, purché lecite e possibili (...apparendo) più in linea con una concezione "mite" dell'intervento dello Stato»⁴³, la valutazione di adeguatezza patrimoniale, in assenza di parametri legislativamente fissati, ha da sempre determinato un ampio margine di discrezionalità e prassi applicative difformi.

Criticità del sistema che emergevano già sulla carta e ulteriormente accentuate nella declinazione pratica del meccanismo del riconoscimento, assistendosi ad una progressiva e generale difformità tra singole Prefetture ed una importante disomogeneità valutativa, che ha determinato in taluni casi l'imposizione, ai fini del riconoscimento della personalità giuridica, di patrimoni addirittura superiori a quelli necessari per una società a responsabilità limitata o per una società per azioni.

Al permanere della discrezionalità valutativa della Prefettura si deve, poi, assommare il profilo problematico connesso alle tempistiche di rilascio del provvedimento giacché, nei 120 giorni successivi al deposito della domanda, la Prefettura può richiedere "di integrare la documentazione presentata", così come rilevare "ragioni ostative all'iscrizione", con conseguente apertura di una fase di contraddittorio interno in cui l'ente dispone di 30 giorni per replicare, a cui seguono ulteriori 30 giorni in cui il Prefetto provvede all'iscrizione ovvero nega l'autorizzazione. Il tutto in un quadro di silenzio diniego.

-

⁴² Art. 3, primo comma.

⁴³ G. Alpa, G. Conte, Gli enti senza scopo di lucro nel diritto privato..., cit., spec. p. 239.

Peraltro, il sistema vigente consente di delegare alle Regioni il riconoscimento della personalità giuridica degli enti senza scopo di lucro che operano nelle proprie materie di competenza e le cui finalità statutarie si esauriscono nel relativo territorio regionale, determinando tempistiche e valutazioni di adeguatezza patrimoniale ulteriormente diverse da Regione a Regione⁴⁴.

Tali criticità, di fatto, scoraggiano la richiesta della personalità giuridica e favoriscono il proliferare delle associazioni non riconosciute⁴⁵, di immediata costituzione, prive di patrimonio minimo imposto e sottratte ad ogni forma di controllo.

La legge delega per la Riforma del Terzo settore, a sedici anni dall'ultimo intervento, dunque, potrebbe costituire l'occasione attesa attribuendo, in un'ottica di semplificazione, certezza e celerità, il procedimento di riconoscimento della personalità giuridica alla competenza notarile, come già avviene per i procedimenti di omologazione degli atti costitutivi delle società, assimilandosi, così, sotto il profilo costitutivo, gli enti del libro I agli enti del libro V.

Ne consegue la necessità di introdurre un procedimento esclusivamente di verifica formale, eliminando in radice ogni margine di discrezionalità valutativa in capo al notaio, che dovrebbe essere chiamato a verificare unicamente i requisiti per la valida costituzione dell'ente, quali la legalità sostanziale con riferimento alla liceità dello scopo e al rispetto dei requisiti di legge nell'atto costitutivo e nelle modifiche statutarie.

⁴⁴ Così, per esempio, Regione Lombardia richiede 52.000 Euro per le associazioni e 26.000 Euro per gli enti di volontariato; Regione Piemonte 16.000 Euro per le associazioni e quasi 80.000 Euro per fondazioni; Regione Emilia Romagna 25.000 Euro per le prime e 50.000 Euro per le seconde, mentre Regione Liguria ne richiede, rispettivamente, 15.000 e 50.0000.

⁴⁵ Secondo gli ultimi dati Istat disponibili (2011), gli enti senza scopo di lucro assumono la forma dell'associazione non riconosciuta in misura pari al 66,7 per cento del totale; quella dell'associazione riconosciuta nel 22,7 per cento, seguite da cooperative sociali (3,7 per cento), fondazioni (2,1 per cento) e restanti "altre forme giuridiche" (4,8 per cento), intendendosi per esse enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, comitati, società di mutuo soccorso, istituzioni sanitarie o educative. Dati consultabili in http://www.istat.it/it/files/2013/07/05-Scheda-Non-Profit_DEF.pdf.

L'assenza di ogni riferimento all'adeguatezza patrimoniale, per converso, comportando il rischio di una totale mancanza di disciplina circa la costituzione del patrimonio, dovrebbe essere opportunamente colmata dalla previsione legislativa di minimi patrimoniali costitutivi, ancora una volta, di ispirazione societaria. Alternativamente, le regole sul patrimonio minino costitutivo potrebbero prevedere importi patrimoniali obbligatori per scaglioni, rapportati a dimensioni, attività, ambito territoriale nel quale l'ente opera.

La previsione di minimi costitutivi in sostituzione del controllo circa la concreta adeguatezza patrimoniale al perseguimento dello scopo sottende il ridimensionamento della funzione operativa del patrimonio di cui si dota l'ente al momento della sua nascita⁴⁶; visione ormai superata da un punto di vista teorico e pratico, giacché non tiene conto che la concreta operatività di un ente dipende per lo più dalle risorse che questo, nel corso della sua esistenza, sarà in grado di reperire e di attrarre così come dal concreto utilizzo e investimento di queste ultime.

L'omologa notarile e la previsione del capitale (*rectius*: patrimonio) costitutivo ovvierebbero, dunque, alle maggiori criticità dell'attuale sistema, garantendo una maggiore efficienza, a fronte di tempi brevi e certi e uniformità normativa.

Ne dovrebbe conseguire, ovviamente, un sistema di registrazione basato su una mera verifica formale degli atti trasmessi dal notaio e incentrato esplicitamente sull'efficacia costitutiva dell'iscrizione dell'ente, permettendo così di superare anche i possibili omologhi dubbi sorti in materia societaria circa la configurabilità di società di capitali irregolare e l'efficacia dell'atto costitutivo nelle more dell'iscrizione.

⁴⁶ Ex pluribus, N. Abriani, La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali, in Fall., (2010), p. 397; P. Balzarini, G. Carcano, M. Ventoruzzo La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive (Atti del Convegno internazionale di studi. Venezia, 10-11 novembre 2006), vol. I, Giuffré, Milano 2007, e ivi, in particolare, A. Mazzoni, Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo, p. e M. Spolidoro, La difficile convivenza tra capitale nominale e fair value, p. 1174 nonché M. Miola, La tutela dei creditori e il capitale sociale, in Riv. soc., (2012), I, p. 289; E. Ginevra, Oltre il capitale sociale?, Spunti per la ripresa del dibattito sulla riforma della struttura finanziaria delle società di capitali, in Aa. Vv., La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo, Giappichelli, Torino 2011, p. 15.

Similmente a quanto già avviene in ambito societario, l'effettività del meccanismo di riconoscimento derivante dall'iscrizione nel registro potrebbe essere garantita attraverso la previsione dell'obbligo di iscrizione stesso in capo al notaio, solidalmente con gli amministratori; mentre, nel lasso temporale intercorrente tra l'atto costitutivo dell'ente e la sua iscrizione nel registro unico, similmente alla previsione di cui all'art. 2331 c.c., per le operazioni compiute dall'ente prima dell'iscrizione dovrebbero rispondere illimitatamente e solidalmente verso i terzi coloro che hanno agito, nonché coloro che hanno deciso, autorizzato e consentito il compimento dell'operazione.

L'indicata revisione e semplificazione del procedimento di riconoscimento passa inevitabilmente anche dal ripensamento del sistema dei registri. Come noto, l'attuale Registro delle Persone Giuridiche, tenuto dai Prefetti, si connota per una base provinciale, mancando, dunque, del tutto un registro unico ed integrato su base nazionale.

L'auspicio è che, dunque, il legislatore delegato, unitamente alla revisione del procedimento di riconoscimento, reimposti anche il sistema dei registri delle persone giuridiche in favore di un registro unico, nazionale e informatizzato (similmente al Registro delle Imprese), che consenta, dunque, una pubblicità unificata di tutti i dati dell'ente e dei relativi atti rilevanti, conformemente alla previsione della legge delega relativamente al Codice del Terzo settore secondo cui gli atti fondamentali, incluso il bilancio, devono essere resi noti ed accessibili ai terzi attraverso adeguate forme di pubblicità, quale attuazione di un più ampio obbligo di trasparenza e di informazione.

A tal fine, giova rilevare come la legge delega, in relazione alla (seconda) linea di riforma relativa al Codice degli Enti del Terzo settore, preveda espressamente la creazione di un Registro Unico nazionale degli Enti del Terzo settore⁴⁷, assolvendo ad una funzione di conoscibilità degli enti che operano in tale ambito, definito all'art. 1, primo comma dalla stessa legge delega.

Coordinando la revisione del procedimento di riconoscimento della personalità giuridica, in piena attuazione degli obblighi di trasparenza e tutela per i terzi, con la previsione del Registro Unico Nazionale degli enti del Terzo settore, appare del tutto conforme alle linee della riforma, anche in un'ottica di semplificazione e ottimizzazione delle risorse e dei costi, l'istituzione di un Registro Unico Nazionale degli enti senza scopo di lucro, tenuto presso le Prefetture, ovvero le Regioni ovvero ancora presso le Camere di Commercio, in cui opportunamente dovrebbero confluire tutti gli enti associativi e fondazionali dotati di personalità giuridica e non solamente quelli che perseguono finalità del Terzo Settore. Il Registro, così, potrebbe prevedere accanto alle sezioni dedicate agli enti del Terzo settore, una sezione autonoma degli enti riconosciuti in cui trasmigrare gli odierni Registri delle Prefetture. Si determinerebbe, per tal via, una unificazione dei sistemi e degli Uffici competenti alla loro tenuta, che, evitando la necessità di creare collegamenti tra diversi Registri, garantirebbe una maggiore semplificazione e uniformità di trattamento e di pubblicità.

Infine, nella consapevolezza che risulta estraneo al perimetro tracciato dalla legge delega, sarebbe stato auspicabile, sempre in un'ottica di pubblicità, trasparenza e tutela dei terzi creditori, prevedere una apposita sezione del Registro Unico dedicata degli enti privi di personalità giuridica (a prescindere dalla caratterizzazione di ente del Terzo settore), con un mero onere di iscrizione così da sopperire all'ingiustificata incompletezza di informazioni e disparità di tutela del ceto creditorio tra i diversi enti.

⁴⁷ Art. 4, primo comma, lett. m). Sul punto, si v. E. Vivaldi, *Il Registro nazionale del Terzo settore*, in *Non profit*, (2014), pp. 171-178.

A prescindere dalla portata attuativa del registro, l'ipotizzato nuovo regime di riconoscimento dovrebbe inserirsi in un più ampio quadro di meccanismi pubblicitari, che, come indicato nella stessa legge delega, dovrebbero estendersi a tutti gli atti fondamentali della vita dell'ente di cui dovrebbe essere garantita la conoscibilità attraverso un sistema di pubblicità nazionale ed unico, consultabile anche in modalità telematica, includendo tra essi, oltre l'atto costitutivo e lo statuto, ovvero l'atto fondazionale, e i relativi atti modificativi, anche gli atti di nomina delle cariche sociali e di attribuzione dei poteri, di rappresentanza e di limitazione, i bilanci dell'ente, le delibere di trasformazione, fusione e scissione o scioglimento nonché gli atti di estinzione, liquidazione e cancellazione.

4. ii) La responsabilità degli amministratori.

Scarna appare la disciplina codicistica in tema di responsabilità e doveri degli amministratori⁴⁸, per i quali l'art. 18 c.c. rinvia alle norme del mandato e l'art. 22 c.c. genericamente alle azioni di responsabilità contro gli stessi. La legge delega interviene, dunque, sul punto offrendo la possibilità di aggiornare e disciplinare più puntualmente il livello di diligenza richiesto agli amministratori, i singoli doveri e le forme di responsabilità (art. 3, lett. b).

Quale sia la diligenza cui sono tenuti gli amministratori degli enti senza scopo di lucro è tema, da sempre, ampiamente discusso dalla dottrina che, rilevando la differenza tra l'art. 18 c.c. e l'art. 2392 c.c., si è interrogata se al divario terminologico corrispondano anche forme e graduazioni diverse di responsabilità.

La tematica è stata oggetto di importanti riflessioni anche oltreoceano. Le posizioni⁴⁹, in breve, si articolano tra quanti ipotizzano una completa equiparazione

⁴⁸ M. Della Casa, Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori, in Contr. impr., (1999), p. 209.

⁴⁹ Sul punto, per tutti, H.D. Hansmann, The Role of The Nonprofit Enterprise..., cit, p. 835; Id., Reforminig the Non Profit Corporations Law..., cit., p. 501 che si esprime a favore della necessità di un livello di diligenza più elevato rispetto a quello imposto agli amministratori delle società, nonché, più recentemente, M.W. Peregrine, J.R. Schwartz, Revisiting the Care of Duty of the Non-profit Directors, in J. Health Law, (2003), pp.

tra la diligenza richiesta all'amministratori, siano essi di enti *non profit*, siano essi di enti societari; tra coloro che si sono espressi in favore di un livello di diligenza e responsabilità attenuato in favore del *non profit*, in ragione della finalità, scoraggiandosi, altrimenti, una partecipazione attiva dei privati e quanti, infine, all'opposto, si esprimono in favore di una responsabilità aggravata, proprio per il particolare fine sociale e di interesse generale.

Così, per esempio, mentre la scelta italiana di inizio del secolo scorso si attesta su un livello di diligenza attenuato, tipico del mandatario, richiamandone l'attuale art. 18 c.c. le relative norme, salvo poi i correttivi interpretativi di matrice dottrinale⁵⁰, diversamente, nel sistema statunitense, accanto ai *duty to obedience*⁵¹ e *of loyalty* (che si estrinseca in una disciplina del conflitto di interessi⁵²), la scelta normativa prevalente⁵³ è stata nel senso di prevedere un *duty of care* sostanzialmente coincidente con quello delle *Business Corporation*, la cui violazione corrisponde al *corporate standard* della c.d. *gross negligenge*.

La riformulazione dell'art. 2392 c.c. che ha introdotto in capo agli amministratori un obbligo di adempimento dei doveri con la «diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze» potrebbe essere utilmente trasposta anche nel campo degli enti senza scopo di lucro, ripristinando la simmetria tra regole di enti del libro I e del libro V.

^{183, 192;} R. Fisher, *Duties Of Company Directors and Committee Members of Incorporated Associations: Have the Paths Divided?*, in *Australian J. of Corp. Law*, (2001), 143; J. Gooley, *Corporations and Associations Law Principles and Issues*, 4 ed. Butterworths, Sydney 1999, pp. 60-73.

⁵⁰ A. Auricchio, voce Associazioni riconosciute, in Enc. dir., vol. III, Giuffrè, Milano 1958, p. 910; F. Ferrara Sr., Le persone giuridiche, con note di F. Ferrara Jr., in F. Vassalli (diretto da), Trattato di diritto civile italiano, Utet, Torino 1958, pp. 273, 285; G. Minervini, Amministratori di società per azioni, Giuffrè, Milano 1956, p. 201; F. Galgano, Persone giuridiche, in A. Scialoja-G. Branca (a cura di), Commentario al codice civile, Libro I, Delle persone e della famiglia. Artt. 1-35, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma 2006, p. 294.

⁵¹ Manhattan Eye, Ear and Throat Hospital v. Spitzer 86 Misc. 2d 126, 715 N.Y.S.2d 575 (1999); Agudist Council of Greater New York v. Imperial Sales Company 158 A.D.2d 683, 551 N.Y.S.2d 955 (1990); In the Matter of the Application of Sculpture Center, Inc. 2001 N.Y. Misc. 1019 (Sup. Ct. N.Y. 2001).

⁵² Cfr. Stern v. Lucy Webb Hayes National Training School for Deaconesses, 381, F. Supp. 1003 (D.D.C. 1974); The Committee to Save Adelphi v. Diamandopoulos (Board of Regents University of State of NY 1997); American Baptist Churches of Metropolitan New York v. Galloway 271 AD 2d 92, 710 NYS 2d 12 (2000).

⁵³ Cfr. N-PCL §720-a. Sul punto si vedano, in particolare, *United States v. William Aramony et al.* 88 F.3d 1369, 1387 (4th Cir. 1996); *Vacco v. Diamandopoulos* 715 N.Y.S.2d 269. (1998).

Ancorché le coincidenti formulazioni degli artt. 18 c.c. e 2392 c.c. *ante* riforma, che richiamavano entrambe la diligenza del mandatario⁵⁴, siano state largamente interpretate nel senso di valutare quest'ultima in relazione alla natura dell'attività esercitata ai sensi del secondo comma dell'art. 1176 c.c.⁵⁵, la riforma societaria del 2003 sul punto ha optato per una riscrittura chiara ed esplicita della regola.

I decreti attuativi della legge delega, dunque, potrebbero costituire l'occasione per superare il generico richiamo dell'art. 18 c.c. alla disciplina sul mandato che tanti problemi ha posto in termini di qualificazione del rapporto tra ente ed amministratore⁵⁶ e compatibilità di norme applicabili, introducendo anche per gli amministratori degli enti senza scopo di lucro un obbligo di adempimento dei doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto secondo un livello di diligenza da articolarsi in base a diversi parametri, passando, così, dalla "diligenza del mandatario" alla "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze". In particolare, le dimensioni dell'ente, lo scopo e la componente patrimoniale potrebbero costituire tre profili in ragione dei quali temperare ovvero incrementare il livello di diligenza richiesto, salvaguardando, così, quelle realtà del non profit di carattere più limitato dal punto di vista dimensionale, territoriale e strutturale.

⁵⁴ L'art. 18 c.c. richiama, più genericamente, le norme sul mandato ma, a fronte delle discussioni dottrinali circa l'individuazione delle regole compatibili tra amministratori e mandato, per l'appunto, è da sempre stato ritenuto applicabile l'art. 1710 c.c., relativo alla diligenza del mandatario. Per tutti, F. Galgano, *Persone giuridiche...*, cit., pp. 294, 295. In giurisprudenza si v. già Cass., 9 luglio 1968, n. 2356, in *Giust. civ.*, (1968), I, p. 1566.

⁵⁵ Per tutti, F. Bonelli, *Prefazione*, in S. Ambrosini (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci, e revisori contabili*, Giuffré, Milano 2007, p. XIII.

⁵⁶ Il problema si è posto, in particolare, in riferimento alle associazioni non riconosciute allorquando a queste non era riconosciuta la soggettività giuridica: emblematicamente Cass., 26 aprile 1960, n. 927, in Giur. it., (1961), I, 1, c. 185 affermava che «le associazioni non riconosciute non costituiscono soggetti autonomi di diritto; la titolarità dei rapporti giuridici spetta non già all'associazione come entità giuridica a sé stante, ma al gruppo degli associati considerati uti singuli: e lo stesso patrimonio dell'associazione, cui pure la legge imprime una certa autonomia, forma oggetto di un rapporto di comproprietà di cui sono partecipi i singoli associati. Di conseguenza, la legittimazione negoziale degli amministratori si inquadra nello schema della rappresentanza anziché in quello del rapporto organico; e l'estensione dei loro poteri va determinata non già alla stregua delle norme che regolano la rappresentanza organica delle persone giuridiche, ma secondo quelle generali sul mandato, tra le quali figura la norma per cui il mandato concepito in termini generali non legittima il mandatario al compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione». In dottrina, si v. D. Rubino, Le associazioni non riconosciute, Giuffrè, Milano 1952, p. 110; F. Ferrara Sr., Le persone giuridiche..., cit., p. 417; U. Belviso, L'institore, Jovene, Napoli 1966, p. 263; A. Auricchio, voce Associazioni riconosciute..., cit., p. 898.

Gli amministratori dovranno, quindi, gestire diligentemente l'ente nel primario rispetto dello scopo da questo perseguito, potendosi prevedere espressamente, tra i diversi doveri, anche un obbligo di conservazione del patrimonio.

Alle regole legate al profilo patrimoniale di formazione dell'ente (art. 16 c.c.; art. 2 DPR. 361/2000 ed ora l'ipotizzato nuovo meccanismo di riconoscimento) e di estinzione (norme in tema di devoluzione del patrimonio), si potrebbero, auspicabilmente, assommare previsioni più puntuali anche in relazione alla fase di esistenza e operatività dell'ente. Così, oltre alla già vigente regola di non ripetitività dei contributi degli associati, di rendicontazione e di insufficienza patrimoniale quale causa di estinzione o di trasformazione per le fondazioni, si potrebbe prevedere il divieto espresso di distribuzione degli utili tra gli associati e di autodevoluzione dei beni dell'ente nonché obblighi di contabilità più articolati, che tengano conto della possibilità per l'ente di svolgere anche attività economica, e un obbligo in capo agli amministratori di conservazione del patrimonio durante la vita dell'ente.

A tale ultimo proposito, l'art. 3 lett. b) prevede di disciplinare il regime di responsabilità limitata degli enti riconosciuti e la responsabilità degli amministratori, «tenendo anche conto del rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento».

La disposizione non è del tutto nuova, essendo già contenuta, pur con varianti sintattiche di non poco conto, in progetti di riforma passati, nei quali si prevedeva di «collegare il perdurare della limitazione della responsabilità al rispetto di un adeguato rapporto tra i mezzi propri della persona giuridica e il suo complessivo indebitamento»⁵⁷, con la possibilità di mantenere l'autonomia patrimoniale perfetta nonostante il mancato rispetto di tale rapporto attraverso la stipulazione di una polizza assicurativa a copertura dell'indebitamento.

⁵⁷ Così, l'art. 3, primo comma, lett. d), della proposta di legge 1650/2006 e 1090/2008 ed anche l'art. 4, primo comma, lett. d) della proposta di legge 3683/2010.

Il chiaro dato letterale di tali progetti è stato, peraltro, recepito in relazione alla disciplina dell'impresa sociale contenuta nel d.lgs. 155/2006, il cui art. 6 dispone che «nelle organizzazioni che esercitano un'impresa sociale il cui patrimonio sia superiore a ventimila euro, a far tempo dalla iscrizione nella apposita sezione del registro delle imprese, delle obbligazioni assunte risponde soltanto l'organizzazione con il suo patrimonio» e prosegue prevedendo che «quando risulta che, in conseguenza di perdite, il patrimonio è diminuito di oltre un terzo rispetto all'importo [di euro 20.000], delle obbligazioni assunte rispondono personalmente e solidalmente anche coloro che hanno agito in nome e per conto dell'impresa», secondo la regola dell'art. 38 c.c. dettata per le associazioni non riconosciute. Non poche sono state le critiche mosse dalla dottrina⁵⁸ a tale disposizione. Al riguardo, è, infatti, stato osservato come un'associazione non riconosciuta godrebbe del beneficio della responsabilità limitata in presenza dei requisiti ed alle condizioni individuate dall'art. 6 (patrimonio superiore a ventimila euro ed iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese), tornando a sussistere una responsabilità patrimoniale imperfetta solo in ipotesi di patrimonio sotto soglia. Se, così letta, la norma opera in termini di favor per gli enti di fatto, ma, al contempo, in deroga al diritto comune, priva gli enti riconosciuti, che siano sotto soglia, del beneficio derivante dalla personalità giuridica.

La scelta che si appalesa al legislatore delegato è, dunque, quella di valutare la permanente attualità della distinzione tra enti con e senza personalità giuridica ed il rapporto tra regola (responsabilità patrimoniale perfetta per gli enti con riconoscimento; imperfetta per gli enti di fatto) ed eccezione (responsabilità patrimoniale perfetta oltre una certa soglia tra patrimonio e indebitamento; imperfetta sotto tale soglia), ponderando le ripercussione in termini di diritto generale derivanti dall'introduzione di una disciplina che àncora la limitazione di

⁵⁸ Ampiamente A. Cetra, Art. 6 (Responsabilità patrimoniale), in M.V. De Giorgi (a cura di), La nuova disciplina dell'impresa sociale, Cedam, Padova 2007, p. 399 ss. e, altresì, V. Calandra Buonaura, Impresa sociale e responsabilità limitata, in Giur. comm., (2006), I, pp. 849 ss.; D. Galletti, L'impresa sociale insolvente, in Giur. comm., (2006), I, p. 876; G. Salatino, L'impresa sociale, in Contratto impresa, (2011), p. 394.

responsabilità al rapporto tra mezzi dell'ente e complessivo indebitamento. Si dovrebbe, in altri termini, valutare se mantenere l'unica e perdurante differenza tra enti con e senza personalità giuridica quale regola generale ovvero sostituire quest'ultima con una norma connessa al saldo patrimoniale.

Certamente, l'impostazione codicistica del 1942 rispecchiava il dogma della personalità giuridica⁵⁹ e sottendeva il difficile rapporto tra questa e la soggettività giuridica, per lungo tempo non riconosciuta a favore degli enti di fatto. Il quadro d'insieme, tuttavia, risulta variato significativamente: la soggettività giuridica è ormai pacificamente riconosciuta anche agli enti privi di riconoscimento⁶⁰, essendosi

⁵⁹ La letteratura sul punto è sconfinata: senza pretesa alcuna di esaustività, F. Ferrara Sr., Le persone giuridiche..., cit., p. 33; A. Falzea, Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici, Giuffrè, Milano 1939, p. 64; M. Basile, A. Falzea, voce Persona giuridica (dir. priv.), in Enc. dir., vol. XXXIII, Giuffrè, Milano 1983, p. 268; G.L. Pellizzi, Il realismo e l'inquietudine del giurista (a proposito di soggettività giuridica), in Riv. dir. civ., (1966), I, p. 567; G. Tamburrino, Persone giuridiche, Associazioni non riconosciute. Comitati, Utet, Torino 1997, passim, P. Rescigno, voce Capacità giuridica, in Noviss. Dig. It., vol. II, Utet, Torino 1964, p. 873; Id., Associazione non riconosciuta e capacità di testimoniare, in Riv. dir. civ., (1957), II, p. 157 e Id., Immunità e privilegio, in Riv. dir. civ., (1961), I, p. 415 entrambi ora in Id., Persona e comunità, Cedam, Padova 1987, rispettivamente pp. 247 e 379; F. Vassalli, Lineamenti del diritto delle persone nel nuovo codice civile, Giuffré, Milano 1939; F. Galgano, Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica, in Riv. dir. civ., (1965), I, spec. p. 577; Id., Delle persone giuridiche: disposizioni generali, delle associazioni e delle fondazioni: artt. 11-35 c.c., in A. Scialoja-G. Branca (fondato da) e F. Galgano (continuato da), Commentario al codice civile, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma 2006, p. 1; Id., Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto, Il mulino, Bologna 2010, spec. p. 50; Id., Trattato di diritto civile, vol. I, Cedam, Padova 2010, p. 189. F. Messineo, Per l'individuazione del soggetto collettivo non personificato, in Arch. giur., (1952), p. 3; P. Zatti, Persona giuridica e soggettività, Cedam, Padova 1975, passim; F. D'Alessandro, Persone giuridiche e analisi del linguaggio, Cedam, Padova 1989, p. 3; N. Lipari, Spunti problematici in tema di soggettività giuridica, in La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative, Cedam, Padova 1991, p. 60. Tra i contributi più recenti, F. Tescione (a cura di), Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona, Esi, Napoli 2010, in cui si segnala, in particolare, P. Rescingo, Soggetti e persona, p. 21; F.D. Busnelli, Ai confini della soggettività, p. 35; P. Cappellini, Le avventure moderne della "soggettività" (ambiguità categoriali di una «Grande Narrazione»), p. 101; E. Del Prato, La soggettività collettiva come effetto del contratto. L'ente privato come atto di autonomia, p. 133; M. Basile, La fattispecie soggettiva degli enti collettivi: usi e abusi, p. 151.

⁶⁰ II definitivo riconoscimento della soggettività anche agli enti privi della personalità giuridica è ascrivibile a Cass., 16 novembre 1976, n. 4252, in Foro it., (1977), I, c. 1482, con commento di P. Giovagnoli e A. Lener. Tra le successive pronunce, Cass., 16 febbraio 1979, n. 1022, in Giur. it., (1979), I, 1, c. 1071; Cass., 21 giugno 1979, n. 3448, in Rep. Foro it., (1979), voce Associazioni non riconosciute, n. 4; Cass., 29 dicembre 1976, n. 4753, Rep. Foro it., (1976), voce Associazioni non riconosciute, n. 5; Cass., 16 giugno 2000, n. 8239, in Vita not., (2000), p. 1423; Cass., 8 maggio 2003, n. 6985, in Nuova giur. civ. comm., (2003), I, p. 668, con commento di M.V. De Giorgi, Una sentenza di ingannevole semplicità in tema di comitati.

In dottrina si vedano, ex pluribus, É. Del Prato, L'ente privato come atto di autonomia, in Riv. dir. civ., (2009), I, p. 451 e ora in Id., L'ente privato come atto, Giappichelli, Torino 2015, spec. p. 171 e pp. 169-170; G. Orestano, Persona e persone giuridiche nell'età moderna, in L. Peppe (a cura di), Persone giuridiche e storia del diritto, Giappichelli, Torino 2004, spec. p. 42; M.V. De Giorgi, Tra legge e leggenda: la categoria entra nel diritto delle associazioni, in Riv. dir. civ., (2004), I, p. 625 e ora in Scritti in onore di Massimo Cesare Bianca, I, Giuffrè, Milano 2006, p. 509; P.M. Vecchi, Le persone giuridiche: uno sguardo al diritto attuale, in L. Peppe (a cura di), Persone

oramai relegate a ricostruzioni storiche le teorie della comunione atipica o germanica⁶¹, e, al contempo, in ambito societario, sono stati introdotti modelli a capitale ridotto e finanche simbolico, facendo, così, vacillare il connubio capitale (*rectius*: patrimonio degli enti di libro I), garanzia dei creditori e responsabilità patrimoniale dell'ente, tradizionalmente intesa⁶².

Occorre, tuttavia, evidenziare come potrebbe sussistere un'opzione attuativa diversa da quella che ha ispirato la descritta e criticata regola di responsabilità patrimoniale dell'impresa sociale. Infatti, il dato letterale dell'art. 3 lett. b) risulta significativamente divergente rispetto a quello dei precedenti progetti di riforma nei quali si prevedeva espressamente il venir meno della responsabilità patrimoniale perfetta in ipotesi di superamento della soglia. Nella attuale formulazione, invece, il legislatore, da un lato, ha imposto solo di "tenere anche conto" del rapporto tra patrimonio e indebitamento, senza collegarlo alla sussistenza del beneficio della responsabilità limitata; dall'altro ha correlato tale parametro anche alla disciplina della responsabilità degli amministratori.

Detta disposizione apre, dunque, alla possibilità di attuare la linea di riforma valorizzando il profilo di responsabilità degli amministratori con l'introduzione di un dovere di salvaguardia del patrimonio dell'ente nella sua entità, imponendosi che, qualora, per effetto della gestione, il patrimonio netto scenda al di sotto di una determinata soglia rispetto al complessivo indebitamento, gli amministratori, sotto la propria responsabilità, debbano provvedere con urgenza alla sua ricostituzione o adottare i provvedimenti necessari per la continuità dell'ente, altrimenti determinandosi una violazione degli obblighi di cui saranno chiamati a rispondere.

giuridiche, cit., p. 159; M. Costanza, I soggetti: gli enti non commerciali, in P. Perlingieri (diretto da), Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale notariato, vol. II, 2, Esi, Napoli 2012; M. Basile, Le persone giuridiche, in G. Iudica-P. Zatti (a cura di), Trattato di diritto privato, Giuffrè, Milano 2014, p. 173.

⁶¹ Sul punto si v. G. Tamburrino, *Persone giuridiche...*, cit., spec. p. 497; D. Rubino, *Le associazioni non riconosciute...*, cit., p. 175. Per una ricostruzione delle diverse teorie proposte sia concesso un richiamo a V. Montani, *Sub art. 37*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Le associazioni non riconosciute...*, cit., pp. 159-162.

⁶² M. Spolidoro, La difficile convivenza tra capitale nominale e fair value..., cit., p. 1174.

È evidente che a una regola di responsabilità degli amministratori similare a quella prevista dall'art. 2392 c.c. debba necessariamente corrispondere una forma di tutela per l'ente stesso, i creditori e i terzi.

Ancora una volta, il diritto societario costituisce utile terreno di confronto. A fianco della previsione dell'art. 22 c.c., dunque, dovrebbe essere opportunamente introdotta una azione di responsabilità in favore dei creditori dell'ente che ad oggi si vedono costretti ad agire con le forme dell'art. 2043 c.c. così come sarebbe auspicabile la previsione dell'analoga azione individuale del terzo, danneggiato da atti colposi o dolosi degli amministratori,

Un meccanismo similare a quello previsto dall'art. 2409 c.c.⁶³, infine, consentirebbe ai membri dell'ente di denunciare al tribunale gravi irregolarità commesse dagli amministratori nell'adempimento dei loro doveri, con la possibilità per l'Autorità di ordinare l'ispezione dell'amministrazione dell'ente, disporre i provvedimenti provvisori che reputa più opportuni, convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni e nominare un amministratore giudiziario; legittimazione attiva che dovrebbe essere estesa anche al Pubblico Ministero, quantomeno in relazione agli enti di Terzo settore, secondo la definizione contenuta nella legge delega, in quanto caratterizzati da finalità sociali meritorie.

Da ultimo, diversamente dalla maggior parte dei progetti pregressi, la legge delega nulla prevede specificatamente in merito alle fondazioni, rispetto alle quali, tuttavia, la disciplina del regime di responsabilità degli amministratori di cui all'art. 3 lett. b) dovrebbe consentire, con gli opportuni adattamenti, l'estensione delle forme di tutela per il controllo dell'operato di chi gestisce l'ente fondazionale.

5. iii) Diritti degli associati

⁶³ Una previsione analoga a quella dell'art. 2409 c.c. era contenuta nella proposta della commissione Rovelli (art. 17 – Denuncia al Tribunale).

L'art. 2 del disegno di legge delega, come presentato alla camera dei deputati il 22 luglio 2014, identificava tra i criteri e i principi guida valevoli sia per la riforma del codice civile sia dell'allora testo unico, la necessità di «definire forme e modalità di organizzazione e amministrazione degli enti ispirate ai principi di democrazia, eguaglianza, pari opportunità, partecipazione degli associati e dei lavoratori e trasparenza, (...) prevedendo appositi strumenti per garantire il rispetto dei diritti degli associati (e di) prevedere una disciplina degli obblighi di controllo interno, di rendicontazione, di trasparenza e d'informazione nei confronti degli associati e dei terzi».

La formulazione dell'approvata legge delega, invece, più opportunamente, elenca detti principi come ispiratori del solo Codice del Terzo settore, riservando alla revisione del codice civile una più snella previsione volta ad «assicurare il rispetto dei diritti degli associati, con particolare riguardo ai diritti di informazione, partecipazione e impugnazione degli atti deliberativi, e il rispetto delle prerogative dell'assemblea, prevedendo limiti alla raccolta delle deleghe» (art. 3 lett. c), ed è stata epurata del richiamo al principio di democraticità che connota certamente gran parte dell'attuale legislazione speciale, ma della cui validità in relazione a tutti gli enti senza scopo di lucro si è ampiamente discusso, soprattutto in relazione alle associazioni non riconosciute⁶⁴.

L'assenza di specifiche finalità legislativamente imposte agli enti privi dello scopo di lucro, infatti, ha determinato l'astratta ammissibilità di enti con finalità esclusivamente egoistica, anche riservata ad un gruppo chiuso di destinatari (si pensi, così, alla discussa ammissibilità di fondazioni private di famiglia) e di associazioni

⁶⁴ F. Realmonte, Associazioni non riconosciute, in I. Irti (diretto da), Dizionario di diritto privato, vol. I, Giuffré, Milano 1980, p. 59; G. Volpe Putzolu, La tutela dell'associato in un sistema pluralistico, Giuffrè, Milano 1977, p. 95; M. Basile, Gli enti di fatto, in P. Rescigno (a cura di), Trattato di diritto privato, vol. II, 1, Utet, Torino 1999, p. 499; M. Eroli, Le associazioni non riconosciute, Jovene, Napoli 1990, p. 86; Id., Convocazione dell'assemblea delle associazioni non riconosciute ed intervento giudiziale, in Giur. it., (1990), I, 2, p. 353; F. Ferrara Sr., Le persone giuridiche..., cit., spec. p. 77; A. Zoppini, Le fondazioni..., cit., p. 99; M.V. De Giorgi, Tra legge e leggenda..., cit., p. 509; D. Rubino, Le associazioni non riconosciute..., cit., p. 90; F. Galgano, Delle associazioni non riconosciute..., cit., p. 37.

(non riconosciute) organizzate in forma oligarchica⁶⁵, costituendo quest'ultima forma organizzativa, secondo un'ampia dottrina⁶⁶, un aspetto fisiologico e non patologico degli enti di fatto. La democraticità, rilevata da taluni⁶⁷ come tema di discussione esclusivamente italiano, e variamente correlata al metodo collegiale e ai principi maggioritario, di porta aperta, di voto capitario e di parità di trattamento, è stata ritenuta connaturata al solo modello dell'associazione riconosciuta e, successivamente, è stata recepita come principio cardine della legislazione fiscale in materia di O.n.l.u.s. e di alcuni enti speciali. La normazione speciale, infatti, ha da sempre sotteso l'idea che un ente democratico corrispondesse ad un modello organizzativo maggiormente idoneo a tutelare lo svolgimento della personalità degli individui in relazione ad interessi considerati particolarmente meritevoli di tutela. La parziale compressione dell'autonomia statutaria, determinata dall'obbligo di clausole

_

⁶⁵ A tal fine M. Basile, L'intervento dei giudici nelle associazioni, Giuffrè, Milano 1975, pp.191, 193, ha osservato come «sul piano del diritto civile (...) la normativa costituzionale si traduce nell'attribuzione ai privati della massima autonomia, in primo luogo in ordine alla determinazione della causa dell'atto costitutivo e dell'ordinamento interno» che trova ulteriore conferma nel dettato costituzionale che prevede moduli di democraticità interna ai sindacati esclusivamente ai fini della registrazione e non già per la loro valida costituzione ed esistenza. Secondo tale orientamento «il contratto di associazione può (..) essere caratterizzato dalla previsione di una struttura prevalentemente personalistica o prevalentemente corporativa, chiusa o aperta, oligarchica o più sensibile alle istanze provenienti dalla base, estremamente semplice o molto complessa», richiamandosi a tal fine l'esempio «di alcune associazioni costituitesi per combattere alcune gravi malattie nelle quali gli associati non partecipano affatto alla vita dell'associazione se non mediante la corresponsione dei contributi mentre l'appartenenza agli organi direttivi è regolata da un rigido meccanismo di cooptazione»: così M. Eroli, Le associazioni non riconosciute..., cit., p. 169.

All'opposto, l'inderogabilità del principio di democraticità interna è stata sostenuta con varie argomentazioni: quale implicita conseguenza della necessaria presenza dell'organo assembleare giacché «l'assoggettamento dell'associazione ad un potere decisionale che non esprim(e) la volontà degli stessi associati, costituirebbe violazione del principio di eguaglianza reciproca» (C.M. Bianca, Le autorità private, Jovene, Napoli 1977, p. 16); quale conseguenza dell'interpretazione sistematica della Costituzione, ritenendo non ammissibili associazioni che derogano alle norme che assicurano protezione dell'individuo all'interno dei gruppi poiché si riconosce meritevolezza di tutela solo alle associazioni «che consentono la realizzazione del pieno sviluppo della personalità dell'uomo, nel rispetto della sua dignità» (P. Perlingieri, La personalità umana nell'ordinamento giuridico, Esi, Napoli 1982, p. 145); quale conseguenza della natura contrattuale degli enti privi di personalità giuridica, dovendosi applicare a quest'ultimi, in via diretta, le norme individuate come imperative nel capo previsto per le associazioni riconosciute (F. Galgano, Delle associazioni non riconosciute..., cit., passim).

In una posizione intermedia, è stato rilevato come la derogabilità del principio di democraticità interna debba arrestarsi avanti ad «uno zoccolo minimo di dialettica democratica» giacché, in assenza di esso, ci si imbatterebbe di fronte «non ad un'associazione, ma ad un'impresa, individuale o collettiva a seconda dei casi, nei confronti della quale i c.d. soci o membri altro non sono che "contraenti", che da quella si procurano determinati servizi» (D. Vincenzi Amato, Associazioni e tutela dei singoli, Jovene, Napoli 1984, p. 184).

⁶⁶ G. Volpe Putzolu, *La tutela dell'associato...*, cit., p. 95; M. Basile, *Gli enti di fatto...*, cit., p. 499; M. Eroli, *Le associazioni non riconosciute...*, cit., p. 86.

⁶⁷ V. Tondi Della Mura, Vecchie tendenze e nuovi orientamenti legislativi e costituzionali in tema di enti non profit, in Non profit, (1997), p. 286.

a salvaguardia della democraticità, si è variamente atteggiata quale contraltare di un meccanismo di salvaguardia e valorizzazione del ruolo del singolo all'interno delle formazioni sociali, che maggiormente preserva dal rischio di autoreferenzialità dell'ente stesso e di compromissione di taluni possibili interessi in capo ai singoli associati⁶⁸. La legge delega conferma la predetta impostazione e prevede che i modelli organizzativi degli Enti del Terzo settore debbano essere conformi ai principi di democrazia, eguaglianza, pari opportunità, partecipazione degli associati, limitando, invece, la linea di intervento sul codice civile a previsioni di protezione e valorizzazione dei diritti degli associati.

L'art. 3 lett. c), in commento, costituisce l'unica previsione della legge delega connessa agli ordinamenti interni degli enti del libro I e, discorrendo unicamente di associati e di assemblea, esclude, dunque, un qualsiasi intervento in relazione a fondazioni o comitati. La formulazione appare, poi, in parte ambigua: la legge delega, infatti, diversamente da altri progetti di riforma⁶⁹ che prevedevano espresse indicazioni per ciascuna tipologia di ente, non identifica la natura dell'ente in relazione al quale indirizzare la revisione. In altre parole, indicando che debba essere previsto il "rispetto delle prerogative dell'assemblea", l'articolo non fornisce elementi in relazione alla sottesa (e assai dibattuta) questione se anche le associazioni non riconosciute debbano essere dotate di tale organo e se, dunque, anche per tali enti, debba sussistere un nucleo di materia di competenza inderogabile dell'assemblea.

In assenza di una espressa presa di posizione del legislatore, a fronte di una giurisprudenza che non ha mai davvero preso posizione sul punto se non in incisi che non permettono, tuttavia, di poter affermare la proclamazione indiscussa del principio e data, al contempo, l'importanza da sempre assunta dagli enti di cui all'art.

⁶⁸ In relazione al rischio di autoreferenzialità dell'ente in un sistema che accanto all'economia di mercato vede il sorgere in un'economia sociale, si vedano già le osservazioni di D. Vincenzi Amato, Associazioni..., cit., spec. pp. 4 ss.

⁶⁹ Così, per esempio, gli artt. 4 e 5 della proposta di legge 1650/2006 o gli artt. 5 e 6 della proposta di legge 3683/2010.

36 c.c., quale modello che meglio esprimendo l'autonomia dei privati si adatta maggiormente alle esigenze degli operatori del settore, sarebbe auspicabile che l'intervento attuativo si limitasse a prevedere le materie riservate all'organo assembleare ove esistente per obbligo normativo ovvero per volontaria previsione statutaria. Come a dire che ben possono esistere enti non riconosciuti oligarchici e che, non per ciò solo, risultano in contrasto con l'idea di una formazione sociale protetta dagli artt. 2, 18 e 24 Cost.; ma se il modello prescelto dall'autonomia statutaria prevede un organo assembleare, allora, il modello organizzativo interno prescelto comporta il necessario rispetto di alcune regole, tra cui, per l'appunto, le competenze inderogabili.

Come noto, nell'organizzazione di tipo corporativo, similmente a quanto avviene nel modello delle società di capitali, la volontà dell'ente si forma per mezzo dell'assemblea mentre all'organo amministrativo è attribuita una competenza ad amministrare originaria ed esclusiva⁷⁰: l'esistenza dei due organi distinti cui ricondurre separatamente le funzioni decisorie e di amministrazione comporta, dunque, la necessità di rispettare le rispettive autonome prerogative, cosicché gli amministratori risultino sottratti alle direttive dell'assemblea e siano investiti di una competenza esclusiva ad amministrare analogamente al disposto di cui all'art. 2380 bis c.c., agendo quale limite ai poteri dell'assemblea, irresponsabile di per sé ma che, per contro, agirà in termini di "politica" dell'ente e di controllo potendo revocare l'incarico degli amministratori e, altresì, esperire l'azione di responsabilità sociale nei confronti di questi ultimi per il loro operato.

L'organizzazione di tipo corporativo e la netta ripartizione di competenze tra assemblea e amministratori, comporta, inoltre, alcuni riflessi in termini di materie su cui necessariamente l'assemblea deve essere competente, come sottolineato dalla stessa legge delega. L'individuazione del "nucleo duro" di materie inderogabili

-

⁷⁰ F. Galgano, Delle associazioni non riconosciute..., cit., passim.

appare di non difficile soluzione, alla luce della costante interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, anche relativamente alle associazioni non riconosciute: risultano, così, inderogabili – e, conseguentemente, nulle le clausole che le escludono - le deliberazioni riguardanti la nomina e la revoca degli amministratori e le relative azioni di responsabilità; la competenza in tema di approvazione del bilancio; e, quali materie che costituiscono l'essenza del fenomeno associativo, l'estinzione dell'ente, la devoluzione del suo patrimonio e le modifiche statutarie. Da ultimo, dovrebbero risultare materia inderogabile anche la deliberazione di scissioni, fusioni e trasformazioni, non più solo verso fenomeni societari ma anche dirette tra gli stessi enti di libro I, in coerenza con quanto previsto dalla lett. e) dell'art. 3 della legge delega.

Le prerogative dell'assemblea sono, dunque, tali, da un lato, in ragione dell'equilibrio tra poteri e controlli del sistema corporativo ex se; dall'altro, in ragione di un'inderogabile sistema di tutela per il singolo associato che ritenga lesi i suoi diritti. In definitiva, l'assemblea è intesa come luogo fisico di incontro, dibattito e formazione della volontà dell'ente, tanto che la legge delega impone di fissare un limite quantitativo alla raccolta delle deleghe, attraverso le previsioni di una norma analoga a quella prevista a quella dell'art. 2372 c.c. per le società cooperative. È sulla base di tali presupposti, infatti, che la legge delega discorre di assicurare il diritto informazione e partecipazione degli associati.

Confermata l'inderogabilità dell'art. 20 c.c. in relazione all'obbligatorietà delle convocazioni dell'assemblea per l'approvazione del bilancio, quando esista una necessità obiettiva ovvero quando almeno un decimo degli associati lo richieda, il diritto di partecipazione trova un'importante declinazione nell'inderogabilità al diritto di voto.

Mentre gli enti del libro V appaiono incentrati sul meccanismo del contratto associativo chiuso e sul perseguimento di uno scopo di lucro in senso soggettivo ed il diritto di voto è strettamente connaturato al numero di azioni o quote – e dunque

di capitale – possedute da ciascun socio; diversamente, nel fenomeno associativo, per sua natura aperto⁷¹ a quanti possiedono i requisiti stabiliti nell'atto costitutivo essendo volto al perseguimento di un interesse di serie o di categoria, l'elemento personale appare essenziale ed il voto deve essere riconosciuto in capo a ciascun associato, per evitare che il potere di disporre degli interessi comuni sia rimesso ad un potere economico.

La necessità di preservare la logica di governo dell'associazione attraverso la tutela dell'interesse di categoria, che non è interesse economico giacché caratterizzante è l'assenza del fine di lucro, implica necessariamente, quale contraltare, una pariteticità di rilevanza tra gli associati.

Un simile principio deve, tuttavia, oggi confrontarsi con realtà anche di notevoli dimensioni e sempre più strutturate e con le moderne forme di tecnologia, sia sotto il profilo della modalità di voto sia in relazione al maccanismo della rappresentanza indiretta.

Con riferimento al primo, dovrebbero ammettersi il voto per corrispondenza o in via elettronica e il voto per *referendum*⁷² subordinatamente alla condizione che i mezzi medesimi consentano di verificare l'identità del soggetto votante e la corrispondenza dell'unicità di voto al soggetto aderente all'ente. Un effettivo diritto di partecipazione, infatti, non trova un limite, bensì nuove potenzialità negli suddetti

⁷¹ Ampiamente F. Galgano, *Delle associazioni non riconosciute...*, cit., spec. pp. 48-59.

⁷² Cons. Stato, 15 febbraio 2006, n. 611, in Foro it., (2006), III, c. 433; Trib. Chieti, 15 luglio 1991, in Giur. merito, (1993), p. 1308; App. Milano, 31 maggio 1991, in Foro it., (1992), I, c. 924, con commento di S. Toffoli, Associazioni non riconosciute: autonomia organizzativa e metodi di votazione tra principi costituzionali e modelli legali; Pret. Parma, 25 gennaio 1991, in Giur. it., (1992), I, 2, c. 259, con commento di C. Ferrero, Schede prestampate, voto per corrispondenza e principio di uguaglianza nelle grandi associazioni a partecipazione diffusa; Trib. Milano, 11 luglio 1988, in Società, (1988), p. 1261; Pret. Novara, 18 marzo 1986, in Foro Pad., (1986), I, p. 459, con commento di M. Galli, La scheda del pretore ovvero la democrazia assembleare, i diritti dei soci e l'interesse sociale; Trib. Roma, 24 luglio 1967, in Giur. it., (1968), I, 2, c. 464, con commento di G. Branca, In tema di associazioni non riconosciute, di assemblea, di modificazioni statutarie, in relazione alla legittimità di una votazione mediante referendum.

Si v., in dottrina, A.C. Jemolo, *In tema di associazioni*, in Aa. Vv., *Studi in memoria di Guido Zanobini*, vol. V, Giuffré, Milano 1965, p. 330; G. Branca, *In tema di associazioni non riconosciute, di assemblee, di modificazioni statutarie*, in *Giur. it.*, (1968), I, 2, c. 463 (in commento a Trib. Roma, 24 luglio 1968).

⁷² F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Cedam, Padova 2010, pp. 254, 255.

meccanismi di voto, analogicamente a quanto disposto dall'art. 2538, ultimo comma, c.c. per le società cooperative, soprattutto nelle associazioni di massa e di grande dimensioni numeriche o territoriali ove «l'eccezionale numero dei partecipanti e la loro residenza in sedi periferiche può rendere, in pratica, estremamente difficoltoso l'intervento in assemblea, nonché un ordinato svolgimento della discussione e della votazione, incidendo così negativamente sullo stesso esercizio del diritto di voto dell'associato»⁷³.

Del pari, il diritto di partecipazione ben può trovare declinazione nel meccanismo della rappresentanza indiretta, in enti con articolazioni periferiche così come nelle associazioni complesse e parallele⁷⁴. Così, a fianco del riconoscimento delle assemblee separate, già disciplinate, per consentire una partecipazione più attiva degli associati in enti con base sociale ampia e diffusa sul territorio, dovrebbero riconoscersi meccanismi di democrazia indiretta in cui il singolo associato concorre con la sua volontà alla designazione dei componenti che formeranno l'assemblea dell'associazione di livello superiore, procedendo, via via, sino alla composizione dell'organo assembleare dell'associazione ovvero della sezione apicale. La partecipazione all'assemblea dell'ente apicale, che avviene attraverso una serie di nomine, a piramide, di rappresentanti delle articolazioni di livello di più basso, risulterebbe del tutto analoga a quella oggi ammessa in tema di cooperative dall'art. 2540 c.c.⁷⁵.

Ne dovrebbe, quindi, conseguire, sia in relazione agli enti con articolazioni periferiche sia a quelli multilivello, un sistema di impugnazione delle delibere

⁷³ App. Milano, 31 maggio 1991, cit.

⁷⁴ P. Rescigno, Sindacati e partiti nel diritto privato, in Jus, (1956), p. 1 e ora in Id., Persona e comunità..., cit., p. 139; Id., Partiti politici, articolazioni interne dei partiti politici, diritto dello Stato, in Giur. cost., (1964), p. 1405; C.M. Bianca, I gruppi minori e la responsabilità dell'associazione non riconosciuta, in Riv. trim. dir. proc. civ., (1963), p. 1310 e in Aa. Vv., Studi in memoria di Tullio Ascarelli, Giuffré, Milano 1969, p. 185; D. Pettiti, Associazioni primarie, secondarie e parallele, in Aa. Vv., Studi in onore di Paolo Greco, vol. II, Cedam, Padova 1965, p. 821; G. Volpe Putzolu, In margine al problema della natura giuridica delle organizzazioni periferiche dei partiti politici, in Riv. dir. civ., (1974), II, p. 57; Più recentemente, A. Giletta, La soggettività negli enti associativi multilivello, in Nuova giur. civ. comm., (2002), II, p. 563; F. Galgano, Delle persone giuridiche..., cit., spec. pp. 196, 278; Id., Le associazioni, le fondazioni, i comitati, Cedam, Padova 1996, p. 279.

⁷⁵ Cfr. ampiamente E. Cusa, Sub art. 2540 c.c., in E. Gabrielli (diretto da), Commentario del codice civile, Utet, Torino 2014, pp. 360 ss.; Id., La nuova disciplina delle assemblee separate, in Riv. dir. priv., (2004), p. 799.

differenziato: nel caso in cui le delibere dell'ente locale hanno ad oggetto questioni connesse alla vita dell'associazione locale stessa esse risulteranno autonomamente impugnabili; all'opposto, le altre deliberazioni dovranno essere impugnate congiuntamente a quelle dell'ente o dell'articolazione apicale, in quanto fasi di un procedimento deliberativo complesso, in cui solo la decisione dell'assemblea generale «esprime quell'unica volontà che, (..) manifestata attraverso il voto dei delegati, rappresenta la volontà sociale»⁷⁶.

L'effettività della partecipazione, infine, passa attraverso il diritto di informazione dell'associato, garantito sia attraverso una corretta convocazione dell'assemblea che consenta di conoscere l'oggetto della discussione assembleare, sia attraverso la previsione di un diritto di accesso ai libri sociali e, in particolare, al libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'organo amministrativo e ai documenti contabili, nei limiti di un atteggiamento che non integri ostruzionismo e senza aggravio di costi per l'ente stesso.

Profilo connesso alla patologia del meccanismo corporativo, che la legge delega richiama espressamente, è l'impugnazione degli atti deliberativi dell'assemblea. Mentre risulta pacifico che siano viziati da nullità quegli accordi associativi che non riconoscessero al singolo il diritto di ricorrere al giudice avverso una delibera se in contrasto con la legge, con l'atto costitutivo o con lo statuto⁷⁷, ovvero una delibera immotivata di esclusione (con il limite della sindacabilità circa l'opportunità del provvedimento), ovvero ancora di rinuncia al diritto di recesso *ex* art. 24 c.c., quale espressione della liberta negativa di associazione, tutelata dall'art. 18 Cost., non altrettanto pacifico risulta, in assenza di un chiaro dato normativo, il termine entro il quale l'associato può impugnare la delibera. Se la dottrina,

⁷⁶ Così, Cass., 21 ottobre 1955, n. 3398, in *Dir. fall.*, (1956), II, p. 112. In termini analoghi anche Cass., 18 novembre 1967, n. 2777, in *Riv. dir. comm.*, (1968), II, p. 35.

⁷⁷ Con i limiti operanti per le delibere in ambito societario e, dunque, limitatamente alla legittimità dell'atto e non anche al merito della delibera, salvo, che non costituisca espressione di abuso del diritto della maggioranza o sia adottata per il perseguimento di interessi diversi da quelli associativi. In tal senso, Trib. Milano, 10 aprile 1972, in *Giur. it.*, (1973), I, 2, c. 206.

riconosciuta pacificamente la natura contrattuale degli enti di fatto, ha ritenuto applicabile il termine ordinario quinquennale⁷⁸ previsto per le azioni di annullamento⁷⁹, giudicando l'art. 2377 c.c. una norma speciale, i decreti attuativi potrebbero costituire l'occasione per prevedere un termine di impugnativa certo e più in linea con la mutata realtà degli enti del libro I. Il termine quinquennale mal pare adattarsi alle esigenze di celerità e certezza dei traffici economici, divenuti oggi centrali anche nelle realtà associative e risulterebbe più opportuno prevede un termine di novanta giorni per impugnare le delibere, come avviene nelle società per azioni e, per espresso richiamo normativo, anche alle società cooperative.

Da ultimo, i diritti degli associati si declinano anche nell'adesione e nel recesso.

Il tema è particolarmente noto anche alla giurisprudenza che con un continuo lavorio ha cesellato le norme codicistiche, soprattutto in relazione all'applicazione analogica per le associazioni non riconosciute.

Con riferimento al diritto di adesione, in particolare, poche sono le osservazioni che possono muoversi, senza che ciò debba declinarsi in alcuna modifica codicistica. Come noto, infatti, il fenomeno associativo si caratterizza per l'ingresso di nuovi soggetti senza alcun limite, prescindendo dall'uscita di altri associati o dalla riduzione partecipativa di alcuni di essi (come, invece, avviene nelle società di capitali) e indipendentemente da una preventiva deliberazione assembleare in favore dell'allargamento dei propri membri (come avviene nelle società di persone), senza che, tuttavia, in capo all'aspirante aderente si posso configurare un

⁷⁸ Così Cass., 17 marzo 1975, n. 1018, in *Rep. Foro it.*, (1975), voce *Persona giuridica*, n. 13; Trib. Palermo, 9 agosto 1985, in *Società*, (1985), p. 1301. In dottrina si v. A. Auricchio, voce *Associazioni in generale*, in *Enc. dir.*, vol. III, Giuffrè, Milano 1958, p. 874; Id., *Associazioni riconosciute...*, cit., p. 898; M.V. De Giorgi, *Le persone giuridiche in generale, le associazioni e le fondazioni*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. II, 1, Utet, Torino 1999, p. 407. A favore invece del termine decennale, Cass., 2 marzo 1973, n. 579, in *Giur. it.*, (1973), I, 1 c. 792, con commento di M.V. De Giorgi, *In tema di delibere di associazione non riconosciuta*.

 $^{^{79}}$ Salva l'ipotesi che si tratti delle più gravi ipotesi di inesistenza della delibera per le quali vale l'imprescrittibilità della relativa azione.

diritto soggettivo⁸⁰. Proposta di adesione e accettazione rimangono, infatti, atti di autonomia privata, incoercibili e insindacabili, non ravvisandosi in capo all'associazione alcun obbligo a contrarre⁸¹ verso i portatori di interessi omogenei. Da un lato, dunque, il campo di intervento della giurisdizione civile si deve arrestare alla mera violazione delle norme procedimentali, non potendosi, invece, estendere ad un controllo di merito sulle ispirazioni ideali del gruppo; dall'altro, la necessità del rispetto del c.d. principio della porta aperta, consente di valutare in termini di nullità quelle clausole statutarie che impediscono in modo diretto ovvero indiretto l'adesione di nuovi membri, rendendo, di fatto, un'associazione in un ente a struttura chiusa. L'adesione, dunque, costituisce un mero interesse del cittadino e non necessita di alcuna declinazione codicistica, diversamente dal diritto che nasce in capo all'associato, una volta divenuto membro dell'ente, a rimenare tale ovvero a recedere.

In relazione al primo, il diritto dell'aderente si rispecchia sui provvedimenti di espulsione⁸² e sulla impugnabilità di questi. Il potere di esclusione dell'associato, subordinato alla presenza di gravi motivi, comporta la nullità delle clausole statutarie che legittimano l'esclusione *ad nutum*⁸³ (per contrarietà all'ordine pubblico e, in particolare, agli artt. 2, 18 e 24 Cost.) così come la nullità delle clausole che

.

⁸⁰ P. Rescigno, Sindacati e partiti nel diritto privato..., cit., p. 139; Id., II controllo democratico dei sindacati, in Riv. soc., (1961), p. 798; M. Basile, Gli enti di fatto..., cit., p. 291; F. Galgano, Delle associazioni non riconosciute..., cit., p. 152.

⁸¹ Trib. Roma, 11 settembre 2007, in *Foro it.*, (2007), I, c. 2922 con commento di A.M. Perrino, *In tema di partiti politici*.

⁸² M. Tuozzo, Il contratto di associazione ed i limiti al potere di esclusione dell'associati, in Obbl. e contr., (2008), p. 227.

⁸³ Trib. Napoli (ord.), 16 luglio 2003, in Giur. merito, (2004), p. 706; Trib. Torino, 15 febbraio 1996, in Società, (1996), p. 1299, con commento di M. Cupido, Esclusione ad nutum del socio di associazione non riconosciuta; App. Torino, 10 febbraio 1983, in Foro it., (1983), I, c. 1095 e in Rass. dir. civ., (1983), p. 840 con commento di P. Perlingieri, Esclusione dall'associazione non riconosciuta ed ordine pubblico costituzionale, in cui si afferma che «va annullata la delibera del consiglio direttivo di un'associazione non riconosciuta con cui, pur in conformità con una clausola statutaria, si esclude ad nutum un associato»; Trib. Torino, 4 gennaio 1982, in Giur. it., (1983), I, 2, c. 308 con commento di M. Bonazzi, Esclusione ad nutum del socio da un'associazione non riconosciuta (confermato da App. Torino, 10 febbraio 1983, cit.; Cass., 30 ottobre 1956, in Foro it., (1957), I, c. 397. In dottrina F. Ferrara Jr, in F. Ferrara Sr., Le persone giuridiche..., cit., pp. 271, 316; D. Rubino, Le associazioni non riconosciute..., cit., p. 215; A. Pavone La Rosa, Risolubilità ad nutum del rapporto associativo, in Dir. e giur., (1948), p. 310; S. Lessona, I diritti dei soci nelle associazioni private, in Riv. dir. comm., (1910), I, p. 378; B. Brugi, Le associazioni di fatto nel diritto privato, in Riv. dir. comm., (1915), I, p. 875.

comportano una rinuncia preventiva ad agire innanzi all'autorità giudiziaria contro un provvedimento di esclusione⁸⁴.

Relativamente alla seconda declinazione del diritto dell'associato - il diritto di recesso⁸⁵ - la giurisprudenza, da un lato, ha riconosciuto la nullità delle "clausole che escludono o rendano oneroso in modo abnorme il diritto di recesso"⁸⁶; dall'altro, in deroga alla previsione dell'art. 24 c.c., secondo cui il recesso ha effetto con lo scadere dell'anno in corso, purché sia fatta almeno tre mesi prima, ha riconosciuto che gli effetti del recesso debbano essere immediati ove questo sia determinato da giusta causa (in applicazione della libertà negativa di associazione)⁸⁷, ovvero quando un suo differimento può comportare una lesione dei diritti delle persona costituzionalmente protetti⁸⁸ e, dunque, incomprimibili, come avviene nelle ipotesi delle associazioni di natura politica, religiosa o ideologica in cui, ove il recesso è connesso ai valori ispiratori dell'ente stesso, il mantenimento di diritti e obblighi in capo all'associato determinerebbe una lesione del diritto di opinione⁸⁹.

⁸⁴ Trib. Roma, 28 ottobre 2013, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

⁸⁵ L. Barbiera, Inadeguata tutela della libertà di recesso dell'associato nella giurisprudenza di legittimità, in Giur. it., (1998), p. 639; A. Venchiarutti, Recedere da un'associazione: dalla "libertà di dissociazione" al recesso per "giusta causa", in Nuova giur. civ. comm., (1998), I, p. 428; G. Sileci, Recesso da una associazione, Vita not., (1993), p. 139; L. De Renzis, Recesso da associazione non riconosciuta ed obbligo del pagamento dei contributi, in Nuova giur. civ. comm., (1992), I, p. 615.

⁸⁶ Cass., 9 maggio 1991, n. 5191, in *Nuova giur. civ. comm.*, (1992), I, p. 308, con commento di An. Fusaro, *Guarentigie costituzionali e principi generali in tema di associazioni*; in *Giur. it.*, (1993), I, 1, c. 488 con commento di A. ZOPPINI, *Sul controllo di validità dell'atto recettizio da parte del destinatario*.

⁸⁷ M.V. De Giorgi, Le persone giuridiche in generale..., cit., p. 415. In giurisprudenza, Trib. Pavia, 19 febbraio 1980, in Giur. it., (1980), I, 1, c. 526; E. Cheli, In tema di libertà negativa di associazione, in Foro it., (1962), I, c. 1843; P. Ridola, Ancora in tema di libertà negativa di associazione, in Giur. cost., (1982), I, p. 333; A. Pace, Il nome delle associazioni e l'art. 18 della Costituzione, in Giur. cost., (1971), p. 1457.

⁸⁸ Trib. Trieste, 18 gennaio 2000, in *Foro it.*, (2000), I, c. 2689; Cass., 4 giugno 1998, n. 5476, in *Giust. civ.*, (1998), I, p. 2499; Cass., 14 maggio 1997, n. 4244, in *Nuova giur. civ. comm.*, (1998), I, p. 423; Cass., 9 maggio 1991, n. 5191, cit.

⁸⁹ Analoga risulterebbe la lesione nella più particolare ipotesi di differimento dell'*exit* dai c.d. enti collaterali, ossia società di servizi, strumentali agli enti associativi, in cui la sottoscrizione delle quote è imposta quale condizione per l'adesione all'ente ideale. Il recesso da un ente di natura politica, religiosa ovvero ideologica dovrebbe, infatti, determinare in capo al recedente il diritto di recedere contemporaneamente anche da altri enti in riferimento ai quali l'adesione è ovvero è stata strettamente collegata logicamente ovvero funzionalmente o strumentalmente all'adesione all'ente per il quale è stato esercitato il recesso. Sul punto si v. ampiamente L. Bertino, Recesso da associazioni di "tendenza" ed exit dalla società strumentale di capitali, in Resp. civ. prev., (2012), p. 1437B.

6. iv) L'esercizio dell'attività d'impresa stabile e prevalente e le norme applicabili

Come noto, nel silenzio del legislatore, si riteneva che gli enti del libro I non potessero svolgere attività d'impresa⁹⁰ in quanto presidiata, quest'ultima, da regime di responsabilità e pubblicità incompatibile con la disciplina di detti enti⁹¹.

Il riconoscimento della compatibilità tra enti del libro I e l'esercizio dell'attività economica è stato il risultato di due percorsi argomentativi distinti, ma strettamente intrecciati: da un lato, si è superata la delimitazione dei requisiti della nozione di imprenditore, tradizionalmente inteso quale imprenditore individuale a cui si affiancava quella di società, quale unico soggetto che potesse svolgere l'esercizio collettivo dell'attività di impresa, in parallelo al superamento del requisito delle modalità di svolgimento dell'attività stessa, ritenendosi sufficiente un metodo economico e, dunque, non preclusiva l'assenza di lucro . Dall'altro lato la scissione tra lucro oggettivo e lucro soggettivo ha consentito una più corretta ricostruzione dei rapporti tra società e associazione⁹². Dottrina⁹³ e giurisprudenza⁹⁴ hanno,

⁹⁰ C.M. Bianca, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano 1978, p. 366; G. Ragusa Maggiore, *Associazione non riconosciuta e fallimento. Alla radice del problema*, in *Dir. fall.*, (1960), I, p. 244; M. Ramat, *Fallimento dell'associazione sportiva?*, in *Foro pad.*, (1957), I, p. 253; E. Zanelli, *La nozione di oggetto sociale*, Giuffrè, Milano 1962, p. 107.

⁹¹ Si vedano le osservazioni al riguardo, ex pluribus, di A. Falzea, Brevi note sui caratteri differenziali tra associazione e società, in Giur. compl. cass. civ., (1947), III, p. 987; F. Ferrara Sr., Le persone giuridiche..., cit.,p. 202; D. Preite, Lo scopo negli enti del primo libro del codice civile: nuovi sviluppi in dottrina e giurisprudenza, in G. Ponzanelli (a cura di), Gli enti non profit in Italia..., cit., p. 286.

⁹² G.F. Campobasso, Associazioni e attività d'impresa, in Riv. dir. civ., (1994), II, p. 584.

⁹³ F. Galgano, L'imprenditore commerciale, in Id. (a cura di) Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economica, vol. II, Cedam, Padova 1978, pp. 86 ss.; Id., Delle persone giuridiche..., cit., p. 234; Id., Trattato di diritto civile..., cit., p. 276; G. Ragusa Maggiore, L'impresa nell'associazione, nella fondazione e nella cooperativa, in Vita Notar., (1981), p. 421; M. Foschini, Gruppi associativi esercenti un'impresa commerciale e fallimento, in Dir. fall., (1972), I, p. 200; G. Minervini, L'imprenditore. Fattispecie e statuti, Jovene, Napoli 1970, p. 219; G. Marasà, Forme organizzative dell'attività d'impresa e destinazione dei risultati, in Id., Contratti associativi e impresa, Cedam, Padova 1995, p. 157; Id., Le società, in G. Iudica - P. Zatti (a cura di), Trattato di diritto privato, vol. I, Giuffré, Milano 2000, p. 5; C. Pasteris, Fallimento dell'associazione non riconosciuta e responsabilità di coloro che hanno agito per essa, in Riv. dir. comm., (1956), II, p. 483; A. Cetra, L'impresa collettiva non societaria, Giappichelli, Torino 2003, p. 39; F. Ferrara Jr., F. Corsi, Gli imprenditori e la società, Giuffré, Milano 1992, p. 70; C. Prele, L'associazione non riconosciuta: rapporti con i terzi ed esercizio di attività d'impresa, in Giur. piemontese, (2007), p. 618.

⁹⁴ Cass., 14 ottobre 1958, n. 3251, in *Foro it.*, (1958), I, c. 1657; Cass., 9 novembre 1979, n. 5770 (c.d. caso "Opera Don Guanella", su cui ampiamente An. Fusaro, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Cedam, Padova 1991, p. 161), in *Giust. civ.*, (1980), I, p. 2255, con commento (critico) di P.

dunque, superato le pregresse posizioni restrittive al pari della legislazione speciale che, ammettendo implicitamente la compatibilità tra enti di libro I e attività economica⁹⁵, ne disciplina e limita esclusivamente il profilo quantitativo e, talvolta, qualitativo, esprimendosi, per esempio, in termini di "non prevalenza" nella normativa delle O.n.l.u.s.⁹⁶; di "marginalità" nella legge quadro sul volontariato⁹⁷; di "ausiliarietà e sussidiarietà" nella promozione sociale⁹⁸; di "accessorietà" nelle fondazioni musicali⁹⁹, in ragione degli specifici vantaggi di natura tributaria correlativamente previsti, nonché più genericamente di "strumentalità" nelle fondazioni bancarie¹⁰⁰. Compatibilità che trova, infine, esplicita conferma nella formulazione dell'art. 1 della legge delega ove si ammette che gli enti del Terzo settore «promuovono e realizzano attività d'interesse generale mediante forme di (...) mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi» così come, implicitamente, nell'art. 3 lett. d) ove si prevede che agli enti che esercitano stabilmente e prevalentemente attività d'impresa si applichino le norme previste dai titoli V e VI del libro V del codice civile, in quanto compatibili.

Spada, Note sull'argomentazione giuridica in tema di impresa; in Dir. fall., (1980), II, p. 279, con commento di L. Farenga, Enti di diritto privato e impresa commerciale; Cass., 17 gennaio 1983, 341, in Banca borsa tit. cred., (1984), II, p. 165. Tra le più recenti, per tutte, Cass., 8 marzo 2013, n. 5836, in Giur. it., (2014), c. 349 con commento di E. Morino, Società di fatto, associazione e scopo di lucro: un nodo gordiano ancora da sciogliere.

⁹⁵ Si supera, così, il problema della riqualificazione dell'ente senza scopo di lucro quale società di fatto: ampiamente, A. Tidu, Associazione e fattispecie dell'impresa, in Riv. dir. civ., (1986), II, p. 507 ss.; E. Loffredo, Economicità e impresa, Giappichelli, Torino 1999, pp. 161 ss.; A. Cetra, L'impresa collettiva non societaria..., cit., pp. 39 ss.; G.F. Campobasso, Diritto commerciale, 1, Diritto dell'impresa, Utet, Torino 2013, p. 79; A. Barba, Associazioni, fondazioni e titolarità di impresa, Jovene, Napoli 1996, passim; R. Di Raimo, Le associazioni non riconosciute, Jovene, Napoli 1995, p. 239; In giurisprudenza Cass. 17 gennaio 1983, n. 341, in Banca, borsa, tit. cred., (1984), II, p. 165; Cass., 14 giugno 1994, n. 5766, in Giust. civ., (1995), I, p. 187; Trib. Napoli, 6 novembre 1989, ivi, (1989), I, p. 2694.

⁹⁶ Art. 10, quinto comma, d.lgs. 460/1997.

⁹⁷ Art. 5, primo comma, lett. g), l. 266/1991.

⁹⁸ Art. 4, primo comma, lett. f), l. 383/2000.

⁹⁹ Art. 3, secondo comma, d.lgs. 367/1996.

¹⁰⁰ Art. 3, primo comma, d.lgs. 153/1999.

Così, dunque, oggi, si riconosce pacificamente che gli enti senza scopo di lucro possano svolgere attività d'impresa perché (e purché) strumentale rispetto al fine non lucrativo, anche esclusiva nel caso in cui sia di tipo erogativo¹⁰¹.

Pertanto, con la riforma il legislatore intende prendere coscienza della mutata realtà economico-produttiva degli enti senza scopo di lucro, riconoscendo nel codice civile, in via dunque generale e omnicomprensiva e non in singole leggi speciali indirizzate a limitate categorie di enti, la possibilità per gli enti del libro I di svolgere (anche in via principale) attività d'impresa: si ammette che la nozione di impresa non è solo ancorata alla produzione e alla massimizzazione del profitto e si riconosce una "biodiversità economica" in cui accanto o alternativamente all'utile oggettivo gli enti senza scopo di lucro possono creare un valore aggiunto basato su criteri diversi da quelli del profitto stesso¹⁰³.

Il dibattito, dunque, si deve spostare su quali siano le regole più opportune che il legislatore possa prevedere in un quadro di generale revisione degli enti di libro I, anche in considerazione dei risultati prodotti dalla riforma di diritto societario del 2003. Come è stato osservato - con riferimento all'impresa sociale ma valevole, più in generale, per tutti gli enti - «non vi è giurista, infatti, che non si renda conto delle conseguenze, peraltro non tutte prevedibili, derivanti dai diversi rinvii alla disciplina specifica dell'ente (soprattutto se ente del quinto libro) che ha assunto in concreto la qualifica di impresa sociale» 104 in particolar modo in relazione all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

¹⁰¹ Ampiamente, sulle attività erogative, si v. A. Fici, *Profili civilistici dell'attività erogativa delle fondazioni*, in *Scritti per la costituzione del Dipartimento giuridico dell'Università del Molise*, Arti Grafiche La Regione, Ripalimosani (CB) 2012, p. 387.

¹⁰² S. Zamagni, *Il terzo settore ora esiste*, in *Vita*, (ottobre 2016), p. 38.

¹⁰³ S. Zamagni, Economia civile come forza di civilizzazione della società italiana..., cit.; Id., Non profit come economia civile..., cit.

¹⁰⁴ A. Bova, *La disciplina dell'impresa sociale*, in A. Bova-D. Rosati, *Il terzo settore e l'impresa sociale: sostegni o sfide per il* welfare state?, Apes, Roma 2009, spec. p. 121.

A tal riguardo, non è mancato chi¹⁰⁵, osservando come sia proprio quello in questione il profilo più innovativo e che maggiormente necessita di revisione, ha argomentato circa l'opportunità di prevedere, all'interno del codice civile, un'apposita sezione dedicata all'attività economica esercitata dagli enti senza scopo di lucro, lasciando peraltro invariate le restanti norme che nel rapporto tra autonomia privata e interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali hanno trovato un opportuno equilibrio.

Occorre preliminarmente osservare che, diversamente da altri progetti di riforma degli enti senza scopo di lucro, la legge delega non dedica nessun puntuale riferimento all'attività economica ex se, prevedendo solamente all'art. 3 lett. d) che «alle associazioni e alle fondazioni che esercitano stabilmente e prevalentemente attività d'impresa si applichino le norme previste dai titoli V e VI del libro quinto del codice civile, in quanto compatibili, e in coerenza con quanto disposto all'articolo 9, comma 1, lettera e)».

Riconosciuta implicitamente la possibilità per tutti gli enti del libro I di svolgere attività d'impresa, la formulazione della norma pone non pochi problemi interpretativi. Questione da sempre centrale¹⁰⁶, è stata l'applicabilità, nel silenzio del codice civile, dell'art. 2201 c.c., norma prevista per gli enti pubblici, anche agli enti senza scopo di lucro in ragione della somiglianza degli scopi perseguiti. Buona parte della giurisprudenza¹⁰⁷, accogliendo la teoria proposta dal compianto Francesco

¹⁰⁵ M.V. De Giorgi, Terzo settore, verso la riforma..., cit., p. 1446.

¹⁰⁶ La teoria di W. Bigiavi, La professionalità dell'imprenditore, Cedam, Padova 1948, pp. 86 ss., poi abbandonata in Id., Vicende giudiziarie di Nomadelfia, in Giur. it., (1953), IV, p. 29, è stata ripresa da F. Galgano, Delle associazioni non riconosciute..., cit., p. 100; Id., L'imprenditore commerciale..., cit., p. 87; Id., Il fallimento delle associazioni (e delle fondazioni), in Id. (a cura di), Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia, vol. X, Cedam, Padova 1978, p. 137; Id., Le associazioni, le fondazioni, i comitati..., cit., pp. 40 ss. Cfr. altresì M.V. De Giorgi, Persone giuridiche, associazioni e fondazioni, in P. Rescigno (diretto da), Trattato di diritto privato, vol. II, Utet, Torino 1982, pp. 222 ss.; M. Eroli, Le associazioni non riconosciute..., cit., p. 91; G. Ragusa Maggiore, I presupposti del fallimento, Il soggetto, Cedam, Padova 1984, p. 196.

¹⁰⁷App. Genova, 14 dicembre 2013, in mmw.ilcaso.it; Cass., 19 giugno 2008, n. 16612, in Dir. Eccl., (2008), I, p. 731; App. Firenze, 20 agosto 2008, in Foro tosc., (2008), p. 263; Cass., 20 giugno 2000, n. 8374, in Fall., 2001, p. 699; Trib. Torino, 27 marzo 1997, in Giur. piem., (1997), p. 288; Cass., 6 settembre 1995, n. 9395, in Giur. it., (1996), I, 1, c. 590; Trib. Milano, 17 giugno 1994, in Foro it., (1994), I, c. 3544 con commento di G. Ponzanelli, Fondazione d'impresa, fallimento, e mondo «non profit»; Trib. Treviso, 25 marzo 1994, in Dir. fall., (1995), II, p. 719 con commento di D. Di Gravio, Le associazioni non riconosciute tra il fallimento e la liquidazione

Galgano, ha così statuito che le norme connesse allo statuto dell'imprenditore fossero ritenute applicabili agli enti senza scopo di lucro solo ove questi svolgessero attività commerciale in via esclusiva o principale.

Il principio espresso dalla legge delega, però, non sembra risolvere la questione, pur discorrendo di attività stabile e prevalente, giacché i riferimenti normativi di cui richiama l'applicabilità non attengono alle norme sugli statuti dell'imprenditore (generale e commerciale).

Ne consegue, sotto un primo profilo, che la prescrizione relativa all'attività economica non fornisce indicazioni circa il criterio a cui subordinare l'applicazione dello statuto dell'imprenditore, giacché le relative norme risultano escluse dai richiami normativi della legge delega. Il rinvio effettuato è al diritto societario - e, dunque, al soggetto - e non al diritto dell'impresa, e, dunque, all'attività.

Viene, quindi, da chiedersi se la legge delega faccia riferimento ai modelli di *governance* societaria nella loro interezza, ponendosi in tal caso un'ampia autonomia di scelta circa il modello societario a cui fare riferimento in assenza di più stringenti criteri e lasciando un vuoto di previsione per gli enti che svolgono attività d'impresa in modo non stabile e non prevalente.

Ad una portata più limitata dell'indicazione legislativa in questione potrebbe indurre l'inciso finale, «in coerenza con la lettera e) dell'art. 9», lettera dedicata espressamente ai regimi fiscali e contabili, conducendo ad una attuazione circoscritta alle sole regole di contabilità.

ordinaria; Cass., 18 settembre 1993, n. 9589, in Giust. civ., (1994), I, p. 65, con commento di G. Lo Cascio, La dichiarazione di fallimento dell'associazione non riconosciuta e degli associati; in Dir. fall., (1994), II, p. 436, con commento di G. Ragusa Maggiore, Associazione non riconosciuta e fallimento. Alla radice del problema; in Fallimento, (1994), p. 151, con commento di V. Napoleoni, Il fallimento delle associazioni non riconosciute; in Riv. dir. impr., (1996), p. 147, con commento di C. Fiengo, Società e associazione; in Nuova giur. civ. comm., (1995), I, p. 309, con commento di A. Porrari, I requisiti per la dichiarazione di fallimento nell'ipotesi di enti collegati; Cass., 17 gennaio 1983,

n. 341, in *Banca borsa tit. cred.*, (1984), II, p. 165; Cass., 9 novembre 1979, n. 5770, cit.

Diversamente, una lettura più ampia, non imporrebbe al legislatore delegato solamente di individuare il modello ovvero i modelli societari di riferimento, ma comporterebbe, ancor prima, la necessità di stabilire il rapporto di compatibilità tra i modelli di regolamentazione delle società ed il principio di porta aperta, di non discriminazione, di democraticità, tipicamente assente negli enti di libro V e, tuttavia, strettamente caratterizzante le associazioni e, più in generale, gli enti senza scopo di lucro "speciali", secondo le previsioni delle specifiche normative (si pensi così al requisito di democraticità previsto in materia di O.n.l.u.s.¹⁰⁸, di volontariato e di associazioni di promozione sociale). Si tratta, infatti, di modelli che se certamente hanno registrato un innegabile avvicinamento, trovano, per converso, una diversità strutturale insuperabile nel rispettivo valore del voto, derivante dal capitale nell'un caso, dalla partecipazione ex se degli associati, nell'altro. Un'applicazione incondizionata di un modello societario agli enti senza scopo di lucro potrebbe comportare, quindi, delle derive anche di tipo oligarchico di enti tradizionalmente ancorati al principio di democraticità interna e del quale se ne è lungamente discussa la vigenza anche per le associazioni prive di personalità giuridica.

A ben vedere, è l'esercizio dell'attività d'impresa di per sé, a prescindere dalla stabilità e prevalenza, che necessita di regole a garanzia dei terzi e dei creditori (oltre che degli associati); di norme di organizzazione interna dell'ente con presenza obbligatoria di alcuni organi di controllo; di regole di responsabilità degli amministratori correlate alla salvaguardia del patrimonio.

La declinazione di tali esigenze non dovrebbe, allora, essere connessa all'esercizio di un'attività d'impresa in modo stabile e prevalente, ma all'esercizio dell'attività economica in quanto tale. Anche sulla base della nozione di impresa elaborata in seno all'Unione Europea incentrata sull'attività economica più che sul soggetto che la esercita, rispetto a cui sono emblematiche le pronunce della Corte

¹⁰⁸ M. Balzano, *Democraticità dell'organizzazione delle Onlus*, in G. Marasà (a cura di), *La disciplina degli enti* non profit, Utet, Torino 1998, p. 103.

Europea di Giustizia in tema di partecipazione a gare d'appalto e servizi pubblici¹⁰⁹, risulterebbero più coerenti le osservazioni di quella dottrina¹¹⁰ che già in anni passati rilevava l'eccezionalità dell'art. 2201 c.c. e l'impossibilità di una sua applicazione analogica, riconoscendo l'applicabilità dello statuto (generale e speciale) dell'imprenditore ogniqualvolta l'ente svolge attività economica, sia essa in via principale (pur sempre strumentale rispetto al fine istituzionale) ovvero secondaria, in presenza del requisito della professionalità di cui all'art. 2082 c.c. e della stabilità dell'organizzazione, già adottato nel decaduto progetto di riforma della c.d. Commissione Rovelli¹¹¹.

Una scelta di tal tipo consentirebbe di escludere, comunque, dall'applicazione delle norme dello statuto dell'imprenditore quegli enti che svolgono attività economica di carattere periodico e non stabile ovvero solo occasionale e, al tempo stesso, non altererebbe gli approdi relativi all'esclusione delle qualifica imprenditoriale e all'esclusione della fallibilità per gli enti senza scopo di lucro

-

¹⁰⁹ Corte di Giustizia, C-305/08, 23 dicembre 2009 (CoNisma); C- 357/06, 18 dicembre 2007 (Frigerio); nello stesso senso Cons. Stato, 16 giugno 2009, n. 3897, in Urb. e app., (2009), p. 1321, con nota di S. Usai, La partecipazione delle fondazioni alle gare d'appalto ("i soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni, possono soddisfare i requisiti necessari per essere qualificati come operatori economici, attese la personalità giuridica che le fondazioni vantano e la loro capacità di esercitare anche attività di impresa, qualora funzionali ai loro scopi e sempre che quest'ultima possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico" e il parere dell'Autorità di Vigilanza n. 119 del 22 ottobre 2009. Significative, altresì, le pronunce della Corte di Giustizia C 113/2013, 11/12/2013 (Spezzino) e C 50/2014, 28 gennaio 2016 (Piemonte).

Spada, Note sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa, in Giust. civ., (1980), I, p. 2270; L. Farenga, Enti di diritto privato e impresa commerciale..., cit., p. 279; Id., Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società e fallimento, in Dir. fall., (1981), I, p. 222; G. Pellegrino, Il fallimento dei gruppi associativi, Cedam, Padova 1986, p. 73; A. Genovese, La nozione giuridica dell'imprenditore, Giuffré, Milano 1990, p. 229; D. Vittoria, Gli enti del primo libro del codice civile, l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma, in P. Rescigno (a cura di), Le fondazioni in Italia e all'estero, Cedam, Padova 1989, p. 107; Id, L'indole impropria dell'impresa non profit, in Dir. e giur., (2002), p. 15; G.F. Campobasso, Associazione e attività d'impresa, Riv. dir. civ., (1994), II, p. 581; G. Tamburrino, Persone giuridiche..., cit., p. 426; P. Morandi, La fallibilità degli enti non profit, in Contr. impr., (1998), I, p. 346; A. Cetra, L'impresa collettiva non societaria..., cit., p. 66; S. Gatti, L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare, in Riv. dir. comm., (1980), II, p. 108; An. Fusaro, L'associazione non riconosciuta..., cit., p. 148; Id., I fallimenti nel settore non profit e la repressione degli abusi. Confronto con il modello francese, in Dir. fall., (1995), II, p. 1250; A. Zoppini, Le fondazioni, cit., p. 176.

¹¹¹ Art. 13 dello schema di decreto di legge elaborato dalla Commissione Rovelli - per la revisione sistematica del diritto commerciale (13 aprile 1999) - Relazione e articolato in materia di revisione del Libro I, Titolo II del Codice civile. Si v. in particolare C. Granelli, *Attività d'impresa ed enti del libro I del codice civile: progetti di riforma*, in V. Zambrano (a cura di), Non profit, *persona e mercato...*, cit., p. 60.

detentori di partecipazioni, anche di controllo, in società commerciali (o *post* riforma, anche in enti del Terzo settore produttivi) ove si «*limitino a riutilizzare i proventi dell'attività imprenditoriale di un soggetto distinto, anche se collegato o collaterale*»¹¹², essendo, per converso, necessario che il cd. socio-*holding* svolga un'attività negoziale propria e ulteriore e produca risultati aggiuntivi rispetto a quelli della società controllata.

Un simile approccio sarebbe stato preferibile, anche per evitare incentivi all'abuso delle forme giuridiche, in un'ottica di tutela del terzo. Quest'ultimo, a fronte dell'esercizio di una medesima attività economica, beneficerebbe, per esempio, dalle forme di pubblicità derivanti dall'iscrizione del registro delle imprese ove l'ente svolgesse attività stabile e prevalente; diversamente, ove si trattasse di un'associazione non riconosciuta che esercitasse attività economica secondaria, il terzo non godrebbe di alcuno strumento di consultazione per conoscere gli estremi giuridici del soggetto con cui intraprende trattative e conclude contratti; non avrebbe possibilità di adempiere al suo onere di verifica degli effettivi poteri di rappresentanza della persona fisica che agisce in nome e per conto dell'ente; non godrebbe di accesso sicuro a dati, quali la sede dell'ente ove poter eventualmente notificare atti giudiziali, per il sol fatto che l'attività economica si atteggerebbe come non principale, anche se di notevoli dimensioni.

La diversa ricostruzione dottrinale in favore della necessità che l'attività economica si atteggi come esclusiva ovvero principale sembrerebbe, infatti, risentire della vecchia visione degli enti del libro I come soggetti dediti esclusivamente alla beneficienza e all'assistenza, con uno svolgimento di attività economica non sono limitata dal punto di vista quantitativo, ma anche e soprattutto dimensionale. La prassi odierna (si pensi al fenomeno delle associazioni e fondazioni-holding) dimostra come, anche ove l'attività economica si atteggi quale secondaria, il dato

¹¹² Cass., 18 settembre 1993, n. 9589, cit., ma così già Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439 (c.d. sentenza Caltagirone), in *Giur. it.*, (1990), I, 1, c. 713 e successivamente Cass., 9 agosto 2002, n. 12113, in *Giust. civ.*, (2002), I, p. 3077; Cass., 13 marzo 2003, n. 3724, in *Fall.*, (2004), p. 155.

dimensionale – sotto il profilo dell'organizzazione; dei lavoratori; dei rapporti di credito/debito; di fatturato – raggiunga livelli più propriamente tipici dei fenomeni societari¹¹³. Appare, dunque, evidente come la secondarietà dell'attività economica non equivalga a dimensioni contenute della stessa, risultando, quindi, non giustificabile un'esenzione per fondazioni e associazioni da quegli obblighi previsti dal libro V a tutela dei terzi e dalle regole dello statuto dell'imprenditore. La previsione dell'art. 2201 c.c. non sarebbe, infatti, fondata sul criterio dimensionale dell'attività economica ma, come sottolineato da autorevole dottrina¹¹⁴, troverebbe la sua *ratio* nella volontà di non appesantire ulteriormente, con obblighi pubblicitari di carattere privatistico, gli enti pubblici, già soggetti a forme di pubblicità e controllo di natura amministrativa.

La diversità tra strumentalità dell'attività economica e secondarietà della stessa parrebbe essere meglio colta dalla legge delega in relazione al Codice del Terzo settore, con riferimento al quale all'art. 4, primo comma, lett. g) si legge che risulterà necessario «definire gli obblighi di controllo interno, di rendicontazione, di trasparenza e d'informazione nei confronti degli associati e dei terzi, differenziati anche in ragione della dimensione economica dell'attività svolta» a cui si aggiungeva nella sua prima formulazione approvata dalla Camera dei Deputati anche una versione dell'allora lett. e) in cui si indicava la necessità di «definire i criteri e vincoli di strumentalità dell'attività d'impresa», in linea, come detto, con l'attuale legislazione speciale, già incentrata su un'impostazione simile.

¹¹³ Circa la sussistenza della professionalità di cui all'art. 2082 c.c. anche in ipotesi di attività secondarie si v., in particolare, G. Ferri, Manuale di diritto commerciale, Giappichelli, Torino 1991, p. 44; G.F. Campobasso, Diritto dell'impresa..., cit., p. 80; Id., Associazioni e attività di impresa, in Riv. dir. civ., (1994), II, p. 586; G. Minervini, L'imprenditore..., cit., p. 106; P. Rescigno, Fondazione e impresa, in Riv. soc., (1967), p. 840; R. Costi, Fondazione e impresa, in Riv. dir. civ., (1968), I, p. 26; S. Gatti, L'impresa collettiva non societaria..., cit., p. 88; G. Pellegrino, Il fallimento dei gruppi associativi..., cit., p. 3; A. Zoppini, Le fondazioni..., cit., p. 176; G. Marasà, Contratti associativi e impresa, Cedam, Padova 1995, p. 171.

¹¹⁴ L. Farenga, Esercizio di impresa commerciale..., cit., p. 223.

Diversa questione, ma sempre strettamente connessa al profilo dell'attività economica, è quella dei settori in cui la predetta attività può ovvero deve essere svolta.

In tal senso, ancora una volta, la prima formulazione del disegno di delega affermava tra i principi indicati dall'art. 2, primo comma lett. b), quello di «riconoscere e favorire l'iniziativa economica privata, svolta senza finalità lucrative, diretta a realizzare prioritariamente la produzione o lo scambio di beni o servizi di utilità sociale o d'interesse generale».

La produzione e lo scambio di beni o servizi era, dunque, in quella prima versione, ancorata all'utilità sociale o di interesse generale degli stessi: una simile scelta avrebbe potuto ben costituire un criterio di selezione e di limitazione delle attività che gli enti senza scopo di lucro possono intraprendere. In aggiunta alle finalità caratterizzanti l'ente, dunque, si prevedeva una sorta di limitazione di coerenza e di finalità anche dell'attività economica eventualmente svolta, riducendo, forse, anche quei possibili effetti distorsivi che il mercato subisce ove enti senza scopo di lucro si inseriscono in diretta concorrenza con enti *for profit*, beneficiando, al contempo, delle agevolazioni fiscali derivanti dalla loro natura.

Nella legge delega successivamente approvata, invece, il principio di cui sopra non è stato riproposto, non prevedendo indicazione alcuna al riguardo, tanto in relazione agli enti del libro I del codice civile, tanto in relazione agli enti del Terzo settore.

Anche con riferimento a questi ultimi, infatti, è previsto che l'attività dell'ente volta al perseguimento dello scopo istituzionale ricada nell'elenco di settori da individuarsi con i decreti attuativi – che dovrebbe consistere in una revisione dei settori individuati fiscalmente già con il decreto delle O.n.l.u.s. che ha oramai compiuto vent'anni – ma non anche che l'attività economica debba essere svolta nelle predette aree, lasciando quindi aperta la possibilità che la produzione di beni e

servizi sia esercitata anche in campi molto lontani da quelli cui il fine istituzionale è volto.

Al più, la disquisizione potrebbe essere rapportata all'opportunità di inserire limiti quantitativi ovvero qualitativi dell'attività economica per gli Enti del Terzo settore. Per gli enti di cui alle leggi speciali il problema è da sempre stato risolto in termini positivi con previsioni legislative di limitazioni tendenzialmente quantitative (così per le O.n.l.u.s. e per le A.p.s.) ma talvolta, come nell'ipotesi degli enti di volontariato, in termini sia quantitativi sia qualitativi. Non stupirebbe, dunque, che il Codice del Terzo settore possa, in un continuum, prevedere ancora simili limitazioni, in ragione della defiscalizzazione ovvero di una fiscalità agevolata di alcune attività, anche se non è mancato chi¹¹⁵ ha proposto con maggior forza innovativa nuove teorie di superamento del vecchio sistema. In particolare, valorizzando congiuntamente l'obbligo di perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e la valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli enti del terzo settore, è stata argomentata l'opportunità di eliminare ogni limite (quantitativo e qualitativo) imprenditoriale anche agli enti del terzo settore, giacché il non distribution constraint e l'obbligo di reinvestimento integrale dell'utile prodotto nello scopo istituzionale, che è, per definizione, volto al perseguimento di finalità meritorie, garantirebbe «un circolo virtuoso, perché in grado di alimentare due dinamiche macro-economiche apparentemente contrapposte. Da un lato si diminuisce la spesa pubblica, aumentando il risparmio nell'offerta di quei beni e sevizi sociali che resterebbero a carico dello Stato. Dall'altro di produce ricchezza, lavoro, benessere»116, salvi i profili di compatibilità con le regole in tema di concorrenza previste dall'Unione Europea.

All'opposto, un modello di limitazione dell'attività economica giunge, in via di autoregolamentazione, dal modello delle fondazioni bancarie, escluse dal campo di applicazione della riforma.

¹¹⁵ A. Mazzullo, Enti non commerciali. La riforma ribalta la logica, in Vita, (ottobre 2016), p. 58.

¹¹⁶ A. Mazzullo, Enti non commerciali..., cit., spec. p. 61.

L'accordo dello scorso anno siglato tra Ministero dell'Economia e delle Finanze e Acri ha, infatti, previsto limitazioni connesse ad attività economiche rischiose, speculative o che determinano grandi indebitamenti. Il Protocollo del 22 aprile 2015 ha, così, previsto regole specifiche relative alla gestione del patrimonio, all'indebitamento e alle operazioni in derivati.

Rilevando come, accanto alla più tradizionale funzione del *non profit* in termini di partecipazione dei cittadini alla vita democratica e di sensibilizzazione verso la solidarietà per i deboli, sussista un'innegabile ruolo produttivo, parrebbe, allora, opportuno - ove si volesse, innovativamente, eliminare ogni limitazione all'attività economica - prevedere un principio di ampio respiro che imponga agli enti del Terzo settore scelte gestionali prudenti ed una gestione del patrimonio che tenga necessariamente conto della particolarità dello scopo istituzionale perseguito. Non dunque, una limitazione tradizionale, ancorata a percentuali produttive ma quantomeno una limitazione qualitativa, che possa al contempo costituire criterio di responsabilità gestoria, in ragione delle peculiari finalità degli enti di Terzo settore.

6.1 (Segue): L'attività di impresa e il principio causale.

La mutata realtà degli enti senza scopo lucro che svolgono attività di impresa strumentale al perseguimento del proprio fine e le specifiche previsioni della legge delega impongono una riflessione in merito al rapporto tra attività economica ed enti del libro I alla luce di un, quanto mai attuale, principio di neutralità delle forme.

Come noto, già in anni passati la dottrina¹¹⁷ ha lungamento discusso di "tramonto dello scopo lucrativo" e della "neutralità delle forme giuridiche", evidenziando le

¹¹⁷ P. Rescigno, Fondazione e impresa..., cit., p. 812; R. Costi, Fondazione e impresa..., cit., p. 1; G. Santini, Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali, in Riv. dir. civ., (1973), I, p. 151; A.A. Carrabba, Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative, Jovene, Napoli 1994, spec. p. 65. Si v. altresì, con riferimento all'impresa sociale, più di recente, A. Zoppini, Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina dell'impresa sociale, in Riv. crit. dir. priv., (2000), p. 354; A. Santuari, L'impresa sociale: un concetto giuridico? (Sulla riforma del Libro 1 del codice civile in materia di enti non profit), in Dir. fam. e persone, (2000), p. 919. Si v. altresì, G.

incrinature del profilo causale degli enti societari ammessi a svolgere attività in assenza di distribuzione dell'utile. Il richiamo corre alle figure delle società cooperative e consortili, così come al modello della società sportiva¹¹⁸, caratterizzate dall'assenza del fine di lucro.

Per contro, come detto, si è assistito ad un progressivo avvicinamento degli enti senza scopo di lucro agli enti societari, quanto meno sotto il profilo dell'attività, riconoscendo ai primi la possibilità di compiere attività d'impresa servente al perseguimento del fine statutario, in un graduale ma definitivo riconoscimento che elemento qualificante e distintivo del fenomeno societario è solo la distribuzione degli utili e non anche l'esercizio in comune dell'attività economica.

Il quadro si è ulteriormente arricchito con l'introduzione, ad opera del d.lgs. 155/2006, dell'impresa sociale¹¹⁹, che ha per molti sancito il riconoscimento normativo del principio di neutralità delle forme, giacché la qualifica di impresa sociale può essere rivestita tanto da associazioni e fondazioni quanto da società (lucrative e mutualistiche), con la particolarità che la causa sarebbe comunque caratterizzata dal divieto di distribuzione degli utili.

Ai soggetti privati è stata, quindi, riconosciuta un'autonomia negoziale molto più ampia rispetto al passato circa la scelta della forma giuridica strumentale alla

Marasà, Le società senza scopo di lucro, Giuffrè, Milano 1984, pp. 103, 166; Id., Le società. Le società in generale, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), Trattato di diritto privato, Giuffré, Milano 2000, p. 44.

¹¹⁸ Introdotta dalla l. 91/1981, poi abrogata nel 1996, la società sportiva trova ancora spazi di autonoma esistenza nell'ambito delle società sportive dilettantistiche (l. 586/1996) giacché le l. 91/1981 e 586/1996, avendo hanno ad oggetto il fenomeno sportivo professionistico, non disciplinano completamente anche quello dilettantistico. Si è osservato, così, che non risulterebbe abrogato il d.p.r. 530/1974 a cui hanno fatto seguito le l. 398/1991; 289/2002 (art. 90); 128/2004. Si v. P. Verricuoli, Le società e le associazioni sportive alla luce della riforma (l. 23 marzo 1981, n. 91), in Riv. dir. comm., (1982), I, p. 150; G. Volpe Putzolu, Le società sportive, in G.E. Colombo, G.B. Portale (diretto da), Trattato, vol. VIII, Utet, Torino 1992, p. 301.

¹¹⁹ M.V. De Giorgi (a cura di), La nuova disciplina dell'impresa sociale..., cit., p. 3 e ivi G. Ponzanelli, Impresa sociale: le nuove frontiere del non profit, p. 10; A. Fici, D. Galletti (a cura di), Commentario al decreto sull'impresa sociale, Giappichelli, Torino 2007; E. Ginevra, L'impresa sociale: verso un'evoluzione del sistema?, in Riv. soc., (2007), p. 1239; V. Calandra Buonaura, Impresa sociale e responsabilità limitata..., cit., p. 849; G. Di Cecco, Le molte ambizioni (e gli altrettanti chiaroscuri) nella nuova disciplina dell'impresa sociale: qualche spunto ricostruttivo, in Riv. dir. impresa, (2006), p. 73; G. Bonfante, Un nuovo modello di impresa: l'impresa sociale, in Società, (2006), p. 933; A. Salatino, L'impresa sociale, in Contr. impr., (2011), p. 394; A. Antonucci, La responsabilità dell'impresa sociale, in Nuova giur. civ. comm., (2007), I, p. 20119.

realizzazione del fine prefigurato, così che la forma civilistica ha perso centralità, in quanto mutevole, in favore dell'elemento funzionale.

Una sintesi, dunque, tra libro I e libro V sotto vari profili: sotto quello causale, che vedrebbe la causa dell'impresa sociale nel modello degli enti del libro I; sotto il profilo della responsabilità patrimoniale, a metà strada tra quello delle persone giuridiche e quello dell'associazione non riconosciuta.

Tale impostazione porterebbe con sé importanti riflessi, giungendo ad attribuire al modello degli enti di cui libro V una causa duplice: di lucro (o economica nell'accezione più ampia risalente al modello francese) ovvero ideale, sino a giungere al paradosso di riconoscere nell'istituto degli "enti del libro V" un contratto a causa astratta ovvero variabile. Già negli anni Sessanta era stato, infatti, osservato come «ci si (potesse) infatti chiedere (...) se il fenomeno societario (potesse) per alcuni caratteri simili ricondursi a quello cambiario (...) oppure (potesse) quanto meno avvicinarsi a quella serie di negozi e di contratti con causa variabile (o di documenti relativi a cautiones indiscretae), in virtù dei quali talune strutture giuridiche (cessione dei crediti, contratti a favore di terzo, ecc.) possono indifferentemente e a seconda dei casi venire utilizzate dai contraenti per scopi diversi, come quello di donare, garantire, vendere, dare a mutuo, ecc. »¹²⁰.

L'impresa sociale nel 2006 ha, quindi, contribuito a porre in crisi i confini tra il libro I e il libro V, che sino all'introduzione di tale istituto parevano essere stati compiutamente tratteggiati.

Non da ultimo, anche le osservazioni formulate con riferimento alla disciplina introdotta dal d.lgs. 6/2003, secondo cui è ammesso il passaggio dalla forma societaria commerciale verso tipologie di enti non commerciali (istituto della c.d. "trasformazione eterogenea"), muovono nel senso del superamento della c.d.

-

¹²⁰ G. Santini, Tramonto dello scopo lucrativo..., cit., p. 161.

"barriera della causa". Anzi, parte della dottrina¹²¹, già *ante* 2003, propendeva nel senso della possibilità di procedere alla c.d. trasformazione eterogenea, individuandone la *ratio* giustificativa nella natura del contratto societario quale contratto plurilaterale di tipo associativo che, a prescindere dallo scopo egoistico o altruistico, poteva essere modificato, in virtù dell'art. 1322 c.c., senza alterazione della riferibilità giuridica delle pregresse situazioni.

Il sistema risulta, poi, ulteriormente complicato da una serie di previsioni contenute in testi normativi speciali¹²².

Infatti, nel percorso di una possibile ibridazione tra enti societari ed enti senza scopo di lucro, non può non considerarsi la previsione introdotta dalla legge di stabilità per il 2016¹²³ che ha effettuato il *legal transplant* della società *benefit*¹²⁴. Nate nel sistema nordamericano, esse si caratterizzano per la vocazione alla produzione dell'utile, al cui fianco «perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse» (art. 1, comma 376). Le benefit corporations si caratterizzano, dunque, per essere società a duplice finalità - di scopo di lucro e di "beneficio comune" – in cui lo scopo statutario della produzione di utili è arricchito dal risultato sociale, ambientale ed economico, che si declina nella riduzione delle esternalità negative o nella produzione di esternalità positive per l'ambiente e la comunità in cui operano. Emblematica, in tal senso,

¹²¹ Cfr. G. Marasà, Consorzi e società consortili, Giappichelli, Torino 1990, pp. 127 ss.; D. Corapi, Consorzi e società consortili: trasformabilità e partecipazione alle gare per pubblici appalti, in Riv. dir. comm., (1993), I, pp. 605 ss. e più ampiamente O. Cagnasso, La trasformazione delle società. Artt. 2498-2500, in P. Schlesinger (fondato da) e F.D. Busnelli (diretto da), Il codice civile. Commentario, Giuffré, Milano 1990, pp. 62 ss.; G. Marasà, Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi, in Riv. dir. civ., (1994), II, p. 324; M. Sarale, Trasformazione e continuità dell'impresa, Giuffré, Milano 1996, pp. 47 ss., 251 ss. e 284.

¹²² Per una riflessione di sistema, sul punto, si vedano i recenti contributi di P. Montalenti, Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica? in Analisi giur. econ., (2014), p. 47; M. Ceolin, Scopo non lucrativo e struttura degli enti: accettazione beneficiata dell'eredità e tendenze del diritto europeo, Esi, Napoli 2016, passim.

¹²³ L. 28 dicembre 2015, n. 208 (G.U. 30.12.2015).

¹²⁴ S. Corso, Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra profit e non profit, in Nuove leggi civ. comm., (2016), p. 995.

l'espressione americana coniata del c.d. schema "triple bottom line" (o 3P: people, planet, profit)¹²⁵.

La nuova previsione normativa introduce, dunque, una novità rispetto al fenomeno, sempre statunitense, delle forme di *corporate social responsability* (CSR)¹²⁶: mentre per queste ultime il perseguimento di interessi sociali è incidentale rispetto allo scopo di lucro e rimane legato a valutazioni di tipo personale e morale di chi amministra l'ente, così da non costituire parametro di valutazione della responsabilità degli amministratori, diversamente, nella *social enterprise* statunitense, cui la società *benefit* italiana si ispira, il *public benefit* è obiettivo equiparato allo scopo di lucro nello statuto costitutivo dell'ente e può, dunque, costituire standard di valutazione della gestione dell'ente.

La neutralità delle forme è stata, altresì, sottolineata richiamando l'introduzione nel nostro ordinamento delle *start up* innovative a vocazione sociale con il d.l. 179/2012, convertito con l. 221/2012¹²⁷. Le c.d. SIAVS sono società di capitali che, in presenza dei requisiti previsti per tutte le *start up* innovative¹²⁸,

¹²⁵ Per un ampio approfondimento si rimanda a L. Ventura, Benefit Corporation e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario?, in Contr. impr., (2016), pp. 1134 ss.

¹²⁶ L. Sacconi, Economia, etica, organizzazione: il contratto sociale dell'impresa, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 13; Id., CSR: verso un modello allargato di corporate governance, in Id. (a cura di), Guida critica alla Responsabilità sociale e al governo d'impresa, Bancaria, Roma 2005, p. 113; V. Buonocore, Etica degli affari e impresa etica, in Giur. comm., (2004), I, p. 181; M. Libertini, Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa, in Riv. soc., (2009), p. 1.

¹²⁷ Art. 25, quarto comma. La normativa è stata successivamente modificata dal d.l. 76/2013 in vigore dal 28 giugno 2013 e dal d.l. 3/2015 convertito in l. 33/2015 in vigore dal 26 marzo 2015.

¹²⁸ Essi sono: i) essere nuova o attiva da non più di sessanta mesi; ii) deve essere residente in Italia oppure in Stati membri dell'Unione Europea o in Stati aderenti allo Spazio Economico Europeo (Liechtenstein, Islanda e Norvegia), purché abbia una sede produttiva o una filiale in Italia; iii) presentare meno di 5 milioni di euro di fatturato; iv) non distribuire utili; v) avere come oggetto sociale esclusivo o prevalente la produzione, lo sviluppo e la commercializzazione di beni o servizi innovativi ad alto valore tecnologico; vi) non essere stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda; vii) soddisfare almeno uno dei seguenti criteri: 1. sostenere spese in ricerca e sviluppo in misura pari o superiore al 20 per cento del maggiore importo tra il costo e il valore della produzione; 2 impiegare personale altamente qualificato per almeno un terzo della propria forza lavoro ovvero in percentuale uguale o superiore a due terzi della forza lavoro complessiva di personale in possesso di laurea magistrale ai sensi dell'art. 4 del d.m. n. 270/2004; 3. essere titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa ad una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una varietà vegetale ovvero sia titolare dei diritti relativi ad un programma per

operano negli stessi ambiti dell'impresa sociale, in presenza di un divieto di distribuzione dell'utile.

Da tale breve ricostruzione apparirebbe a prima vista chiaro il trionfo della teoria della neutralità delle forme, operando una definitiva e reciproca "invasione di campo" tra enti del libro I e enti del libro V, giacché i primi possono svolgere attività economica e produrre utile (purché non distribuito ma reinvestito per il fine sociale) e i secondi operare in settori tipici degli enti senza scopo di lucro, derogando alla distribuzione dell'utile.

Il quadro d'insieme pare, tuttavia, meritare ulteriori riflessioni, anche in considerazione dei profili di innovatività che l'attuale legge delega introduce in relazione all'impresa sociale, che, si anticipa, potrebbero riportare ad un maggiore rigore del rispetto del principio causalistico.

In primo luogo, si consideri come nell'ambito della società *benefit*, il profilo causalistico resta quello tipico degli enti di libro V, giacché tali enti, seppur con modalità e gradi di intensità diversi, continuano a perseguire lo scopo lucrativo della divisione dell'utile.

Del pari, si deve rilevare come il divieto di distribuzione degli utili per le *start-up* innovative sia solo temporaneo, perdurante al massimo per quattro anni dalla data di costituzione dell'ente, e giustificato, da un lato, dall'esigenza di patrimonializzazione progressiva e fidelizzazione dei soci, dall'altro, dal riconoscimento di incentivi fiscali. Non si tratta, dunque, di un divieto strutturale e ontologico dell'ente, il quale, decorso il lasso di tempo normativamente individuato, ritorna, come da causa tipica, a distribuire utile in favore della sua compagine. Non,

elaboratore originario registrato presso il Registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore, purché tali privative siano direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa.

205

dunque, un nuovo tipo sociale¹²⁹ ma, più correttamente, come è stato osservato¹³⁰, uno "statuto speciale di impresa", che opera in relazione alla concreta connotazione dell'attività di impresa svolta.

Inoltre, secondo le attuali previsioni dell'art. 6 della legge delega, l'impresa sociale, quale ente del Terzo settore¹³¹, potrà, come oggi, assumere le forme di enti tanto di libro I quanto di libro V c.c., con la precisazione, tuttavia, che, alla regola di obbligatoria destinazione degli utili e degli avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio, potranno fare eccezione gli enti costituiti in una delle forme di cui al libro V. Questi, infatti, potranno, pur entro certe soglie, prevedere forme di distribuzione degli avanzi di gestione e di remunerazione del capitale sociale anche attraverso il rimborso al socio del capitale effettivamente versato ed eventualmente rivalutato o aumentato, tanto da essersi coniata l'espressione impresa sociale *low profit* (art. 6 lett. d).

Sul principio della mitigazione del divieto di remunerazione del capitale¹³² introdotta dal primo comma, lett. d), dell'art. 6 della legge delega, che rinvia ai limiti previsti dall'art. 2514 c.c. per le cooperative a mutualità prevalente, si sono concentrate le opposte visioni¹³³ tra quanti ritenevano non fosse opportuno un contenimento così importante al *distribution constraint*, giacché limiterebbe eccessivamente forme sociali - quali società di persone o di capitali o di società cooperativa a mutualità non prevalente - che maggiormente potrebbero essere predilette dagli imprenditori sociali o dai terzi interessati ad investimenti, sia pure socialmente orientati; e quanti, all'opposto, ritenevano opportuna una simile

.

¹²⁹ Tra i primi, in tal senso, M. Maltoni, P. Spada, L'impresa start-up innovativa costituita in società a responsabilità limitata, in www. cavererespondere.it; D. Siclari, Le società benefit nell'ordinamento italiano, in Riv. trim. dir. econ., (2016), p. 36.

¹³⁰ V. Donativi, Circolare MISE: nuove istruzioni per la modulistica Registro delle imprese e REA, in Quotidiano Ipsoa, (8 giugno 2016), consultabile in www.plurisonline.it.

¹³¹ Espressamente, in tal senso, l'art. 6, primo comma, lett. a).

¹³² L'espressione è di A. Sbardella-F.M. Silvetti, Remunerazione del capitale di rischio nell'impresa sociale, in Fisco, (2016), p. 3335.

 $^{^{133}}$ Sul punto si vedano, in particolare, gli emendamenti alla legge delega proposti e poi ritirati presso il senato dall'on. Lepri.

limitazione in ragione dell'espressa appartenenza dell'impresa sociale alla categoria dell'Ente di Terzo settore.

Indipendentemente dalle critiche mosse alla bassa remuneratività, il divieto di distribuzione degli avanzi di gestione permane per quelle imprese sociali che rivestono forme per le quali «tale possibilità è esclusa per legge»¹³⁴; enti per i quali, secondo taluni¹³⁵, dovrebbe permanere anche il divieto di remuneratività del capitale, compatibile solo con strutture societarie.

Così inteso e attuato, potrebbe, dunque, affermarsi un ritorno al rispetto del principio causalistico. L'impresa sociale acquisirebbe natura di giano bifronte, ipotizzandosi un sistema nel quale, a fronte del medesimo *nomen juris*, sarà la qualifica di ente di libro I ovvero di libro V che consentirà ovvero impedirà la distribuzione dell'utile (e la remuneratività del capitale), come sopra delineata, nel rispetto delle rispettive regole tradizionali, con ciò superandosi le difficoltà introdotte dalla formulazione del 2006.

Peraltro, a fronte delle voci che *post* 2006 avevano discorso di una riscoperta della tesi della "neutralità delle forme giuridiche", vi era già chi aveva sostenuto la perdurante valenza generale del criterio distintivo del divieto di distribuzione degli utili (o di non distribuzione di un vantaggio diretto suscettibile di valutazione economica), laddove si fosse considerata l'impresa sociale quale semplice ipotesi speciale descritta da una legge di settore. In tal senso, infatti, come riconosciuto dalla dottrina commercialistica¹³⁶, il legislatore può ben prevedere ipotesi speciali di società cd. "senza scopo di lucro", derogative del principio di cui all'art. 2247 c.c.

¹³⁴ Art. 6, primo comma, lett. d).

¹³⁵ Così, A. Cetra, La riforma del Terzo settore e gli enti del libro I del c.c. titolari di impresa, in Non profit, (2014), spec. p. 46. Sul tema, altresì, C. Redi, Il difficile "mix" tra dimensione sociale e imprenditorialità nella revisione della disciplina dell'impresa sociale, in Non profit, (2014), pp. 162-170 e ivi G. Delledonne, Le novità in materia d'impresa sociale: i profili finanziari, p. 179.

¹³⁶ G. Marasà, Le società senza scopo di lucro..., cit., p. 166; F. Galgano, Diritto commerciale. Le società, Zanichelli, Bologna 2013, p. 15; G. Ferri, Le società, in F. Vassalli (diretto da), Trattato di diritto civile italiano, Utet, Torino 1971, p. 23.

Seguendo, dunque, tale linea di sviluppo l'impresa sociale esercitata in forma societaria non avrebbe alterato i tradizionali rapporti esistenti tra enti del libro I e enti del libro V. La principale obiezione che, tuttavia, veniva mossa a tali osservazioni era la contrarietà al dato letterale. Il d.lgs. 155/2006, infatti, stabiliva, con un semplice inciso, che tutte le organizzazioni private, «ivi compresi gli enti di cui al libro V», potessero assumere la qualifica di impresa sociale, senza, però, dettare una compiuta disciplina dell'istituto per il quale trovavano applicazione le regole proprie di ciascun modello societario del libro V con il limite dell'attività da svolgere e dalla non ripartizione di utile.

La dottrina, infatti, è stata piuttosto unanime nell'affermare che l'impresa sociale non costituisse un *tertium genus* di ente: non, dunque, una nuova forma giuridica a sé stante ma semplicemente una qualifica¹³⁷. Il punto era stato ben colto da un'autorevole dottrina¹³⁸, che evidenziava come «esistono esempi di dissociazione tra tipi di società e funzione societaria, ma le leggi che le prevedono normalmente accompagnano, al mutamento della funzione, coerenti variabili organizzative, qui del tutto assenti». Sicché, riprendendo un'osservazione di Francesco Galgano¹³⁹ con riferimento alle società sportive e traslandola nel quadro dell'impresa sociale, si può ipotizzare come il legislatore, con la formula «ivi compreso gli enti di cui al libro V», non avesse inteso assegnare a tali istituti una diversa funzione causale, distinta dallo scopo di lucro, ma semplicemente richiamare uno schema organizzativo proprio degli enti del libro V per creare una figura che è da ricondurre, sotto il profilo causale, ad un sub modello associativo.

¹³⁷ M. Cian, L'organizzazione produttiva: elementi costitutivi, in Id. (a cura di), Manuale di diritto commerciale, Giappichelli, Torino 2016, spec. p. 271.

¹³⁸ M.V. De Giorgi, *Note introduttive*, in Id. (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa sociale...*, cit., spec. p. 4.

¹³⁹ F. Galgano, Le società in genere, le società di persone, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (a cura di), Trattato di diritto civile e commerciale, Cedam, Padova 1982, p. 63.

Così, in una sorta di graduazione che muove dallo scopo di lucro allo scopo ideale si possono menzionare gli enti societari del libro V; le *start up* innovative a vocazione sociale e le società *benefit*; le imprese sociali, nella loro doppia composizione (società o ente di libro I); gli enti di libro I a pura vocazione ideale e senza scopo di lucro.

Dal punto di vista operativo, dunque, le consuete linee di confine tra enti con e senza scopo di lucro tendono a sbiadire. Da un lato, infatti, come la stessa legge delega ha riconosciuto, le organizzazioni *non profit* possono svolgere attività economica (ricorrendo a regole organizzative di libro V); dall'altro, accogliendo i nuovi modelli di *social enterprise*, le società lucrative operano anche in relazione a problematiche sociali e ambientali, discorrendosi anche in Italia, sulla base di riflessioni giuridico-sociologiche ancora una volta provenienti da oltreoceano, di Quarto settore¹⁴⁰.

È innegabile una linea evolutiva in base alla quale le società si sono progressivamente avvicinate anche ad ambiti sociali così come gli enti senza scopo di lucro sono fortemente intrisi di realtà economiche e produttive, in una commistione di attività; è altresì innegabile che la commistione di attività abbia determinato una applicazione agli enti del libro I di alcune regole organizzative proprie degli enti del libro V. Ciò, tuttavia, non pare in contrasto con il permanere della distinzione causale degli enti in quanto, come ripercorso, il non distribution constraint risulta essere un discrimine di perdurante validità che caratterizza ontologicamente l'ente senza scopo di lucro, al punto che nella prima formulazione della legge delega era impiegato come criterio espressamente previsto sia per il

¹⁴⁰ In un progressivo accentuarsi dall'attenzione del *non profit* in relazione al profilo dell'attività economica esercitabile (e dei regimi fiscali applicabili), non stupisce, dunque, che in Italia a rivendicare la qualifica di Quarto settore siano invece, all'opposto, proprio le organizzazioni di volontariato, in ragione dell'inversione tra regola ed eccezione di esercizio dell'attività economica e fini istituzionali, da un lato e di gratuità delle prestazioni svolte, dall'altro.

codice civile che per il codice del Terzo settore¹⁴¹, a fronte di una distribuzione dell'utile e di remuneratività del capitale che rimane, in forme più o meno limitate, costante tratto caratterizzante gli enti societari.

141 Il divieto di distribuzione dovrebbe essere previsto non solo con riferimento ai proventi, agli utili, agli avanzi di gestione, fondi e riserve, ma, più in generale, anche a tutte le entrate e a tutto il patrimonio dell'ente stesso, anche nelle forme indirette, e prevedere tra i destinatari del divieto, oltre agli associati, chiunque rivesta cariche sociali nonché i lavoratori, ricorrendo a quelle figure sintomatiche già elaborate in sede fiscale: si pensi, così, a forme di retribuzione "simulate" (cfr. art. 4, primo comma del disegno di legge delega che impone che debbano essere disciplinati «i limiti e gli obblighi di pubblicità relativi agli emolumenti, ai compensi, ai corrispettivi a qualsiasi titolo attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti nonché agli associati») sotto la veste di stipendi in ragione della carica ricoperta o dell'attività lavorativa compiuta e che, per le modalità con cui sono erogati ovvero l'entità degli stessi, non risultano giustificati; ovvero a rimborsi relativi a spese non sostenute o che non siano giustificati e inerenti all'attività dell'ente; a tutti quegli atti o fatti che determinano costi sproporzionati e ingiustificati a carico dell'ente, come, per esempio, l'acquisto di beni o servizi per corrispettivi che, senza valide ragioni economiche, siano superiori al loro valore normale, anche in ipotesi di self-dealing in cui l'ente paga a favore di una società di cui detiene quote corrispettivi di servizi o beni a prezzi non di mercato; ovvero ancora a cessioni a titolo oneroso delle quote associative lucrando su plusvalenze (si v. G. Baralis, Enti non profit: profili civilistici, in Riv. not., (1999), V, p. 1091, spec. nota 32 ove ritiene non condivisibile l'orientamento espresso da Cass., 20 novembre 1991, n. 12426, in Società, (1992), p. 931, con commento di G. Vidiri, Associazione non riconosciuta e trasferimento del rapporto associativo); o, infine, alla cessione di beni o prestazioni di servizi ai propri membri a condizioni più favorevoli rispetto a quelle di mercato (salvo che ciò integri un vantaggio patrimoniale indiretto attuativo dello scopo statutario dell'ente, dovendo il divieto ricadere sulla ripartizione di una utilità o di un vantaggio economico diretto in favore dei soci, in contrapposizione, al più, al vantaggio suscettibile di valutazione economica, ma pur sempre indiretto, ravvisabile in alcuni tipi di enti a finalità autodestinata). Sulla distinzione vantaggio indiretto e vantaggio immediato, cfr., in particolare, D. Preite, La destinazione dei risultati nei contratti associativi..., cit., p. 11; G. Marasà (a cura di), La disciplina degli enti non profit, Giappichelli, Torino 1998, p. 3; Id., Società ed enti economici senza scopo di lucro..., cit., p. 185.

Il non distribution constraint dovrebbe, poi, sussistere non solo durante la vita dell'ente, ma anche nei casi di scioglimento ed estinzione dell'ente stesso così come di recesso o qualsiasi altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto tra associati ed ente, senza distinzione tra associazioni con o senza personalità giuridica, superando i non pochi dubbi interpretativi legati alla diversa formulazione degli artt. 24 e 31 c.c., in cui si afferma che gli associati receduti, esclusi o che abbiano cessato di appartenere all'associazione «non possono ripetere i contributi versati, né hanno alcun diritto sul patrimonio dell'associazione», rispetto a quella dell'art. 37 c.c., con la c.d. clausola di riversione «finchè dura l'associazione». Verrebbe così riconosciuto il principio causalistico, in virtù del quale «mentre la logica del contratto di società trova evidenza in un vantaggio suscettibile di valutazione economica costituito dal perseguimento di un utile e dalla remunerazione del capitale, (...) (gli enti del libro I del c.c.) si connotano per una esclusiva finalità ideale e i conferimenti eseguiti dai singoli associati si caratterizzano per essere a "fondo perduto" durante tutta l'esistenza dell'ente stesso, inclusa la fase della sua estinzione» (V. Montani, Sub. art. 37, in G. Ponzanelli (a cura di), Il codice civile..., cit., p. 189), con conseguente obbligo per gli enti senza scopo di lucro di destinare utili e avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio.

Risulterebbe, inoltre, quanto mai opportuno declinare il *non distribution constraint* anche nell'obbligo che l'utile debba essere reinvestito nell'attività svolta similmente a quanto indicato nella stessa legge delega all'art. 5 con riferimento agli enti del Terzo settore.

I due principi speculari sopra illustrati comparivano tra i criteri di revisione del codice civile nelle prima versione della legge delega, mentre sono stati indirizzati esclusivamente alla stesura del Codice del Terzo settore nelle successive formulazioni e, da ultimo, nella versione definitivamente approvata lo scorso 6 giugno, lasciando, dunque, ben poche speranze che il criterio di discrimen tra enti del libro I ed enti del libro V possa essere adottato in via legislativa con riferimento tont court a tutti gli enti del libro I; mentre, in considerazione della lettera e) dell'art. 4, dovrebbe essere pacificamente recepito in relazione agli enti del

7. v) Le trasformazioni dirette tra enti del libro I

L'ultima linea di riforma di revisione del codice civile (art. 3 lett. e) appare preordinata a porre fine al dibattito – per vero più giurisprudenziale che dottrinale - relativo all'ammissibilità di trasformazioni dirette tra enti del libro I; tematica quanto mai incerta tanto da aver determinato anche nella prassi l'adozione di provvedimenti in ambito regionale dal contenuto antitetico¹⁴².

Storicamente negata siffatta trasformazione, in assenza di una disciplina in tal senso, la riforma societaria introdotta con il d.lgs. 6/2003 ha portato ad un significativo mutamento di prospettiva, alla luce non tanto dell'ipotesi di trasformazione omogenea tra enti che condividono il medesimo profilo causale, quanto per la possibilità che enti societari si potessero trasformare anche in associazioni, fondazioni e comitati (e viceversa) in un processo di "libera osmosi" ¹⁴³ tra forme del libro I e del libro V. Così, superata la "barriera causale" ¹⁴⁴, non si ravvisavano ostacoli ad ammettere, sulla base del generale principio di continuità dei rapporti giuridici, di cui l'art 2498 c.c. costituisce espressione, anche ipotesi di

Terzo settore, lasciando, quindi, ancora irrisolte le questioni sottese, in particolare, alla possibilità di autodistribuzione del patrimonio relitto per le associazioni prive di personalità giuridica che non rientrino nella definizione di Terzo settore. Sul punto, si v. Cass., 8 novembre 2013, n. 25210, in *Corr. giur.*, (2014), p. 32, con commento di G. Ponzanelli, *Associazione non riconosciuta e devoluzione dei beni: contrasto tra soci e assemblea.*

¹⁴² Si pensi alla delibera del 7 aprile 2015 n. 464 assunta dalla Giunta regionale della Regione Veneto con la quale è stato disposto di «non accogliere [...] le future istanze di riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato presentate da Fondazioni derivanti da trasformazione diretta di Associazioni» e, per contro, alla delibera del 22 gennaio 2015 n. 4725 assunta dalla Giunta regionale della Regione Lombardia che ha introdotto le "Linee Guida per la trasformazione diretta degli enti del libro I del Codice Civile".

¹⁴³ Già in questi termini si esprimeva ante riforma D. Vittoria, Il cambiamento del tipo per gli enti del I libro del codice civile, in Contr. impr., (1992), p. 1163. Cfr. altresì An. Fusaro, Le trasformazioni eterogenee: un'apertura alle frontiere tra società lucrative ed enti non profit?, in Nuova giur. civ. comm., (2005), II, p. 73 per un'analisi dell'avvicinamento tra enti del libro I e libro V.

¹⁴⁴ Ex pluribus, M. Maltoni, La trasformazione eterogenea di fondazioni in società di capitali, in A. Zoppini, M. Maltoni (a cura di), La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni, in I quaderni della rivista di diritto civile, 10, (2007), p. 25; P. Spada, Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti e oltre, in Aa. Vv., Scritti in onore di V. Buonocore, vol. III, Giuffré, Milano 2005, p. 3893; G. Franch, Sub art. 2500-octies, in M. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), Commentario alla riforma delle società, vol. XI, Trasformazione, fusione e scissione, Egea, Milano 2006, p. 394; An. Fusaro, Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee e altre interferenze della riforma del settore societario nel terzo settore, in Contr. Impr., (2004), p. 294; G. Marasà, Le trasformazioni eterogenee, in Riv. Notariato, (2003), p. 597; L. De Angelis, La trasformazione eterogenea a dieci anni dalla riforma del diritto societario, in Giur. comm., (2014), I, p. 473; G. Ferri, La trasformazione, la fusione e la scissione, lo scioglimento e la liquidazione, in C. Ibba, G. Marasà (diretto da), Trattato delle società a responsabilità limitata, Cedam, Padova 2015; R. Campi, La trasformazione di società omogenea, eterogenea, regressiva, progressiva, conservativa, Giuffrè, Milano 2013.

trasformazioni atipiche, quale appunto il passaggio tra i diversi enti di libro I¹⁴⁵, dovendo la disciplina "società di capitali-centrica" dell'istituto essere letta alla luce del limitato oggetto della relativa legge delega allora approvata, circoscritto appunto alle società di capitali, e non già come indice della volontà di escludere una trasformazione tra enti del libro I. Tanto più che ad un simile risultato pratico ben si poteva giungere operando una prima trasformazione dell'ente senza scopo di lucro in società di capitali ex art. 2500-octies c.c. e, immediatamente dopo, da società di capitali in un diverso ente del libro I ex art. 2500-septies c.c.

Di avviso contrario, tuttavia, continuava a mostrarsi la giurisprudenza amministrativa¹⁴⁶, che, insensibile al mutato quadro normativo in ambito societario, negava la legittimità di una trasformazione da ente associativo a fondazione (e viceversa), riprendendo argomentazioni già espresse in un parere del Consiglio di Stato del 2000¹⁴⁷ correlate alla «diversità degli istituti dell'associazione, da un lato, e della fondazione, dall'altro, basati su presupposti giuridici e strutturali totalmente diversi cui l'ordinamento ricollega differenti assetti di poteri, di garanzie e di controlli». Finalmente, nel 2014, recependo i rilievi espressi in dottrina e nel solco del revirement già tracciato dal Tar Lombardia¹⁴⁸, il Consiglio di Stato aveva mutato il proprio orientamento rilevando come «dopo le modifiche introdotte al codice civile dalla riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6 del 2003, la trasformazione di enti collettivi è un istituto di carattere generale. Essa è infatti non solo analiticamente disciplinata per i casi di trasformazione da ed in società, ma

¹⁴⁵ M. Basile, Le persone giuridiche..., cit., p. 435; G. Iorio, Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni, Giuffré, Milano 2010; An. Fusaro, Trasformazioni e fusioni tra enti non profit, in A. Zoppini, M. Maltoni (a cura di), La nuova disciplina delle associazioni..., cit., p. 147; E. Timpano, Il TAR dichiara ammissibili la trasformazione da associazione riconosciuta in fondazione e tutte le trasformazioni eterogenee atipiche. Pronuncia eretica o inizio di un revirement?, in Riv. Notariato, (2014), p. 258; A. Ruotolo, La trasformazione degli enti no profit, in Studi e materiali, (2010), p. 825.

¹⁴⁶ TAR Toscana, 16 novembre 2004, n. 5282, in *Giorn. dir. Amm.*, (2005), p. 178; TAR Lazio Roma, ordinanza, 17 febbraio 2009, n. 460, *inedita*; TAR Toscana, 9 novembre 2011, n. 1811 e TAR Piemonte, 29 giugno 2012, n. 781, entrambe in *Riv. Notariato*, (2012), p. 1327.

¹⁴⁷ Cons. Stato (parere), 20 dicembre 2000, n. 288, in *Cons. Stato*, (2001), I, p. 490.

¹⁴⁸ T.A.R. Lombardia Milano, 13 febbraio 2013 n. 445, in Riv. Notariato, (2014), p. 257.

anche presupposta per gli enti privi di finalità lucrative, ed in particolare per le fondazioni»¹⁴⁹; orientamento di lì a poco smentito da una diversa sezione del Consiglio di Stato in funzione consultiva¹⁵⁰, che, alla luce della ritenuta tassatività delle ipotesi trasformative e delle problematiche sottese all'impossibilità di valutare l'adeguatezza del patrimonio dell'ente trasformando, è tornato nuovamente ad escludere la legittimità di siffatta trasformazione.

Non può, dunque, che essere guardata con favore la volontà del legislatore di porre fine a tali contrasti, disponendo che sia introdotta una disciplina del procedimento di trasformazione diretta tra enti del Libro I, così riconoscendone l'ammissibilità.

L'attuazione dell'art. 3 lett. e) sembrerebbe potersi muovere su due linee alternative: introdurre una norma di rinvio alla disciplina societaria in quanto compatibile, lasciando tuttavia aperti possibili problemi di coordinamento, ovvero introdurre una compiuta disciplina del procedimento di trasformazione tra enti del libro I.

In termini generali, come riconosciuto anche dal Consiglio di Stato nella sua pronuncia favorevole all'istituto¹⁵¹, la trasformazione tra enti del libro I, a prescindere dalla disciplina applicabile, appare caratterizzata da omogeneità¹⁵², condividendo l'ente associativo e fondazionale la medesima causa non lucrativa. A tale configurazione certo non osta il diverso assetto organizzativo e funzionale,

¹⁴⁹ Cons. Stato, 23 ottobre 2014, n. 5226, in *Nuova giur. civ. comm.*, (2015), I, p. 471, con commento di V. Montani, *La trasformazione da associazione a fondazione: il Consiglio di Stato fa e disfà.*

¹⁵⁰ Cons. Stato (parere), 30 gennaio 2015, n. 296, anch'essa in Nuova giur. civ. comm., (2015), I, p. 471, con commento di V. Montani, La trasformazione da associazione a fondazione: il Consiglio di Stato fa e disfà.

¹⁵¹ Cons. Stato, 23 ottobre 2014, n. 5226, cit., afferma: «Si tratta in questo caso di una trasformazione "omogenea", che lascia inalterato il fine non lucrativo, ammissibile a fortiori rispetto alle ipotesi di trasformazione eterogenea espressamente previste (art. 2500 septies e octies), ma che determina una modifica del regime di responsabilità per le obbligazioni sociali».

¹⁵² G. Iorio, Le trasformazioni eterogenee..., cit., spec. pp. 252 ss; L. De Angelis, Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario, in Riv. soc., (2002), p. 41; M. Tagliabue, D. Zazzeron, La trasformazione omogenea degli enti senza scopo di lucro. Da associazione a fondazione, in Non profit, (2008), p. 351.

ancor più ove si consideri che ricorrono nella prassi figure elaborate dall'autonomia privata nelle quali coesistono tratti tipici dell'uno e dell'altra tipologia di ente, come si verifica nel fenomeno delle fondazioni di partecipazione¹⁵³. Né pare assumere valenza una ipotizzata distinzione tra causa all'interno degli enti del libro I - altruistica nelle fondazioni, altruistica o egoistica nelle associazioni – giacché è ormai acquisito che l'autodestinazione dell'attività dell'associazione non incide sul profilo causale che è e rimane ideale per tutti gli enti del libro I¹⁵⁴. Peraltro, è lo stesso legislatore a qualificare come omogenee le trasformazioni regressive e progressive tra diversi enti societari (società di persone-società di capitali), pur presentando evidenti differenze strutturali, organizzative e regolamentari.

Indipendentemente dalla qualifica, il legislatore delegato si dovrà misurare con la predisposizione di una disciplina, evidentemente mutuata dalle previsioni societarie, adeguata per rispondere alle esigenze di tutela del ceto creditorio; tutela che si correla e gradua anche in considerazione del fatto che la trasformazione in o da ente fondazionale riguardi un'associazione non riconosciuta ovvero un'associazione riconosciuta, transitando da un regime di responsabilità illimitata ad uno limitato (o viceversa) nel primo caso e persistendo un regime di autonomia patrimoniale perfetta nel secondo. In particolare, maggiori profili problematici presenta la prima ipotesi giacché, non avendo l'ente di fatto alcun obbligo di tenuta dei libri e delle scritture contabili e non essendo soggetto né a vincoli di carattere patrimoniale né ad adempimenti pubblicitari, da un lato i creditori della trasformanda associazione non riconosciuta perderebbero l'ulteriore garanzia patrimoniale rappresentata dall'art. 38 c.c., dall'altro il neonato ente fondazionale si troverebbe esposto a eventuali pretese creditorie che ne potrebbero pregiudicare

¹⁵³ E. Bellezza, F. Florian, Fondazioni di partecipazione, La Tribuna, Piacenza 2007; M. Gorgoni, Le fondazioni di partecipazione, in L. Bruscuglia, E. Rossi (a cura di), Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro, Giuffré, Milano 2002, p. 523; M. Greco, La moda delle Fondazioni di partecipazione, in Non profit, (2009), p. 107; F. Florian, Le fondazioni di partecipazione, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi, in Aa. Vv., Fondazioni di Partecipazione (Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006), I quaderni della Fondazione italiana per il notariato, Il sole 24 Ore, Milano 2007, p. 67.

¹⁵⁴D. Preite, La destinazione dei risultati nei contratti associativi..., cit., p. 69.

l'idoneità a sostenere le finalità perseguite dal nuovo soggetto, con problemi di valutazione *ex ante* circa la sua effettiva consistenza.

La disciplina da introdurre dovrebbe, dunque, imporre la redazione di una situazione patrimoniale aggiornata dell'ente con espressa indicazione dei soggetti creditori nonché, similmente alla previsione dell'art. 2500-ter c.c., la predisposizione di una relazione di stima asseverata circa la consistenza del patrimonio, a cui sarebbe auspicabile assommare anche una relazione che illustri le motivazioni della trasformazione, analogamente alla previsione di cui all'art. 2500 sexies, secondo comma¹⁵⁵.

Per salvaguardare le esigenze di tutela dei creditori, il legislatore delegato si troverebbe poi innanzi ad una duplice possibilità: da un lato, mantenere ferma, similmente a quanto si verifica nelle trasformazioni omogenee (2500 quinquies c.c.), la responsabilità illimitata dei soggetti che hanno agito in nome e per conto dell'ente nei confronti dei creditori che non abbiano espresso il loro consenso alla trasformazione, con presunzione del consenso decorso un determinato lasso di tempo dalla ricezione della comunicazione di trasformazione; dall'altro, attribuire ai creditori la facoltà di proporre opposizione alla trasformazione sulla base di un procedimento analogo a quello descritto dall'art. 2500 novies c.c, subordinando l'efficacia della trasformazione al decorso di un determinato lasso di tempo. Presupposto comune è la previsione di un obbligo di preventiva comunicazione, ai creditori individuati nella relazione, della decisione dell'ente di trasformarsi, in modo che possano assumere le iniziative conseguenti in termini di espressione del diniego e di formulazione dell'opposizione.

Il meccanismo di espressione del diniego alla liberazione è naturalmente applicabile alla sola ipotesi di trasformazione da associazione non riconosciuta ad

-

¹⁵⁵ Cfr. Linee Giuda Regione Lombardia DGR4725 del 22 gennaio 2016.

ente fondazionale essendo solo per la prima tipologia di ente ravvisabile una responsabilità personale ai sensi dell'art. 38 c.c.

Diversamente, l'introduzione per gli enti del libro I dello strumento dell'opposizione di cui all'art 2500 *novies* c.c., che nelle trasformazioni eterogenee si direbbe giustificato dalla radicale alterazione del profilo causale che l'ente subisce a seguito della trasformazione, non sembrerebbe trovare la medesima *ratio* applicativa giacché detti enti appaiono accomunati da una comune causa ideale¹⁵⁶, anche se posizioni più garantiste¹⁵⁷, che contraddistinguono anche modelli di linee guida elaborati in sede regionale¹⁵⁸, sembrano muoversi in direzione opposta.

8. Conclusioni

I cinque punti di riforma del codice civile sopra ripercorsi costituiscono, dunque, la prima sfida del legislatore delegato, che proprio nella rinnovata disciplinata dovrà innestare, poi, l'ulteriore costruzione del Codice del Terzo settore e del relativo Registro.

Come ricordato, la legge delega risulta, da un lato, non eccessivamente stringente nell'individuazione delle modalità attraverso le quali declinare gli interventi di revisione, lasciando, dunque, spazio al legislatore delegato; dall'altro individua con precisione i cinque punti ritenuti abbisognevoli di maggior aggiornamento, tra i quali primeggiano il meccanismo di riconoscimento della personalità giuridica e la disciplina degli enti senza scopo di lucro che esercitano attività imprenditoriale.

Nessun intervento è, invece, previsto sugli assetti organizzativi degli enti fondazionali così come in relazione alle associazioni non riconosciute, che, dunque,

¹⁵⁶ A. Cetra, Trasformazioni omogenee ed eterogenee, in P. Abbadessa, G. Portale, (a cura di), Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Utet, Torino 2007, p. 155.

 ¹⁵⁷ In merito alla portata dell'opposizione dei creditori, Marasà, Le trasformazioni eterogenee..., cit., p.
 590; C. Santagata, Le fusioni, in G.E. Colombo, G.B. Portale, Trattato, vol. VII, 1, Utet, Torino 2004, p. 519.
 158 Linee Guida Regione Lombardia, cit.

continueranno ad essere regolate da quell'ormai consolidato equilibro tra autonomia privata e principi giurisprudenziali.

Ricordato come assenza di lucro non significhi automaticamente altruismo, sarà, poi, compito del Codice del Terzo settore declinare e variamente rimodulare principi e controlli per i soli enti caratterizzati dalle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, in relazione ai quali le norme codicistiche riformulate costituiranno imprescindibile stampella d'appoggio.

Keywords: non profit organizations; foundations; charities; Third sector reform; non distribution constraint

Abstract: The paper proposes an analysis of the delegated bill n. 106/2016 on the reform of the third sector organizations. In particular, the A. investigates the scope of the bill, including the civil code and new Third sector code, and illustrates the expected innovative profiles, focusing extensively on the five points of the reform involving the Civil Code, whose actual implementation is delegated to forthcoming statutory instruments. Consequently, the paper investigates the reform policies related to i) the procedure concerning legal personality, ii) the directors liability and iii) the protection of the rights of the members of the non profit organizations. The paper continues with an analysis of iv) the economic activity non profit organizations can play, even in relation to the discussed issue of neutrality of forms, and v) the possibility of direct transformations amoung these institutions.

Marta Lamanuzzi

Dottore di ricerca in Diritto penale, Università Cattolica del Sacro Cuore

Diritto penale e trattamento dei dati personali.

I reati previsti dal Codice della *privacy* e la responsabilità amministrativa degli enti alla luce del regolamento 2016/679/UE.

SOMMARIO: 1. Riservatezza, *privacy* e diritto alla protezione dei dati personali - 2. I reati previsti dal Codice della *privacy* - 3. Le novità introdotte dal regolamento 2016/679/UE - 4. Dalla direttiva 95/46/CE al regolamento 2016/679/UE: profili di rilevanza penale - 5. Illecito trattamento dei dati personali e responsabilità amministrativa degli enti

1. Riservatezza, privacy e diritto alla protezione dei dati personali

L'evoluzione tecnologica e cibernetica ha determinato una profonda riorganizzazione economica, politica e sociale e ha fatto insorgere nuove minacce e, di conseguenza, nuove esigenze di tutela¹. Tra gli interessi così venuti in rilievo vanno annoverati la riservatezza, la *privacy* e il diritto alla protezione dei dati personali, nozioni affini ma non esattamente sovrapponibili che ci si propone di esaminare sinteticamente nel presente paragrafo.

La riservatezza, secondo una datata ma felice definizione, è «un modo di essere negativo della persona rispetto agli altri soggetti, e più precisamente rispetto alla conoscenza di questi», un modo di essere che «soddisfa quel bisogno di ordine spirituale che consiste nell'esigenza di isolamento morale, di non comunicazione esterna di quanto attiene all'individua persona; costituisce quindi una qualità morale della persona stessa»². Seguendo tale orientamento la riservatezza è stata ricondotta al catalogo dei diritti della personalità e identificata nel diritto a una "vita intima". In

¹ Sul punto v. F. Morales Prats, Presupposti politico-criminali per un tutela penale della riservatezza informatica (con particolare riguardo all'ordinamento spagnolo), in Dir. inf. (1986), pp. 369 e ss.

² A. De Cupis, *I diritti della personalità*, Milano 1973, pp. 256-257. V. anche Id., *Il diritto alla riservatezza esiste*; in *Foro it.* (1954), c. 90; Id., *Riservatezza e segreto (Diritto a)*, in *Dig. it.*, Torino 1969.

particolare, si è affermato che la riservatezza, in quanto «modo di essere della persona il quale consiste nella esclusione dalla altrui conoscenza di quanto ha riferimento alla persona medesima, segue, nella gerarchia dei modi di essere morali della persona, il bene dell'onore, con cui fu frequentemente confusa³; pur spettando a ogni persona in quanto tale, è in relazione con l'incremento che può subire quanto ha riferimento alla persona; è, quindi, al pari dell'onore, l'oggetto, suscettibile di sviluppo, di un diritto innato»⁴.

Di recente, parte della dottrina ha osservato come, a fronte dell'intensificarsi delle relazioni e delle attività nel *Cyberspace*, sia venuta in rilievo una specifica declinazione della riservatezza meritevole di autonoma considerazione, la c.d. riservatezza informatica, intesa come «potestà di escludere terzi e di essere garantiti contro intrusioni indesiderate ed interferenze potenzialmente dannose o comunque non consentite, per salvaguardare un proprio "spazio informatico" libero, autonomo e sicuro, in cui possa svolgersi senza impedimenti la propria personalità, che opera tramite relazioni ed attività dislocate nella rete»⁵. La riservatezza informatica, pur presentando una stretta connessione funzionale con la sicurezza informatica, va distinta concettualmente da essa, in quanto ha portata più ampia. Tutelare la riservatezza informatica, infatti, non significa solo proteggere la persona da accessi abusivi nel suo "domicilio informatico", inteso come spazio ideale, ma anche fisico,

.

³ Distinguendo tra onore e riservatezza, la giurisprudenza di legittimità ha definito la riservatezza come diritto alla «tutela di situazioni strettamente personali e familiari, anche se verificatesi fuori dal domicilio domestico, da ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti e senza recare danno all'onore, al decoro e alla reputazione, non siano tuttavia giustificate da un interesse pubblico preminente». Cass. civ., Sez. III, 9 giugno 1998, n. 5658, in *Corr. giur.* (1998), pp. 1168 e ss.

⁴ P. Rescigno, *Il diritto ad essere lasciati soli*, in *Synteleia per Vincenzo Arangio Ruiz*, Napoli 1964, p. 494. V. anche F. Bricola, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (1967), pp. 1079 e ss.; B. Franceschelli, *Il diritto alla riservatezza*, Napoli 1960; R. Franceschelli, *Orientamenti giurisprudenziali sul "diritto alla riservatezza"*, Milano 1962; G. Morsillo, *La tutela penale del diritto alla riservatezza*, Milano 1966; R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano 2003; Z. Zencovich, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris* (1997), pp. 467 e ss.

⁵ L. Picotti, La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione, in L. Picotti (a cura di), Tutela penale della persona e nuove tecnologie, Padova 2013, pp. 59-60. Ancora, la riservatezza può essere intesa come il diritto di «gestire senza alcuna forma di condizionamento o di mortificazione gli spazi del proprio privato e il complesso delle informazioni e dei propri dati identificativi». P. Troncone, Il delitto di trattamento illecito dei dati personali, Torino 2011, Premessa, p. XV.

in cui sono contenuti i dati informatici di pertinenza della persona⁶, ma garantire «la sicurezza e l'esclusività dell'accesso, della gestione e della disponibilità del suo spazio informatico, o meglio cibernetico⁷, vale a dire delle risorse informatiche con l'eventuale insieme di dati di sua pertinenza esclusiva contro ogni interferenza e danneggiamento, essendo l'interesse meritevole di tutela comprensivo della confidenzialità, sicurezza e dunque libertà delle azioni ed elaborazioni, anche solo potenziali o future, realizzabili nel "proprio" ambito esclusivo»⁸. La riservatezza informatica, in quanto presupposto dell'esercizio virtuale di altri diritti individuali e collettivi⁹, si può quindi inquadrare nella categoria degli interessi diffusi, ossia delle necessità tangibili che fanno a capo alla maggior parte della popolazione¹⁰.

La nozione di riservatezza è stata mutuata dalla nozione di *privacy* coniata in altri ordinamenti giuridici e in particolare nei sistemi di *common law*¹¹.

Il concetto di *privacy* è nato negli Stati Uniti alla fine dell'Ottocento. La definizione tradizionale di *privacy*, che godette a lungo di notevole successo e fu importata anche in Europa, si deve infatti a due giuristi di Boston, Warren e Brandeis, che, in un *paper* del 1890, ne hanno individuato il nucleo costitutivo nel

⁹ F. Morales Prats, *Presupposti politico-criminali per un tutela penale della riservatezza informatica*, cit., p. 371.

⁶ Cass. pen., Sez. V, 26 ottobre 2012, n. 42021, in Dir. inf. (2013), pp. 86 e ss.

⁷ L'autore adotta la locuzione "spazio cibernetico", preferendola alle espressioni "spazio virtuale" e "spazio informatico", in quanto maggiormente efficace a indicare uno spazio reale, ma non necessariamente coincidente con un sistema informatico o con un computer, potendosi anche trattare di un *social network* o di altri servizi direttamente accessibili attraverso server connessi in rete. L. Picotti, *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, cit., p. 61.

⁸ *Ivi*, pp. 61-62.

¹⁰ Ivi, p. 374. Per "interessi diffusi" si intendono «gli interessi che non fanno capo ad un titolare singolo, ad un soggetto determinato (persona fisica o giuridica), ma riguardano un gruppo o contesto sociale i cui singoli componenti possono usufruire individualmente del bene (es. ambiente, salute pubblica), senza che la loro identificazione risulti strutturata in un gruppo meglio definito come portatore qualificato e differenziato di un interesse ad esso specifico in quanto dotato di una soggettività. Nel momento in cui tali interessi si strutturano in formazioni sociali più definite, capaci di rappresentanza più associata ed esponenziale, si tende a definirli "collettivi", come tali suscettibili di una tutela processuale più qualificata». M. Donini, Teoria del reato Una introduzione, Padova 1996, p. 140.

¹¹ Sul punto, si veda G. Alpa, B. Markesinis, *Il diritto alla "privacy" nell'esperienza di "common law" e nell'esperienza italiana*, in Riv. trim. dir. e proc. civ. (1997), pp. 417 e ss.

«diritto di essere lasciati soli (*right to be let alone*)»¹². Nel corso degli anni, con l'evoluzione socio-culturale e le sempre nuove esigenze di tutela, i confini della nozione di *privacy* sono andati estendendosi fino a diventare evanescenti¹³. Sicché ad oggi non vi è, a livello internazionale, una definizione univoca di *privacy*. Parte della dottrina statunitense¹⁴ propone un approccio definitorio "pragmatico" che consiste nel delineare la nozione di *privacy* attraverso un elenco "aperto" di tutte le esigenze afferenti alla sfera privata dell'individuo, tra cui: il diritto di essere lasciati soli; la necessità di limitare l'accesso di altri alla propria sfera personale; il diritto di tenere determinate questioni segrete agli altri; la tutela della propria personalità, identità e dignità; il diritto all'intimità, ossia al riserbo circa le proprie relazioni personali o determinati aspetti della propria vita.

Nell'ordinamento italiano, la nozione di *privacy* è stata studiata soprattutto dai comparativisti¹⁵, che hanno cercato di adattarla alle peculiarità del nostro sistema giuridico trasfondendola nella nozione di riservatezza, con la quale, quindi, tende a coincidere¹⁶. Tra le definizioni più ricorrenti in dottrina, si può menzionare quella che inquadra la *privacy* come «diritto di mantenere il controllo sulle proprie

.

Warren e Brandeis, due giovani avvocati, vissero all'epoca dell'esplosione della moda delle macchine fotografiche kodak (inizialmente semi-istantanee, non istantanee come oggi) e della stampa gossip. Sempre più spesso fotografie scattate nel corso di feste private venivano diffuse attraverso la stampa locale. Dall'esigenza di arginare tale fenomeno scaturì il noto paper sul "right to be let alone". S. Warren, L. Brandeis, The right to privacy, in Harvard law rewiev, 4 (1890), pp. 193 e ss. Sul punto, ex pluribus, v. P. Rescigno, Il diritto ad essere lasciati soli, cit.

¹³ V.E. Alderman, C. Kennedy, *The right to privacy*, New York 1995; W. Aspray, *Privacy in America: interdisciplinary perspectives*, Lanham 2011; M. Carucc, *Revealing privacy: debating the understandings of privacy*, New York 2012; A. Rengel, *Privacy in the 21st century*, Leiden 2013; M. Rotenber, *Privacy in the modern age: the search for solutions*, New York 2015.

¹⁴ D.J. Solove, Conceptualizing Privacy, in California Law Review, 90 (2002), p. 1094.

¹⁵ V.G. Alpa, B. Markesinis, Il diritto alla "privacy" nell'esperienza di "common law" e nell'esperienza italiana, cit., pp. 417 e ss.; A. Baldassarre, Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense, Roma 1974; A. Bessone, G. Giacobbe, Il diritto alla riservatezza in Italia e in Francia, Padova 1988; I. Germani, Origine ed evoluzione del concetto di "privacy" nell'esperienza di "common law", in Giur. merito (1975); M.G. Losano, La privacy nelle legislazioni europee, in Aa. Vv., Privacy e banche dati. Aspetti giuridici e sociali, Bologna 1981; S.K. Moretti, Privacy e diritto all'informazione alle corte inglese, in Rass. dir. civ. (1992), p. 536 e ss.; S. Rodotà, La "privacy" tra individuo e collettività, in Pol. dir. (1974), pp. 545 e ss.

Regolamento, Torino 2016, p. 45, ove si afferma che le due nozioni coincidono perfettamente, in quanto il termine riservatezza non è altro che la «traduzione più corretta» del termine *privacy*.

informazioni»¹⁷, o meglio come «interesse del soggetto a una esatta percezione sociale della propria personalità, che si concretizza nella libertà di mantenere il controllo sul flusso dei dati e delle informazioni che riguardano e identificano l'individuo, in modo che l'informazione oggetto di trattamento rispecchi fedelmente e, quindi, correttamente, l'attuale, integrale ed effettiva identità personale dell'interessato, aggiornata secondo l'immagine dallo stesso proiettata nel mondo delle relazioni sociali»¹⁸.

Negli ultimi anni, tuttavia, nel nostro ordinamento la nozione di *privacy* è stata invocata in un'accezione "funzionale", che tende a distanziarla dalla nozione di riservatezza e a identificarla sostanzialmente con il diritto alla protezione dei dati personali, che consiste nel diritto al corretto trattamento dei dati personali, ossia alla conduzione del trattamento di tali dati in conformità alle norme che lo disciplinano. Hanno contributo all'immedesimazione della nozione di *privacy* in quella di protezione dei dati personali il fatto che la raccolta delle norme in tema di trattamento dei dati personali abbia preso il nome di "Codice della *privacy*" e il fatto che, di conseguenza, l'Autorità Garante del trattamento dei dati personali si sia autodefinita "Garante della *privacy*" 19.

Tale impostazione, tuttavia, non merita di essere condivisa, in quanto, la protezione dei dati personali, sebbene riguardi certamente la *privacy*, non si esaurisce nel diritto al controllo delle "informazioni private", ma si estende «alla tutela di ogni informazione riferita o riferibile a una persona identificata o identificabile, quale che

¹⁷ S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Bari-Roma 1992, p. 190, ove l'autore precisa che «la *privacy* può essere identificata con la tutela delle scelte di vita contro il controllo pubblico e la riprovazione sociale, in un quadro caratterizzato appunto dalla libertà delle scelte esistenziali».

¹⁸ L. Ferola, Dal diritto all'oblio al diritto alla memoria sul web. L'esperienza applicativa italiana, in Dir. inf., (2012), p. 1001. Cfr. L. Ferola, Il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla riservatezza: nozione e principali strumenti di tutela previsti dal nuovo Codice sulla privacy, in Iter legis (2003), pp. 73 e ss.; F. Pizzetti, Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali, cit., pp. 11 e ss.

¹⁹ F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., p. 45. Tale fraintendimento interessa altresì la nozione di riservatezza, anch'essa spesso utilizzata erroneamente come sinonimo di diritto alla protezione dei dati personali.

ne sia il contenuto o l'oggetto»²⁰. Pare quindi preferibile, in linea con la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea²¹, mantenere distinte le nozioni di diritto alla *privacy* e di diritto alla protezione dei dati personali, inquadrando il primo come diritto ad avere uno spazio privato immune da ingerenze, mentre il secondo come diritto a un corretto trattamento dei propri dati personali, indipendentemente dal fatto che siano dati privati.

Ciò precisato, si comprende come il diritto alla riservatezza e il diritto alla privacy, nozioni che nel nostro ordinamento tendono a coincidere, attenendo alla tutela della "vita privata" e delle "informazioni private", abbiano una portata esclusivamente individualistica, mentre il diritto alla protezione dei dati personali, che assume importanza centrale ai presenti fini, riflettendo l'interesse generale alla correttezza e liceità del trattamento dei dati, abbia la duplice natura di diritto dell'individuo e interesse della collettività. In tal senso, è stato acutamente osservato dalla dottrina che la disciplina della raccolta e del trattamento dei dati personali si rivela «irriducibile alla sola cifra individualistica»²², in quanto, andando oltre la sfera privata, finisce per attingere le garanzie di trasparenza e legalità quali presupposti di funzionamento del sistema democratico. Si può quindi concludere sul punto che tra riservatezza o privacy (che si è messo in luce essere sostanzialmente sinonimi) e protezione dei dati personali intercorre un rapporto di specialità bilaterale o reciproca, in quanto la prima tutela la "vita privata" anche al di fuori del contesto del trattamento dei dati, la seconda tutela la correttezza del trattamento dei dati personali, anche a prescindere dalla sua incidenza sulla sfera privata dell'individuo.

Per quanto concerne i fondamenti normativi del diritto alla protezione dei dati personali, si tratta di un diritto da tempo riconosciuto a livello europeo quale

²⁰ Ibidem.

²¹ Corte Giust. UE (Grande Sezione), 6 ottobre 2015, C-362/14, Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner, pp. 39 e 78. Cfr. R.A. Epstein, Europe's top Court goes off the rails, in www.politico.eu (10 settembre 2015).

²² S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna 1995, pp. 19 e ss., 101 e ss.

diritto fondamentale della persona²³, sancito sia dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁴ sia dall'art. 16, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea²⁵.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea nel noto "caso Snowden", intervenendo sul difficile rapporto tra diritto fondamentale alla protezione dei dati personali ed esigenze di controllo delle pubbliche autorità per fini di sicurezza e giustizia, ha contribuito a tratteggiare i confini del diritto in esame. Il caso è scaturito dal ricorso presentato dall'austriaco Maximilian Schrems, il quale ha denunciato dinnanzi alla Corte la violazione dei propri diritti fondamentali causata dalle attività di intelligence della National Security Agency (NSA) statunitense, attività rese note dall'ex

.

²³ Sui fondamenti normativi del diritto alla protezione dei dati personali in ambito europeo si veda M.E. Bonfanti, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella Convenzione europea dei diritti umani: similitudini e difformità di contenuti*, in *Diritti umani e dir. int.* (2011), pp. 481 e ss.; G. González Fuster, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU*, Cambridge 2014; S. Gutwirth, *European data protection: coming of age*, Cambridge 2013; O. Lynskey, *The foundations of EU data protection*, Oxford 2015; W.G. Voss, K. Woodcock, *Navigating EU privacy and data protection lans*, Chicago, 2015.

²⁴ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione e modificata nel 2007, ha acquisito dal 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'effetto giuridico vincolante dei trattati. L'articolo 8, rubricato «protezione dei dati di carattere personale», sancisce al primo comma che «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano». Al comma successivo precisa che «tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge» e che «ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica». Infine, si prevede la presenza di un'autorità indipendente che garantisca il rispetto del diritto alla luce di tali principi («il rispetto delle regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente»).

²⁵ L'art. 16 del TFUE, introdotto con il Trattato di Lisbona, afferma che «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano» (primo comma) e che «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti» (secondo comma). Tale norma costituisce la base giuridica dell'intera iniziativa legislativa europea di riforma delle norme in materia di protezione dei dati personali, in quanto prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la legislazione in materia di protezione dei dati personali era divisa tra il primo pilastro (protezione dei dati a fini privati e commerciali, soggetta al metodo comunitario) e il terzo pilastro (protezione dei dati per scopi di ordine pubblico, con decisioni prese a livello intergovernativo). Venuta meno con il Trattato la struttura dei pilastri e grazie ai nuovi poteri assunti dal Parlamento, l'art. 16 TFUE consente al Parlamento e al Consiglio di stabilire le norme in materia di protezione dei dati personali sia con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale operato dalle istituzioni europee, sia con riguardo ai trattamenti operati nell'esercizio delle attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. Sul punto si veda S. Martinelli, Il nuovo Regolamento generale sulla protezione dei dati: alcune considerazioni informatico-giuridiche, in Diritto mercato tecnologia (31 maggio 2016), p. 1 e ss.

tecnico della CIA Edward Snowden²⁶. Tali attività erano state autorizzate dalla stessa Commissione europea con la decisione 2000/520. La Corte è giunta alla declaratoria di invalidità della predetta decisione della Commissione, in quanto fondata sull'inaccettabile «primato delle "esigenze di sicurezza nazionale, interesse pubblico o amministrazione della giustizia [degli Stati Uniti]" sul diritto fondamentale alla protezione dei dati personali» dei cittadini europei²⁷. Si tratta di una decisione particolarmente interessante anche per il fatto di mettere in luce la tensione tra la concezione della *privacy* e del trattamento dei dati personali presente negli Stati Uniti d'America, soprattutto a partire dal 2001²⁸, e quella diffusa in Europa o comunque fatta propria dalla Corte di giustizia.

²⁶ Edward Snowden, ex tecnico della CIA e, fino al 10 giugno 2013, collaboratore della Booz Allen Hamilton (azienda di tecnologia informatica consulente della NSA, la National Security Agency), ha rivelato al giornalista del quotidiano inglese The Guardian Green Grenwald i dettagli di diversi programmi di sorveglianza di massa del governo statunitense e britannico, fino ad allora tenuti segreti. V.R. Bifulco, La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo alla "privacy", in Giur. cost. (2016), pp. 289-307; M. Bonini, Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali. Apple, Schrems e Microsoft: o dei diritti "violabili" in nome della lotta al terrorismo e ad altri pericoli, nell'esperienza statunitense ed europea, in Rivista AIC, 3 (2016), pp. 33 e ss.; F. Pizzetti, Datagate, Prism, caso Snowden: il mondo tra nuova grande guerra cibernetica e controllo globale, in federalismi.it, 13 (2013), pp. 6 e ss.; G. Resta, La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE, Dir. inf., 4-5 (2015), pp. 697-718.

²⁷ Corte Giust. UE (Grande Sezione), cit., Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner, p. 86.

²⁸ Come riferito, la nozione di *privacy* nacque nel contesto giuridico statunitense di fine Ottocento con la pubblicazione della prima elaborazione teorica in materia, The Right to Privacy, pubblicato sulla Harward Law Rewiev nel 1890 ad opera di due giuristi di Boston, Warren e Brandeis (S. Warren, L. Brandeis, The right to privacy, in Harvard law rewiev, cit., pp. 193 e ss.). Le reazioni di giurisprudenza e società nei confronti dell'asserita esigenza di privacy furono variegate: una parte del tessuto sociale americano e una minoranza dei giudici della Corte Suprema condivisero l'idea della necessità di tutelare la privacy; l'altra parte della società e la maggioranza dei giudici della Corte Suprema, invece, adottarono un atteggiamento scettico rispetto al riconoscimento di un autonomo diritto alla privacy. Fu solo negli anni Sessanta che la Corte Suprema riconobbe la privacy come interesse della persona meritevole di tutela sia in rapporto alla vita pubblica sia alla vita privata (NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449, 1958, Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 1965). Ne è seguita, nel 1970, l'emanazione del Privacy Act, legge federale che si occupa di regolare i rapporti tra governo e cittadini, tutelando il diritto di questi ultimi alla privacy. Tuttavia, ed eccezione del predetto provvedimento normativo, la privacy è stata disciplinata principalmente a livello statale, sì da connotare il sistema di tutela della privacy statunitense come un sistema di natura settoriale. Tale sistema, comunque idoneo a garantire un buon livello di tutela della privacy, è tuttavia entrato in crisi all'indomani dell'11 settembre con l'introduzione di una legislazione d'emergenza al servizio della c.d. "guerra al terrore", ispirata del principio "più sicurezza meno privacy". Nel difficile compito di garantire la sicurezza dei cittadini, infatti, si è assistito a forti restrizioni del diritto alla privavy, con la conseguenza che il modello di regolamentazione della privavy statunitense, a lungo ineludibile riferimento giuridico per tutti i Paesi europei ed extraeuropei, è oggi distante e inconciliabile con il livello di tutela della privacy previsto e garantito in ambito europeo. Per un approfondimento sul tema si veda B. Hess, C.M. Mariottini, Protecting privacy in private International and procedural law and by data protection: European and American developments, London 2015.

Venendo all'ordinamento italiano, parte della dottrina sostiene la tesi della "costituzionalizzazione" del diritto alla protezione dei dati personali, in virtù della sua connessione con il diritto all'identità personale, a sua volta riconducibile all'art. 2 Cost., fonte di tutela della personalità umana le cui declinazioni vanno colte nell'evoluzione culturale e sociale²⁹. Altri autori deducono il rilievo costituzionale del diritto alla protezione dei dati personali dal suo stretto legame con il concetto di dignità, menzionato all'art. 3, co. 1, e ricavabile anche dallo stesso art. 2 Cost., concetto che «aiuta a cogliere (...) il "cuore" essenziale dei diritti universali dell'uomo e soprattutto ha, nella nuova realtà globalizzata, una forza e una "capacità di senso" eccezionalmente importanti»³⁰. Secondo tale prospettiva, l'evoluzione cibernetica e la conseguente globalizzazione delle relazioni interpersonali, economiche, finanziarie e sociali hanno portato a un'estensione dei confini del concetto di dignità che oggi ricomprende anche il diritto alla protezione dei dati personali quale diritto fondamentale della persona³¹.

Altra parte della dottrina sostiene invece che la rilevanza costituzionale del diritto all'identità personale e del connesso diritto alla protezione dei dati personali vada ricercata nell'art. 21 Cost., che tutelerebbe anche l'interesse a che la manifestazione esterna della propria personalità non venga travisata a causa dell'attribuzione di opinioni mai professate o di condotte mai tenute³².

Ancora, si è argomentato che il diritto alla protezione dei dati personali abbia un indubbio legame con la tutela della libertà personale e con tutte le altre libertà

²⁹ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975, pp. 1038 e ss.

³⁰ F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., p. 7.

³¹ *Ini*, p. 7. Il legame tra protezione dei dati personali e dignità emerge anche nella giurisprudenza di legittimità. V. Cass. civ., Sez. I, 25 giugno 2004, n. 11864, in *Giust. civ.* (11) 2004, pp. 2731 e ss., ove si afferma che «dalle attività di trattamento di dati, anche già pubblici o pubblicati, ossia di accostamento, comparazione, esame, analisi, congiunzione, rapporto od incrocio degli stessi, si possono ricavare ulteriori informazioni e, quindi, un valore aggiunto informativo, non estraibile dai dati isolatamente considerati, potenzialmente lesivo della dignità dell'interessato, valore sommo a cui è ispirata la legislazione sul trattamento dei dati personali».

³² A. Cerri, *Identità personale*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma 1995, pp. 6-7.

costituzionalmente garantite³³. Tanto è vero che dalla raccolta, dall'incrocio e dall'analisi dei dati che riguardano una persona e le sue attività in rete è possibile ricostruire le sue attitudini, la sua personalità, fino a prevederne le scelte future con la possibilità di interferire nella sua libertà religiosa, di pensiero, di scegliere fonti di informazione senza doverne rendere conto, di associazione, di riunione³⁴. In altri termini, anche dalla protezione dei diritti personali passa la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali dell'uomo moderno.

Premesso questo breve inquadramento delle nozioni di riservatezza, *privacy* e protezione dei dati personali, nel paragrafo successivo ci si propone di analizzare i reati che nel nostro ordinamento sono stati introdotti a presidio del diritto alla protezione dei dati personali con il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. Codice della *privacy*. A seguire verranno esaminate le principali novità introdotte in tema di trattamento dei dati personali dal regolamento 2016/679/UE, cui gli Stati membri dovranno dare piena applicazione entro il 25 maggio 2018, soffermandosi in particolare sulle possibili conseguenze in materia penale e in termini di responsabilità amministrativa degli enti.

2. I reati previsti dal Codice della privacy

Con il c.d. Codice della *privacy*, introdotto con il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ed entrato in vigore il primo gennaio 2004³⁵, il legislatore italiano ha integrato e

³³ P. Perri, *Privacy, diritto e sicurezza informatica*, Milano 2007, p. 3.

³⁴ F. Pizzetti, *Privacy e diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit. p. 10. L'esigenza di tutelare altri beni costituzionalmente garantiti fa sì che il diritto alla protezione dei dati personali non possa godere di una tutela assoluta, ma consista in un diritto di libertà che può essere definito come il diritto dell'individuo a non essere sottoposto a controlli e raccolta di informazioni sulla propria vita senza il proprio consenso e senza che sussistano ragioni di prevenzione o repressione di reati espressamente previste dalla legge. *Ivi*, p. 55.

³⁵ Sul tema si vedano, ex pluribus, A. Del Ninno, La tutela dei dati personali: guida pratica al codice della privacy (d.lgs. 30.6.2003, n. 196), Padova 2006; G. Elli, Il nuovo codice della privacy: (commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) con la giurisprudenza del Garante, Torino 2004; C. Rabazzi, Regole sulla sicurezza dei dati nel recente "codice sulla privacy", in Ciberspazio e Dir. (2003), pp. 331 e ss.; U. Realfonzo, Nuovo codice in materia di protezione dei dati personali. La responsabilità, le sanzioni e le altre forme di tutela della "privacy", in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza (2004), pp. 500 e ss.; F. Tufarelli, La tutela dell'interessato nel diritto alla riservatezza dei dati personali: conferme e novità presenti nel "Codice della privacy", in Dir. e Formazione (2005), pp. 391 e ss.

potenziato³⁶ la tutela del diritto alla protezione dei dati personali sulla scorta delle indicazioni provenienti dall'Unione europea³⁷.

Il Capo II del Titolo III riguarda gli illeciti penali in materia di trattamento dei dati personali³⁸.

L'art. 167, su cui si tornerà nel prosieguo, disciplina la fattispecie di trattamento illecito di dati; l'art. 168, rubricato «falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante», punisce con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni le falsità: a) nelle comunicazioni rese al Garante dal fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico in tema di violazioni nel trattamento dei dati; b) nelle comunicazioni che il titolare del trattamento deve fare al Garante quando il trattamento riguarda le categorie di dati meritevoli di particolare tutela, nonché c) nelle comunicazioni, negli atti, nei documenti o nelle dichiarazioni resi o esibiti in un procedimento dinanzi al Garante o nel corso di accertamenti. L'art. 169 prevede l'arresto sino a due anni per «chiunque, essendovi tenuto, omette di adottare le misure minime» previste dal Codice per prevenire illeciti in tema di trattamento dei dati. La norma prevede tuttavia che qualora l'autore del predetto reato adotti, benché tardivamente, le misure prescritte e paghi

.

³⁶ Il trattamento dei dati personali era già stato disciplinato in Italia con la l. 31 dicembre 1996, n. 675, attuativa della direttiva 1995/46/CE e relativa alla «tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali», abrogata ai sensi dell'art. 183, comma 1, lettera a) del Codice della *privacy*.

³⁷ Il Codice è stato adottato per dare piena e completa attuazione alle direttive europee in materia di trattamento dei dati personali (non solo la direttiva 1995/46/CE, ma anche la direttiva 2002/21/CE, in materia di comunicazione elettronica e trasmissione telematica di dati e informazioni, e la direttiva 2002/58/CE, in tema di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche).

³⁸ In materia di tutela penale della privacy si veda E. Antonini, Il trattamento illecito di dati personali nel codice della privacy: i nuovi confini della tutela penale, in Dir. pen. e proc. (2005), pp. 340 e ss.; M. Chiarolla, Trattamento dei dati personali su Internet ed illecito penale, in Foro it. (2006), pp. 46 e ss.; G. Corrias Lucente, La nuova normativa penale a tutela dei dati personali, in Aa.Vv., Il codice dei dati personali. Temi e problemi, Milano 2004; S. Del Corso, La Protezione dei dati personali. Commentario sistematico al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Padova 2007, sub art. 167; M. Luberto, I reati informatici contro il diritto alla privacy. La tutela fornita dal d.lgs. n. 196 del 2003 e dal codice penale, in Giur. di merito (2008), pp. 898 e ss.; A. Manna, Il quadro sanzionatorio penale e amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali, in Dir. inf. (2003), pp. 727 e ss.; A. Manna, Codice della privacy: nuove garanzie per i cittadini nel Testo unico in materia di protezione dei dati personali, in Dir. pen. e proc. (2004), pp. 17 e ss.; L. Palamara, Note in tema di rilevanza penale del trattamento illecito di dati personali, in Cass. pen. (2005), pp. 1898 e ss.; V. Plantamura, La tutela penale dei dati personali, in Dir. inf. (2007), pp. 649 e ss.; P. Troncone, Profili penali del codice della privacy, in Riv. pen. (2004), pp. 1147 e ss.

una determinata somma di denaro, il reato si estingue. Ancora, l'art. 170 disciplina il delitto di inosservanza di provvedimenti del Garante, punito con la reclusione da tre mesi a due anni e integrato da chi, essendo tenuto a rispettarli, violi i provvedimenti adottati dal Garante in materia di dati meritevoli di particolare tutela. L'art. 171 rimanda allo Statuto dei Lavoratori per i reati in materia di impianti audiovisivi e altri strumenti per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e di strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e per la registrazione degli accessi e delle presenze³⁹. Infine, l'art. 172 prevede, in caso di condanna per uno dei delitti previsti dal Codice, la pena accessoria della pubblicazione della sentenza⁴⁰.

Sebbene le norme poc'anzi riportate individuino l'autore dell'illecito mediante la generica dizione "chiunque", i reati previsti e disciplinati dal Codice devono considerarsi reati propri, in quanto possono essere integrati solo dal titolare del trattamento, vale a dire «la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del

³⁹ A tal proposito, è interessante evidenziare come la Corte Europea dei diritti dell'uomo abbia recentemente affermato che non viola l'art. 8 della CEDU, che riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, il datore di lavoro che effettua un monitoraggio delle mail e degli altri mezzi di comunicazione aziendali, utilizzati dai lavoratori, al fine di garantire il giusto funzionamento della società e di controllare che i dipendenti, durante l'orario di lavoro, svolgano la loro attività lavorativa (C. EDU, 12 gennaio 2016, c. 61496/08, Barbulescu Vs Romania). Con tale pronuncia i Giudici di Strasburgo hanno evidentemente preso atto del fenomeno del c.d. cyberslacking, ossia l'utilizzo di internet per scopi personali da parte dei pubblici dipendenti, che costa ogni anno alle imprese circa un miliardo di dollari in termini di perdita della produttività. La decisione non è andata esente da critiche. Uno dei sette giudici della Corte, il portoghese Paulo Sergio Pinto de Albuquerque, dissenziente, ha osservato che i lavoratori non abbandonano il loro diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali ogni mattina alle porte del posto di lavoro, anche quando sussistono sospetti di cyberslacking, il diritto del datore di lavoro di interferire nelle comunicazioni private del dipendente non è illimitato. S. O' Connor, Now it's personal - employers given right to check emails are work-relate, in Financial Times, 14 gennaio 2016. Nel nostro ordinamento tali controlli del datore di lavoro sono legittimi in base all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, come modificato dal Job Act, in quanto, come si afferma nella costante giurisprudenza di legittimità, i mezzi di comunicazione presenti sul luogo di lavoro non sono che strumenti di lavoro, perciò il loro indirizzo personale non implica che siano "privati", dato che devono essere usati solo per lo svolgimento delle attività professionali (Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 47096, in Guida dir. (2008), pp. 75 e ss.). Sul punto il Garante della privacy ha dettato specifiche linee guida nella delibera n. 13 del 2007, in www.garanteprivacy.it. V.C. Criscuolo, Il controllo sugli "account" di posta elettronica e di "messaging" aziendale, in Riv. it. dir. lav. (2016), pp. 284-292.

⁴⁰ Sugli effetti stigmatizzanti della pena accessoria della pubblicazione della sentenza di condanna si veda A. Visconti, *Onore, reputazione e diritto penale*, Milano 2011, pp. 44 e ss.

trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza»⁴¹; dal responsabile del trattamento, ossia «la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali»⁴² o dall'incaricato del trattamento, cioè la persona fisica autorizzata a compiere operazioni di trattamento dal titolare o dal responsabile⁴³.

La fattispecie più interessante è quella di cui all'art. 167, che punisce con la reclusione da sei a diciotto mesi, se dal fatto deriva nocumento, o con la reclusione da sei a ventiquattro mesi, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione dei dati, salvo che il fatto costituisca più grave reato, «chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli artt. 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'articolo 129». Ancora, sempre che il fatto non costituisca più grave reato, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da uno a tre anni, «chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 17, 20, 21, 22, commi 8 e 11, 25, 26, 27 e 45»⁴⁴.

-

⁴¹ Art. 4, lett. f) del Codice della privacy.

⁴² Art. 4, lett. g) del Codice della privacy.

⁴³ Art. 4, lett. h) del Codice della *privacy*.

⁴⁴ La norma è modellata sull'art. 35 della l. 31 dicembre 1996, n. 675 relativa alla «tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali», abrogata ai sensi dell'art. 183, co. 1, lettera a), del Codice in materia dei dati personali, di cui si riporta il testo. Art. 35 (Trattamento illecito dai dati personali): «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 11, 20 e 27, è punito con la reclusione sino a due anni o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da tre mesi a due anni. 2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 21, 22, 23, 24 e 24-bis, ovvero del divieto di cui all'articolo 28, comma 3, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni. 3. Se dai fatti di cui ai commi 1 e 2 deriva nocumento, la reclusione è da uno a tre anni». È pacifica nella giurisprudenza di legittimità la sussistenza di un rapporto di continuità normativa tra l'art. 35 l. 675/1996 e l'art. 167 d.lgs. 196/2003 (Cass. pen., Sez. III, 26 marzo 2004, n. 28680, in *Dejure*). Per l'analisi dell'art. 35 si rimanda a S. Fiore, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento VII, Roma 1999, pp. 13 e ss.; G. Pica, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino 1999, pp. 325 e ss. Sulle modifiche apportate all'art. 35 dal d.lgs. 28 dicembre 2001, n. 467, si veda R.

L'articolo in esame prevede due distinte ipotesi di reato che si differenziano per la diversa natura dei dati oggetto di trattamento. Infatti, mediante il rinvio ad altre norme del Codice, il primo comma si riferisce ai "dati comuni" 45, il secondo ai "dati sensibili" e ai "dati giudiziari", ossia a dati meritevoli di particolare tutela. È bene precisare che nell'ambito dei dati personali, sono "comuni" tutti i dati che il legislatore non ha ritenuto meritevoli di una tutela "rafforzata", come quella prevista per i dati "sensibili" e ai "dati giudiziari". Si definiscono invece «dati sensibili» «i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale» 46. Si definiscono «dati giudiziari» «i dati personali idonei a rivelare provvedimenti in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato» 47.

Il bene giuridico tutelato è il diritto alla protezione dei dati personali, di cui si è detto nel paragrafo precedente, un interesse che, stando alla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico⁴⁸, è dotato di rilevanza costituzionale

Blaiotta, Le modifiche alle fattispecie penali previste dalla legge sulla protezione dei dati personali, in Cass. pen. (2002), pp. e 2955 ss.

⁴⁵ A norma dell'art. 4, lett. b), del Codice della *privacy*, si definisce «dato personale» «qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale». È bene evidenziare che, innovando rispetto alla l. n. 675, il Codice della *privacy* include nella nozione di "dati personali" anche i cc.dd. "dati indiretti", ossia quei dati che, pur non avendo carattere propriamente "personale", consentono l'identificazione della persona (si pensi ai dati riguardanti l'ubicazione dell'utenza dove si svolge il traffico di comunicazioni elettroniche). Sul punto si vedano P. Troncone, *Il delitto di trattamento illecito dei dati personali*, cit., p. 90, nonché il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109, attuativo della direttiva 2006/24/CE riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE.

⁴⁶ Art. 4, lett. d) Codice della *privacy*.

⁴⁷ Art. 4, lett. e) Codice della *privacy*. Nel regolamento 2016/679/UE (v. *infra* §3), al *considerandum* n. 51, si legge che «meritano una specifica protezione i dati personali che, per loro natura, sono particolarmente sensibili sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali, dal momento che il contesto del loro trattamento potrebbe creare rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali». «Tra tali dati personali dovrebbero essere compresi anche i dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica».

⁴⁸ Secondo la c.d. "teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico", al fine di scegliere nell'universo degli interessi socialmente rilevanti quelli meritevoli di tutela penale, è imprescindibile un

indiretta, in quanto funzionale e strumentale alla tutela dell'identità quale manifestazione della personalità meritevole di tutela a norma dell'art. 2 Cost. 49. A suffragio di detta tesi, che individua come bene tutelato dalla norma non solo e non tanto la riservatezza, quanto, soprattutto, la protezione dei dati personali, in dottrina è stato osservato che se l'oggetto di tutela della norma fosse la riservatezza, bene giuridico di carattere personale e disponibile, in base a una corretta politica criminale ispirata al principio di *extrema ratio* la procedibilità del delitto sarebbe a querela di parte. La procedibilità d'ufficio sembra invece suggerire che la vita privata del singolo non rappresenti che, «in un'ottica di "seriazione" degli interessi da tutelare», il "bene finale", laddove "bene strumentale" tutelato in via diretta e immediata dalla norma è «l'interesse alla sicurezza dei dati, ovvero all'efficientismo dell'ordinamento settoriale facente capo al Garante» 50.

All'incipit di entrambi i commi è posta una clausola di sussidiarietà espressa che risolve il possibile concorso apparente dell'art. 167 Codice della *privacy* con molte altre norme incriminatrici. Si pensi, ad esempio, all'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.; alla rivelazione e utilizzazione di segreti d'ufficio ex art. 326 c.p. (che prevarrebbe solo sul primo comma dell'art. 167, non sul secondo comma che

riferimento alla Costituzione, nel senso di selezionare solo quei beni che siano dotati di rilevanza costituzionale esplicita o implicita, consistendo, questi ultimi, negli interessi non espressamente menzionati nel testo costituzionale, ma la cui tutela è funzionale alla tutela di beni espressamente protetti dalla Costituzione. F. Bricola, *Teoria generale del reato*, Torino 1973, pp. 16 e ss. Bricola, padre della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, scriveva: «la locuzione "rilevanza costituzionale" è, poi, assai ampia, ricomprendendo non solo i diritti del singolo costituzionalmente garantiti, ma anche quei valori che sono obiettivamente tutelati. È nostra opinione, inoltre, che nel novero dei diritti costituzionalmente garantiti rientrino anche quelle situazioni soggettive che, non contemplate dalla Costituzione, sono tuttavia consacrate in Convenzioni internazionali e richiamate dalla formula "diritti inviolabili" di cui all'art. 2 Cost.», e ancora «l'illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato a un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria». *Ivi*, p. 16.

⁴⁹ P. Troncone, *Il delitto di trattamento illecito dei dati personali*, cit., p. 40. Sul punto si vedano anche S. Del Corso, *La Protezione dei dati personali*, cit., p. 2067; A. Manna, *Prime osservazioni sul Testo Unico in materia di protezione dei dati personali: profili penalistici*, in *vnw.privacy.it* (2003), pp. 1125 e ss.; P. Veneziani, *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di disciplina di dei dati personali*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano 2001. Per i diversi orientamenti dottrinali circa il fondamento costituzionale del diritto alla protezione dei dati personali si rimanda all'ultima parte del primo paragrafo.

⁵⁰ A. Manna, *Prime osservazioni sul Testo Unico in materia di protezione dei dati personali: profili penalistici*, cit., pp. 1125 e ss. Sul punto si rimanda alla duplice natura del diritto alla protezione dei dati personali quale diritto fondamentale del singolo e interesse della collettività di cui si è detto nel primo paragrafo.

prevede una pena superiore); all'ipotesi di reato prevista al secondo comma dell'art. 617-quater c.p., che disciplina la rivelazione di comunicazioni informatiche o telematiche, nonché all'art. 621 c.p., che punisce la rivelazione del contenuto di documenti segreti (il quale prevarrebbe solo sul primo comma del 167).

L'art. 167 rinvia, per la compiuta descrizione del fatto tipico, ad altre norme del Codice, che, talora, rinviano a loro volta ad atti e regolamenti dell'autorità amministrativa ossia del Garante della *privacy*. Il primo comma rimanda, in particolare, a norme del Codice che riguardano i principi in tema di trattamento dei dati comuni (art. 19); le regole per il trattamento di tali dati da parte di soggetti pubblici (art. 18); il consenso al trattamento del soggetto cui i dati si riferiscono (art. 23); il trattamento dei dati relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche (art. 123) e alla localizzazione dell'utente (art. 126); la trasmissione di comunicazioni indesiderate approfittando della disponibilità dei dati (art. 130); il trattamento degli elenchi abbonati compilati prima dell'entrata in vigore del codice (art. 129)⁵¹. Il secondo comma richiama, invece, le norme in materia di trattamenti che presentano rischi specifici (art. 17) e di principi applicabili al trattamento dei dati sensibili e dei dati giudiziari (artt. 20, 21 e 22).

Tale tecnica legislativa, ispirata a un'esigenza di economia normativa, è di dubbia conformità ai principi fondamentali del diritto penale. In primo luogo, infatti, la norma, richiamando, ai fini della descrizione delle condotte penalmente rilevanti, altre norme del Codice che, spesso, richiamano a loro volta altre disposizioni o provvedimenti, finisce per dare luogo a una molteplicità di fatti punibili tendenti all'indeterminatezza in quanto difficili da ricostruire in maniera

⁵¹ Il richiamo all'art. 129, che contiene indicazioni di carattere organizzativo e non ha alcuna attinenza a condotte che possano assumere rilievo penale, in realtà, risulta «indecifrabile». P. Troncone, *Il delitto di trattamento illecito dei dati personali*, cit., p. 146.

precisa e dettagliata⁵². Il rilievo vale, a maggior ragione, se si considera che tale "ricostruzione" della condotta penalmente rilevante deve essere effettuata non solo dai "tecnici", ma altresì dai cittadini, a garanzia dei quali opera il principio di sufficiente determinatezza, quale corollario del principio di legalità (art. 25 Cost.)⁵³.

In secondo luogo, molte delle norme richiamate dall'art. 167 rinviano a loro volta a provvedimenti del Garante della privacy secondo il modello di integrazione tra legge e fonte secondaria della cd. "norma penale in bianco", che consiste nel rinvio da parte della legge a fonti secondarie per la determinazione delle condotte concretamente punibili⁵⁴. Come noto, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle norme penali in bianco, ne ha affermata la conformità al principio di riserva di legge solo nei casi in cui sia la fonte di rango primario a determinare i caratteri, i presupposti, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità amministrativa, alla cui trasgressione è riconnessa la sanzione penale⁵⁵. Requisiti, quelli poc'anzi menzionati, che non sempre ricorrono nella fattispecie in esame. La dottrina⁵⁶ ha sempre nutrito perplessità sulla compatibilità delle norme penali in bianco con il principio di riserva di legge⁵⁷. Alcuni autori, con riferimento alle norme cui rinviano le norme penali in bianco, distinguono tra "norme regolamento", generali e astratte, il richiamo delle quali contrasterebbe con la riserva di legge, e "norme provvedimento", ossia singoli e concreti provvedimenti dell'autorità amministrativa, che, non concorrendo a delineare il contenuto precettivo della fattispecie tendono a risolversi in presupposti

-

⁵² La norma, a detta di autorevole dottrina, richiamando norme che a loro volte richiamano altre norme, impone all'interprete, ai fini della ricostruzione del precetto, un vero e proprio «gioco dell'oca normativo». P. Troncone, *Il delitto di trattamento illecito dei dati personali*, cit., p. 134.

⁵³ A. Manna, *Il trattamento dei dati personali: le sanzioni penali*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano 2001, p. 343. Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna 2014, pp. 85 e ss.

⁵⁴ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 58.

⁵⁵ Corte cost., 5 luglio 1971, n. 168, intervenuta con riferimento alla contravvenzione di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità di cui all'art. 650 c.p.

⁵⁶ F. Bricola, Legalità e crisi: l'art.25, commi II e III, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70, in Questione Giustizia (1980), p. 193; M. Gallo, La legge penale, Torino 1967, p. 22.

⁵⁷ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 58 e ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino 2015, pp. 102 e ss.

di fatto, con la conseguenza che il loro richiamo, ferma restando la possibile violazione del principio di sufficiente determinatezza, non viola il principio di riserva di legge⁵⁸. Seguendo tale orientamento si potrà affermare che l'art. 167 è conforme al principio di riserva di legge nella parte in cui rimanda a norme del Codice della *privacy* in sé compiute, non invece nella parte in cui rimanda a norme del Codice che, a loro volta, rimandano a provvedimenti generali e astratti del Garante della *privacy*.

Ancora, in passato sono stati espressi in dottrina dubbi circa la conformità delle norme penali in bianco al principio di offensività. Il rischio sotteso a tali norme, in particolare, sarebbe quello di conferire alla fattispecie la connotazione di previsione non tanto posta a tutela di beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela in quanto riconducibili a valori di rango costituzionale, quanto volta ad assicurare l'osservanza di determinate norme e di determinati regolamenti o provvedimenti, finendo per punire la «disobbedienza come tale»⁵⁹.

Passando all'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie, il soggetto attivo, a discapito della dizione "chiunque" può essere, come anticipato, solo il titolare, il responsabile o l'incaricato del trattamento dei dati. Precisamente gli artt. 28, 29 e 30 del Codice attribuiscono il dovere di assicurare il corretto trattamento dei dati progressivamente al titolare, al responsabile e all'incaricato. Il riflesso di tale previsione sul piano penale è una responsabilità a titolo di concorso delle tre figure poc'anzi menzionate, da cui, in base al modello della delega di funzioni⁶⁰, il

⁵⁸ M. Donini, *Teoria del reato*. *Una introduzione*, Padova 1996, pp. 233-234. Un ulteriore effetto di tale distinzione tra norme-regolamento e norme-provvedimento consiste nel fatto che l'errore sulle prime andrebbe ricondotto alla disciplina di cui all'art. 5 c.p., mentre l'errore sulle seconde alla disciplina di cui all'art. 47 c.p. *Ivi*, pp. 233-234. In tal senso anche G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano 2001, pp. 52 e ss.; D. Pulitanò, *L'errore sul diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, p. 317; M. Romano, *Repressione della condotta antisindacale: profili penali*, Milano 1974, p. 160.

⁵⁹ A. Pecoraro Albani, Riserva di legge. Regolamento. Norma penale in bianco, in Riv. it. dir. e proc. pen. (1959), pp. 807 e ss.

⁶⁰ In tema di delega di funzioni si vedano ex pluris F. D'Alessandro, La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 196/2009, in Riv. it. dir. e proc. pen. (2010), pp. 1125 e ss.; A. De Vita, La delega di funzioni nel sistema penale: il paradigma della sicurezza sul lavoro, Napoli 2008; A. Fiorella, Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa, Firenze 1984; E. Palombo, La delega di funzioni nel diritto penale dell'impresa, in Giust. pen. (1985), pp. 679 e ss.; T. Vitarelli, Profili penali della delega

delegante potrà esonerarsi solo provando di aver impartito precise istruzioni al delegato e, altresì, a norma dell'art. 29, co. 5 del Codice, di aver vigilato, «anche tramite verifiche periodiche» sulla puntuale osservanza delle proprie istruzioni⁶¹.

La condotta tipica consiste nel trattamento di dati, ossia nel compimento di «qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati»⁶². Ai fini dell'integrazione del reato, a detta della Suprema Corte⁶³, è sufficiente il compimento di un solo atto tipico.

Altro elemento della fattispecie consiste nella mancanza del consenso. Infatti, tra le norme richiamate dall'art. 167 vi sono anche gli artt. 23 (richiamato al primo comma) e 26 (richiamato al secondo comma), che prevedono quale condizione di liceità del trattamento, salvo casi eccezionali tassativamente indicati (art. 24 e alcune norme della Parte II relativi al trattamento effettuato dalle forze di polizia o per fini di ordine pubblico e difesa sociale), il consenso espresso dell'interessato, rilasciato

di funzioni: l'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari, Milano 2008.

⁶¹ La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, propende per una lettura sostanziale della norma, in forza della quale qualora il trattamento non sia effettuato dal soggetto istituzionalmente o normativamente "depositario" dei dati, ma da un soggetto privato, questi sarà comunque chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 167 Codice della privacy. Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 2011, n. 21839, in Cass. pen. (2012), pp. 1484 e ss., ove si statuisce che il privato cittadino che sia, anche solo occasionalmente, venuto a conoscenza di un dato sensibile rientra tra i titolari deputati, ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 196 del 2003, ad assumere le decisioni in ordine alle finalità e alle modalità di trattamento dei dati personali, sicché, ove indebitamente lo diffonda, risponde del reato di trattamento illecito di dati di cui all'art. 167 Codice della privacy (fattispecie di indebita diffusione, attraverso una chat line pubblica, del numero di un'utenza cellulare altrui). Sul punto si veda anche R. Lotierzo, Trattamento illecito dei dati personali: la punibilità di un reato comune nel filtro dei meccanismi di selezione creati dal legislatore, in Cass. pen. (2012), pp. 1487 e ss.

⁶² Art. 4, lett. a) del Codice della *privacy*. Circa il carattere commissivo od omissivo di tali reati, pare più convincente la loro interpretazione come reati commissivi, in quanto nel definire il concetto di "trattamento", l'art. 4 del Codice fa riferimento a condotte attive. A. Manna, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. inf.* 2010, pp. 779 e ss. Cfr. A. Contaldo, L. Marotta, *Depenalizzazione e nuove tutele dei dati personali anche alla luce del Codice della Privacy (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)*, in *Giur. merito* (2004), pp. 2409 e ss.

⁶³ Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 2011, n. 21839, cit., pp. 142 e ss.

per iscritto se si tratta di dati sensibili. Il consenso dell'interessato opera quindi come elemento negativo della fattispecie, in presenza del quale non si configura il fatto tipico, non invece come scriminante ai sensi dell'art. 50 c.p.⁶⁴.

Ai fini della punibilità, alla condotta tipica devono aggiungersi sia la finalità di conseguire per sé o per altri un profitto o di cagionare ad altri un danno, sia il nocumento derivato alla persona offesa o a terzi dall'illecito trattamento dei dati, o, solo nell'ipotesi prevista dalla seconda parte del primo comma, la comunicazione o diffusione dei dati.

Analogamente a quanto è avvenuto, ad esempio, con riferimento alla dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta⁶⁵ e alle soglie di punibilità previste nelle false comunicazioni sociali⁶⁶ (prima delle ultime modifiche apportate dalla l. 27 maggio 2015, n. 69) e nei reati tributari⁶⁷, anche in relazione al nocumento di cui all'art. 167 Codice della *privacy* si è sviluppato un dibattito circa la sua natura di elemento del reato o di condizione obiettiva di punibilità. Il criterio di distinzione tra le due opzioni ermeneutiche consiste nel rapporto con l'offesa: una circostanza sarà elemento del reato qualora dal suo integrarsi dipenda l'offesa del bene protetto, sarà condizione obiettiva di punibilità qualora, invece, si tratti di una circostanza del tutto estranea all'offesa, alla cui integrazione solo per ragioni di opportunità il legislatore

.

⁶⁴ A. Manna, *Prime osservazioni sul Testo Unico in materia di protezione dei dati personali: profili penalistici*, cit., pp. 1125 e ss.

⁶⁵ Sul punto si vedano F. Antolisei, Manuale di diritto penale, Leggi complementari, vol. II, Milano 1995, pp. 29 ss.; F. D'Alessandro, Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?, in Diritto penale contemporaneo, 3 (2013), pp. 356-370; C. Predazzi, Reati commessi dal fallito, in F. Galgano (a cura di), Commentario Scialoja-Branca, Leggi fallimentari, Bologna1995, pp. 18 ss.; C. Santoriello, I reati di bancarotta, Torino 2000, pp. 18 ss. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in Riv. pen. (2014), pp. 914 e ss.; Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, in Resp. civ. e prev. (2009), pp. 2591 e ss.; Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2006, n. 36088, in Cass. pen. (2007), pp. 3876 e ss.

⁶⁶ Sul punto si vedano A. Alessandri, Diritto penale e attività economiche, Bologna 2010, pp. 295 ss. e 311 ss.; M. Donini, Abolitio criminis e nuovo falso in bilancio, in Cass. pen. (2002), pp. 1240-1281; I. Merenda, Contributo allo studio delle "soglie di punibilità" nelle false comunicazioni sociali, in Ind. pen. (2010), pp. 133-160. In giurisprudenza: Corte cost., 1 giugno 2004, n. 161, in Giur. cost. (2004), pp. 1665 e ss.; Cass. pen., Sez. V, 28 settembre 2005, n. 44007, in Cass. pen. (2006), pp. 4166 e ss.

⁶⁷ Sul punto si veda G. Salcuni, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. dell'economia* (2001), pp. 131-187; C. Renzetti, in *Cass. pen.* (2013), pp. 286-297. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. III, 18 novembre 2015, n. 6105, in *Cass. pen.* (2016), pp. 3799 e ss.; Cass. pen., Sez. III, 11 novembre 2015, n. 891, in *Guida dir.* (2016), pp. 14 e ss.

ha inteso subordinare la punibilità. L'opzione ermeneutica adottata ha conseguenze a livello probatorio in quanto gli elementi del reato devono essere oggetto del dolo, mentre le condizioni obiettive di punibilità rilevano oggettivamente (art. 44 c.p.). Parte della dottrina, all'esito di un'attenta analisi delle condizioni obiettive di punibilità, distingue ulteriormente tra condizioni estrinseche, ossia totalmente estranee all'offesa e condizioni intrinseche, che danno attuazione all'«offesa dell'interesse che è già potenzialmente realizzata dal fatto in senso stretto»⁶⁸. In un sistema penale costituzionalmente orientato e imperniato sul principio di colpevolezza in cui tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie devono essere soggettivamente collegati all'agente e, quindi, a lui imputabili a titolo di dolo o, almeno, di colpa, rispetto alle condizioni intrinseche di punibilità, che concorrono, sebbene limitatamente ed eventualmente, all'offesa, dovrà essere accertato quel coefficiente minimo di colpevolezza che consiste nella colpa e, in particolare, nella prevedibilità⁶⁹.

Alla luce di tale ricostruzione, nella fattispecie in analisi, il nocumento, concorrendo al disvalore della fattispecie di illecito trattamento dei dati personali, dovrà opportunamente essere interpretato alla stregua di condizione obiettiva di punibilità intrinseca in quanto, «sebbene partecipi alla caratterizzazione offensiva del fatto incriminato, conserva quella caratteristica di elemento futuro e incerto da cui dipende la punibilità dell'autore del reato»⁷⁰. A sostegno di tale conclusione si può

⁶⁸ F. Bricola, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss D.I.*, Torino 2007, p. 588. In tal senso anche, *inter alios*, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 813 e ss.

⁶⁹ Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1985. Sul punto si veda anche M. Zanotti, Condizioni di punibilità e responsabilità oggettiva, in A.M. Stile (a cura di), Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza, Napoli 1989. In tema di condizioni obiettive di punibilità si veda ex pluris V.N. D'Ascola, Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità, in Riv. it. dir. e proc. pen. (1993), pp. 652 e ss.; V.N. D'Ascola, Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità, Napoli 2004; M. Donini, Condizioni obiettive di punibilità, in Studium iuris (1997), pp. 592 e ss.; R. Ramacci, Le condizioni obiettive di punibilità, Napoli 1971; D. Romano, Le condizioni obiettive di punibilità: un'ipotesi di interpretazione dell'art. 44 c.p., Bari 2005.

⁷⁰ A. Manna, *Il quadro sanzionatorio penale e amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 748. Cfr. F. Puleio, *Violazione della privacy e condizioni obiettive di punibilità*, in *Cass. pen.* (2005), pp. 2540 e ss. Sul tema si veda anche R. Lotierzo, *Del nocumento nell'illecito trattamento dei dati personali ovvero dell'esigenza di ascendere alle origini di una incriminazione*, in *Cass. pen.* (2013), pp. 1589 e ss. In tal senso, in giurisprudenza: Cass. pen., Sez. III, 26 marzo 2004, n. 28680, in *Cass. pen.* (2006), pp. 2562 e ss.; Cass. pen., Sez. III, 28 maggio 2004, n.

osservare come la scelta del legislatore di qualificare il nocumento come condizione intrinseca di punibilità anziché come elemento del reato paia del tutto sensata in quanto rispondente a una duplice necessità: da una parte, quella di evitare l'intervento della sanzione penale in caso di lesioni di scarsa rilevanza del bene tutelato, dall'altra, quella di non limitare troppo l'ambito della punibilità prevedendo che il nocumento, in quanto elemento del reato, debba rientrare nell'oggetto del dolo⁷¹.

Circa il *quantum* del nocumento, in alcune pronunce di legittimità viene richiesto, ai fini dell'integrazione del reato, che la condotta cagioni un *«vulnus* minimo all'identità personale del soggetto passivo e alla sua *privacy*»⁷², in altre si fa riferimento a un *«vulnus* significativo alla persona offesa»⁷³. Il concetto di nocumento non coincide esattamente con il concetto di danno. Il "danno altrui" è l'evento naturalistico del reato collegato eziologicamente alla condotta tipica ai sensi dell'art. 40, co. 1, c.p., il nocumento può essere inteso come l'insieme delle conseguenze negative in senso lato, quali, ad esempio, le ripercussioni sgradevoli o disonorevoli che dal fatto possono derivare anche a persone diverse dal soggetto passivo⁷⁴. Stando a tale prospettiva definitoria, il richiamo alla nozione di nocumento pare particolarmente appropriato in una materia come quella del trattamento dei dati personali in cui «le conseguenze del reato non sono più rapportabili a un singolo soggetto ben individuato o individuabile, ma a una vera e propria platea indistinta,

^{30134,} cit., pp. 1895 e ss.; Cass. pen., Sez. III, 5 marzo 2008, n. 16145, in Cass. pen. (2009), pp. 1695 e ss.; Cass. pen., Sez. III, 26 marzo 2004, n. 28680, in Cass. pen. (2006), pp. 2562 e ss.; Cass. pen., Sez. III, 23 giugno 2015, n. 3307, in Guida dir. (2016), pp. 102 e ss. In senso contrario, Cass. pen., Sez. III, 5 febbraio 2015, n. 40103, in Dejure, in cui si afferma che «in tema di trattamento illecito dei dati personali, il nocumento per la persona alla quale i dati illecitamente trattati si riferiscono, previsto dall'art. 167 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, costituisce - per la sua omogeneità rispetto all'interesse leso, e la sua diretta derivazione causale dalla condotta tipica - un elemento costitutivo del reato, e non una condizione oggettiva di punibilità; ne consegue che esso deve essere previsto e voluto o comunque accettato dall'agente come conseguenza della propria azione, indipendentemente dal fatto che costituisca o si identifichi con il fine dell'azione stessa».

⁷¹ G. Neppi Modona, voce «Condizioni obiettive di punibilità», in Enc. giur., vol. VII, Roma 1997, p. 5.

⁷² Cass. pen., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 30134, cit., pp. 1895 e ss.

⁷³ Cass. pen., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 40078, in Riv. pen. (2010), p. 50.

⁷⁴ P. Troncone, *Il delitto di trattamento illecito dei dati personali*, cit., p. 159. Sul punto si veda anche S. Sica, "Danno" e "nocumento" nell'illecito trattamento di dati personali, in Dir. inf. (2004), pp. 715 e ss.

costituita da una molteplicità di vittime, in ciò conferendo la natura di reati a vittima diffusa, che porta con sé un'amplificazione delle conseguenze negative, destinate a determinare i propri effetti ben al di là delle circoscritte aree di tutela e dei soggetti tutelati»⁷⁵.

Per quanto concerne la locuzione «se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione» contenuta nella seconda parte del primo comma e seguita dalla previsione di una pena più severa, parte della dottrina ritiene che si tratti di una fattispecie aggravata a cui il principio del *favor rei* impone di estendere i requisiti di fattispecie previsti nella prima parte del primo comma, ossia il dolo specifico di profitto o danno e la condizione obiettiva di punibilità del nocumento⁷⁶, altra parte della dottrina, invece, ritiene, in maniera più aderente al dato testuale, che si tratti di un'altra condizione intrinseca di punibilità alternativa al nocumento⁷⁷.

Ciò premesso, è bene interrogarsi sulla *ratio* della previsione, nell'ambito della medesima norma incriminatrice, di un dolo specifico e di una o due alternative condizioni obiettive di punibilità. Tali requisiti sembrano operare, in ossequio al principio di sussidiarietà, in funzione selettiva della punibilità, l'uno sul piano soggettivo, l'altra (o le altre due) su quello oggettivo, consentendo di individuare come meritevoli di pena solo quelle condotte che assurgono a un certo grado di riprovevolezza in quanto volte a conseguire un profitto ingiusto o a cagionare un danno ad altri, e, congiuntamente, a un certo grado di offensività, cagionando un nocumento o consistendo il fatto nella comunicazione o diffusione dei dati⁷⁸, se si considera quest'ultima circostanza quale condizione obiettiva di punibilità. Tale

⁷⁵ P. Troncone, *Il delitto di trattamento illecito dei dati personali*, cit., p. 158. La categoria dei reati a vittima diffusa richiede con forza il superamento del modello sanzionatorio tradizionale, incentrato sulla pena detentiva, e la ricerca di nuove forme di tutela delle vittime di natura penale o, preferibilmente, di natura riparatoria/risarcitoria extrapenale. F. Stella, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003, pp. 32 e ss.

⁷⁶ P. Troncone, *Il delitto di trattamento illecito dei dati personali*, cit., p. 153.

⁷⁷ A. Manna, Prime osservazioni sul Testo Unico in materia di protezione dei dati personali: profili penalistici, cit., pp. 1125 e ss.

 $^{^{78}}$ *Ibidem*, pp. 1125 e ss.

conclusione pare in linea con la presumibile intenzione del legislatore di conformare la norma in esame sia al principio di colpevolezza, sia al principio di offensività⁷⁹ superando le critiche che avevano colpito la fattispecie nella sua versione precedente, in quanto connotata come reato di pericolo astratto, se non addirittura presunto⁸⁰.

Per quanto concerne l'interpretazione giurisprudenziale della fattispecie, rientra nell'ambito applicativo della norma la pubblicazione in rete di un'immagine o di un video che ritrae una persona senza il suo previo ed espresso consenso, salvi casi eccezionali tassativamente previsti. La normativa in materia di *privacy*, infatti, trova applicazione, ai sensi dell'art. 5, co. 3, Codice della *privacy*, anche ai trattamenti effettuati da privati per fini esclusivamente personali, se i dati sono destinati a una comunicazione sistematica o alla diffusione⁸¹.

⁷⁹ Anche la giurisprudenza di legittimità, nell'applicazione della norma, ne ha privilegiata una lettura aderente al principio di offensività, sottolineando come, dall'ambito applicativo della fattispecie, debbano escludersi «le semplici violazioni formali e irregolarità procedimentali, ma anche quelle inosservanze che procurano un *vulnus* minimo all'identità personale del soggetto e alla sua *privacy* (...) e non determinino alcun danno patrimoniale apprezzabile». Cass. pen., Sez. III, 9 luglio 2004, n. 1134, in *Guida dir.* (2004), p. 68.

⁸⁰ Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'inserimento, con il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, della locuzione «se dal fatto deriva nocumento», che costituiva prima soltanto una circostanza aggravante, ha trasformato la fattispecie da reato di pericolo presunto in reato di pericolo concreto. Cass. pen., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 30134, in Cass. pen. (2005), pp. 1895 e ss. Sul tema si veda anche S. Arma, Il recupero dell'offensività nel reato di trattamento di dati personali in assenza del consenso dell'interessato, in Giur. merito (2005), p. 391. Come noto, i reati di pericolo si distinguono in reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto. Il pericolo è concreto se è elemento della fattispecie incriminatrice e, quindi, deve essere accertato dal giudice, astratto se non è menzionato nella norma e quindi non deve essere accertato giudizialmente. G. Fiandaca, E. Musco, Diritto Penale. Parte Generale, cit., pp. 213 e ss. Cfr. F. D'Alessandro, Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale, Milano 2012. Alcuni autori operano un'ulteriore distinzione tra pericolo astratto, che è insito nella stessa condotta, la quale nell'id quod plerunque accidit è pericolosa per il bene giuridico, e pericolo presunto, che non è insito nella condotta, ma è presunto iuris et de iure, senza che il giudice possa verificarne l'effettiva sussistenza. F. Mantovani, Diritto penale. Parte generale, Padova 2016, p. 221; G. Vassalli, Considerazioni sul principio di offensività, in Scritti in mem. Di U. Pioletti, Milano 1982, p. 651.

⁸¹ In applicazione dell'art. 5, co. 3, Codice della privacy, la pubblicazione su You Tube di un video che ritrae una ragazza in pose oscene da parte di un privato senza il consenso della stessa va ricondotta al delitto di trattamento illecito di dati personali. Cass. pen., Sez. III, 10 settembre 2015, n. 40356, in Dir. & Giust. (2015), con nota di S. Gentile, Pubblica su YouTube il video che ritrae le pose oscene della vittima: condannato, in Dir. & Giust. (2015), pp. 10 e ss. Al contrario, non va ricondotto al delitto di cui all'art. 167 Codice della privacy, l'accesso a dati personali altrui conservati nel sistema informatico di un operatore telefonico e l'estrazione di informazioni sul traffico telefonico da e verso le utenze di terzi, se effettuato una sola volta ed esclusivamente per il fine personale di raccogliere prove circa l'infedeltà della persona cui i dati si riferiscono. Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2008, n. 46454, in Cass. pen. (2010), pp. 309 e ss. Sul punto si veda L. Celi, Il ruolo del limite

Parimenti integra il reato di trattamento illecito di dati personali l'indebito utilizzo di un data-base contenente l'elenco di utenti iscritti a una newsletter ai quali vengono inviati messaggi pubblicitari non autorizzati provenienti da altro operatore (c.d. *spamming*), che tragga profitto dalla percezione di introiti commerciali e pubblicitari, con corrispondente nocumento per l'immagine del titolare della banca dati abusivamente consultata e per gli stessi utenti, costretti a cancellare i messaggi di posta indesiderata, a predisporre accorgimenti per impedire ulteriori invii e a tutelarsi rispetto alla circolazione non autorizzata delle proprie informazioni personali⁸².

Per quanto concerne la responsabilità dell'*internet provider*, risponderà di trattamento illecito dei dati personali ai sensi dell'art. 167 Codice della *privacy* in caso di divulgazione di dati personali inseriti da terzi che li hanno raccolti illecitamente, qualora non abbia dato preventiva e corretta informativa a coloro che hanno consegnato i dati. Infatti, specifica la giurisprudenza, «pur non potendosi parlare di un obbligo preventivo di controllo di tutti i dati immessi e ricevuti, né di un obbligo di richiedere il consenso al trattamento direttamente all'interessato - essendo tali condotte inesigibili - sussiste, invece, un obbligo di corretta e puntuale informazione il cui inadempimento dimostra una chiara accettazione consapevole del rischio concreto di inserimento e divulgazione di dati, anche e soprattutto sensibili, che avrebbero dovuto esser oggetto di particolare tutela»⁸³. Al contrario, non integra la

espresso dall'art. 5, co. 3, del d.lgs. n. 196/2003 nella struttura del delitto di trattamento illecito di dati personali, in Cass. pen. (2010), pp. 311-319.

⁸² Cass. pen., Sez. III, 24 maggio 2012, n. 23798, in Cass. pen. (2013), pp. 2466 e ss.

⁸³ Trib. Milano, Sez. IV, 12 aprile 2010, n. 1972, in Foro it. (2010), pp. 279 e ss. Nel caso di specie sono stati chiamati a rispondere del delitto di cui all'art. 167 Codice della privacy le persone che ricoprivano i ruoli amministrativi e gestionali apicali in società operanti come internet service providers, che, offrendo agli utenti la possibilità di caricare video su di un apposito sito, avevano omesso una corretta e puntuale informazione circa il rispetto delle prescrizioni normative concernenti il trattamento dei dati sensibili di quanti vengono ivi raffigurati, non essendo idoneo un generico richiamo all'interno delle condizioni generali di servizio. Essi, infatti, così facendo e con la prospettiva di ricavare da tale servizio benefici economici derivanti dal collegamento con un sistema di annunci pubblicitari, avevano consapevolmente accettato il rischio che nel sito venissero immessi video offensivi del tipo di quello effettivamente immesso (un video che conteneva pesanti allusioni allo stato di salute di un minore disabile). Sul punto si veda A. Manna, La prima affermazione, a

fattispecie di illecito trattamento di dati personali la condotta dell'*internet service* provider che acquisisca, memorizzi, cancelli un video creato, inviato o caricato da terzi, come statuito dalla Corte di Cassazione con riferimento al noto caso *Vivi Down Vs Google*. Infatti non sussiste in capo all'*internet hosting provider* un obbligo generale di controllo, in quanto questi si limita a fornire ospitalità ai video inseriti dagli utenti, senza dover fornire alcun contributo nella determinazione del loro contenuto⁸⁴.

Ancora, con riferimento all'attività giornalistica, il trattamento di dati personali potrà avvenire senza il consenso dell'interessato senza incorrere nella fattispecie di trattamento illecito di cui all'art. 167, operando la scriminante del diritto di cronaca di cui al combinato disposto degli artt. 51 c.p. e 21 Cost., a patto che siano rispettati i criteri di interesse pubblico della notizia, verità della stessa, continenza espositiva ed essenzialità ai fini della completezza dell'informazione⁸⁵.

Infine, con riferimento al rapporto tra l'art. 167 e alcune nuove previsioni legislative, chi abbia integrato il delitto di illecito trattamento dei dati personali e

livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica, in Giur. cost. (2010), pp. 1856 e ss.

⁸⁴ Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2013, n. 5107, in Cass. pen. (2014), pp. 2052 e ss. Il caso riguarda la pubblicazione su Google Video, nel 2006, di un filmato che mostra alcuni ragazzini che a scuola vessano con scherzi e umiliazioni un compagno affetto dalla sindrome di Down, ingiuriando altresì l'associazione "Vivi Down". Il video viene rimosso nel giro di pochi giorni a seguito di numerose segnalazioni, ma contro i manager di Google viene presentata una querela per aver concorso mediante omissione nel delitto di diffamazione verso il minore e l'associazione e di aver trattato illecitamente i dati personali riguardanti lo stato di salute del ragazzo. Sul punto: E. Bassoli, L'approdo finale della vicenda "Google-Vivi Down", in Riv. pen. (2014), pp. 501 e ss.; F. Di Ciommo, Google/Vivi Down, atto finale: l'"hosting provider" non risponde quale titolare del trattamento dei dati, in Foro it. (2014), pp. 346 e ss.; S. Pasqualino, Il caso "Google-Vivi down", in Riv. pen. (2014), pp. 509 e ss.; S. Surano, Caso Google vs Vivi Down: la fine della falsa tempesta, in Vita notarile (2014), pp. 83 e ss.; P. Troncone, Il caso Google (e non solo), il trattamento dei dati personali e i controversi requisiti di rilevanza penale del fatto, in Caso. pen. (2014), pp. 2060 e ss.

⁸⁵ Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 2011, n. 17215, Cass. pen. (2012), pp. 2696 e ss. Analogamente: Cass. pen., Sez. III, 5 marzo 2008, n. 16245, in Corr. giur. (2008), pp. 1234 e ss. II requisito dell'essenzialità dei dati divulgati ai fini della completezza dell'informazione è invece stato ritenuto insussistente nel caso della pubblicazione non autorizzata, in un articolo di cronaca giornalistica, delle generalità e della fotografia di un minore rimasto vittima di un incidente stradale, sebbene lo scopo perseguito fosse quello di richiamare più efficacemente l'attenzione dell'opinione pubblica e delle competenti autorità sulla ritenuta necessità di interventi atti a eliminare le condizioni di insicurezza presentate dal tratto stradale in cui l'incidente si era verificato, non potendosi escludere tanto la sussistenza del nocumento quanto quella, della finalità di profitto, quanto meno concorrente, correlata al possibile incremento delle vendite del giornale. Cass. pen., Sez. III, 16 luglio 2013, n. 7504, in Riv. pen. (2014), pp. 409 e ss.

impieghi i proventi così ottenuti in attività economiche o finanziarie potrebbe rispondere del nuovo delitto di autoriciclaggio, di cui all'art. 648-ter c.p., introdotto con la l. 15 dicembre 2014, n. 18686. In secondo luogo, rientrando nella cornice edittale prevista dall'art. 131-bis e non essendo riconducibile a nessuna delle ipotesi espressamente escluse dall'ambito applicativo di detta norma, l'art. 167 pare compatibile con il nuovo istituto dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto87, anche se, la condizione obiettiva di punibilità del nocumento e, qualora la si consideri condizione obiettiva di punibilità, quella della comunicazione o diffusione dei dati rendono improbabile la qualificazione dell'offesa in termini di particolare tenuità. Infine, la previsione edittale di cui all'art. 167 consente all'imputato di illecito trattamento dei dati personali di accedere al nuovo percorso alternativo alla condanna della sospensione del procedimento con messa alla prova di cui agli art. 168-bis e ss. c.p.88.

3. Le novità introdotte con il regolamento 2016/679/UE

Il rapido moltiplicarsi dei rischi per la *privacy* che il progresso tecnologico, informatico e telematico ha determinato nell'ultimo ventennio ha fatto sorgere la necessità di una nuova regolamentazione europea della materia. Il 4 maggio 2016, infatti, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati», che abroga la direttiva

-

⁸⁶ Sul novum si veda, ex pluribus, A. Arrotino, Dal riciclaggio all'autoriciclaggio: le scelte del legislatore, Vicalvi 2015; A. Dell'Osso, Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative, in Riv. it. proc. pen. (2015), pp. 796-817; G. Gambogi, Riciclaggio e autoriciclaggio, Milano 2015.

⁸⁷ Sul tema, inter alios: C. Carrillo, I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto, Torino 2015; A. Di Tullio D'Elisiis, Non punibilità per tenuità del fatto e strategie processuali: d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 (G.U. 18 marzo 2015, n. 64), Santarcangelo di Romagna 2015; C. Santoriello, La clausola di particolare tenuità del fatto: Dimensione sostanziale e prospettive processuali, Roma 2015.

⁸⁸ Sul nuovo istituto, si veda, ad esempio L. Annunziata, Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova, in Dir. pen. e proc. (2016), pp. 101-113; M.L. Galati, L. Randazzo, La messa alla prova nel processo penale: le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014, Milano 2015; R. Muzzica, La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?, in Proc. pen. e giust. (2015), pp. 1-14; G. Ubertis, Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione, in Arch. pen. (2015), pp. 725-731.

95/46/CE («regolamento generale sulla protezione dei dati»). Il regolamento è entrato in vigore il 24 maggio 2016 e gli Stati membri dovranno dare "piena applicazione" alle sue disposizioni entro il 25 maggio 2018⁸⁹. Si legge nel regolamento che «la portata della condivisione e della raccolta di dati è aumentata in modo vertiginoso»⁹⁰ e ciò ha reso opportuna la riaffermazione a livello europeo del principio in forza del quale «il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo»⁹¹.

In estrema sintesi, «il regolamento introduce regole più chiare in materia di informativa e consenso, definisce i limiti al trattamento automatizzato dei dati personali, pone le basi per l'esercizio di nuovi diritti, stabilisce criteri rigorosi per il trasferimento dei dati al di fuori dell'Unione europea e per i casi di violazione dei dati personali (c.d. *data breach*)»⁹².

Per quanto riguarda l'ambito applicativo, il regolamento non si applica «ai trattamenti di dati personali effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività

⁻

⁸⁹ Regolamento 2016/679/UE, art. 99, co. 2.

⁹⁰ Regolamento 2016/679/UE, *considerandum* n. 6, ove si precisa altresì che «la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali» e che «la tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività», pertanto «sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che li riguardano». Sul punto si veda M. Iaselli, *Privacy: cosa cambia con il nuovo regolamento europeo*, Assago 2016, pp. 1 e ss.

⁹¹ Regolamento 2016/679/UE, considerandum n. 4. Il nuovo regolamento ha come obiettivo anzitutto l'uniformazione nell'applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali negli Stati membri consentendo una tutela equivalente in ciascuno di essi, al fine di rafforzare il mercato unico e agevolare lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno (c.d. mercato unico digitale). Inoltre il regolamento mira a garantire una maggior efficacia alle norme in materia di tutela della privacy, al fine di ridurre la diffusa percezione di rischio che le persone hanno nell'effettuare operazioni online, infondendo una sensazione di sicurezza e certezza giuridica. S. Martinelli, Il nuovo Regolamento generale sulla protezione dei dati: alcune considerazioni informatico-giuridiche, in Diritto mercato ed economia, cit., p. 2.

⁹² Garante della privacy, Guida al nuovo regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, e-book, giugno 2016. Sulle novità introdotte dal nuovo regolamento si veda, estesamente, F. Pizzetti, Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali, cit., pp. 147 e ss.

a carattere esclusivamente personale o domestico»⁹³, mentre si applica anche «al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali»⁹⁴.

I principi cui, a norma del regolamento, il trattamento dei dati deve ispirarsi sono: il principio di trasparenza, la garanzia del diritto all'oblio e il principio di accountability. Il principio di trasparenza impone che le informazioni relative all'identità del titolare del trattamento dei dati e le finalità del trattamento siano facilmente accessibili e di facile comprensione, grazie all'utilizzo di un linguaggio semplice e chiaro, da parte degli interessati, fin dal momento della raccolta dei dati⁹⁵.

Il diritto all'oblio consiste nel «diritto di ottenere la cancellazione dei propri dati quando sia venuta meno la finalità per la quale se ne è consentito l'uso e soprattutto quando non sussistano più i motivi che possono aver giustificato la loro diffusione»⁹⁶. Al fine di dare attuazione a tale diritto il regolamento sancisce all'art.

93 Regolamento 2016/679/UE, art. 2, comma 2, lett. c).

⁹⁴ Regolamento 2016/679/UE, art. 1. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione territoriale, il regolamento si applica al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione, nonché al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, quando le attività di trattamento riguardano l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato, oppure il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione. *Ivi*, art. 3.

⁹⁵ La trasparenza viene perseguita dal regolamento, ad esempio, imponendo al titolare del trattamento di adottare misure appropriate per fornire all'interessato tutte le informazioni necessarie e le comunicazioni relative al trattamento dei dati personali in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro (art. 12). Inoltre, qualora l'interessato presenti una richiesta di accesso ai dati che lo riguardano, lo stesso titolare del trattamento, deve rispondere senza ingiustificato ritardo e al più tardi entro un mese dal ricevimento della richiesta stessa (artt. 15 e 20). Altri obblighi informativi sono posti in capo al titolare dagli artt. 13 e 14 del regolamento, che distinguono tra raccolta dei dati presso l'interessato e raccolta dei dati non presso l'interessato.

⁹⁶ F. Pizzetti, Il prisma del diritto all'oblio, in F. Pizzetti (a cura di), Il caso del diritto all'oblio, Torino 2013, pp. 41-42, in cui si evidenzia come la preoccupazione per la permanenza nel web oltre la volontà dell'interessato delle informazioni che lo riguardano sia accentuata dai meccanismi di cattura e decontestualizzazione delle stesse da parte dei motori di ricerca. In tema di diritto all'oblio si vedano, inter alios, G. Carraro, Pubblicità commerciale e "diritto all'oblio" nella prospettiva dei diritti dell'uomo, in La nuova Giur. civ. comm. (2016), pp. 634 e ss.; M. Cocuccio, Il diritto all'oblio fra tutela della riservatezza e diritto all'informazione, in Dir. fam. e min. (2015), pp. 740 e ss.; L. Ferola, Dal diritto all'oblio al diritto alla memoria sul "web". L'esperienza appliacativa italiana, in Dir. inf. (2012), pp. 1001 e ss.; G. Finocchiaro, Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità, in Dir. inf. (2014), pp. 591 e ss.; R. Flor, Dalla "data retention" al diritto all'oblio, in Dir. inf. (2014), pp. 775 e ss.; M. Iaselli, Corte di giustizia: solo i motori di ricerca sono responsabili in caso di violazione del diritto all'oblio, in Vita notarile (2015), pp. 158 e ss.; V. Mayer-Schönberger, Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale, Milano 2013; F.

16 il diritto di rettifica, ossia il diritto dell'interessato «di ottenere dal titolare del trattamento la rettifica dei dati personali inesatti che lo riguardano senza ingiustificato ritardo» e, all'art. 17, il diritto alla cancellazione, nei termini di diritto dell'interessato «di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo», e impone agli operatori, al considerandum n. 59, di «prevedere modalità volte ad agevolare l'esercizio, da parte dell'interessato, (...) consentendo l'inoltro delle richieste per via elettronica, e senza costi a carico del richiedente»⁹⁷.

Il principio di *accountability* (su cui si tornerà nel paragrafo successivo) che può essere tradotto come principio di responsabilizzazione e obbligo di rendicontazione, è nato in ambito aziendale per indicare i doveri di trasparenza, «intesa come garanzia della completa accessibilità alle informazioni agli utenti», di responsività, «intesa come la capacità di rendere conto di scelte, comportamenti e azioni» e di *compliance*, «intesa come capacità di far rispettare le norme»⁹⁸. Il regolamento recepisce tale principio all'art. 24, in forza del quale «tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del

Melis, Il diritto all'oblio e i motori di ricerca nel diritto europeo, Giornale di dir. amm. (2015), pp. 171 e ss.; M. Mezzanotte, Il diritto all'oblio: contributo allo studio della privacy storica, Napoli 2009; D. Morongiu, Il diritto all'oblio come diritto all'esclusione dai motori di ricerca, in Diritto e proc. amm. (2015), pp. 243 e ss.; S. Peron, Il diritto all'oblio nell'era dell'informazione "on-line", in Resp. civ. e prev. (2014), pp. 1777 e ss.; F. Russo, Diritto all'oblio e motori di ricerca: la prima pronuncia dei Tribunali italiani dopo il caso "Google Spain", in Danno e resp. (2016), pp. 302 e ss.; F. Sassano, La tutela dei diritti della personalità: guida pratica alla tutela del diritto all'oblio tra internet e mass media, Vicalvi 2015; A.L. Valvo, Il diritto all'oblio nell'epoca dell'informazione "digitale", in Studi sull'integrazione europea (2015), pp. 347 e ss.

⁹⁷ Inoltre, al *considerandum* n. 66, il regolamento prevede che, «per rafforzare il "diritto all'oblio" nell'ambiente online, è opportuno che il diritto di cancellazione sia esteso in modo tale da obbligare il titolare del trattamento che ha pubblicato dati personali a informare i titolari del trattamento che trattano tali dati personali di cancellare qualsiasi link verso tali dati personali o copia o riproduzione di detti dati personali. Nel fare ciò, è opportuno che il titolare del trattamento adotti misure ragionevoli tenendo conto della tecnologia disponibile e dei mezzi a disposizione del titolare del trattamento, comprese misure tecniche, per informare della richiesta dell'interessato i titolari del trattamento che trattano i dati personali».

⁹⁸ M. Iaselli, *Privacy: cosa cambia con il nuovo regolamento europeo*, cit., p. 9. V. anche C. Bistolfi, *Le obbligazioni di compliance in materia di protezione dei dati*, in L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi (a cura di), *Il Regolamento privacy europeo*, cit. p. 323 e ss.; P. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., pp. 282 e ss.

trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento», tali «misure sono riesaminate e aggiornate qualora necessario»⁹⁹.

Il consenso, condizione di liceità del trattamento dei dati personali, a norma degli artt. 7 e ss. e 23 e ss. del regolamento, dovrà essere espresso dall'interessato, come avviene già oggi, preventivamente e inequivocabilmente (anche quando rilasciato attraverso mezzi elettronici), e, quando riguarda dati sensibili, dovrà essere anche "esplicito", con esclusione di ogni forma di consenso tacito. Il consenso infine potrà essere revocato in qualsiasi momento.

Principi nuovissimi introdotti dal regolamento sono quelli di *privacy by design*, con il quale si intende la tutela del dato «fin dalla progettazione» e di *privacy by default*, che riguarda la tutela della vita privata «per impostazione predefinita»¹⁰⁰. A tali principi è dedicato l'art. 25 del regolamento, il quale prevede che il titolare del trattamento, sia al momento della scelta dei mezzi tecnici per la sua gestione, sia al momento dell'acquisizione dei dati, debba mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate e volte ad attuare i principi in materia di protezione dei dati personali in modo efficace, «tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di

⁹⁹ Sul punto v. infra §5.

¹⁰⁰ Il regolamento, al considerandum n. 78, prevede espressamente che «la tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche relativamente al trattamento dei dati personali richiede l'adozione di misure tecniche e organizzative adeguate per garantire il rispetto delle disposizioni del presente regolamento. Al fine di poter dimostrare la conformità con il presente regolamento, il titolare del trattamento dovrebbe adottare politiche interne e attuare misure che soddisfino in particolare i principi della protezione dei dati fin dalla progettazione e della protezione dei dati di default. Tali misure potrebbero consistere, tra l'altro, nel ridurre al minimo il trattamento dei dati personali, pseudonimizzare i dati personali il più presto possibile, offrire trasparenza per quanto riguarda le funzioni e il trattamento di dati personali, consentire all'interessato di controllare il trattamento dei dati e consentire al titolare del trattamento di creare e migliorare caratteristiche di sicurezza. In fase di sviluppo, progettazione, selezione e utilizzo di applicazioni, servizi e prodotti basati sul trattamento di dati personali o che trattano dati personali per svolgere le loro funzioni, i produttori dei prodotti, dei servizi e delle applicazioni dovrebbero essere incoraggiati a tenere conto del diritto alla protezione dei dati allorché sviluppano e progettano tali prodotti, servizi e applicazioni e, tenuto debito conto dello stato dell'arte, a far sì che i titolari del trattamento e i responsabili del trattamento possano adempiere ai loro obblighi di protezione dei dati. I principi della protezione dei dati fin dalla progettazione e di default dovrebbero essere presi in considerazione anche nell'ambito degli appalti pubblici».

attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento». Inoltre, le misure devono garantire che «per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica»¹⁰¹.

Altro profilo di innovazione introdotto dal regolamento è rappresentato dall'obbligo di "valutazione d'impatto", che il titolare del trattamento è tenuto a svolgere per determinare «l'origine, la natura, la particolarità e la gravità» del rischio per la tutela del diritto alla protezione del dato 102. Qualora rilevi un "rischio elevato", prima di procedere al trattamento, il titolare dovrà effettuare una specifica valutazione, volta a determinare quali misure organizzative e di sicurezza debbano essere adottate per rispettare quanto previsto dal regolamento, da effettuarsi mediante l'analisi della «particolare probabilità e gravità del rischio, tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento e delle fonti di rischio» 103.

Ancora, per accrescere il livello di sicurezza della protezione dei dati personali, il regolamento ha introdotto un obbligo di notificazione di ogni "data breach", ossia di ogni violazione o perdita di controllo dei dati personali trattati, o meglio, ai sensi dell'art. 4 del regolamento, ogni «violazione di sicurezza che

¹⁰¹ Sul punto si vedano estesamente M. Iaselli, *Privacy: cosa cambia con il nuovo regolamento europeo*, cit., pp. 11 e ss. e S. Martinelli, *Il nuovo Regolamento generale sulla protezione dei dati*, cit.

¹⁰² Regolamento 2016/679/UE, considerandum n. 84.

¹⁰³ Regolamento 2016/679/UE, considerandum n. 90 e art. 35, comma 7. Sul punto si tornerà nel paragrafo successivo. Al fine di svolgere detti compiti di valutazione e adozione di misure idonee a garantire il corretto trattamento dei dati, il regolamento prevede l'affiancamento al titolare o al responsabile del trattamento del Data Protection Officer o responsabile per la protezione dei dati, una figura professionale obbligatoria solo quando il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico (ad eccezione delle autorità giurisdizionali nell'esercizio delle loro funzioni), ove i trattamenti richiedano il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala e nei casi nei quali le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono nel trattamento, su larga scala, di dati personali appartenenti alle particolari categorie di cui all'art. 9 del regolamento o dei dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10 del regolamento.

comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati»¹⁰⁴. Ciò sulla base del rilievo che «una violazione dei dati personali può, se non affrontata in modo adeguato e tempestivo, provocare danni fisici, materiali o immateriali alle persone fisiche, ad esempio perdita del controllo dei dati personali che li riguardano o limitazione dei loro diritti, discriminazione, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, decifratura non autorizzata della pseudonimizzazione, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo alla persona fisica interessata»¹⁰⁵.

4. Dalla direttiva 95/46/CE al regolamento 2016/679/UE: profili di rilevanza penale

Non rientra nell'oggetto della presente trattazione la rassegna di tutte le differenze tra la precedente disciplina europea del trattamento dei dati personali, dettata dalla direttiva 95/46/CE, e la nuova disciplina contenuta nel regolamento

¹⁰⁴ In particolare, le eventuali violazioni vanno notificate alle autorità Garanti «senza ingiustificato ritardo e, ove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne è venuto a conoscenza», salvo che «il titolare del trattamento non sia in grado di dimostrare che, conformemente al principio di responsabilizzazione (accountability), è improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche». Inoltre, la violazione dovrebbe essere comunicata alle persone interessate, qualora «sia suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà della persona fisica, al fine di consentirgli di prendere le precauzioni necessarie». Regolamento 2016/679/UE, considerandum n. 85.

¹⁰⁵ Regolamento 2016/679/UE, considerandum n. 85. Tali considerazioni valgono, a maggior ragione, con riferimento al trattamento dei dati sensibili. Al considerandum n. 74 si precisa infatti che «i rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, aventi probabilità e gravità diverse, possono derivare da trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale, in particolare: se il trattamento può comportare discriminazioni, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, decifratura non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo; se gli interessati rischiano di essere privati dei loro diritti e delle loro libertà o venga loro impedito l'esercizio del controllo sui dati personali che li riguardano; se sono trattati dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati relativi alla salute o i dati relativi alla vita sessuale o a condanne penali e a reati o alle relative misure di sicurezza; in caso di valutazione di aspetti personali, in particolare mediante l'analisi o la previsione di aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti, al fine di creare o utilizzare profili personali; se sono trattati dati personali di persone fisiche vulnerabili, in particolare minori; se il trattamento riguarda una notevole quantità di dati personali e un vasto numero di interessati».

2016/679/UE. Tuttavia, prima di concentrarsi sulle conseguenze di carattere penale che il passaggio dalla direttiva al regolamento potrebbe comportare, che ben rilevano ai presenti fini, è bene mettere in luce anzitutto che la scelta dello strumento normativo del regolamento, in luogo della direttiva, parrebbe volta a soddisfare l'esigenza di assicurare una maggior chiarezza e completezza della disciplina. Infatti, le disposizioni contenute nei regolamenti, a differenza di quelle contenute nelle direttive, si applicano direttamente, senza bisogno di un'intermediazione legislativa da parte degli Stati membri¹⁰⁶. Nondimeno, i primi commentatori¹⁰⁷ hanno rilevato come il regolamento, prescrivendo agli Stati membri di dare piena applicazione alle disposizioni ivi contenute entro il 25 maggio 2018, assume, quanto agli effetti, la connotazione di una "quasi direttiva".

È inoltre importante rilevare come l'obiettivo della direttiva fosse principalmente quello di tutelare le persone nei confronti dei titolari del trattamento dei dati personali, mentre l'obiettivo del regolamento, è quello di prevenire e sanzionare severamente i trattamenti dei dati illegittimi, anche a prescindere dalla necessità di tutela del singolo cui i dati si riferiscono. Ciò dimostra come nella nuova normativa europea la protezione dei dati personali non sia concepita solo come diritto fondamentale dell'individuo, ma anche, se non primariamente, come interesse della collettività, in piena sintonia con l'ormai consolidata interpretazione del diritto alla protezione dei dati personali di cui si è detto nel primo paragrafo¹⁰⁸.

Ancora, con riferimento al già menzionato principio di *accountability*, la direttiva si limita a stabilire che il responsabile del trattamento è tenuto a rispettare le disposizioni di cui all'art. 6¹⁰⁹, volte a garantire la liceità del trattamento dei dati. Il

.

¹⁰⁶ Sul punto v. F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., pp. 150 e ss.

¹⁰⁷ L. Bolognini, Sanzioni penali, in L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi (a cura di), Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali, Milano 2016, p. 705.

¹⁰⁸ Sul punto si rimanda alla duplice natura del diritto alla protezione dei dati personali quale diritto fondamentale del singolo e interesse della collettività di cui si è detto nel primo paragrafo.

¹⁰⁹ L'art. 6 della direttiva 95/46/CE prevede che il responsabile del trattamento sia tenuto a garantire che i dati personali siano: «a) trattati lealmente e lecitamente; b) rilevati per finalità determinate, esplicite e

regolamento, invece, attribuisce al titolare o al responsabile o all'incaricato del trattamento un ruolo proattivo, ossia quello di assumere tutte le misure tecniche e organizzative necessarie a prevenire il rischio di violazioni in materia di trattamento dei dati personali e altresì a rilevare queste ultime, in modo tale da poter dimostrare di aver fatto tutto il possibile per assicurare la *compliance* dei trattamenti¹¹⁰.

Venendo alle conseguenze penali delle violazioni delle norme in materia di trattamento dei dati personali, la direttiva 95/46/CE si limitava a prescrivere agli Stati membri di adottare «le misure appropriate per garantire la piena applicazione» delle disposizioni ivi contenute e in particolare di stabilire le sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni introdotte in ossequio alla direttiva. In attuazione di tale norma, nel nostro ordinamento sono stati introdotti i reati contenuti del Codice della *privacy* analizzati nel secondo paragrafo.

Il regolamento, invece, al *considerandum* n. 149 sancisce che «gli Stati membri dovrebbero poter stabilire disposizioni relative a sanzioni penali» per la violazione delle sue disposizioni, nonché «di norme nazionali adottate in virtù ed entro i limiti» del regolamento. «Tali sanzioni penali» - continua - «possono altresì autorizzare la sottrazione dei profitti ottenuti attraverso violazioni del presente regolamento. Tuttavia» - si precisa ancora - «l'imposizione di sanzioni penali per violazioni di tali norme nazionali e di sanzioni amministrative non dovrebbe essere in contrasto con il principio del *ne bis in idem* come interpretato dalla Corte di giustizia». Tale norma va letta congiuntamente all'art. 84, par. 1, che prescrive agli Stati membri di stabilire le norme relative alle sanzioni per le violazioni del regolamento che non siano già

legittime, e successivamente trattati in modo non incompatibile con tali finalità. Il trattamento successivo dei dati per scopi storici, statistici o scientifici non è ritenuto incompatibile, purché gli Stati membri forniscano garanzie appropriate; c) adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati; d) esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere prese tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare i dati inesatti o incompleti rispetto alle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati, cancellati o rettificati; e) conservati in modo da consentire l'identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati».

¹¹⁰ Sul punto si tornerà estesamente nel paragrafo successivo.

soggette alle sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 83 e di adottare tutti i provvedimenti necessari per assicurarne l'applicazione. Ancora, l'art. 84 precisa che tali norme, da adottare entro il 25 maggio 2018, dovranno prevedere sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive».

Con riferimento agli effetti del combinato disposto del *considerandum* n. 149 e dell'art. 84, par. 1, emerge palesemente la citata natura di "quasi direttiva" del regolamento, in quanto agli Stati membri è prescritto di adottare sanzioni penali non solo per le violazioni del regolamento ma anche, anzi, soprattutto per la violazione delle norme nazionali da adottarsi in virtù del regolamento. A questo riguardo è bene precisare che lo spazio di intervento dell'Unione europea in materia penale è limitato dall'art. 83, par. 2 del TFUE¹¹¹ a un'attività di "indirizzo"¹¹² da esercitarsi mediante lo strumento della direttiva. La *ratio* è evidente: al fine di non interferire con il principio di riserva di legge vigente negli Stati membri in materia penale, le istituzioni europee non possono introdurre direttamente norme incriminatrici, e quindi intervenire in materia penale con strumenti normativi direttamente produttivi di effetti negli ordinamenti nazionali come i regolamenti, ma devono intervenire con strumenti che necessitano di attuazione, come la direttiva, lasciando così ai legislatori nazionali la prerogativa di introdurre fattispecie incriminatrici, ancorché in

⁻

¹¹¹ L'art. 83, par. 2 del TFUE stabilisce che «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 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». In dottrina si suole distinguere tra una competenza penale vera e propria dell'Unione, prevista dal par. 1 dell'art. 83, che consiste nello stabilire norme minime relative ai reati e alle sanzioni e che riguarda le gravi forme di criminalità transfrontaliera espressamente e tassativamente elencate da tale disposizione, e una competenza penale accessoria, prevista dal par. 2 dell'art. 83, che consiste sempre nell'introdurre norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, ma con riferimento a settori che sono stati oggetto di misure di armonizzazione al fine di garantire il ravvicinamento delle normative nazionali. A. Bernardi, La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive, in Dir. pen. cont. (27 ottobre 2011), pp. 1, 4 e ss.

¹¹² Giova sottolineare come l'attività di "indirizzo" degli organi dell'Unione in materia penale si sia fatta negli ultimi anni sempre più frequente e invasiva. Si pensi agli stringenti obblighi imposti agli Stati membri in materia di confisca dalla direttiva 2014/42/UE, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, attuata, nel nostro ordinamento, con il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, e alla proposta di direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale, COM(2012)363 (cd. direttiva PIF). Sul punto v. A. Venegoni, Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. direttiva PIF): il problema della base legale, in Cass. pen. (6) 2015, pp. 2442-2454.

attuazione di un "indirizzo" proveniente dall'Unione¹¹³. Orbene, benché il legislatore europeo in materia di trattamento dei dati personali abbia esercitato una competenza penale, chiedendo agli Stati membri di introdurre sanzioni penali, attraverso lo strumento del regolamento in luogo della direttiva, contravvenendo a quanto previsto dall'art. 83, par. 2, TFUE, tuttavia la predetta *ratio* della norma pare rispettata in quanto il regolamento in esame è un regolamento *sui generis*, cui gli Stati dovranno dare piena applicazione entro un determinato termine, tanto che per i suoi effetti, come si è detto, può essere considerato una "quasi-direttiva".

Ciò precisato, sebbene parte della dottrina¹¹⁴, facendo leva sul mero potere di "indirizzo" delle istituzioni europee in materia penale, ritenga che in teoria gli Stati membri potrebbero adempiere ai doveri imposti dal regolamento anche limitandosi ad applicare le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 83 e introducendo ulteriori sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi dell'art. 84, senza essere tenuti a introdurre norme incriminatrici *ad hoc*, nel nostro ordinamento un adeguamento della legislazione penale in materia di trattamento dei dati personali alle disposizioni del regolamento pare inevitabile.

In particolare, potrebbero essere introdotte nuove sanzioni penali a carico di persone fisiche. Anche se il regolamento, nel prescrivere agli Stati membri di adottare sanzioni penali in materia di trattamento dei dati personali, non pone alcuna limitazione con riferimento ai soggetti sanzionabili, nel nostro ordinamento, come noto, il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.)

competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona, in G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, Milano 2011, pp. 212 e ss., R. Sicurella, "Prove tecniche" per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione Europea in materia penale, Ivi, pp. 15 e ss., G. Grasso, La "competenza penale" dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona, Ivi, p. 683; S. Montaldo, La competenza dell'Unione europea ad adottare norme di diritto penale ex art. 83, par. 2, TFUE e sue possibili applicazioni, in Studi sull'integrazione europea, (1) 2013, pp. 101-126.

¹¹⁴ L. Bolognini, Sanzioni penali, cit., p. 708.

esclude che siano assoggettate a sanzioni penali le persone giuridiche (societas delinquere non potest)¹¹⁵.

Per quanto riguarda il destino delle norme penali in materia di trattamento dei dati personali già vigenti nel nostro ordinamento (artt. 167 e ss. del Codice della privacy), esaminate al secondo paragrafo, al fine di pronosticare se rimarranno valide o saranno abrogate, occorrerà verificare la compatibilità delle stesse e delle altre norme del Codice della privacy che esse richiamano con il regolamento. Come precedentemente illustrato (v. §2), infatti, si tratta di norme incriminatrici che, per l'individuazione della condotta tipica, richiamano altre norme del Codice. Seguendo tale ragionamento, alcune ipotesi delittuose parrebbero implicitamente abrogate. Si pensi alle ipotesi che derivano dal combinato disposto degli artt. 167, da una parte, e 123 e 126 Codice della privacy (relativi alla legittimità del trattamento dei dati personali comuni o sensibili), dall'altra, in quanto queste ultime due norme sono state superate dalla nuova e più dettagliata disciplina del trattamento di dati personali comuni e sensibili contenuta nel regolamento (artt. 6 e ss.). Altre ipotesi delittuose potrebbero invece rimanere valide. Si pensi al reato disciplinato dal combinato disposto degli artt. 167 e 130 Codice della privacy, che consiste nella violazione di norme in materia di e-privacy e comunicazioni indesiderate compatibili con il regolamento, o all'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 169 del Codice della privacy, che punisce l'omissione delle misure minime di sicurezza di cui all'art. 33 e di cui all'Allegato B al Codice, disposizioni non incompatibili con il nuovo regime di accountability e di sicurezza delineato dal regolamento europeo.

sulla dubbia natura della responsabilità degli enti introdotta con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e sulla sua compatibilità con il principio societas delinquere non potest, si vedano, ex pluribus, F. Centonze, M. Mantovani (a cura di), La responsabilità penale degli enti: dieci proposte di riforma, Bologna 2015; A. De Risio, Societas delinquere potest?, in Giur. di merito, 5 (2005), pp. 1153-1161; C.E. Paliero, Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest, in Corr. giur., 7 (2001), pp. 845-848; P. Patrono, Verso la soggettività penale di società ed enti, in Riv. trim. dir. pen. dell'economia, 1-2 (2002), pp. 183-198; C. Piergallini, Novità e contraddizioni nel diritto penale societario. Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma, in Questione Giustizia, 5 (2002), pp. 1087-1104; F. Vignoli, Il superamento del principio societas delinquere non potest nella disciplina introdotta dal D.lgs. n. 231 del 2001, in Rassegna dell'avvocatura dello stato, 1 (2006), pp. 376-386.

Per concludere sul punto è ragionevole prevedere che il legislatore, per dare piena applicazione al regolamento, decida di abrogare le norme penali vigenti, introducendo nuove norme penali o, secondo la citata dottrina¹¹⁶, anche solamente nuove sanzioni amministrative (purché effettive, proporzionate e dissuasive), oppure decida di riformare le attuali norme incriminatrici contenute nel Codice della *privacy* eliminando o sostituendo le ipotesi incompatibili con la nuova normativa europea.

Infine, per quanto concerne la previsione, contenuta nel *considerandum* n. 149, in forza della quale le sanzioni penali e amministrative per violazioni in tema di trattamento dei dati personali non dovranno essere in contrasto con il principio del *ne bis in idem* (di cui all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) come interpretato dalla Corte di giustizia, tale limite va letto, in conformità con la giurisprudenza di tale Corte¹¹⁷, nel senso che l'applicazione di una sanzione penale per violazioni in materia di trattamento dei dati personali applicata in un procedimento divenuto definitivo osterà all'istaurazione di nuovi procedimenti penali per lo stesso fatto, non invece all'applicazione di sanzioni amministrative, purché l'effetto punitivo complessivo non risulti eccessivo.

5. Illeciti in materia di trattamento dei dati personali e responsabilità amministrativa degli enti

Come noto, la l. 18 marzo 2008, n. 48 ha introdotto nel catalogo dei reatipresupposto del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità amministrativa degli enti, diversi delitti informatici (art. 24-bis)¹¹⁸. Il d.l. 14 agosto

¹¹⁶ L. Bolognini, Sanzioni penali, cit., pp. 708-709.

¹¹⁷ Corte Giust. UE (Grande Sezione), 26 febbraio 2013, C-617/10, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson.

¹¹⁸ In particolare, sono state aggiunte le fattispecie di: falsità in un documento informatico pubblico o avente efficacia probatoria (art. 491-bis c.p.); accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615-ter c.p.); detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (art. 615-quater c.p.); diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico (art. 615-quinquies c.p.); intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-quater c.p.); installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (art.

2013, n. 93, recante «disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province», ha disposto, all'art. 9, un'ulteriore integrazione del predetto art. 24-bis con il richiamo oltre che dell'art. 640-ter (frode informatica) e dell'art. 55, co. 9, del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (utilizzo indebito e falsificazione di carte di credito), dei delitti contenuti nel Codice della *privacy* (illecito trattamento di dati personali, art. 167; falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante, art. 168, e inosservanza di provvedimenti del Garante, art. 170)¹¹⁹.

Tale riforma poteva avere un notevole impatto, interessando l'intera platea degli enti collettivi privati soggetti alle disposizioni del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. In particolare, gli enti, per evitare di incorrere in responsabilità, avrebbero dovuto rispettare scrupolosamente i provvedimenti generali del Garante in tema di trattamento dei dati del lavoratore, di uso di internet e della posta elettronica. A tal fine sarebbe stata utile per le aziende l'adozione di modelli di organizzazione e gestione del trattamento dei dati personali, nonché, soprattutto in caso di comunicazione di dati personali nell'ambito di gruppi di imprese, specie se a carattere transnazionale, la designazione di un responsabile del trattamento (quello

617-quinquies c.p.); danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (art. 635-bis c.p.); danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità (art. 635-ter c.p.); danneggiamento di sistemi informatici o telematici (art. 635-quater c.p.); danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità (art. 635-quinquies c.p.); frode informatica del certificatore di firma elettronica (art. 640-quinquies c.p.).

¹¹⁹ A norma dell'art. 9 del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, la formulazione dell'art. 24-bis del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, sarebbe stata la seguente: «In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 615-ter, 617-quater, 617-quinquies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies e 640-ter, terzo comma, del codice penale nonché dei delitti di cui agli articoli 55, comma 9, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e di cui alla parte III, Titolo III, Capo II del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da cento a cinquecento quote. (...) 4. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere a), b) ed e). Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 2 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere b) ed e). Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel condanna per uno d

che nel nuovo regolamento prende il nome di *Data Protection Officer*)¹²⁰, che sarebbe diventato un interlocutore privilegiato dell'organismo di vigilanza¹²¹.

In sede di conversione del decreto (l. 15 ottobre 2015, n. 119), tuttavia, il riferimento ai delitti in materia di *privacy* da inserire nella 231 è stato espunto. La ragione va probabilmente ricercata nel fatto che, a differenza dell'introduzione dei reati di frode informatica e di contraffazione di carte di credito, l'introduzione nel catalogo dei reati-presupposto dei delitti in materia di *privacy* era destinata a comportare per le aziende importanti e immediate conseguenze sotto il profilo operativo, soprattutto in relazione alla responsabilità amministrativa scaturente dall'illecito trattamento dei dati¹²².

Nondimeno, l'obiettivo di responsabilizzazione degli enti con riferimento al corretto trattamento dei dati personali sotteso all'art. 9 del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, viene perseguito dal nuovo regolamento europeo. Tale normativa, infatti, non solo potrebbe portare, come si è detto nel precedente paragrafo, a una riformulazione dei reati previsti dal Codice della *privacy* e, eventualmente, alla loro introduzione nel catalogo dei reati presupposto della 231, nonché alla creazione di nuove fattispecie penali in materia di trattamento dei dati personali, anch'esse potenzialmente fonte di responsabilità amministrativa degli enti, ma, da una parte, prescrive agli Stati membri di presidiare il rispetto delle nuove norme sul trattamento dei dati personali

120 Sul punto si veda *sub* nota 103.

massimo di 1549 euro).

¹²¹ M. Arena, *I delitti in materia di privacy nel d.lgs. 231/2001*, in *Filodiritto* (3 settembre 2013). Qualora, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, soggetti apicali o non apicali, secondo quanto previsto dagli artt. 5 e ss. del d.lgs. 231/2001, avessero commesso delitti in materia di *privacy*, l'ente sarebbe stato assoggettato a una sanzione da 100 a 500 quote (ciascuna delle quali ha un valore che può oscillare da un minimo di 258 a un

¹²² A. Iorio, *Privacy, responsabilità da «231»*, su *mmv.ilsole24 ore.com* (27 agosto 2013). Sul punto, ha osservato la Corte di Cassazione, commentando le novità introdotte con il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, che mentre l'aggiunta nell'elenco dei reati che fanno insorgere la responsabilità amministrativa degli enti della frode informatica e dell'indebito utilizzo, falsificazione, alterazione e ricettazione di carte di credito o di pagamento non pare destinata «ad assumere particolare rilevanza in sede applicativa» il richiamo ai delitti previsti dal Codice della *privacy*, «risulta invece di grande impatto, soprattutto per la configurazione della responsabilità da reato degli enti per l'illecito trattamento dei dati, violazione potenzialmente in grado di interessare l'intera platea delle società commerciali e delle associazioni private soggette alle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001». Cass., Relazione n. III/01/2013, 22 agosto 2013, su *mmv.cortedicassazione.it*.

mediante l'introduzione di sanzioni amministrative pecuniarie¹²³, dall'altra, prevede esso stesso, come si vedrà diffusamente nel prosieguo, all'art. 83, par. 4 e par. 5, sanzioni amministrative pecuniarie direttamente applicabili ai titolari del trattamento che non dimostrino di aver adottato misure idonee a prevenire la violazione delle norme in materia di trattamento dei dati, in base a un meccanismo del tutto simile a quello previsto dal d.lgs. 231 del 2001.

Il regolamento, partendo dal presupposto che la tecnologia attuale consente alle imprese «di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività»¹²⁴, prevede una serie di obblighi a carico del titolare del trattamento dei dati che, nell'*id quod plerunque accidit*, svolge attività imprenditoriale in forma societaria¹²⁵.

Anzitutto, nel *considerandum* n. 74 viene sancita l'opportunità di «stabilire la responsabilità generale del titolare del trattamento per qualsiasi trattamento di dati personali che quest'ultimo abbia effettuato direttamente o che altri abbiano

[.]

¹²³ Regolamento 2016/679/UE, considerandum n. 148: «Per rafforzare il rispetto delle norme del presente regolamento, dovrebbero essere imposte sanzioni, comprese sanzioni amministrative pecuniarie per violazione del regolamento, in aggiunta o in sostituzione di misure appropriate imposte dall'autorità di controllo ai sensi del presente regolamento. In caso di violazione minore o se la sanzione pecuniaria che dovrebbe essere imposta costituisse un onere sproporzionato per una persona fisica, potrebbe essere rivolto un ammonimento anziché imposta una sanzione pecuniaria. Si dovrebbe prestare tuttavia debita attenzione alla natura, alla gravità e alla durata della violazione, al carattere doloso della violazione e alle misure adottate per attenuare il danno subito, al grado di responsabilità o eventuali precedenti violazioni pertinenti, alla maniera in cui l'autorità di controllo ha preso conoscenza della violazione, al rispetto dei provvedimenti disposti nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento, all'adesione a un codice di condotta e eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti. L'imposizione di sanzioni, comprese sanzioni amministrative pecuniarie dovrebbe essere soggetta a garanzie procedurali appropriate in conformità dei principi generali del diritto dell'Unione e della Carta, inclusi l'effettiva tutela giurisdizionale e il giusto processo».

¹²⁴ Regolamento 2016/679/UE, considerandum n. 6.

¹²⁵ Osservazione condivisa dalla Cassazione. Cass., Relazione n. III/01/2013, 22 agosto 2013, su www.cortedicassazione.it. (sul punto si rimanda alla nota n. 122). L'art. 47 prevede che l'autorità di controllo competente approvi le «norme vincolanti d'impresa», ossia «le politiche in materia di protezione dei dati personali applicate da un titolare del trattamento o responsabile del trattamento stabilito nel territorio di uno Stato membro al trasferimento o al complesso di trasferimenti di dati personali a un titolare del trattamento o responsabile del trattamento in uno o più paesi terzi, nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune» (art. 4, n. 20). Per «impresa» si intende, ai fini del regolamento, «la persona fisica o giuridica, indipendentemente dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica, comprendente le società di persone o le associazioni che esercitano regolarmente un'attività economica» (art. 4, n.18).

effettuato per suo conto». «In particolare» - si precisa - «il titolare del trattamento dovrebbe essere tenuto a mettere in atto misure adeguate ed efficaci e», al fine di andare esente da responsabilità in caso di violazione del regolamento, «essere in grado di dimostrare la conformità delle attività di trattamento con il presente regolamento, compresa l'efficacia delle misure. Tali misure dovrebbero tener conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché del rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche». A tale affermazione di principio fa da pendant il già citato art. 24, rubricato «responsabilità del titolare del trattamento», che prevede che il titolare del trattamento metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento sia effettuato conformemente al regolamento, tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche¹²⁶. A ciò si aggiunge l'obbligo di riesame periodico e aggiornamento, qualora necessario, delle predette misure, le quali, tra l'altro, includono l'attuazione di politiche adeguate in materia di protezione dei dati da parte del titolare del trattamento, se ciò è proporzionato rispetto alle attività di trattamento (comma 2).

In tema di delega di funzioni, il regolamento dispone che, qualora il titolare del trattamento deleghi il trattamento a un responsabile, questi deve presentare «garanzie sufficienti, in particolare in termini di conoscenza specialistica, affidabilità

l'adesione a codici di condotta o a un meccanismo di certificazione cui fanno riferimento, rispettivamente, gli artt. 40 e 42. Tali norme prevedono espressamente che «gli Stati membri, le autorità di controllo, il comitato e la Commissione incoraggiano l'elaborazione di codici di condotta destinati a contribuire alla corretta applicazione del regolamento» nonché «l'istituzione di meccanismi di certificazione della protezione dei dati nonché di sigilli e marchi di protezione dei dati allo scopo di dimostrare la conformità al regolamento dei trattamenti effettuati dai titolari del trattamento e dai responsabili del trattamento». In entrambe le norme citate si precisa che «sono tenute in considerazione le esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese». Le predette disposizioni costituiscono attuazione di quanto anticipato nel considerandum n. 77, in forza del quale «per dimostrare la conformità da parte del titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento in particolare per quanto riguarda l'individuazione del rischio connesso al trattamento, la sua valutazione in termini di origine, natura, probabilità e gravità, e l'individuazione di migliori prassi per attenuare il rischio, potrebbero essere forniti in particolare mediante codici di condotta approvati, certificazioni approvate, linee guida fornite dal comitato o indicazioni fornite da un responsabile della protezione dei dati».

e risorse, per mettere in atto misure tecniche e organizzative che soddisfino i requisiti del regolamento, anche per la sicurezza del trattamento»¹²⁷.

Ancora, per dimostrare di essersi conformato al regolamento, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento «dovrebbe tenere un registro delle attività di trattamento effettuate sotto la sua responsabilità»¹²⁸ nonché «valutare i rischi inerenti al trattamento e attuare misure per limitare tali rischi», tenendo in considerazione «i rischi presentati dal trattamento dei dati personali, come la distruzione accidentale o illegale, la perdita, la modifica, la rivelazione o l'accesso non autorizzati a dati personali trasmessi, conservati o comunque elaborati, che potrebbero cagionare in particolare un danno fisico, materiale o immateriale»¹²⁹ con particolare cautela ogniqualvolta il trattamento possa «presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche»¹³⁰. Il titolare del trattamento ha l'obbligo

¹²⁷ Regolamento 2016/679/UE, considerandum n. 81 e art. 28. Per alcuni cenni bibliografici in tema di delega di funzioni si veda sub nota 60. Anche in caso di delega di funzioni, «l'applicazione da parte del responsabile del trattamento di un codice di condotta approvato o di un meccanismo di certificazione approvato può essere utilizzata come elemento per dimostrare il rispetto degli obblighi da parte del titolare del trattamento» (art. 28, par. 5).

¹²⁸ Regolamento 2016/679/UE, considerandum n. 82. L'art. 30 del regolamento contiene un elenco delle informazioni che devono essere annotate nel registro sulle attività di trattamento. Tuttavia, il considerandum n. 13 dispone che, «per tener conto della specifica situazione delle micro, piccole e medie imprese», si prevede «una deroga per le organizzazioni che hanno meno di 250 dipendenti per quanto riguarda la conservazione delle registrazioni».

Regolamento 2016/679/UE, considerandum n. 83. In particolare, il titolare dovrebbe «valutare la particolare probabilità e gravità del rischio, tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento e delle fonti di rischio» (considerandum n. 90). «Ciò dovrebbe applicarsi in particolare ai trattamenti su larga scala, che mirano al trattamento di una notevole quantità di dati personali a livello regionale, nazionale o sovranazionale e che potrebbero incidere su un vasto numero di interessati e che potenzialmente presentano un rischio elevato, ad esempio, data la loro sensibilità, laddove, in conformità con il grado di conoscenze tecnologiche raggiunto, si utilizzi una nuova tecnologia su larga scala, nonché ad altri trattamenti che presentano un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati, specialmente qualora tali trattamenti rendano più difficoltoso, per gli interessati, l'esercizio dei propri diritti» (considerandum n. 91, in cui si precisa che «il trattamento di dati personali non dovrebbe essere considerato un trattamento su larga scala qualora riguardi dati personali di pazienti o clienti da parte di un singolo medico, operatore sanitario o avvocato. In tali casi non dovrebbe essere obbligatorio procedere a una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati»).

¹³⁰ Regolamento 2016/679/UE, considerandum n. 84.

di darne tempestiva comunicazione delle violazioni sia all'interessato sia alle autorità¹³¹.

In caso di violazione di una serie di obblighi sanciti in materia di trattamenti di dati che non richiedono l'identificazione, di trattamento per impostazione predefinita, nonché di certificazione e controllo, se il titolare non dimostra di essersi conformato al regolamento, come anticipato, va incontro a sanzione amministrativa pecuniaria¹³² fino a 10.000.000 euro, o, per le imprese, il 2% del fatturato mondiale annuo dell'esercizio precedente, se superiore¹³³. Una sanzione superiore, fino 20.000.000 euro, o per le imprese, fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore, è comminata per la violazione degli obblighi relativi ai principi in materia di trattamento, alla liceità del trattamento, al trattamento dei dati sensibili, alla trasparenza nel trattamento, al trasferimento dei

_

¹³¹ Regolamento 2016/679/UE, art. 34 e consideranda n. 86, 87, in cui si precisa che il titolare debba mettere in atto «tutte le misure tecnologiche e organizzative adeguate di protezione per stabilire immediatamente se c'è stata violazione dei dati personali», 88, che prevede l'opportunità di «definire modalità dettagliate relative al formato e alle procedure applicabili alla notifica delle violazioni di dati personali» e 89, in cui viene affermata la necessità di superare gli obblighi generali e indiscriminati di notifica previsti dalla direttiva 95/46/CE sostituendoli con «meccanismi e procedure efficaci che si concentrino su quei tipi di trattamenti che potenzialmente presentano un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, per loro natura, ambito di applicazione, contesto e finalità», che «includono, in particolare, quelli che comportano l'utilizzo di nuove tecnologie o quelli che sono di nuovo tipo e in relazione ai quali il titolare del trattamento non ha ancora effettuato una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, o la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati si riveli necessaria alla luce del tempo trascorso dal trattamento iniziale».

¹³² La sanzione deve essere commisurata tenendo in debito conto: la natura, la gravità e la durata della violazione; la natura, l'oggetto o a finalità del trattamento in questione; il numero di interessati lesi dal danno e il livello del danno da essi subito; il carattere doloso o colposo della violazione; le misure adottate dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento per attenuare il danno subito dagli interessati; il grado di responsabilità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento tenendo conto delle misure tecniche e organizzative da essi messe in atto; eventuali precedenti violazioni pertinenti commesse dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento; il grado di cooperazione con l'autorità di controllo al fine di porre rimedio alla violazione e attenuarne i possibili effetti negativi; le categorie di dati personali interessate dalla violazione; la maniera in cui l'autorità di controllo ha preso conoscenza della violazione, in particolare se e in che misura il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento ha notificato la violazione; in caso di adozione di provvedimenti ingiuntivi nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento in questione relativamente allo stesso oggetto, il rispetto di tali provvedimenti; l'adesione ai codici di condotta o ai meccanismi di certificazione; eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso, ad esempio i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate, direttamente o indirettamente, quale conseguenza della violazione (art. 83, par. 2).

¹³³ Regolamento 2016/679/UE, art. 83, par. 4, che fa riferimento, in particolare, agli obblighi del titolare del trattamento e del responsabile del trattamento previsti dagli artt. 8, 11, da 25 a 39, 42 e 43, nonché agli obblighi dell'organismo di certificazione a norma degli artt. 42 e 43 e agli obblighi dell'organismo di controllo a norma dell'art. 41, par. 4.

dati trattati¹³⁴, o di obblighi fissati nelle legislazioni degli Stati membri sulle predette materie, nonché per l'inosservanza di un ordine, di una limitazione provvisoria o definitiva di trattamento o di un ordine di sospensione dei flussi di dati imposto dall'autorità di controllo ai sensi dell'art. 58¹³⁵.

Le norme passate brevemente in rassegna possono essere ricondotte al già menzionato principio di *accountability*, fulcro del regolamento, il quale comporta «un notevole cambio culturale e di approccio», vale a dire il «passaggio da una concezione prettamente formale di mero adempimento a un approccio sostanziale di tutela dei dati e delle persone stesse»¹³⁶, in base al quale all'ente è richiesto di adottare adeguate misure di sicurezza, di condurre periodicamente l'analisi dei rischi

¹³⁴ Regolamento 2016/679/UE, art. 83, par. 5, che fa riferimento, in particolare, agli obblighi del titolare del trattamento e del responsabile del trattamento previsti dagli artt. 5, 6, 7, 9, 12, 22 e da 44 a 49.

¹³⁵ L'art. 58 del regolamento, nel disciplinare i poteri delle autorità di controllo, prevede che quest'ultima possa ingiungere al titolare del trattamento e al responsabile del trattamento di fornirle ogni informazione di cui necessiti per l'esecuzione dei suoi compiti; condurre indagini sotto forma di attività di revisione sulla protezione dei dati; effettuare un riesame delle certificazioni rilasciate; notificare al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento le presunte violazioni del presente regolamento; ottenere, dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento, l'accesso a tutti i dati personali e a tutte le informazioni necessarie per l'esecuzione dei suoi compiti; ottenere accesso a tutti i locali del titolare del trattamento e del responsabile del trattamento, compresi tutti gli strumenti e mezzi di trattamento dei dati; nonché rivolgere avvertimenti al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento sul fatto che i trattamenti previsti possono verosimilmente violare le disposizioni del regolamento; rivolgere ammonimenti al titolare e del trattamento o al responsabile del trattamento ove i trattamenti abbiano violato le disposizioni del presente regolamento; ingiungere al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento di soddisfare le richieste dell'interessato di esercitare i diritti loro derivanti dal presente regolamento; ingiungere al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento di conformare i trattamenti alle disposizioni del presente regolamento, se del caso, in una determinata maniera ed entro un determinato termine; ingiungere al titolare del trattamento di comunicare all'interessato una violazione dei dati personali; imporre una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, incluso il divieto di trattamento; ordinare la rettifica, la cancellazione di dati personali o la limitazione del trattamento; revocare la certificazione o ingiungere all'organismo di certificazione di ritirare la certificazione rilasciata; ordinare la sospensione dei flussi di dati verso un destinatario in un paese terzo o un'organizzazione internazionale.

¹³⁶ M. Alovisio, F. Di Resta, Norme privacy UE, ecco tutto ciò che bisogna sapere su accountability e sicurezza. Il nuovo regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali riconosce a livello normativo il principio di accountability e richiede un nuovo approccio culturale e organizzativo. Vediamo quali sono gli impatti per le p.a. e imprese, in mmm.agendadigitale.eu (20 giugno 2016), in cui si precisa che, mentre «l'attuale codice della privacy non prevede in modo diretto il principio di accountability» prevedendo «un sistema di responsabilità civili, penali e amministrative e una serie di adempimenti formali (informativa, consenso, notificazione al Garante, misure minime e idonee) ma non un approccio di responsabilizzazione», pubbliche amministrazioni e imprese «devono, alla luce del nuovo regolamento in materia di protezione dei dati personali, ripensare attivamente le modalità di gestione e di utilizzo dei dati personali attraverso una loro maggiore responsabilizzazione e adattandosi ai nuovi istituti previsti». Sul punto si vedano anche C. Bistolfi, Le obbligazioni di compliance in materia di protezione dei dati, cit. p. 323 e ss.; P. Pizzetti, Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali, cit., pp. 282 e ss.

in materia di *privacy*, nonché di progettare e mettere in atto servizi e programmi volti a consentire che la corretta gestione dei dati personali e la rilevazione di eventuali violazioni avvengano in maniera sistematica e tendenzialmente automatica. Il meccanismo di responsabilizzazione dell'ente che viene in gioco si fonda sull'assunto in base al quale l'affidabilità è la risposta "naturale" all'attribuzione di fiducia¹³⁷. In altri termini, secondo tale teoria, l'affidabilità (*trustworthiness*) è il frutto di una capacità di autoriflessione che emerge nella relazione con l'altro, il quale, dando fiducia (*trustfulness*), stimola una risposta in termini di restituzione di fiducia e di resistenza alla tentazione dell'opportunismo¹³⁸. Nel caso del regolamento, "dando fiducia" al titolare del trattamento, che spesso è un ente, ossia conferendogli specifici compiti di disciplina e controllo in materia di trattamento dei dati personali, si mira a stimolare una sua "rispondenza fiduciaria", ossia a innescare processi virtuosi di partecipazione attenta e operativa alla prevenzione delle violazioni in materia. In caso di "tradimento", infatti, accanto alle sanzioni pecuniarie e reputazionali, ne deriverebbe la rottura della relazione fiduciaria.

In conclusione, in vista della piena applicazione del regolamento, prevista per il 25 maggio 2018, le imprese, per evitare di incorrere nelle sanzioni amministrative pecuniarie ivi comminate, sono chiamate a sviluppare e collaudare procedure e sistemi di corretta gestione dei dati, nonché di rilevazione delle irregolarità, idonei a prevenire le violazioni della nuova normativa europea, conservando la relativa documentazione. Resta da chiedersi se l'onus probandi, ai fini dell'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente per le violazioni del regolamento, graverà sull'ente stesso o sull'autorità di controllo, ipotesi, quest'ultima, che prevarrebbe qualora a tale responsabilità fossero estesi i principi costituzionali vigenti in materia

¹³⁷ V. Pelligra, *I paradossi della fiducia*, Bologna 2007, p. 11.

¹³⁸ L'autore spiega come il circolo virtuoso della fiducia abbia il suo fulcro nella decisione dell'agente B di non tradire la fiducia che gli è stata attribuita dall'agente A. Il fatto che l'agente A si fidi dell'agente B, lo ritenga affidabile, non è che una conseguenza naturale. Pertanto, occorre ribaltare la prospettiva tradizionale secondo la quale "ci si fida di chi è affidabile", pervenendo all'opposta conclusione che "è affidabile colui di cui ci si fida". V. Pelligra, *I paradossi della fiducia*, cit., p. 189 e ss.

penale, quali la presunzione di innocenza di cui all'art. 27, co. 2, Cost., come è avvenuto di recente, per effetto di una pronuncia delle Sezioni Unite¹³⁹, con rifermento alla responsabilità amministrativa ex 231.

Keywords: Data protection - privacy - crimes of the Italian Code of Privacy - unlawful processing of personal data - Regulation (EU) 2016/679 - administrative liability of companies.

Abstract: The essay discusses the criminal law aspects of personal data processing. It first addresses the concepts of privacy and personal data protection in the Italian and European context. Il then considers the crimes set out in the Italian so-called Code of privacy, with specific focus on the crime of unlawful processing of personal data. Next, the essay turns to the recently adopted Regulation (EU) 2016/679 on personal data processing, effective in all Member States as of 25 May 2018. In particular, the analysis of the Regulation aims to study its implications in terms of criminal law and administrative liability of companies.

¹³⁹ Le Sezioni Unite Thyssenkrupp si sono soffermate sulle condizioni di esonero da responsabilità previste dall'art. 6 del d.lgs. 231 del 2001, che sembrano fondare una vera e propria presunzione di colpa in capo all'ente, chiamandolo a provare in giudizio di aver adottato tutte quelle misure organizzative e di prevenzione idonee a evitare la commissione di reati della specie di quello verificatosi in concreto. Sebbene la responsabilità dell'ente, a detta delle Sezioni Unite, abbia natura amministrativa, si tratta di una responsabilità scaturente da reato e da accertare nel processo penale con le garanzie che lo connotano, pertanto, alla stessa, va esteso il principio costituzionale di presunzione di innocenza (art. 27, co. 2 Cost.), in base al quale è compito dell'Accusa provare la fondatezza dell'ipotesi accusatoria e, quindi, la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità e non dell'imputato provare la loro assenza. Ne consegue che la lettura dell'art. 6 della 231 come fonte di inversione dell'onus probandi non merita di essere accolta in quanto contrasta con il dettato costituzionale, non risultando particolarmente persuasive le proposte avanzate in dottrina di qualificare tale norma in termini di scusante (G. De Vero, La responsabilità penale delle persone giuridiche, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Trattato di diritto penale, Milano 2008, p. 178) o di causa di non punibilità (D. Pulitanò, Responsabilità da "reato" degli enti: criteri di imputazione, in Riv. dir. e proc. pen. (2002), p. 428). La funzione di tale norma, al contrario, va individuata nella previsione per l'ente della mera facoltà di fornire una prova liberatoria, fermo restando in capo all'Accusa l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi della sua responsabilità, ivi compreso quell'elemento soggettivo sui generis che consiste nella sua "colpa di organizzazione". Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343, in www.foroitaliano.it (2014).

Manlio Miele

Professore ordinario di diritto canonico ed ecclesiastico, Università degli Studi di Padova

Scienze sacre nell'Ateneo di Padova dall'Impero asburgico al Regno d'Italia (1866)¹

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I prodromi della secolarizzazione – 3. Il modello francese e quello austriaco: un'apparente antinomia – 4. L'autonomia disciplinare del diritto canonico - 5. Il dibattito subalpino e postunitario – 6. Conclusione.

1. Introduzione

Non è facile identificare la nozione di scienza sacra ai fini del tema che mi è stato assegnato; o meglio, è difficile – e certo non questo il luogo per farlo – identificare una nozione di scienza in generale, tale da consentirne un processo di comparazione con le scienze sacre in generale e con la teologia in particolare². Nel

¹ Il testo, sottoposto a *double blind peer review*, riproduce la relazione tenuta dall'A., il 23 novembre 2016, durante il Convegno dal titolo *L'Ateneo di Padova nel Risorgimento: dall'Impero asburgico al Regno d'Italia*, organizzato dal Centro per la storia dell'Università di Padova e coordinato dal professor Filiberto Agostini. Versione lunga del contributo verrà pubblicata negli Atti.

² Sul processo storico di tematizzazione della teologia come scientia, cfr. J.-Y. Lacoste, s.v. théologie, in Dictionnaire critique de théologie, dir. da J.-Y. Lacoste, Paris 1998, coll. 1128-1132. Sul rapporto di complementarietà o di contraddittorietà tra scienza e teologia, cfr. J.C. Puddefoot, s.v. sciences de la nature, ivi, coll. 1076-1077. Utili trattazioni della problematica, da tener presenti come termini di confronto: E. Baccarini., Passione per l'originario. Fenomenologia ed ermeneutica dell'esperienza religiosa, Roma 2000; G. Bof e A. Stasi, La teologia come scienza della fede. Saggio sullo statuto epistemologico della teologia, Bologna 1982; S. Bongiovanni, Lasciar-essere: riconoscere Dio nel pensare. Studi di teologia filosofica I, Trapani 2007; P. Coda, Teo-logia. La parola di Dio nelle parole dell'uomo, Roma 2005; C. Colombo, La metodologia e la sistemazione teologica, in Problemi e orientamenti di teologia dogmatica, a cura della Pontificia Facoltà Teologica di Milano, vol. I, Milano 1957; G. Colombo, La ragione teologica, Milano 1995; G. Cottier, Le vie della ragione. Temi di epistemologia teologica e filosofica, Cinisello Balsamo, 2002; W. Kern – F.J. Niemann, Gnoseologia teologica, Brescia 1984; B.J.F. Lonergan B, Collected works of Bernard Lonergan 23: Early works on theological method 2 (edited by Doran R. M. and Monsour H. D.; translated by Shields M. G.), Toronto 2013; G. Lorizio, Che cos'è la teologia? Riflessioni introduttive a carattere epistemologico", in Metodologia teologica. Avviamento allo studio e alla ricerca pluridisciplinare, a cura di G. Lorizio e N. Galantino, Cinisello Balsamo 1994; W. Pannenberg, Epistemologia e teologia, Brescia 1975; Benedetto XVI (J. Ratzinger), Natura e compito della teologia. Il teologo nella disputa contemporanea. Storia e dogma, Milano 2015; P. Sequeri, Il Dio affidabile. Saggio di teologia fondamentale, Brescia 1996. Inoltre, per un percorso di approfondimento storico intorno al configurarsi della teologia come scienza con riferimento al secolo d'oro della Scolastica, cfr. M. Arosio, "Credibile ut intellegibile": sapienza e ruolo del "Modus ratiocinativus sive inquisitivus" nell'epistemologia teologica del Commento alle sentenze di Bonaventura da Bagnoregio, Roma 1994; M.D. Chenu, La teologia come scienza: la teologia nel

Dictionnaire de théologie catholique della prima metà del Novecento, alla celebre voce théologie di M.-J. Congar³ faceva riscontro quella di science. Nella prima, non solo veniva analizzata la questione tomasiana *Utrum sacra doctrina sit scientia*⁴, ma, della disciplina teologica, si aveva cura di enumerare le divisioni o parti secondo la loro qualificazione o come discipline ausiliarie o come scienze strumentali preparatorie⁵. Della sacertà di una certa scienza⁶, invece, possiamo trovare qualche indicazione nel linguaggio comune, visto che la distinzione tra scienza sacra e scienza profana viene data per presupposta negli stessi documenti canonici ufficiali odierni⁷.

Ma, per quel che qui interessa, è soprattutto dalla contestualizzazione storica che noi possiamo ricevere i lumi maggiori per comprendere l'espressione "scienze sacre" riferita alla secolare esperienza universitaria padovana. La definizione che scelgo, pertanto, non è diretta ma dedotta; dopo la riforma protestante, quando un determinato insegnamento, la sua istituzione, la sua organizzazione, la nomina del docente preposto ad esso, la conservazione di questo docente nel suo incarico, diventano terreno di scontro tra lo Stato e la Chiesa, molto probabilmente ci troviamo di fronte ad una scienza ritenuta sacra. Una scienza sacra, pertanto, diventa oggetto di materia del contendere tra i due ordinamenti nell'ampio e progressivo moto di secolarizzazione delle istituzioni scolastiche in generale e delle università in

tredicesimo secolo, Milano 1971; L. Sileo, Teoria della scienza teologica. "Quaestio de scientia theologiae" di Odo Rigaldi e altri testi inediti (1230-1250), coll. Studia Antoniana, 27, Roma 1984.

³ M.-J. Congar, s.v. théologie, in Dictionnaire de théologie catholique, vol. V, 1, Paris 1946, col. 341 e ss..

⁴ Congar, s.v. théologie, cit., coll. 379 e ss..

⁵ Congar, s.v. *théologie*, cit., coll. 492 e ss.. Sono evocate, secondo una prima classificazione, la Storia biblica e la Storia ecclesiastica, Dogmatica e Morale, il Diritto canonico e la Pastorale (*Ivi*, col. 493).

⁶ II termine di scienza sacra, appaiato a quello della teologia, si trova evocato ad es. in Congr. de inst. cath., *Istruzione sugli Istituti di scienze religiose del 28 giugno 2008*, Città del Vaticano 2008. Questa cita la cost. ap. *Sapientia Christiana* del 1979, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXI (1979), pp. 469 e ss. che, a sua volta, fa riferimento esplicito al documento del Vaticano II *Gravissimum Educationis* (quest'ultimo in *Acta Apostolicae Sedis*, LVIII (1966), pp. 728 e ss. Il rinvio alla cost. ap. *Deus scientiarum Dominus* è non appagante, dal momento che questo documento non usa mai l'espressione scienza sacra, ma solo quella di scienza/scienze.

⁷ Oltre ai testi dei cui alla nt. precedente, v. Congr. pro clericis, *Il dono della vocazione presbiterale*. Ratio fundamentalis institutionis sacerdotalis, Città del Vaticano, 2017.

particolare8; quel moto, più esattamente, per cui le università diventano governative in correlazione con l'analoga «graduale secolarizzazione delle pubbliche amministrazioni nel sec. 18°»⁹. Questo moto di laicizzazione si concretizza sensibilmente nell'università napoleonica¹⁰, salvo talvolta, per la Chiesa, la possibilità di praticare l'esperienza delle università "libere"¹¹. Del resto, puntualmente Pio IX, nel *Syllabus* annesso all'enciclica *Quanta cura* del 1864, condannava, nella proposizione quarantacinquesima, la tesi per la quale «tutto il regime delle scuole pubbliche nelle quali si educa la gioventù di qualsiasi stato cristiano, fatta eccezione soltanto in qualche modo dei seminari vescovili, può e deve essere attribuito all'autorità civile, e attribuito inoltre in modo tale, da non riconoscersi a una qualsiasi altra autorità nessun diritto di immischiarsi nell'organizzazione delle scuole, nel regolamento degli studi, nel conferimento dei gradi, nella scelta e nell'approvazione dei maestri»¹².

Essa era derivata da una precedente allocuzione concistoriale del 1850, nella quale era presa di mira, anche, la sarda c.d. legge Bon Compagni (R.D. 4 ottobre 1848, n. 818¹³) con cui si provvedeva non solo a laicizzare il sistema scolastico, ma

⁸ Cfr. Quaderni di storia, 27-28 (1988), p. 196. Cfr., ancor oggi illuminante, B. Spaventa, La libertà d'insegnamento: una polemica di settant'anni fa, Firenze 1922, p. 55. Cfr. Cultura scuola, 129-130 (1994), p. 176.

⁹ Cfr. R. Moscati, L'università, in Dizionario di storia, Roma 2011. W. Frijhoff, Universities: 1500-1900, in The encyclopedia of higher education, II, Oxford, 1992.

¹⁰ Cfr. in generale *Histoire des Universités en France*, a cura di J. Verger, Toulouse 1986.

¹¹ In Francia, ad esempio, cfr. la legge Wallon, 12 luglio 1875, che parla espressamente di università "libere". Per una disamina dello statuto delle università dagli ultimi secoli della monarchia al periodo rivoluzionario e post-rivoluzionario in Francia, non solo con specifico riguardo all'insegnamento della teologia, si v. B. Neveu, *L'enseignement universitaire de la théologie catholique en France de 1875 à 1885*, in Revue d'histoire de l'Église de France, 81 (1995), pp. 269-294. Sulle università libere in Francia cfr. R. Naz, *Universités libres (les) en France*, in *Dictionnaire de droit canonique*, VII, Paris 1965, p. 1380 e ss..

La dottrina canonistica indica in Lovanio la prima università «vere» libera e cattolica: F.X. Wernz-P. Vidal, *Ius canonicum*, IV, Romae 1935, p. 94, che richiama C.M. de Robiano, *De jure Ecclesiae in Universitates studiorum*, Lovanii 1864, pp. 230-231; *ivi*, il Breve istitutivo di Gregorio XVI, 13 dicembre 1833. Per altri interventi di Leone XIII, nello stesso senso, F.X. Wernz-P. Vidal, *op. cit.*, *loc. cit.* Cfr. anche G. Dalla Torre, *Alle origini dell'Università cattolica*, in *Studium*, 112 (2016), pp. 12 e ss..

¹² Proposizione 45 in Denz., p. 2945.

¹³ Atti del Governo di Sua Maestà il Re di Sardegna, XVI, 2, pp. 939 e ss..

anche a creare il Consiglio superiore della Pubblica istruzione (art. 7 ss.)¹⁴. D'altra parte, non può essere dimenticato che con il sistema della c.d. legge Casati (R.D.L. 13 novembre 1859, n. 3725¹⁵), a differenza della Francia e del Belgio, in Italia neppure le università libere erano ammesse, visto che le guarentigie sull'insegnamento superiore non comprendevano la facoltà di aprire università su iniziativa non statale, ma la libertà di insegnare nelle università esistenti e garantite dallo Stato¹⁶.

2. I prodromi della secolarizzazione

La contesa Stato-Chiesa sugli insegnamenti delle discipline sacre trova il suo fondamento remoto sul «divorzio tra saperi sacri e saperi profani», tra humanae litterae e divinae litterae¹⁷. Essa, peraltro, s'intravvede a condizione che l'insegnamento possa considerarsi realmente e strutturalmente inserito nell'organizzazione universitaria. In effetti, per Padova, sono ben note le osservazioni che Antonino Poppi fece a Paul Oskar Kristeller sulla reale appartenenza o meno delle scuole o facoltà di teologia alla sua Università¹⁸. La questione era già stata sollevata, in prospettiva storica, dal Colle¹⁹, e non è il caso di ritornarvi; ma se Poppi, da un lato, afferma tale formale appartenenza, riferita a diverse epoche, dall'altro è (direi quasi) costretto a rilevarne e a enfatizzarne quelle peculiarità per le quali «la facoltà... presentava delle caratteristiche proprie nell'organizzazione interna, stante la natura specifica dei suoi corsi, i cui contenuti concernevano la rivelazione divina di cui è custode geloso e

¹⁴ Cfr. Il Sillabo di Pio IX, a cura di L. Sandoni, Bologna 2012, pp. 163-164.

¹⁵ Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, 18 novembre 1859.

¹⁶ Idea sviluppata da G. Cuomo, La libertà dell'insegnamento (rassegna di legislazione: 1848-1948), in L'istruzione, a cura di C.M. Iaccarino, in Congresso celebrativo del Centenario delle leggi amministrative di unificazione. Atti, L'istruzione e il culto, vol. I, Vicenza 1967, pp. 57-60.

¹⁷ G. Dalla Torre, Alle origini dell'Università cattolica, cit., pp. 14-16.

¹⁸ A. Poppi, Ricerche sulla teologia e la scienza nella Scuola padovana del Cinque e Seicento, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2001, pp. 7 e ss..

¹⁹ F.M Colle, Storia scientifico-letteraria dello Studio di Padova, IV, Padova 1825, pp. 109 e ss..

sovrano interprete il magistero della Chiesa»²⁰. Al contempo, egli si sente in dovere di eccepire la successiva e progressiva perdita di autonomia, a partire dal '700 (anche in conseguenza della riforma delle cattedre del 1739)²¹, che sarebbe dovuta principalmente alla «politica degli studi condotta dalla Repubblica veneziana»; questa «rivendicava il controllo pieno degli insegnamenti, dei docenti e degli studenti del curricolo teologico», per cui la facoltà teologica sarebbe divenuta «un nome sempre più svuotato di consistenza o di autonomia»²², ciò fino al 1806, anno della (prima) soppressione napoleonica²³.

Naturalmente queste valutazioni – sembrerebbe non positive – circa una progressiva perdita di libertà da parte della facoltà teologica, procedono da un punto di vista ben preciso; quel punto di vista per il quale la misura della *libertas Ecclesiae* in ambito scolastico è direttamente proporzionale alla capacità della gerarchia di esercitare poteri immediati sulla nomina, sulla conservazione nell'insegnamento dei docenti e sul controllo dei programmi di studio da essi svolti. Tanto più l'insegnamento della scienza sacra sarebbe libero, quanto più esso dipenda dalle determinazioni dell'autorità ecclesiastica.

Presupposta tale visione, non sorprende pertanto che siffatta svalutazione colpisca anche il periodo successivo alla ricostituzione, nel 1815, della facoltà

²⁰ A. Poppi, *op. ult. cit.*, p. 13.

²¹ Onde nel Settecento «uno studente poteva... giungere così alla laurea come gli studenti delle altre facoltà, senza passare per le scuole ecclesiastiche»: *ibid.*, p. 20. Sulla nominata riforma, cfr. P. Del Negro, L'Università, in Storia della cultura veneta. Il Settecento, 5/1, Vicenza 1985, pp. 63 e ss..

²² A. Poppi, *op. ult. cit.*, p. 21.

²³ Cfr. M.C. Ghetti, Struttura e organizzazione dell'Università di Padova dal 1798 al 1817, pp. 149 e ss.. L'insegnamento della teologia venne «relegato al seminario», ciò che contribuì a laicizzare «un'organizzazione didattica che aveva spesso patito un'opprimente soggezione ai deliberata ecclesiastici» (ivi, p. 150). Per questa riforma, dalla facoltà legale spariva anche l'insegnamento di diritto canonico: ivi, nt. 57; ciò, del resto, corrispondeva ad una generale attitudine napoleonica verso il Diritto ecclesiastico (leggasi Canonico): F. Scaduto, Il concetto moderno del Diritto ecclesiastico. Prolusione letta il 21 novembre 1884, in Gli insegnamenti del diritto canonico ed ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia, a cura di M. Miele, Bologna 2015, p. 472. Sulla soppressione napoleonica del 1806 cfr. A. Gambasin, Theses in Sacra Teologia nell'Università di Padova dal 1815 al 1873 (Contributi alla storia dell'Università di Padova 18), Trieste-Padova 1984, pp. 1-3.

teologica patavina²⁴. Eppure tale ricostituzione proveniva da un governo il cui capo adottava anche l'aggettivo di "maestà apostolica" e che nel 1855 avrebbe stipulato un Concordato giudicato da Arturo Carlo Jemolo (a partire dall'analisi dell'opinione pubblica liberale dell'epoca), come una sostanziale «abdicazione dello Stato alla Chiesa»²⁵. Quel Concordato che i cattolici festeggiarono «come vittoria della Chiesa sullo Stato», che i liberali stigmatizzarono²⁶ e la cui adozione avrebbe espresso «la sconfitta del giuseppinismo e il trionfo della *libertas Ecclesiae*»²⁷. Sull'insegnamento della teologia il Concordato, che sarebbe entrato in vigore nel Lombardo-Veneto in forza di una patente del 5 novembre 1855, disponeva all'art. 6 nel senso di una sostanziale nomina statale dei professori. Alle timide perplessità prospettate sul punto da qualche vescovo dell'Impero, nel 1856, rispondeva l'arcivescovo di Vienna, card. Rauscher: l'imperatore si era riservato un diritto di veto «ne in professores eligantur qui quoad res politicas in juventutem perniciosum influxum exercere possint»²⁸.

Ciò nonostante, si commenterà che, con la Restaurazione, si sarebbe aperta «un'era nuova: la teologia giuridicamente fa parte delle quattro facoltà ufficiali dell'università ed è interamente sottomessa alle direttive e all'ispirazione gallicana e giuseppinista delle analoghe facoltà imperiali di Vienna e di Praga. Vi sono prescritti i corsi obbligatori da seguire, i manuali vengono imposti dall'alto e tutto fa capo

٠

²⁴ M.C. Ghetti, *op. ult. cit.*, pp. 169 e ss.. Tra le materie comprese nella nuova facoltà teologica, inserita pienamente nella struttura dell'università, è compreso il diritto canonico (ivi, nt. 140). Ma questo insegnamento è confermato anche nella facoltà politico-legale (*ivi*, p. 172, nt. 147). A questa circostanza, penso, si riferisca la segnalazione della Ghetti per cui la Facoltà conferiva la laurea «in ambe le leggi» (*ivi*), ciò che sembrerebbe alludere all'espressione *in utroque iure*. Sulla ricostituzione della Facoltà v. Gambasin, Theses *in Sacra Teologia nell'Università di Padova dal 1815 al 1873*, cit., pp. 4 e ss.. Cfr. ora G. Berti, L'Università di Padova dal 1814 al 1850 (Contributi alla storia dell'Università di Padova, 45), Treviso 2011, pp. 65 e ss..

²⁵ A.C. Jemolo, Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni, Torino 1948, p. 176.

²⁶ S. Malfèr, *Chiesa e Stato in Austria nell'Ottocento. Dal giuseppinismo al concordato del 1855 e sua risoluzione*, in *Storia religiosa dell'Austria*, a cura di F. Citterio e L. Vaccaro, Milano 1997, p. 371.

²⁷ A. Zanotti, Effetti del concordato austriaco del 1855 nel Lombardo-Veneto, in Storia religiosa dell'Austria, cit., p. 457.

²⁸ Testo e contesto riportati da A. Zanotti, *Il Concordato austriaco del 1855 (Seminario giuridico della Università di Bologna* 117), Milano 1986, p. 189, nt. 14.

all'unica autorità centrale del rettore dell'ateneo, il quale deve rispondere direttamente all'autorità imperiale»²⁹ (conformi Poppi e Gambasin).In fondo, sia il professor Poppi che il professor Gambasin, ripercorrono (sommessamente e con garbo) le ragioni e le polemiche curialistiche tradizionali ostili ad insegnamenti di materie ritenute di spettanza ecclesiastica ma, più o meno liberamente, gestite dallo Stato e a spese dello Stato.

A ben vedere, i motivi per i quali si introducono e si sostengono, nelle università pubbliche, materie ritenute sacre, variano in dipendenza delle modalità con cui si atteggiano i rapporti tra Stato e Chiesa; decidere sullo statuto di tali materie, significa misurare i rispettivi poteri e le reciproche libertà³⁰.

3. Il modello francese e quello austriaco: un'apparente antinomia

Notevoli effetti, per le scienze sacre, sortì la seconda dominazione napoleonica in Padova (1805-1813). Come noto, infatti, la legge napoleonica sulla pubblica istruzione, 4 settembre 1802³¹, venne mandata ad esecuzione a Padova con decreto del 25 luglio 1806³². All'interno delle tre classi istituite (fisica e matematica, morale e politica, letteraria) non trovava più posto una scuola di Teologia³³; nella facoltà legale, non lo trovavano né un diritto pubblico ecclesiastico, comunque

²⁹ A. Poppi, *op. cit.*, p. 22, che cita anche A. Gambasin. Cfr. Berti, L'Università di Padova dal 1814 al 1850 cit., p. 65.

³⁰ S. Malfèr, *Chiesa e Stato in Austria nell'Ottocento. Dal giuseppinismo al concordato del 1855 e sua risoluzione*, cit., p. 380.

³¹ Cfr. Bollettino delle leggi della Repubblica italiana, Dalla Costituzione proclamata nei Comizj in Lione al 31 dicembre 1802, vol. I, p. 295. Riferito agli atenei di Pavia e Bologna, l'art. 7 dispone che «l'insegnamento delle scienze... è diviso in tre classi, cioè classe fisica e matematica; classe morale e politica; classe di letteratura» (corsivo nel testo). Cfr. su tutto questo V. Karady, De Napoléon à Duruy: les origines et la naissance de l'université contemporaine, in Histoire des Universités en France, cit., pp. 261-322.

A. Aulard, Napoléon Ier et le monopole universitaire, Paris 1911, p. 146.

³² Bollettino delle leggi del Regno d'Italia, Dal I maggio al 31 agosto 1806, vol. II, p. 789. M.C. Ghetti, Struttura e organizzazione dell'Università di Padova dal 1798 al 1817, cit., p. 149.

³³ M.C. Ghetti, *Struttura e organizzazione dell'Università di Padova dal 1798 al 1817*, cit., pp. 150 e 156 nt. 78.

inteso, né un diritto dei canoni³⁴. Anzi, considerando i programmi (oggi noi diremmo le declaratorie) riguardanti gli insegnamenti schiettamente giuridici conservati nella Classe delle scienze morali e politiche, nessun accenno v'ha non solo al diritto confessionale, ma neppure alla problematica generale dei rapporti dello Stato con le religioni³⁵.

Ciò sembra alquanto singolare, visto che l'interesse della legislazione napoleonica per le materie ecclesiastiche era notoriamente continuo e penetrante. Di esso sono una testimonianza, tra altre, i due volumi dei Regolamenti del Ministero pel culto (1808 e 1813)³⁶, nei quali è onnipresente la firma del ministro Bovara³⁷. Sembra pertanto improbabile che, nel momento in cui la legislazione ecclesiastica napoleonica veniva progressivamente applicata anche nei diversi dipartimenti veneti, a Padova non ci si interessasse di essa. In realtà, proprio nel Veneto, questa applicazione conduceva a disegnare una capillare nervatura religiosa che, in fondo, il successivo Regno Lombardo-veneto avrebbe confermato ed esaltato; centrale, in

³⁴ Cfr. i Piani di Studj e di Disciplina per le Università nazionali, 31 ottobre 1803, in Foglio officiale della Repubblica italiana contenente i decreti, proclami, circolari ed avvisi risguardanti l'amministrazione, Pubblicati nel 1803, vol. II, pp. 155 e ss.. Modifiche nel successivo Decreto riguardante il piano d'istruzione generale, 15 novembre 1808, in Bollettino delle leggi del Regno d'Italia, Dal primo giugno al 31 dicembre 1808, II, pp. 922 e ss.. M.C. Ghetti, Struttura e organizzazione dell'Università di Padova dal 1798 al 1817, cit., p. 150. Cfr. inoltre: G. Di Renzo Villata, Formare il giurista, Milano 2004, p. 71; E. Brambilla, C. Capra, A. Scotti, Istituzioni e cultura in età napoleonica, Milano 2008, p. 235; G. Zordan, Rivista di storia del diritto italiano, 72 (2000), p. 42.

³⁵ Le materie enumerate sono: Filosofia morale; Diritto di natura; Diritto pubblico e delle genti; Storia e diplomazia; Istituzioni civili ed Arte notarile; Diritto civile; Diritto e procedura criminale (*Piani di Studj e di Disciplina per le Università nazionali*, 31 ottobre 1803, cit., p. e 170 e ss..). Non diversamente avviene con la successiva ripartizione delle cattedre per la Facoltà legale (*ivi*, p. 182); essa comprende: Analisi delle idee; Eloquenza latina ed italiana; Lingua e letteratura greca; Filosofia morale e Diritto di natura; Istituzioni civili ed Arte notarile; Diritto civile; Diritto e procedura criminale; Diritto delle genti e pubblico; Economia pubblica; Storia e Diplomazia; Antiquaria e Numismatica; Lingue orientali.

³⁶ Più esattamente, Decreti, regolamenti, istruzioni generali sopra gli oggetti appartenenti alle attribuzioni del Ministero pel culto del Regno d'Italia, vol. I, Milano 1808; vol. II, Milano 1813.

³⁷ Giovanni Bovara (1734-1812). Sacerdote a Milano nel 1758, professore di Istituzioni canoniche a Pavia nel 1769, membro della Commissione ecclesiastica che, a partire dal 1786, doveva occuparsi anche delle riforme universitarie (oltre che dalla polizia del clero secolare); sotto Francesco Melzi d'Eril, dal 1802, Ministro del Culto del dominio napoleonico d'Italia (Repubblica e Regno), infine inviato al Concilio di Parigi del 1811. Si v. L. Sebastiani, *Bovara Giovanni*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 13 (1971), pp. 537-540.

tale disegno, era la parrocchia territoriale³⁸. Se l'ente era antico e, specialmente dopo il Concilio di Trento, già ben consolidato nei territori della Repubblica veneta come elemento identificativo della vita religiosa e civile³⁹, la stessa legislazione napoleonica portava con sé una ferrea e strutturata riorganizzazione della parrocchia territoriale. In essa erano centrali i due enti, ben definiti, del beneficio parrocchiale e della fabbriceria⁴⁰. Il primo riguarda il parroco, ma la seconda riguarda la chiesa parrocchiale, centro della comunità, punto di riferimento sociale e titolo di vanto della cittadinanza. Uno dei primi oggetti di tale titolo di vanto è il campanile, le sue fattezze, la sua altezza e anche la capacità distintiva del suono da esso diffuso.

La vera e propria esaltazione della parrocchia territoriale, portava con sé lo sfavore verso tutti quelli che potevano essere considerati elementi di disturbo rispetto alla centrale funzione parrocchiale e del parroco come persona fisica. Così, già la legislazione napoleonica non si esimeva dal regolare, significativamente, a partire dal Decreto imperiale del 1807, simultaneamente, confraternite e fabbricerie (I, 166). La storia – non solo giuridica – dell'impianto nel Veneto della fabbriceria napoleonica, della sua capacità autodecisionale rispetto al parroco, del suo significato politico nella comunità locale, della sua dinamica rappresentativa rispetto alla stessa comunità, forse dovrebbe essere ulteriormente indagata⁴¹.

³⁸ Si cfr. F. Agostini, La riforma napoleonica della Chiesa nella Repubblica e nel Regno d'Italia. 1802-1814, Vicenza 1990; Id., Dall'antico sistema al "nuovo ordine": la riforma della parrocchia nel Veneto napoleonico, in Studi in onore di Angelo Gambasin, a cura di L. Billanovich, Vicenza 1992; Id., Istituzioni ecclesiastiche e potere politico in area veneta (1754-1866), Padova 2002. Cfr., in precedenza, gli studi condotti dal Gambasin e da lui indicati in A. Gambasin, Theses in Sacra Teologia nell'Università di Padova dal 1815 al 1873, cit., p. 7, nt. 19. V. anche P. Magnani, Sulla parrocchia nel Lombardo-Veneto, in Studia Patavina, LX (2013), pp. 635 e ss..

³⁹ Cfr. P. Prodi, Dal Rinascimento al Barocco – La Chiesa e la società veneziane, in Storia di Venezia, 1994.

⁴⁰ Ma l'impianto della fabbriceria, composta da laici, non era una novità nei territori della Repubblica veneta. Figura analoga si trova infatti nei Procuratori di chiesa, laici che amministravano i beni delle chiese con poteri vincolanti nei riguardi degli ecclesiastici addetti. Cfr., ad es., G. Gallicciolli, *Delle memorie venete antiche profane ed ecclesiastiche*, vol I., t. II, n. 328, b) e ss., Venezia 1795, e t. 3, pp. 148 e ss..). Con speciale riguardo alle fabbricerie, la normativa legislativa e giurisprudenziale sulla parrocchia postnapoleonica in Francia può trovarsi in: D.A. Affre, *Traité de l'administration temporelle des paroisses*, Paris 1827.

⁴¹ Gli ecclesiasticisti ne parlano a partire dal loro punto di vista, come già notato da M. Rosa, Le parrocchie italiane nell'età moderna e contemporanea. Bilancio degli studi e linee di ricerca, in Mélanges de l'Ecole française de Rome. Moyen-Age, Temps modernes, 88 (1986), p. 8. Si veda quindi l'importante F. Ruffini, La rappresentanza

Da lontano, tuttavia, in modo parallelo, questi stessi orientamenti si erano già sviluppati a Vienna con la legislazione teresiana e giuseppina, influenzando direttamente, questa volta, la formazione culturale in genere, e universitaria in specie, dei chierici⁴². Come tipico della forma mentale tedesca, gli orientamenti erano stati oggetto di teorizzazione a Vienna. Maria Teresa era partita dall'assunto per il quale le università, tutte le università, anche quelle che si occupavano di materie sacre o confessionali, dovessero essere poste direttamente sotto l'amministrazione dello Stato, visto che qualunque tipo di studio poteva risultare vantaggioso per l'interesse dello Stato (e, quindi, di tutti)⁴³. La grande riorganizzazione della Teologia pastorale da parte dell'abate benedettino Stephan Rautenstrauch⁴⁴ – che certo non creava la disciplina, ma le conferiva uno statuto destinato a durare nel tempo – s'imperniava proprio sulla convinzione della coincidenza tra interessi religiosi e interessi pubblici: un fedele ben formato, infatti, è anche un suddito ben formato⁴⁵. Si scorge, qui, l'indubbio riflesso dello spirito utilitaristico, teresiano e giuseppino, che veniva a condizionare le riforme degli studi in generale e degli studi teologici in particolare⁴⁶. Centrale, a tal fine, è già dunque la figura del parroco come formatore, come educatore, anzi come medico. Riformulando un progetto di vent'anni prima, nella nuova riforma commissionata da Maria Teresa nel 1772, e approvata nel 1774, il parroco assume «una doppia posizione: statale ed ecclesiastica», mentre «il baricentro posava naturalmente, in

giuridica delle parrocchie, Torino 1896, spec. pp. 74 e ss..; inoltre: F. Scaduto, Diritto ecclesiastico vigente in Italia, vol. I, Torino 1892, pp. 529 e ss.; M. Moresco, Le fabbricerie secondo il decreto napoleonico del 30 dicembre 1809, Milano 1895;

⁴² Note storiografiche circa il giuseppinismo in U. Dell'Orto, Concezione e ruolo dei sovrani asburgici alla luce della nunziatura a Vienna di Giuseppe Garampi (1776-1785), in Communio, 144 (1995), pp. 50 e ss..

⁴³ V. La Teologia del XX secolo. Un bilancio, vol. III, Prospettive pratiche, a cura di G. Canobbio e P. Coda, Roma 2003, p. 412. Cfr. U. Dell'Orto, La nunziatura, cit., 1995, pp. 16-40.

⁴⁴ Note biografiche e bibliografiche su Rautenstrauch in C. Spehr, *Aufklärung und Ökumene* (*Beiträge zur historischen Theologie 132*), Tübingen 2005, pp. 174-175, nt. 142 e p. 196.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 196-200.

⁴⁶ Cfr. F.X. Arnold, *Storia moderna della teologia pastorale*, trad. it. di C. Vivaldelli, Roma 1970, pp. 130 e ss..

modo unilaterale, sui doveri del pastore nei riguardi dello stato»⁴⁷; quindi, il pastore d'anime «non doveva trascurare gli studi profani che servivano agli interessi dello stato medesimo, quali le scienze riguardanti la finanza, la polizia, il mondo della natura e perfino la veterinaria»⁴⁸.

Nell'Institutum facultatis theologicae vindoboniensis – l'ordinamento degli studi della facoltà teologica viennese pubblicato nel 1778⁴⁹ – la prefazione presenta in modo nitido gli ideali per i quali Rautenstrauch, che era un religioso, un abate benedettino, prestava i propri servigi ad una monarchia assoluta e confessionista, ma illuminata da nuove convinzioni che toccavano molteplici campi dei saperi. La religione è fonte di felicità non solo per gli uomini concepiti nella loro individualità, ma anche nel loro essere congiunti socialmente⁵⁰. Dunque, non possono mancare – numerosi e idonei⁵¹ – coloro che insegnino ai popoli non solo la vera religione, ma tutto quello che essa comporta («omnem eius complexum»). La ragione dell'inserimento delle discipline "teologiche" nelle accademie e nelle università ormai erette (dopo che per secoli tali discipline erano state insegnate presso cattedrali o monasteri) doveva ravvisarsi in quell'esigenza di pubblicità («palam») che proveniva proprio dall'assunzione, da parte dello Stato, della felicità globale dei sudditi come proprio fine generale; quella felicità che – laddove i sudditi, perché poco indotti in materia di vera religione, quest'ultima avessero abbandonato per abbracciare culti falsi – non sarebbe stata né garantita né tutelata.

Scopriamo qui il processo inverso rispetto a quello che in Italia, dopo l'instaurazione dello Stato unitario, avrebbe condotto alla soppressione delle facoltà teologiche negli atenei di Stato (e, ahimè anche, alla soppressione dell'insegnamento

⁴⁷ *Ibid.*, p. 131.

⁴⁸ *Ibid*.

⁴⁹ Institutum facultatis theologicae vindobonensis curante Francisco Stephano Rautenstrauch, Vindobonae 1778.

⁵⁰ *Ivi*, righe 1-5.

⁵¹ Sulla politica circa il numero degli ordinandi ci sarebbero molte cose da dire: Giuseppe II, sviluppo della teorica dei parroci come pastori di II ordine, parrocchialismo, titolo di ordinazione. Per un sunto si veda G. Mollat, s.v. *joséphisme*, in *Dictionnaire de droit canonique*, a cura di R. Naz, vol. VI, Paris 1957, coll. 187 e ss..

di diritto canonico), su cui ritorneremo. Per questo processo, l'Italia unita, in applicazione di una certa idea di separatismo, rinunciava ad identificare in una delle finalità originarie dello Stato gli interessi religiosi dei singoli e sceglieva di ravvisare in questi interessi, piuttosto, un oggetto – uno tra i molti – rilasciato alla sfera di libertà e di autonomia degli individui. Questo conduceva sia alla soppressione delle facoltà di teologia sia alla soppressione dell'insegnamento del corso di diritto canonico nelle facoltà giuridiche; o forse, più esattamente, alla sua trasformazione in un nuovo Diritto ecclesiastico.

Nel progredire di una certa idea di libertà, l'applicazione del principio del monopolio statale in materia di istruzione universitaria⁵² va di pari passo con la diffidenza verso i motivi di condizionamento scolastico o di influenza culturale della dottrina cattolica⁵³.

4. L'autonomia disciplinare del diritto canonico

La soppressione del corso (autonomo) di Diritto canonico, nelle Università nazionali post-unitarie, è stata ben ricostruita da Francesco Falchi⁵⁴. Questa soppressione, disposta dal ministro Ruggiero Bonghi col R.D. 11 ottobre 1875, n. 2775, va di pari passo con l'affermazione dell'insegnamento del "Diritto ecclesiastico", denominazione, però, contenutisticamente non più intesa come sinonimo del Diritto canonico⁵⁵. In effetti, nell'800 italiano, dal "Diritto ecclesiastico" della c.d. legge Casati del 1859⁵⁶, si passa alle Istituzioni di diritto

⁵² V. sopra nt. 14.

⁵³ Cfr. B. Cammarella, L'istruzione universitaria, in L'istruzione, a cura di C.M. Iaccarino, in Congresso celebrativo del Centenario delle leggi amministrative di unificazione. Atti, L'istruzione e il culto, vol. I, cit., pp. 128-129.

⁵⁴ F. Falchi, La soppressione del corso autonomo di diritto canonico delle facoltà giuridiche disposta dal ministro Bonghi nel 1875, in Gli insegnamenti del diritto canonico ed ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia, a cura di M. Miele, Bologna 2015, pp. 375 e ss..

⁵⁵ Sull'evoluzione delle denominazioni relative allo studio dei canoni, cfr. M. Vismara Missiroli, Diritto canonico e scienze giuridiche, Padova 1998, pp. 12 e ss..

⁵⁶ Cfr. B. Cammarella, L'istruzione universitaria, in L'istruzione, a cura di C.M. Iaccarino, in Congresso celebrativo del Centenario delle leggi amministrative di unificazione. Atti, L'istruzione e il culto, vol. I, cit., p. 130.

ecclesiastico e al "Diritto ecclesiastico-materia beneficiaria" del regolamento Mamiani del 1860 (R.D. 27 ottobre 1860, n. 4379) e, di nuovo, al "Diritto canonico" del regolamento Matteucci del 1862 (R.D. 14 settembre 1862, n. 842); le diverse denominazioni indicavano comunque lo studio dei canoni⁵⁷.

Il Diritto canonico, per la verità, nei lavori condotti a livello ministeriale, viene fatto oggetto di una duplice operazione. Da un lato si comincia ad auspicare un allargamento dei suoi contenuti rispetto a quelli tradizionali; in particolare, accanto alle consuete trattazioni della potestà ecclesiastica, della *res beneficiaria* e del matrimonio (canonico), comincia a far capolino il tema «"... delle relazioni tra la Chiesa e lo Stato"»⁵⁸, o anche dei «"limiti delle attribuzioni dell'uno e dell'altra"»⁵⁹. La circolare ministeriale del 29 ottobre 1865, n. 174, appare influenzata da tale impostazione⁶⁰. Alla stessa Circolare alluderà il ministro Broglio nel 1867, quando egli comincerà a relativizzare le dimensioni contenutistiche del corso di Canonico. Per esso non era più necessaria un'autonoma cattedra, giacché i beni ecclesiastici erano oggetto delle leggi del Regno, il matrimonio era stato ormai laicizzato dal Codice civile del 1865, mentre dello studio delle relazioni Stato-Chiesa poteva «"occuparsi il professore di Diritto Costituzionale"»⁶¹.

Si rivela qui la seconda tendenza, quella della destrutturazione della materia attraverso la sua «ripartizione»⁶². Così, in un intervento del Ministero relativo al caso specifico alla cattedra dell'Università di Modena, si dice esplicitamente che la materia matrimoniale potrebbe essere svolta nel corso di Diritto civile, quella delle relazioni tra Stato e Chiesa nel corso di Diritto costituzionale, quella beneficiaria nel corso di

⁵⁷ F. Falchi, La soppressione del corso autonomo di diritto canonico delle facoltà giuridiche disposta dal ministro Bonghi nel 1875, cit., pp. 378-379.

⁵⁸ È questo l'avviso dell'on. Tecchio, membro di una Commissione speciale per la riforma di Giurisprudenza, costituita dal ministro Natoli nel 1865. Cfr. F. Falchi, *op. ult. cit.*, pp. 380 e ss.; per il voto di Sebastiano Tecchio (già allievo di Giurisprudenza a Padova), p. 383.

⁵⁹ Così il Ministro Natoli, influenzato dai lavori della Commissione: *ibid.*, p. 384.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid., pp. 389-390.

⁶² *Ibid.*, p. 391.

Diritto amministrativo⁶³. Alla competenza dei docenti di queste materie, sul Diritto canonico smembrato, si aggiungerà quella degli Storici del diritto, ciò chiaramente a partire dal 1869⁶⁴. In questo senso andranno gli sviluppi ulteriori. Le cattedre di Diritto canonico dovevano estinguersi per esaurimento e comunque non esser più ritenute di obbligatoria attivazione; i suoi contenuti distribuiti tra altri insegnamenti; infine, quelle cattedre, (dovevano) essere formalmente soppresse, ciò che avvenne con il decreto Bonghi del 1875 sopra citato⁶⁵. A questo risultato aveva contribuito anche l'istituzione della cattedra di Storia del diritto, come sottolineava nel 1874 l'illustre ex studente padovano Luigi Luzzatti, membro del Consiglio superiore della P.I.⁶⁶. Entrato in vigore il Regolamento Bonghi, il Diritto canonico dovrà intendersi come soppresso mentre alcuni suoi temi potevano rientrare nel programma di Storia del diritto italiano; questo, del resto, era l'intendimento di Bonghi in relazione all'art. 4, co. II, del suo R.D.⁶⁷.

La successiva evoluzione dell'ordinamento degli studi per le facoltà di Giurisprudenza, attuatasi col Regolamento Coppino⁶⁸, è nota; essa comportava una forma di reviviscenza del Diritto canonico, ch'era previsto come corso autonomo. Esso ritornava così obbligatorio, ma in una forma compromissoria. Poteva essere infatti o conservato in capo al titolare di una cattedra ancora esistente, o conferito per nomina, o organizzato come corso libero o, infine, ripartito tra altri insegnamenti⁶⁹.

63 *Ibid.*, pp. 393-394.

⁶⁴ Cfr. la relazione del Giorgini, *ibid.*, p. 396.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 399 e ss.

⁶⁶ Ibid., p. 419.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 425-427.

⁶⁸ R.D. 8 ottobre 1876, n. 3434.

⁶⁹ F. Falchi, La soppressione del corso autonomo di diritto canonico delle facoltà giuridiche disposta dal ministro Bonghi nel 1875, cit., pp. 460-465. La situazione rimane inalterata a seguito del regolamento Coppino del 1885 (R.D. 22 ottobre 1885, n. 3444: *ibid.*, pp. 464-465).

Dal punto di vista contenutistico, già prima della prolusione palermitana del 1884 di Scaduto⁷⁰, s'era lentamente sviluppato il moto evolutivo che avrebbe condotto alla trasformazione del Diritto canonico in Diritto ecclesiastico. Alla vigilia dell'entrata in vigore del regolamento Bonghi, nel caso particolare del docente di Canonico a Bologna, nel mentre si proponeva il suo trasferimento alla cattedra di Storia del diritto, il professore interessato chiedeva esplicitamente l'attivazione *anche* di un corso di Diritto ecclesiastico, esplicitandone il contenuto nello svolgimento delle «nostre leggi ecclesiastiche nella loro connessione colle relative discipline canoniche»⁷¹. Altri commentatori dell'epoca non mancavano di esprimere la medesima esigenza. In un commento di un docente torinese avente per oggetto l'organizzazione degli studi giuridici, pubblicato nel 1880, non si manca di far affiorare la stessa sensibilità⁷².

Nella cit. Prolusione del 1884, Francesco Scaduto diceva che «l'insegnamento del così detto Diritto Canonico praticamente si era reso fra noi non molto meno inutile della facoltà di Teologia»⁷³; nello stesso anno egli aveva ottenuto l'incarico per Diritto ecclesiastico a Palermo⁷⁴ mentre la cattedra relativa sarà bandita a Napoli e da lui assunta nel 1886⁷⁵.

5. Il dibattito subalpino e postunitario

٠

⁷⁰ F. Scaduto, Il concetto moderno del Diritto ecclesiastico. Prolusione letta il 21 novembre 1884, cit., pp. 471 e ss..

⁷¹ Lettera del professor Cassani del 17 giugno 1875, in F. Falchi, La soppressione del corso autonomo di diritto canonico delle facoltà giuridiche disposta dal ministro Bonghi nel 1875, cit., p. 421, nt. 217.

⁷² O. Spanna, Sull'ordinamento degli studii legali in Italia. Considerazioni e voti, Torino 1880.

⁷³ F. Scaduto, Il concetto moderno del Diritto ecclesiastico. Prolusione letta il 21 novembre 1884, cit., pp. 485-486.

⁷⁴ F. Falchi, La soppressione del corso autonomo di diritto canonico delle facoltà giuridiche disposta dal ministro Bonghi nel 1875, cit., p. 464.

⁷⁵ Cfr. M. D'Arienzo, La fondazione dell'insegnamento accademico del «moderno» Diritto ecclesiastico. Francesco Scaduto e l'Università di Napoli, in Gli insegnamenti del diritto canonico ed ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia, cit., p. 215.

La soppressione delle facoltà di teologia, o meglio la loro esclusione dagli atenei di Stato, va detto, ancor oggi è spesso avvolta da qualche fraintendimento, rilevabile soprattutto quando si imputa tale soppressione, attuata con la legge del 1873⁷⁶, all'anticlericalismo. Mi limito solo ad aggiungere qualche ulteriore elemento di valutazione, procedendo all'esame di alcuni brani delle discussioni parlamentari risalenti ad almeno un decennio prima, tenendo presente che una disamina attenta dei lavori parlamentari era già stata fatta da altri, e da Francesco Scaduto anzitutto⁷⁷.

⁷⁶ L. 26 gennaio 1873, n. 1251.

⁷⁷ F. Scaduto, L'abolizione delle facoltà di Teologia in Italia (1873). Studio storico-critico, Torino 1886. Sul lungo dibattito parlamentare, cfr. F. Pazzaglia, Il dibattito sulla soppressione delle Facoltà teologiche nelle Università di Stato, in Il Parlamento italiano (1861-1985), Milano 1989, vol. III, pp. 193-194, ma anche Id., Educazione e scuola nel programma dell'Opera dei Congressi (1874-1904), in F. Pazzaglia e R. Sani, Scuola e società nell'Italia unita, Milano 1997, p. 82. Cfr., inoltre, G. Bottai e G. De Luca, Carteggio 1940-1957, a cura di R. De Felice e R. Moro, Storia e Letteratura, Roma 1989, p. 40, dove a nota 17 si mettono in evidenza le opere di B. Ferrari, La soppressione delle facoltà di teologia nelle università di Stato in Italia, Brescia 1968, e F. Lazzari, Le Facoltà teologiche universitarie tra il Sillabo e l'abolizione, in AA.VV., Un secolo da Porta Pia, Napoli 1970. Per un inquadramento storico-giuridico, cfr. F. Scaduto, L'abolizione delle facoltà di teologia in Italia, cit., p. 37. Cfr. anche V. Del Giudice, Per lo studio del diritto canonico nelle università italiane, in Studi in onore di Francesco Scaduto, vol. I, Firenze 1936, pp. 208-209. Secondo il Del Giudice, con le cattedre di teologia furono attaccate anche quelle di diritto canonico, ivi, pp. 209 e 211). A tal proposito dell'insegnamento del diritto canonico, l'autore ricorda come «quale studioso serio, o almeno volenteroso poteva dirsi disposto a lasciare i seminari o le curie o i capitoli, oppure le silenziose biblioteche, per andare ad insegnare diritto canonico nelle università, dove l'avrebbero accolto e circondato di derisioni e i compatimenti dei colleghi e le beffe dei discepoli? E perché poi? Per vivere sotto la minaccia continua di una soppressione di cattedre e, nella più benevola delle ipotesi, di un ufficiale patente di inferiorità, come fu quella che si largì, con la legge, per gli altri ordinari» (ibid., 221). E' chiaro che per i professori di teologia la situazione di imbarazzo non doveva essere diversa, se non più incresciosa, di quella che veniva riservata ai docenti di diritto canonico. V. inoltre: C. Sagliocco, Il dibattito sulla soppressione delle facoltà teologiche universitarie in Italia (1859-1873) e i seminari vescovili, in Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken, 87 (2007), pp. 292 e ss.; F. Lazzari Le facoltà teologiche universitarie tra il Sillabo e l'abolizione, in AA.VV., Un secolo da Porta Pia, cit., pp. 250 e ss.; D. Favi, Verso la restaurazione della teologia dello Stato, in AA.VV., Questione cattolica e scuola clericale, Roma 1974, pp. 73 e ss.; V anche E. Combi, L'Istituto di Scienze Religiose di Milano, in Communio 138 (1994), p. 117. Cfr. F. Scaduto, L'abolizione delle facoltà di teologia in Italia, Torino 1886, p. 37; Sulla sinistra parlamentare, L. Giusso, Le dittature democratiche in Italia, Milano 1929, p. 18; M. Pagella, Stato giuridico dell'insegnante di religione, in AA.VV., La cattedra di religione, Brescia 1962, p. 101; F. Margiotta Broglio, Lo stato degli insegnanti di religione nell'ordinamento statuale, in Rivista giuridica della scuola, 2 (1963), p. 773; V. Alemanni, L'insegnamento della religione, in AA.VV., Dalla riforma Gentile alla carta della scuola, Firenze 1941, p. 221; R. Bonghi, Studi e discorsi intorno alla pubblica istruzione, a cura di G. Candeloro, Firenze 1937, p. 87. Sintomatico è il fatto che l'eco di un atteggiamento decisamente anticlericale si risentirà ancora intorno al 1924 nei lavori relativi alla scuola sebbene non venissero a mancare paranoie a favore della riforma Gentile: cfr. A. Poggi, Stato, Chiesa, Scuola: studi e polemiche, Firenze 1924, p. VII e pp. 103-105.

Va ricordato come la c.d. legge Casati (l. 13 novembre 1859, n. 3725⁷⁸) avesse conservato le facoltà di Teologia negli atenei di Stato; vi provvedevano gli artt. 49⁷⁹, 51⁸⁰ e 70⁸¹. Naturalmente, come gli altri docenti, anche quelli delle facoltà teologiche venivano nominati con regio decreto, senza alcuna intromissione formale dell'autorità ecclesiastica⁸². Ciò, del resto, era una fondamentale conseguenza della legge Bon Compagni del 1848⁸³, il cui art. 58 escludeva ingerenze ecclesiastiche nella scelta o nell'approvazione di professori o membri delle facoltà universitarie⁸⁴.

La legge Casati prevedeva anche, sempre in capo alla Pubblica Amministrazione, la competenza disciplinare sui docenti universitari delle facoltà teologiche, visto che tra i motivi per cui i membri del Corpo accademico potevano essere sospesi o rimossi vi era «l'aver coll'insegnamento o cogli scritti impugnate le verità sulle quali riposa l'ordine religioso e morale»⁸⁵; pare, però, che la disposizione non abbia avuto applicazioni concrete, benché «occasioni non sarebbero mancate»⁸⁶. Tuttavia, la scelta di Casati di conservare le facoltà di Teologia non era stata seguita, in Italia, dai governi provvisori preunitari, che provvedevano alla loro soppressione. D'altra parte, la progressiva unificazione italiana non conduceva ad una correlata applicazione della legge Casati in questa materia. Un dato era comune e pressante, infatti, alle facoltà di Teologia statali pre e post-unitarie: il loro spopolamento. Dal

⁷⁸ V. sopra, nt. 14.

⁷⁹ «L'insegnamento superiore comprende cinque Facoltà, cioè: 1. La Teologia; 2. La Giurisprudenza; 3. La Medicina; 4. Le Scienze fisiche, matematiche e naturali; 5. La Filosofia e le Lettere».

^{80 «}Gli insegnamenti che dovranno essere dati in un determinato stadio di tempo nelle diverse Facoltà sono i seguenti: Facoltà Teologica 1. Istituzioni bibliche; 2. Sacra Scrittura; 3. Storia ecclesiastica; 4. Istituzioni teologiche: 5. Teologia speculativa; 6. Materia sacramentale; 7. Teologia morale; 8. Eloquenza sacra». Cfr. anche B. Cammarella, L'istruzione universitaria, in L'istruzione, a cura di C.M. Iaccarino, in Congresso celebrativo del Centenario delle leggi amministrative di unificazione. Atti, L'istruzione e il culto, vol. I, cit., p. 130.

⁸¹ L'articolo determina le consistenze numeriche dei docenti.

⁸² Cfr. art. 57 legge cit.

⁸³ V. sopra, nt. 12.

⁸⁴ Cfr. C. Sagliocco, Il dibattito sulla soppressione delle facoltà teologiche universitarie in Italia (1859-1873) e i seminari vescovili, cit., p. 294.

⁸⁵ Cfr. art. 106 legge cit.

⁸⁶ C. Calisse, *Diritto ecclesiastico*, Firenze 1893, p. 58.

1859 al 1869, mediamente gli iscritti non ammontavano a più di ventiquattro annui, così che i professori diventavano più numerosi degli allievi⁸⁷.

Si cominciò, dunque, col bloccare gli aumenti degli stipendi dei professori delle facoltà teologiche, ciò che avvenne con una legge del 1862⁸⁸.

Nel 1863 si ripresentò in Parlamento la questione; la discussione terminò con un ordine del giorno (12 marzo 1863) con cui si chiedeva al Ministero di non riempire più le cattedre divenute vacanti, volontà che poi, in genere, venne rispettata⁸⁹.

Gli interventi parlamentari in quell'occasione già sono interessanti perché, al di là del concreto tema trattato, rivelano attitudini, convinzioni e modalità diverse con cui, sia dalla Destra che dalla Sinistra, si riteneva di concretare il sistema del separatismo; fin da allora, si scolpiscono argomenti che si sarebbero trascinati fino alla soluzione definitiva.

Separatismo poteva significare il disinteresse e la rinuncia totale dello Stato ad organizzare direttamente la formazione teologica dei chierici. Poteva significare anche il contrario: lo Stato unitario, appena formato, non poteva rilasciare totalmente alle strutture ecclesiastiche la formazione di quei pastori che comunque erano in grado di esercitare un'influenza capillare sulle masse dei nuovi sudditi, senza contare che alle facoltà di teologia statali potevano iscriversi anche i laici⁹⁰ e che, nei loro ordinamenti, erano previste materie di interesse culturale generale.

Nella sessione della Camera 12 marzo 1863, nella quale si discuteva anche del bilancio del Dicastero dell'istruzione pubblica per quell'anno, il Relatore (Galeotti)

⁸⁷ F. Scaduto, L'abolizione delle facoltà di Teologia in Italia (1873). Studio storico-critico, cit., p. 5.

⁸⁸ F. Scaduto, L'abolizione delle facoltà di Teologia in Italia (1873). Studio storico-critico, cit., p. 4.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 5. Si veda anche Camera dei Deputati, *1a tornata del 12 marzo 1863*, in http://storia.camera.it/regno/lavori/leg08/sed368.pdf, p. 5737.

⁹⁰ Come ci ricorda C. Sagliocco, Il dibattito sulla soppressione delle facoltà teologiche universitarie in Italia (1859-1873) e i seminari vescovili, cit., p. 292.

rispondeva alla proposta del deputato Macchi⁹¹, ricordando quanto la Commissione aveva osservato:

«La Commissione osservava che di fronte alle ragioni espresse dall'onorevole Macchi a sostegno della sua proposta vi erano considerazioni di eguale gravità, le quali forse consigliavano ad impugnarla. Osservava la Commissione che nel completo insegnamento di una Università trova luogo l'insegnamento della facoltà teologica come qualunque altro insegnamento; e che sotto il nome di facoltà teologica non viene solamente la teologia propriamente detta e la casuistica, ma vengono molti insegnamenti di altro ordine, i quali sarebbe deplorabile che mancassero in tutte le Università italiane, ché, se non è necessario che queste cattedre esistano in tutte le Università, è però bene che in qualche luogo vi siano come vi sono nelle Università estere. Si dubitò egualmente che fosse questa una questione che interessasse anche la politica dello Stato, l'avere cioè nelle Università una teologia più alta, più libera, più indipendente di quella la quale si insegna nei seminari»⁹².

Quali erano gli insegnamenti cui qui si allude? Lo desumiamo da Bonghi, il quale, se consentiva nella sostanza con Macchi, da esso anche si distingueva, giacché

«ho dichiarato in quella conferenza, e credo oggi ancora che le facoltà di teologia debbano essere soppresse nelle Università italiane: ma questa soppressione, dissi allora e qui ripeto, non potersi fare senza trasformare le facoltà di filosofia e

^{91 «}La Camera, rendendo omaggio ai principii del libero pensiero e dell'uguaglianza civile, sopprime la somma di lire 100,000 destinate all'insegnamento di una sola teologia, e passa all'ordine del giorno»: Camera dei Deputati, 1a tornata del 12 marzo 1863, cit., p. 5733. Sul deputato radicale Mauro Macchi: F. Conti, Macchi Mauro, in Dizionario biografico degli italiani, 67 (2007), pp. 5 e ss.. Egli stesso, sei anni dopo, nel 1869, avrebbe proposto un disegno di legge per la soppressione delle facoltà in via indiretta, e cioè attraverso l'esclusione dal bilancio dello Stato delle somme vincolate al loro mantenimento: F. Scaduto, L'abolizione delle facoltà di Teologia in Italia (1873). Studio storico-critico, p. 6, nt. 5.

⁹² Camera dei Deputati, 1a tornata del 12 marzo 1863, cit., p. 5733.

lettere. Quando voi sopprimeste nella facoltà teologica parecchi insegnamenti di una importanza scientifica generale e non meramente dogmatica, verreste, vi garantisco, a dare all'Europa un meschino concetto di ciò che debba essere, secondo voi, la coltura in Italia»⁹³.

E ancora Bonghi: «Voi dite, e lo ripete l'ordine del giorno Macchi, non vogliamo che una sola teologia sia insegnata. Voi dite: noi domandiamo la soppressione della facoltà teologica al nome della libertà del pensiero e dell'uguaglianza civile. Io credo che non si potrebbe motivar peggio la distruzione delle facoltà teologiche. Le facoltà teologiche furono mantenute nelle Università moderne, quando le Università moderne perdettero il carattere ecclesiastico (col quale alcune di esse, non tutte; non le italiane più illustri soprattutto, nacquero da principio); furono mantenute, dico, a nome dei diritti dello Stato dirimpetto alla Chiesa, per attestato della necessità e del diritto che lo Stato avesse di temperare alcuni principii che la Chiesa voleva far prevalere rispetto all'estensione dei suoi poteri e alla assolutezza della sua azione»... [...] Sotto un punto di vista politico, ho bisogno di una mutazione nelle relazioni dello Stato e della Chiesa, mutazione accettata così da una parte come dall'altra. Questa mutazione non s'è sino ad oggi fatta. Le facoltà teologiche, alle quali i vescovi ripugnano molto più che non facciano gli onorevoli Macchi e Boggio, sono ancora l'asserzione di un diritto che lo Stato conserva rigidamente rimpetto alla Chiesa. Io sono pronto ad abbandonare questo diritto il giorno però che la Chiesa ne abbandoni anche da parte sua. E del pari oggi io non accetto la soppressione delle facoltà teologiche ad un punto di vista scientifico, perché, sino a che voi non avrete trasferito la maggior parte delle cattedre della facoltà teologica nella facoltà di filosofia e lettere, voi che credete di giovare alla libertà del pensiero, voi invece precludete la via al pensiero laicale d'introdursi, d'ingerirsi in quello che la Chiesa pretende essere dominio esclusivo

⁹³ *Ibid.*, p. 5739.

della teologia positiva... Voi recidete, voi tagliate, voi precludete tutta quanta la cultura italiana dal partecipare ad un movimento immenso che si è andato negli ultimi trent'anni facendo al di là delle Alpi, in Inghilterra, in Germania, nella stessa Francia, e che in Italia non è neanche al suo principio, impedito com'esso è stato sinora dalla concorde tirannide della Chiesa e dello Stato»⁹⁴.

Il ripetuto accenno alla scarsità degli studenti di Teologia trova una spiegazione storica in altro relatore, Pier Carlo Boggio⁹⁵:

«L'onorevole preopinante ha posto nella sua vera luce la questione quando vi ha detto che nel prendere un partito intorno alla mozione Macchi voi dovete avere due criteri, un criterio politico ed un criterio scientifico. Quanto al criterio politico, l'onorevole Bonghi vi diceva: badate che l'insegnamento teologico fu introdotto nelle Università allorquando queste cominciarono ad emanciparsi dall'esclusiva ingerenza ieratica, e fu introdotto dai Governi appunto acciocché il pensiero laico potesse nelle Università, mediante l'insegnamento teologico, esercitare una specie di sindacato sulle eccessive teorie che, nel nome della Chiesa, si cercavano di rendere generali! Or bene, l'onorevole Bonghi dimentica qui una circostanza di fatto molto importante. Allorquando s'introdusse quell'insegnamento, si fece con quello scopo, ed è possibile che sia stato raggiunto; ma oggidì codesto scopo si ottiene egli ancora? Qui sta il nodo della questione. Ciò che l'onorevole Bonghi disse con frase forse più scientifica, prima di lui l'avevano accennato altri oratori; e lo disse lo stesso ministro d'istruzione pubblica, quando chiamando le cose addirittura col nome loro, ed indicandole con una espressione adattata alla intelligenza anche di chi non siede in questo recinto vi diceva alla franca: noi vogliamo avere l'insegnamento teologico per fabbricare, mediante le nostre facoltà di teologia, dei teologi amici del Governo. Questo è il criterio politico. Lasciamo andare la fraseologia del medio evo, e

⁹⁴ Ibia

⁹⁵ L. Pannella, Pier Carlo Boggio, in Dizionario biografico degli italiani, 11 (1969), pp. 179 e ss..

riportiamoci al 1863, nell'anno in cui viviamo, e la cosa si riduce in questi termini: La ragione politica di conservare la facoltà teologica consiste nella speranza di poter con questa facoltà creare teologi amici al Governo, o, dirò meglio, amici alla nazione, amici al movimento liberale. Questo è il criterio politico, e non altro; parlerò poi del criterio scientifico. Ora questo scopo lo raggiungiamo noi? Signori, la cifra che v'ho accennato, cifra che la stessa vostra Commissione ha rinvenuta esatta e che vi dà in media un quinto di studente per ogni professore di teologia, questa cifra è accidentale, oppure non è dessa l'espressione di un fatto che noi non possiamo modificare? Qui è riposta tutta la questione, ed è qui appunto dove a parer mio sbagliava l'onorevole ministro, quando rispondendo a quella mia prima osservazione, diceva: ma voi ragionate come se gli studenti di teologia dovessero sempre essere pochi, io desidero e spero che saranno molti. Ora è precisamente questo ch'io non credo potersi sperare. Perché le nostre scuole di teologia sono ora deserte o quasi deserte? Forseché i professori che insegnano da 4 o 5 anni a questa parte sono peggiori di quelli che insegnavano dieci anni addietro quando gli studenti erano molto numerosi? No, signori, perché insegnano oggi nelle nostre Università, per la maggior parte quei professori medesimi che insegnavano dieci anni sono. Non è la natura dell'insegnamento, non è la capacità dei professori, ma è il divieto dei vescovi che fa deserte le scuole di teologia (Bravol) Non vi sono studenti di teologia perché i vescovi non permettono ai preti delle loro rispettive diocesi di recarsi a studiare nelle nostre Università»96.

6. Conclusione

La seconda idea di separatismo sopra accennata, che si direbbe di separatismo realista – quella secondo cui lo Stato unitario di recente formazione non poteva rinunciare, quantomeno, al tentativo di influenzare la formazione culturale

⁹⁶ *Ibid.*, p. 5741.

dei chierici operanti sul territorio nazionale –, non oltrepassava il limite oltre il quale il separatismo avrebbe smentito se stesso, arrivando cioè a rendere le facoltà teologiche obbligatorie per chi doveva assumere uffici ecclesiastici e in particolare per quelli che sarebbero stati investiti della cura delle anime di coloro che erano in contemporanea fedeli della Chiesa e sudditi dello Stato; un tale obbligo avrebbe trasformato il separatismo nel più schietto giurisdizionalismo⁹⁷.

La desertificazione delle facoltà teologiche gestite dallo Stato, frutto di un preciso disegno dei vescovi che su di esse non potevano esercitare un controllo effettivo, e la rinuncia dello Stato a renderne obbligatoria, per i chierici, la frequenza, dovevano condurre alla decisione definitiva della loro soppressione del 1873, dieci anni dopo il dibattito appena visto; soppressione che – non mutandosi gli elementi della questione⁹⁸ – appare il frutto non di un accanimento anticlericale, ma di una convergenza di interessi distinti e paralleli.

Cosa desumiamo da tutto ciò? Che forse, ieri come oggi, a costituire terreno di scontro non è la presenza nelle università pubbliche delle facoltà di teologia o di insegnamenti ritenuti sacri, ma la definizione del loro statuto epistemologico, la determinazione delle guarentigie che tutelano i docenti nell'esercizio della libertà di insegnamento, ciò che influisce direttamente sulla stessa loro capacità di proporre agli studenti una formazione critica e idonea ad atti di autonomia intellettuale.

Nell'art. 6 del Concordato del 1855, il problema era risolto secondo un modello tipico delle diverse forme di alleanza trono-altare, forme oggi sgradite ma all'epoca niente affatto respinte da parte ecclesiastica, in quanto espressione di un

⁹⁷ Ed infatti, nella riforma giuseppina del 1782 lo studio della teologia presso i seminari generali, per almeno sei anni, era condizione necessaria per l'ammissione all'ordinazione. Cfr. G. Dell'Orto, *Concezione e ruolo dei sovrani asburgici alla luce della nunziatura a Vienna di Giuseppe Garampi (1776-1785)*, cit., p. 56.

⁹⁸ Che i termini del dibattito non fossero cambiati, durante il decennio, traspare dal materiale inedito portato a galla da Cristina Sagliocco, e cioè dai verbali del Consiglio superiore di pubblica istruzione, non compulsati da Scaduto né da Bernardino Ferrari (cfr. C. Sagliocco, *Il dibattito sulla soppressione delle facoltà teologiche universitarie in Italia (1859-1873) e i seminari vescovili*, cit., p. 293, nt. 4).

pieno riconoscimento degli effetti derivanti dalla teorica (e dall'apologetica) del *jus* publicum ecclesiasticum⁹⁹.

Abstract: The present essay aims to contribute to the debate on the qualifiability as sciences of the confessional disciplines, in particular theology and canon law. The passage from Austrian jurisiditionalism to postunitarian liberal separatism allows us to understand the history of the current Italian system of studies, which excludes theology from them hosting canon law in academic courses.

Key words: canon law, theology, confessional disciplines, Italian system of studies

⁹⁹ Cfr. A. Zanotti, Effetti del concordato austriaco del 1855 nel Lombardo-Veneto, in Storia religiosa dell'Austria, cit.

289