

CAPITOLO II.

Esame delle opinioni in relazione al diritto italiano vigente.

§ 1. - *Volontà (coscienza) di compiere azioni contrarie alla L. P.*

5. L'opinione, secondo la quale la stessa perfetta rispondenza tra elemento obbiettivo e subbiettivo, che si richiede quanto al fatto (25), deve esservi quanto al diritto, merita di essere esaminata per la prima: essa infatti in linea di tempo precedette le altre che andremo esaminando, ha il pregio della chiarezza e precisione e reca in sè un che di euritmico, di logico che seduce, quando ci dice: se non basta la materialità del fatto, ma si esige anche che esso sia stato voluto dall'agente, analogamente si deve esigere che alla obbiettiva contraddizione tra l'azione e il comando penale corrisponda la volontà di essa.

Nella più coerente espressione di questa dottrina, dolo è quindi «la volontà di violare la legge penale» (26).

(25) «La concezione che al dolo appartenga solo un comportamento coscientemente contrario al diritto, fa dapprima l'impressione di una verità precisa, chiara e immediatamente evidente. E tuttavia vi contraddiscono la storia, il diritto comparato, la giurisprudenza e la storia con argomenti altrettanto forti». LIEPMANN, *Rechtsirrtum*, 22.

(26) Così ad esempio: FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, tom. III, parte III, cap. 37: «Il delitto consiste nella violazione della legge accompagnata dalla volontà di violarla». Meno propriamente qualche altro autore parla di «intenzione»: CARMIGNANI, op. cit. par. 106: «qualunque sia la definizione del dolo negli affari civili in senso criminale è una manifestazione della intenzione diretta alla violazione della legge». PUCCIONI, *Il cod. pen. toscano illustrato nelle fonti e nella giurisprudenza*, 1855, I, 309: «il dolo dai maestri della scienza viene definito: la intenzione di violare liberamente la legge penale».

Considerando però che nella maggior parte dei casi la volontà dell'agente non è indirizzata alla violazione della norma si ha frequentemente, soprattutto nella dottrina moderna, riferimento non alla *volontà*, ma alla *coscienza* di violare la legge penale (27).

Nell'una e nell'altra formula il dolo implica sempre la conoscenza della legge penale; si tratta soltanto di stabilire entro quali limiti debba spaziare tale conoscenza.

6. E' anzitutto da prendere in considerazione il punto di vista della scuola della coazione psicologica, relativamente alla quale nella letteratura tedesca si fa riferimento al FEUERBACH (28), ma che già prima era stata nettamente espressa dal nostro FILANGIERI, e applicata dal ROMAGNOSI e che d'altronde in embrione si trovava già contenuta negli scritti dei giusnaturalisti precedenti (29).

(27) ROMAGNOSI, *Genesis*, par. 1334: « dolo è la coscienza di contravvenire liberamente a ciò che la legge vieta o comanda ». CARRARA, *Opuscoli*, *Dolo*, I, 313: « Non riferisco la volontà alla violazione della legge, ma all'atto ». Ed ivi in nota 135 aggiunge: « Era vizioso il porre per fine della determinazione la violazione della legge, la quale non è ciò che eccita la determinazione medesima. L'uomo delinque per procacciarsi tutt'altro bene; non per lo sterile piacere di violare la legge. Cotesto capriccioso intendimento, ove rara volta possa avverarsi, è irragionevole ed eccezionale ». Nello stesso senso: B. PAOLI, *Nozioni elementari di dir. pen.*, 3.a ed., 1885, 18: l'azione è dolosa quando si agisce « sapendo e conoscendo di violare la legge penale ».

(28) FEUERBACH, *Antihobbes*, 1798, 210. Lo stesso, *Revision*, I, 1799, 19 e 39. Lo stesso, *Ueber die Strafe* ecc. 1800, 92. Vedine il riflesso in FRANK, *Philosophie du droit pénal*, 1864, 115.

(29) Vedi infatti HOBBS, *Elementa philosophica De cive*, 1647, tra l'altro al capo 13 paragrafo 16: « finis enim punitionis est, voluntatem hominis non cogere, sed formare, et talem facere, qualem eam cupit is, qui poenam statuit ». Cfr. analogamente *Leviathan*, 1651 cap. 27. Così d'altronde anche PUFFENDORF, *Il diritto della natura e delle genti*, Lib. I, cap. VI, par. XIV: « bisogna a questo punto rilevare che tutta la virtù di una legge consiste nel far conoscere la volontà del superiore è la pena di chi vi contravvenga », così che si possa esercitare « una coazione morale mediante la minaccia delle legge che porta a sottomettersi ad essa perchè si ritiene più vantaggioso di sottomettersi che non di esporsi, disobbedendo, a subire le pene che essa minaccia »; tuttavia in,

A rigor di logica questa scuola deve esigere non solo la conoscenza della legge penale, ma anche quella della misura e della specie della pena, corrispondenti ad una determinata azione, proibita dalla legge sotto minaccia penale (30).

Insegnava il ROMAGNOSI che « una pena che riuscisse inefficace al fine suo, che è di frenare il delitto in petto ai malvagi » (*Genesi* par. 411) non sarebbe per nulla giustificata e tale appunto sarebbe la pena in quanto non fosse stata conosciuta dall'imputato nel momento in cui in lui alla « spinta » verso l'azione incriminata doveva opporsi la « contropinta », costituita dalla minaccia di pena, che a quella doveva essere opportunamente proporzionata (par. 643 e 1469).

In sostanza in rapporto a questa dottrina non è del tutto paradossale quello che maliziosamente osserva il BINDING e cioè che, dato il meccanico determinismo psicologico che ne è il presupposto, non la legge deve imputare al singolo il non essersi astenuto dal male,

altro passo pare che questo autore si renda conto che il valore morale e giuridico di un atto non può dipendere dalla valutazione soggettiva di chi lo compie. (Lib. I, cap. V, par. 13, cap. VII, par. 3). Anche BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, par. 2, parla della necessità di « motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società », ritenendo che una legge penale che non avesse tale efficacia determinante sia da giudicare « inutile » (par. 3). Sulle sue orme BENTHAM, *Principi del codice penale*. Parte III, cap. II.

(30) Vedi riconosciuta la necessità della conoscenza della specie e misura della pena, secondo la teoria della coazione psicologica, tra l'altro KOESTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts* 1845 619. OETKER, *Über den Einfluss des Rechtsirrtums in Strafrecht*, 1876, 55. In tale senso esplicitamente lo STUEBEL, il quale appunto ammette che la « conoscenza di quella determinata pena avrebbe intimidito ». STUEBEL *System des positiven peinlichen Rechts*, 1795, II, 251. Cfr. KLEE, op. cit. 59 nota che era incoerente il FEUERBACH, in quanto si accontentava della conoscenza in genere della norma; nello stesso senso confronta pure HEINEMANN, *Zur Dogmengeschichte des Rechtsirrtums*, 392 segg.; ZU DOHNA, *Die Elemente*, 321; ALLFELD, *Rechtsirrtum*, 9; per la negativa in diritto tedesco, la *communis opinio*, vedi in questo senso la copiosa letteratura da SCHUETZE, *Lehrbuch*, 2.a ediz. 1874, 117 fino a MAYER-ALLFELD, 8.a, 1922, 169.

ma il singolo può dolersi che la legge penale non lo abbia (o perchè non conosciuta o perchè determinante una contropinta insufficiente) preservato dal male (*Normen*, II. 916).

7. Anche indipendentemente dal tramonto di questa dottrina (31) si è andata più recentemente affermando la opinione secondo la quale basta la conoscenza di un divieto o comando penale (32), senza riguardo alla entità o specie della pena (33)

Ogni qualvolta però l'agente ignori addirittura il rapporto di contraddizione tra la sua azione e la legge penale non si potrebbe parlare di dolo. E' dunque essenziale per l'applicazione di questi principi il determinare in qual modo si possa stabilire se l'agente conoscesse o no la legge penale.

8. Le soluzioni che a questo riguardo ci offrono la storia del diritto ed il diritto comparato, sono molteplici; nè a noi preme quì di andar richiamandole tutte; notiamo tuttavia che costantemente si ritiene che l'imporre all'accusa di provare di volta in volta la conoscenza, per parte dell'agente, della legge penale violata equivarrebbe a rendere praticamente inapplicabile la legge stessa, ond'è accolta, come principio assiomatico, la presunzione di conoscenza della legge penale (34). Tutto si riduce quindi a stabili-

(31) Colpita già oltre un secolo fa della classica critica del THIBAUT. *Contributo alla critica della teoria di Feuerbach*, 1802 da noi si potrebbe considerarla completamente abbandonata; cfr. CIVOLI, *Trattato*, I 162: in diritto tedesco, essa fu recentemente ripresa dal HOPFNER, op. cit. I, 101; e dal FERNEK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 58.

(32) Così il *Codex juris canonici*, Can. 2202, par. 2, per cui l'ignoranza *solius poenae imputabilitatem delicti non tollit*, ma tuttavia costituisce una diminuzione. Cfr. BATTAGLINI, *Introduzione, allo studio del diritto penale*, 1923, 30.

(33) Tra i moltissimi: GESSLER, *Rechtsirrtum*, 329; HEINZE, *Ueber den Einfluss* 423, DERNBURG, *Preussisches Privat-Recht*, 213: «la pena è irrogabile anche quando, non conoscendola egli, non ha potuto agire come motivo di inibizione sull'agente». In questo senso, pur senza considerare esplicitamente il quesito, appaiono orientati gli autori italiani (Cfr. nota n. 42).

(34) L'ALLFELD (*Rechtsirrtum*) osserva che se è difficile dare la prova della conoscenza della legge penale non è questa la sola, nè la più grave difficoltà d'indagine del processo penale, mentre d'altronde am-

re entro quali limiti operi questa presunzione di conoscenza, in quali forme sia ammessa la prova contraria.

Ancora una volta nella dottrina più antica, sotto l'influenza dichiarata e costantemente seguita del giusnaturalismo, troviamo le soluzioni più organiche e radicali. Si distingue tra delitti «naturalmente ratione» e delitti di «mera creazione politica»; quanto ai primi, precisamente per il loro carattere naturale, l'ignoranza appare incredibile e non è ammessa la prova, che è invece consentita all'agente quanto a quei fatti che costituiscono reato solo «jura civili».

9. Tramandata dal diritto intermedio permane nella dottrina italiana sino alla soglia della attuale codificazione la opinione della ammissibilità della prova della non conoscenza (35) della legge, almeno quanto a determinate categorie di persone, per

mettendo come scriminante l'errore di diritto extrapenale il problema si pone pur sempre ed in termini più difficili per la maggior ampiezza delle norme (ad es. del codice civile) extrapenali in confronto alle penali; malgrado ciò egli ammette che esista una presunzione *naturale* di conoscenza delle leggi. (Così ORTMANN, op. cit., 253; BASEDOW, op. cit., 77) Egli osserva che per una serie di delitti il giudice non ammetterà la scusa di non conoscere la legge per la grande notorietà della loro punizione (17), da non confonder con il dovere di conoscere la legge (ivi e nota 17).

(35) CREMANI, *De jure criminali*, Lib. I, cap. III, par. 9. RENAZZI, *El. jur. crim.* 1793, I, cap. VIII, par. 5. CARMIGNANI, *El. jur. crim.*, par. 195. FAGANO, *Principi del Codice Penale*, V.: «l'ignoranza del diritto non giova fin che si tratta della legge di natura» da quale essendo scolpita nel cuore di ognuno, è sentimento più che ragione». GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, 1840, I, 167. ZUPPETTA, *Corso completo di diritto penale comparato*, 1871, II, 313, 316: «l'ignoranza di diritto quando veramente esiste elimina l'imputabilità». PESSINA, *Elementi*, 1882, I, 97. CARRARA, *Programma*, parte gen. I, par. 259, riguardo «al forestiero giunto di recente nel territorio dominato dalla legge che egli violò, purchè per altro nell'atto da lui commesso ricorrano queste due condizioni: 1.o) che non sia riprovato dalla morale; 2.o) che non sia proibito nella patria del forestiero medesimo. Questa eccezione è tutta propria delle trasgressioni, difficilmente applicabile ai delitti». Sul trattamento dell'ignoranza di diritto nelle legislazioni vigenti in Italia prima dell'unificazione, consulta: CANTORE, *L'ignoranza di legge in materia penale*, *Giust. Pen.*, XII (1906), 246.

tutti i delitti di mera creazione politica. Vi è anzi chi crede di poterli identificare con le contravvenzioni (36), riconoscendo invece nei delitti i reati « naturali ». Questa opinione la ritroviamo nella dottrina francese (37) e naturalmente negli scrittori tedeschi (38), che in tema di dolo seguono la indicata opinione, e quella più attenuata di cui si parlerà al paragrafo seguente. In rapporto ad essa è da tener presente che il diritto italiano vigente, non consente deroghe nè riguardo alla qualità del reato nè a quello delle persone (39), stabilisce che l'ignoranza della legge penale non possa essere mai allegata come scusa; onde da questo punto di vista la distinzione tra « delitti naturali » e di mera « creazione politica », d'altronde rigettata dalla nostra più moderna dottrina (40), non porta ad alcun risultato in diritto positivo.

(36) Circa questa tendenza ad identificare i reati naturali con i delitti, e i reati di mera creazione politica con le contravvenzioni, vedi Rocco, *L'oggetto del reato*, 333-334.

(37) GARRAUD, *Traité*, I, 389, distingue tra delitti (*actions criminelles et correctionnelles*) per i quali la punibilità è chiara ad ogni uomo, che abbia discernimento, indipendentemente dalla conoscenza specifica della legge e contravvenzioni (*contraventions de police*) sulla base delle distinzioni tra delitti naturali e delitti di diritto positivo (ivi, I, 139). Vedi anche LE SELLIER, op. cit. I, 115; LABORDE, op. cit. 101. OERSTED, *Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und der gesetzlichen Philosophie*, 1818, I, 275.

(38) FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen im Deutschland geltigen peinlichen Rechts*, 3.ª ed. 1847, par. 86; MAREZOLL, *Lehrbuch*, 80, 81; ROSS-SHIRT, *Im welchen Fällen*, par. 7. Il KOESTLIN, invece, *System*, I, 376, desidererebbe una distinzione corrispondente a quella romana nel diritto moderno « in quanto secondo esso non di rado viene bollato come reato alcunchè della cui natura delittuosa l'uomo sano di mente non sa nulla », ma riconosce che ogni distinzione del genere è inapplicabile al diritto vigente. Vedi, per un'ampia bibliografia degli aderenti a tale distinzione in diritto tedesco G. SIMON, *In wie weit* ecc., 416.

(39) Non ammettono eccezione di sorta nè in rapporto alle persone, nè in rapporto all'indole del reato tra gli altri: CRIVELLARI, op. cit. III, 279; LONGHI, *La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità nel diritto penale*, 371; ZANOBINI, op. cit. 109.

(40) Contro la concezione di un delitto naturale, vedi MANZINI, *Trattato*, I, 3, contro quella di delitti *juris gentium*, ivi, I, 118. CIVOLI, *Trat-*

Tuttavia, tanta è la tenace influenza degli antichi concetti e tanto imperiose le conseguenze che la esposta nozione di dolo, implica nella disciplina dell'errore di diritto, che non mancò chi, non solo *de jure condendo* ed in via di critica al diritto vigente (41), ma come applicazione di esso riproponesse le antiche soluzioni (42).

tato, I, 49, che però altrove si contraddice, come nota il Rocco, *op. cit.* 334. Un tentativo di costruzione di un delitto naturale trovi nei positivisti: GAROFALO, *La criminologia*, 2.a ed. 1891, 41; FERRI, *Sociologia criminale*, 4.a ed. 1900, 282, e coerentemente il *Progetto* FERRI di Codice penale, art. 41. Contro, però, dallo stesso punto di vista, VACCARO, *Genesis e funzione delle leggi penali*, 1889, 175. Se la questione è controvertibile dal punto di vista degli indirizzi di studi (v. al riguardo LUCCHINI, *I semplicisti del dir. pen.*, 1886, 35), pare indiscutibile che in diritto vigente una tale distinzione non si trova. E' del resto difficile che il legislatore sappia riconoscere quel che nelle sue statuizioni sia riconoscimento di alcunchè di naturale e quel che sia artificiale imposizione; basti al riguardo ricordare i rilievi di JELLINEK, *Sistema dei dir. pubbl. sogg.*, trad. it., 106, quanto ai « diritti dell'uomo ».

(41) Così ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, 1896, II, 368, *Principi*, I, 451. In quel senso si pronunciò in qualche caso, precedentemente al vigente codice, la patria giurisprudenza: C. A. Napoli, 6 Ottobre 1885, *Giur. It.* 1885, II, 734. Vedi sempre precedentemente al codice STOPPATO, *Dell'elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, *Temi ven.*, 1885, 490.

(42) Per esempio ammettono deroghe alla inescusabilità dell'errore di diritto penale anche in relazione al diritto vigente, distinguendo tra atti illeciti « naturali ratione » riguardo ai quali l'errore non scusa e quelli illeciti « jure civili », per i quali tale scusa varrebbe: il TRAVAGLIA, *Il nuovo codice penale commentato* 1889, I, 178; l'ARABIA, *Il codice penale illustrato*, I, 151, il PINCHERLI, *Errore di diritto, di fatto e di persona*, Suppl. Riv. Pen. V., 368, che ritiene il giudice « potrà evitare di trovare quelle estreme conseguenze contro le quali l'equità, il buon senso grida e alle quali pare (?) che conduca l'applicazione muta e rigida dell'art. 44 », lo stesso PESSINA, *Il cod. pen. it.* 1890, I, 86, il SETTI, *Dell'imputabilità, in Completo Trattato teor. e prat. di dir. pen.* (COGLIOLO) I, 2., 584. Si noti che il FARANDA (*Verbale X della Comm.* 13 dicembre 1888), dichiarava di votare l'articolo « in quanto lo straniero che aveva violato regolamenti di polizia di cui non aveva conoscenza sarebbe sempre stato scusabile in base all'errore invincibile » (?).

§ 2. - *Coscienza che l'atto merita pena.*

10. Questa opinione, che troviamo espressa dal GESSLER (44) e a cui non mancarono critiche (45) non rappresenta tanto, a nostro avviso, un indirizzo autonomo di pensiero, quanto una particolare espressione di opinioni che già si accampano nella disputa. Infatti delle due l'una: o quanto al meritare pena si giudica l'atto prescindendo dal diritto positivo e avendo invece riguardo alla concezione etico-giuridica dell'agente (atto che meriterebbe pena secondo l'agente, ecc.) (46) ed allora incidiamo nella opinione che sarà esaminata al paragrafo 5 (dolo come coscienza dell'immoralità dell'azione); o viceversa si tratta della punibilità *de jure condito* e rientriamo nell'opinione testè esaminata.

Si può osservare che quando si parla di conoscenza di violare la legge penale si presuppone la conoscenza, per parte dell'agente, dell'esistenza di una norma, che proibisca o prescriva precisamente ciò che egli fa od omette, mentre qui basta la conoscenza che l'agente abbia dei principi informatori del diritto positivo, secondo i quali l'atto deve meritare pena.

E' evidente però che, se è possibile conoscere il diritto positivo e non riuscire a pervenire alla determinazione di un criterio generale secondo il quale si possano distinguere le azioni punibili dalle altre, (47) non è inversamente possibile procedere alla determina-

(44) GESSLER, *Ueber den Einfluss*, ecc. 256. BINDING, *Normen*, III, 244, n. 75 ci avverte che l'indicazione di questo requisito si trova già in *Quistorp*, 1,80 da me non posseduto. Una certa analogia con l'opinione accennata noto in quella più recentemente affacciata dal SIKORSKI, *Die Behandlung des Rechtsirrtums*, 1908, 17, della coscienza della *Schutzwuerdigkeit*.

(45) HEINZE, *Rechtsirrtums*, 206, che lo critica come troppo preciso e più difficilmente applicabile che quello della punibilità lo taccia di oscurità. BUNGER, op. cit. 388. V. BAR, op. cit. II, 397. LUCAS, *Subjektive Verschuldung*, 74.

(46) Così ad es. v. HIPPEL, op. cit. III, 564, n. 1; RUEMELIN, op. cit. 34.

(47) «La nozione di ciò che è meritevole di pena, a meno che non si prescinda da tutti i punti obbiettivi di riferimento, non può che sgar-

zione dei principi essenziali del diritto positivo senza conoscerlo in tutte le sue parti (48).

Se dunque l'agente ha creduto che l'azione, che è punibile, non lo fosse secondo il diritto positivo, ciò non può che dipendere dal non aver tenuto presente qualcuna delle norme di diritto penale, che contraddicono ai risultati del suo processo astrattivo; si tratta quindi ancora una volta di ignoranza della legge penale.

§ 3. Coscienza dell'illegalità dell'azione.

11. Questa opinione, che esige come requisito del dolo la coscienza della illecità giuridica positiva (49), va tenuta distinta dall'altra che, sarà in seguito esaminata, che esige la coscienza della illecità in rapporto a norme extragiuridiche (50).

12. Essa assume organica costruzione nella dottrina del BINDING.

gare dal presupposto di ciò che è punito ». HEINZE, *Ueber den Einfluss*, ecc. 406.

(48) Conforme al testo, KLEE, op. cit. 53. La determinazione generale della liceità o della illecità è quanto mai ardua. Cfr. HEIMBERGER, *Rechtmässiges und Rechtswidriges Handeln*, in *Vergleichende Darstellung*, Parte Generale, IV, 2: « non si sono ancora sviluppati dei principi generalmente riconosciuti secondo i quali si possano distinguere le azioni lecite dalle illecite, quello che la legislazione attuale ci offre non è che casistica ». Vedi cenni nello stesso senso in v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1925, I, 28 segg. e recentemente in LONGHI, *Contributo alla determinazione dell'illecito penale*, *Scritti per il Cinquantenario della Riv. Pen.*, 309.

(49) Così, in un certo senso MANZINI, per il quale elemento costitutivo del delitto è « la volontà di commettere un fatto contrario alla legge » (op. cit. I, 487). MASSARI, *Corso di diritto penale*, 1925, 26. « Dolo è la consapevolezza di produrre con la propria condotta un evento vietato dalla legge ».

(50) Tale distinzione però non è sempre apparsa evidente negli autori e perciò avverrà che talvolta su ciò si ritorni nel corso dell'esame. Così taluno intende « violazione del diritto » nel senso di violazione di diritti subiettivi; in questa forma, ad es. esprime la sua opinione il

E' noto che secondo il citato autore in ogni disposizione giuridica penale bisogna distinguere una norma ed una legge penale; la prima è il presupposto della seconda e determina il fatto antiggiuridico, mentre la legge penale non fa che determinarne le conseguenze. La norma fonda un dovere di obbedienza ed appunto la trasgressione a tale dovere costituisce la condizione dell'intervento della potestà punitiva dello Stato. E' quindi assolutamente errato parlare di azione contraria alla legge penale; ma si deve parlare sempre di azione contraria alla norma, la quale costituisce un imperativo senza sanzione; dolo è la volontà di un'azione malgrado ci si rappresenti la sua contraddizione con la norma (op. cit. II, 403): poichè la norma è estranea al diritto penale non esiste un *Verbrechensvorsatz*, ma solo un *Deliktvorsatz*. Perciò mentre un errore sulla legge penale è affatto irrilevante, un errore in forza del quale si venga ad ignorare la contrarietà tra l'azione e la norma ha importanza decisiva per escludere il dolo (op. cit. I, 90); consistendo il reato in una disobbedienza è manifesto che non può voler disobbedire chi non conosceva il comando, onde allorchè l'agente crede che la sua azione, la quale pur è obiettivamente proibita, non lo sia, fa difetto un requisito essenziale dell'elemento subiettivo (op. cit. II, 366) e ciò sia quanto ai delitti sia quanto alle contravvenzioni (op. cit. II, 1203) (51).

L'opinione del BINDING ha il grande pregio della chiarezza, in quanto nettamente precisa che per norme capaci di fondare l'obbligo alla obbedienza si intendono soltanto le norme del diritto

LANZA, *Diritto penale italiano*, 1908, 122 (« volontà di ledere un diritto subiettivo »); intesa in questo senso se ne parlerà esaminando l'opinione di coloro che ritengono requisito del dolo un *animus ledendi*. Per evitare questo dubbio molti autori tedeschi preferiscono parlare di *Pflichtwidrigkeit* anzichè di *Rechtswidrigkeit*, in quanto quest'ultima espressione fa pensare ad una violazione di diritto subiettivo per quanto intendano l'obbligo (*Pflicht*) nel significato di dovere giuridico. Cfr. v. FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, I, 149. SAUER, *Gründlagen*, 589; Cfr. BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912, 4.

(51) Elemento essenziale del dolo è per lui la coscienza della trasgressione della norma (*Normen*, II, 403).

positivo (op. cit. II, 224 e II, 375) e coerentemente si insegna che ogni qualvolta l'agente veramente ignori la esistenza della norma e manchi in lui ogni « sentimento ostile » verso il diritto è da escludere il dolo, avesse pure egli coscienza di contravvenire con la sua azione al comando di un'altra forza morale (op. cit. II, 366): chi non ha conosciuto la illegalità (*Rechtswidrigkeit*) dell'azione (52) prova almeno di non aver voluto scientemente dichiarare guerra alla legge (III, 117) (53).

E' evidente che, accettando la nozione di « legge penale » che il BINDING propone, ignoranza inescusabile dovrebbe esser solo quella relativa alla sanzione, onde la sua opinione si riallaccia e si identifica con la forma più attenuata della opinione espressa precedentemente e cioè quella per cui è elemento del dolo la conoscenza della legge penale indipendentemente dalla conoscenza della misura e della specie e della pena corrispondente a tale violazione (54).

Prescindendo dunque anche dal fatto che la concezione meramente sanzionatoria del diritto penale (e correlativa costruzione di norme senza sanzione) si presta alle critiche di cui è stato oggetto nella nostra moderna letteratura (55) è da osservare che nell'inter-

(52) Fu osservato dal MAYER (*Strafrecht*, 234) la inammissibilità psicologica di questa concezione del reato, se l'agente, osserva egli, avesse presente la legge, gli verrebbero in mente la polizia ed il reclusorio e se ne asterebbe, oppure assurgerebbe alla figura di un partigiano, di un lot-tatore.

(53) Nello stesso senso ORTLOFF, *Die Strafbarkeit als Schuld voraussetzung*, 44. Il BINDING stesso mostra di temere le più rigide conseguenze della sua opinione, laddove scrive che rende impuni « la ignoranza della norma, non l'ignoranza dei confini tra l'applicabilità della norma e l'esenzione » (op. cit. II, 69), ma anche in questo caso non si può dire vi sia insurrezione contro la legge penale.

(54) Questo collegamento tra la opinione del BINDING e quella della scuola della coazione psicologica fu già rilevato dal Rocco, *Sul cosiddetto carattere sanzionatorio del diritto penale*, *Giur. It.* LXII, IV, 57,

(55) ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1910, 96; BATTAGLINI, *Le norme*, 144; MASSARI, *La norma*, 58 segg.; MANZINI, *Trattato*, I, 56.

pretazione unanimemente ammessa dalla dottrina (56) e dalla giurisprudenza italiane per « legge penale » (57) nel senso dell'art. 44 C. P. deve intendersi non solo la sanzione, ma anche il precetto (58), onde l'indicata dottrina non si attaglia al nostro diritto positivo.

13. Dobbiamo tuttavia considerare, indipendentemente dalla *Normentheorie*, l'opinione del BINDING in quanto egli, più di ogni altro autore, si diffonde a spiegare che per conoscenza della norma non si deve intendere la conoscenza dei singoli precetti, come viceversa insegna taluno (59), bastando che genericamente l'agente sappia che la sua azione è proibita o, inversamente, obbligatoria.

Il BINDING (60) dice molte cose interessanti e vere a proposito della diversità della sussunzione operata dal profano in confronto a quella operata dal giudice (non però altrettanto originali, poichè qui ritorna sotto altra veste l'opinione dello HEINZE), ma esse appaiono affatto inconcludenti di fronte a questo dilemma: o si se-

(56) Vedi però sulle orme del BINDING, il CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, 1912, I, 331, il quale afferma che all'art. 44 « si parla di ignoranza della legge penale, dalla quale va tenuta distinta la norma di agire in previsione della cui trasgressione viene la pena commutata ». In *nota* riconosce tuttavia che la distinzione da lui proposta è affatto estranea all'intendimento del nostro legislatore. Seguace del BINDING appare l'ALIMENA, *Principi*, I, 451, il quale pure ammette che l'opinione non è ammissibile in diritto positivo. Circa le estensioni della inescusabilità della legge a tutti gli elementi del precetto, vedi ampliamento MASSARI, *Le norme*, 66,78.

(57) Invece secondo, il BINDING, non solo l'erronea o mancata sussunzione dell'azione sotto le norme *sousa*, ma questo è « l'unico errore rilevante », *Normen*, I, 93.

(58) Di ciò non si dubitò nemmeno da parte di coloro che seguono l'errata opinione (vedere la critica in MANZINI, op. cit. II, 30) che l'ignoranza della legge extrapenale abbia sempre valore scriminante.

(59) Ad esempio l'OETKER (*Schuldbegriff*, 161) che esige una conoscenza effettiva, non però il BELING, op. cit. 189, chechè sembri al BINDING. Viceversa HORN, op. cit. 84, si accontenta che l'agente abbia « coscienza di un ordinamento giuridico e cioè in massima la conoscenza di una volontà giuridica la quale esige obbedienza ».

(60) BINDING, *Normen*, II, 811 e segg.; II, 146 e segg.

gue quel che in pratica fa il profano quando valuta la liceità di un'azione ed è vero quel che dice il BINDING, che esso si guarda bene dal collocarla sotto questa o quella rubrica del codice o sotto questa o quella disposizione di legge speciale, ma è anche vero che con ciò egli non giudica della legittimità o meno dell'azione considerata secondo il diritto positivo, ma secondo una sua particolare concezione etico giuridica ed allora si rinuncia ad esigere come requisito del dolo la coscienza della illegalità positiva, per ripiegare su altra concezione (quella per cui del dolo è requisito essenziale la coscienza della immoralità, par. 4); se viceversa si deve decidere se un'azione è legittima o no *de jure condito* vi è un solo modo di procedere, che non può che essere identico per tutti, profani o tecnici che siano (61). Se i profani possedessero un metodo loro di giudicare della *positiva* liceità penale di un'azione ed i giuristi ne seguissero per arrivare allo stesso risultato un altro, diverso e più complesso, ci sarebbe davvero di che compiacersi dei risultati dell'insegnamento giuridico!

14. All'infuori della concezione del BINDING, questa opinione perde di rigore e di originalità: nè a caso molti autori parlano indifferentemente di coscienza della illegalità o di coscienza della criminalità, intendendo soltanto con l'adozione della prima espressione precisare che è indifferente l'ignoranza della specie o misura della pena e che non si esige la conoscenza particolare del precetto, ma genericamente lo stato di contraddizione tra l'azione e il diritto. Ed infatti: a prescindere dalla scissione bindighiana, tra *norma e sanzione* (62) una coscienza della illegalità quanto alla

(61) Questo duplice esame si riscontra anche nell'attività del giudice tecnico; ordinariamente del fatto egli forma anzitutto un giudizio secondo un concetto etico-giuridico soggettivo, venendo nella conclusione che secondo un « diritto giusto » l'agente meriterebbe o non meriterebbe pena: poi esamina se questa soluzione si possa far quadrare con il diritto positivo; per quanto si dica che la *routine* confonde nel giudice i concetti di *giustizia* e di *legalità*, appare da molte sentenze il rammarico di dover condannare o il disgusto di dovere assolvere.

(62) Del resto anche in relazione alla dottrina del BINDING, fu osservato che la coscienza della contrarietà alla norma sbocca nella coscienza

34

legge penale non può esser che coscienza della *illegalità penale* o punibilità che dir si voglia.

D'altra parte, in quanto si eleva a dolo la coscienza di violare una norma extra penale, si cade in una manifesta incoerenza. Infatti o la valutazione giuridica dell'atto è estranea al dolo o invece al requisito obbiettivo della violazione del diritto deve corrispondere un requisito subbiettivo della coscienza, cosicchè vi debba essere un *dolus juris* oltre che un *dolus facti*; ma in tal caso per ogni specie di violazione di diritto vi dovrà essere un *dolus iuris* speciale; a costituire il dolo penale occorrerà la coscienza di violare la legge penale, mentre la coscienza di violare un'altra legge, per esempio la legge civile, darà luogo solo ad un dolo civile. La punizione di colui il quale credeva di commettere un semplice illecito civile, per un fatto per lui assolutamente involontario: la occasionale violazione di una norma penale, non si spiegherebbe se non con il broccardo: *dans operam rei illicitae respondet etiam pro casu*; ma questa speciale forma di responsabilità, importerà un ampliamento più o meno discutibile del concetto di colpa, mai del concetto di dolo (63); chè diversamente ritenendo, tra l'altro, si renderebbe inammissibile l'esigenza di un dolo specifico, quale invece è richiesto in tutta una serie di reati poichè, stabilita la generica scienza della illiceità, si dovrebbe rispondere a titolo di dolo di ogni ulteriore involontaria violazione di legge. Perciò spesso gli autori usano indifferentemente l'espressione « coscienza di violare la legge » e « coscienza di violare la legge penale » (64) ed in genere quando parlano di coscienza di « violare la legge », sottintendono che si tratti di « legge penale ».

za della punibilità: STOOB, *Rechtswidrigkeit*, 351; KOHLRAUSCH, *Rechtsirrtum*, 58.

(63) LOEFFLER, *Schuldformen*, 93.

(64) Così ad esempio il GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, 3.a ed., 1886, I, 79, per il quale dolo è « la coscienza che ebbe il delinquente nel commettere l'azione di violare liberamente la legge » nel senso, evidente per tutto il contesto, di legge penale. Così il VANNI, *Filosofia del diritto*, 104 definisce il dolo: « intenzione criminosa, ossia intenzione di infrangere la norma giuridica ».

§ 4 - Il dolo come coscienza dell'illegittimità, comunque intesa, e il diritto italiano vigente.

15. Tutte le opinioni esaminate fin qui, sia che poi abbiano riguardo alla coscienza della illecità penale o a quella della illecità in genere, conducono alla conclusione logica che la consuetudine contraria al diritto, ed anzi lo stesso *communis error* valga ad escludere il dolo. Se dolo è coscienza della illecità giuridica, come ammetterlo quando l'*opinio juris* popolare alla quale partecipa l'agente è precisamente nel senso opposto?

Perciò coerentemente il BINDING (65) riconosce valore abrogativo alla consuetudine e con lui il BELING (66), conformemente d'altronde ad un'opinione largamente professata in diritto tedesco (67). Ma una tale soluzione, la quale era accolta nel più antico diritto francese (68) e nella giurisprudenza italiana (69) precedente al codice (70), per quanto qualche volta si riaffacci nella moderna dot-

(65) BINDING, *Handbuch*, 197. Lo STESSO, *Strafgesetzbuch, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalen Verhältnissen zu einander* Z., I, 4 segg.

(66) BELING, *Grundzüge*, 3.a ed. (1905), 19.

(67) L'opinione prevalente in diritto tedesco è che la consuetudine in diritto penale non valga a porre nuove norme penali, ma che attraverso di essa si possa arrivare alla abrogazione, esplicita o tacita, del diritto penale. Vedi su ciò KOHLER, *Strafrecht*, 78, e gli autori indicati ivi a nota 3. Vedi anche WACHENFELD, *Strafrecht*, in *Enciclopedia di HOLZENDORFF e KOHLER*, 7.a ed. 1914, V. 8.

(68) CARNOT, *Code pénal*, I, 21. CHAUVÉAU, *Théorie du code pénal*, 4.a ed. 1853, I, 14. DALLOZ, *Répertoire*, Voce *Lois*, n. 532: «l'errore comune non è che un modo di desuetudine, poichè consiste nell'abitudine generale di una falsa interpretazione o inapplicabilità della legge».

(69) Cass. Tor., 27 Giugno 1883, *Giur. Tor.* XX, 836. Cass. Milano, 13 Maggio 1864, *Bettini*, 10, I, 837: «la consuetudine deve essere riconosciuta e rispettata dal legislatore». Così il BORSARI, *Cod. civ.*, I, 82, si vanta di avere con sentenza 2 Luglio 1869 assoluto dei giornalisti da una contravvenzione perchè la legge era caduta in desuetudine. *Contra* però: Cass. Tor. 24 Febbraio 1886 (*Giur. Pen. Tor.*, VI, 141).

(70) Alla opinione tedesca si uniforma LAMMASCH-RITTLER, *Grundschrift*, 20, citato che, come notammo, si contrappone alla opinione co-

trina francese (71), tanto travagliata da incertezze in questa materia, è assolutamente inammissibile in diritto positivo italiano (72) e come tale è considerata dalla nostra dottrina.

16. D'altronde per il rigetto di queste opinioni in diritto italiano è sufficiente la invocazione dell'art. 44 C. P. (73). Questa norma infatti non solo contraddice alla concezione del dolo come coscienza di violare la *legge penale* e all'altra della coscienza della punibilità (positiva), ma anche a quella della « coscienza della illiceità », se pure per questa non si debba intendere sottintesa la qualifica: « penale ». Infatti delle due l'una, o il precetto di diritto penale violato dall'agente non ha il suo esatto corrispondente in nessun precetto di diritto positivo, privato o pubblico, extra penale (come spesso accade) ed allora l'errore nel quale si deve vedere se versasse l'agente, è solo quello relativo al comando sanzionato penalmente (74), che è per il nostro diritto dichiarato indifferente, o vi è un'identità perfetta tra precetto

mune in diritto austriaco (vedi n. 16) del riferimento del dolo esclusivamente al fatto; ed era inevitabile che coerenza lo inducesse a sostenere così; contro però la giurisprudenza austriaca. Vedi *Sammlung der Staatsdruckerei der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes*, III, (1924), 70.

(71) « L'obbedienza all'uso fa scomparire l'intenzione dolosa ». PENNEAU, *Technique de la jurispr. en droit privé*, I, 172; pur negando in altra parte del lavoro che vi sia desuetudine in diritto penale. Ivi, II, 250.

(72) Cfr. MANZINI, *Trattato*, I, 210. BATTAGLINI, *Introduzione allo studio del dir. pen.*, 45.

(73) Non a caso il *Progetto FEBRI* di codice penale, ammette (art. 19 n. 2) come scusa l'ignoranza della legge penale « derivata da forza maggiore », che nella *Relazione* si esemplifica come « grave malattia, prolungata assenza, isolamento di vita in territori disabitati, analfabetismo non per propria colpa, (?) », escludendo però tale giustificazione nei gravi delitti « repugnanti alla coscienza dell'uomo senza la cognizione della legge » (Sc. Pos. 1921, 41, 137). E' ammessa poi la scusa « per errore sostanziale di diritto o di fatto, non provenienti da negligenza ». Che sia poi « l'errore sostanziale di diritto, in contrapposto all'ignoranza » non si intende bene.

(74) Vedi KLEE, *Vorsatz*, 9.

penale ed extra penale ed allora la inescusabilità della ignoranza sull'uno importa la inescusabilità della ignoranza sull'altro. Può ben darsi che l'agente, il quale ignora che il suo fatto costituisca reato, sappia tuttavia che è illecito dal punto di vista di altra norma giuridica, ma solo se l'ignoranza circa la natura criminosa del suo atto potesse escludere il dolo, si potrebbe passare ad esaminare quali siano le conseguenze della coscienza che l'agente aveva, che almeno dal punto di vista del diritto civile, poniamo, o amministrativo, il suo atto è illecito; *de jure condito*, tale ricerca è affatto inutile.

Tanto è vero che in diritto austriaco, poichè i paragrafi 3 e 233 stabiliscono espressamente che la ignoranza della legge penale non scusa, è comune opinione⁽⁷⁵⁾ che al dolo sia estranea la volontà di violarla e che analogamente in diritto olandese, dacchè il codice penale del 1. marzo 1886 è venuto in soluzione analoga alla nostra, non si discute *de jure condito* ⁽⁷⁶⁾ essere estranea al concetto di dolo (*opzet*) la coscienza della illegittimità (*onrechtmatigheid*) ⁽⁷⁷⁾.

17. Se non che la norma dell'art. 44 del nostro Codice non ha avuto grande fortuna; più che di esaminarne, come si addice ad interpreti, la portata nel complesso dell'ordinamento giuridico po-

(75) Che il dolo in diritto austriaco si debba definire, *de lege lata*, solo in relazione al fatto, vedi STOOS, *Lehrbuch des oesterreichischen Strafrechts*, 2.a ed. 1913, 88; JANKA, *Das oesterreichische Strafrecht*, 4.a ed. curata da KALLINA, 1902, 92, 100. Così anche LAMMASCH, *Grundriss des Strafrechts*, 3.a ed. 1906, 23, diversamente però nella 5.a edizione, postuma, curata dal RITTNER, 1926, 97, avendo il RITTNER (come dichiara nella Prefazione, VII) innovato alla dottrina della colpevolezza. Inversamente avviene invece per il FINGER, *Oesterreichisches Strafrecht* che nella 2.a edizione 1902, 1, 180, richiede la scienza della contrarietà al dovere, nella 3.a ed. 1912-14, 1, 356, 358, è esplicito nella sovra indicata definizione, *de jure condito*.

(76) Van HAMEL, *Inleiding tot de studie van het Nederlandische Strafrecht*, 4.a ed., curata da Van DIJK, 1927, 298, segg. Diversamente invece prima, sotto l'influenza francese; importantissimi anche da altro punto di vista i lavori preparatori del citato codice, vedi n. 21.

(77) *De jure condendo*, vedi op. cit. 299, le proposte del Van HAMEL.

sitivo, sembra che i nostri giuristi si siano curati di rivolgerci delle critiche (78) o di ricercarne delle giustificazioni (79); comunque, sotto l'influenza soprattutto della dottrina francese, si è cercato di conciliare questo precetto con nozioni di dolo, che viceversa sono con esso manifestamente inconciliabili. A tal fine si è ricorso anzitutto all'espedito della presunzione di conoscenza della legge penale, presunzione che, dato il carattere assoluto all'art. 44, non potrebbe che essere *juris et de jure*.

Per quel che riguarda questa presunzione di conoscenza non ripeteremo quanto fu troppo bene detto da altri: rimandiamo senz'altro alle vivaci critiche del MANZINI (80) contro una presunzione, la quale assumerebbe per vero precisamente il contrario della verità e rileviamo con lui la diversità tra il disposto dell'art. 44 C. P. italiano e l'art. 1 del titolo preliminare al Codice Napoleonico, che dice che la legge «sera réputée connue».

Pertanto la più recente dottrina ha parlato piuttosto di una finzione, ma, mentre quando si è detto che si tratta di una finzione non si è fatto, come bene osserva lo ZANOBINI, che ricorrere ad una tautologia, (81) è da osservare che praticamente, se di questo requisito della conoscenza della legge penale si presume o finge sempre la esistenza, tanto è prescindere, nel fissare il requisito del dolo, dalla coscienza di violare la legge penale.

18. Nè sfuggì al ROMAGNOSI, tra i seguaci di questa soluzione la conseguenza che essa importava quanto al concetto di dolo. Osserva questo Autore (*Genesi*, par. 1364): « la presunzione non è verità incontrovertibile (82), ed anzi ammette la prova in contrario.

(78) SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e al diritto nuovo*, 2.a ed. 1906; FLORIAN: *Ingiustizie sociali nel codice penale*, par. 11. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, Sc. Pos., VI, 88; CANTORE, op. cit. 328. Vedi pure nella *Relazione sul progetto preliminare di codice penale italiano* (FERRI) Sc. Pos. 1921, 40.

(79) Vedi più giù l'opinione del MANZINI.

(80) MANZINI, *Trattato II*, 11-18.

(81) ZANOBINI, *La pubblicazione delle leggi nel diritto italiano*, 1917, 17.

(82) Nello stesso senso FEUERBACH, *Lehrbuch*, par. 86; la *praesumptio*.

Ma, d'altra parte un sommo interesse sociale esige che la cognizione della legge venga posta per presunzione assoluta, talchè l'uomo in istato di piena ragionevolezza non potrebbe allegare in sua discolpa di avere ignorato il comando di una legge debitamente promulgata. Posto ciò, qual'è la conseguenza che ne nasce nella penale economia? ». La conseguenza è, secondo l'Autore, che non ci può essere un dolo *reale*, ma che « il dolo è sempre presuntivo ».

E' chiaro però che, giunti a questa conclusione, a prescindere da ogni considerazione sulle presunzioni di dolo e sulla loro opportunità e ammissibilità, la controversia relativa alla appartenenza o meno alla nozione di dolo della coscienza di violare la legge penale si riduce ad una disputa meramente verbale poichè, che sia dichiarato indifferente, o costantemente presunto, il risultato pratico è che di questo requisito non ci si cura (83).

19. Ci si offre però un'altra spiegazione del dettato dell'art. 44 C. P.: quella ripresa recentemente (84) dal MANZINI e per la quale esso costituirebbe un dovere civico di conoscere la legge penale (85). Pertanto, nel caso in cui l'agente incorresse in una violazione di legge senza averne coscienza, per ignoranza della legge, egli sarebbe pur sempre in torto, per non aver ottemperato all'indicato dovere.

doli, ben fu detta la « scappatoia (Hinterthür) della teoria psicologica », KLEE, op. cit. 60.

(83) Alla soluzione della presunzione incontrovertibile ricorre anche il RITTLER, nella citata edizione del *Grundriss* di LAMMASCH, 99, 114. Egli deve riconoscere che *praticamente* ciò torna come negare il requisito del dolo da lui stesso indicato, ma osserva che non è indifferente stabilire che « *teoricamente* il punto di vista della legge è diverso »; in diritto italiano non è nemmeno il caso di dir ciò (vedi n. 20).

(84) La massima che si trova già in ARISTOTILE, *Etica Nicomachea*, III, 7: « *idem est leges scire aut scire debuisse aut scire potuisse* », si affermò in diritto intermedio e ritorna nei trattatisti francesi.

(85) Vedi MANZINI, *Trattato*, II, 19. E' da notare che il MANZINI aderisce alla concezione del diritto penale come *minimo etico*, opinione la quale consente una costruzione del dolo indipendentemente dalla conoscenza della legge penale. Ad un obbligo di conoscere la legge penale si riferisce pure il MASSARI, op. cit. 66.

Salta subito agli occhi che questa spiegazione contraddice ad una concezione del dolo che implichi la coscienza della illiceità penale: infatti, se si risponde a titolo di dolo per aver trasgredito all'obbligo di conoscere le leggi, vuol dire che il dolo si costruisce indipendentemente dal requisito della coscienza di violarle, onde la spiegazione accennata quadra, se mai, con altra concezione (che sarà a parte esaminata), quella per cui requisito del dolo è la « possibilità della coscienza della illiceità » (Vedi par. 8).

Comunque l'opinione non ci sembra accoglibile per le seguenti considerazioni:

a) fu già osservato che: «Ove si trattasse di un obbligo, di un dovere civico, che ognuno avesse di conoscere le leggi, sotto sanzione di sopportare i rischi della violazione pure inconsapevole di essa, questa sanzione dovrebbe venir meno, quando all'obbligo di cui si tratta non sia stato possibile in alcun modo ottemperare: « ad impossibilia nemo tenetur ». I termini rigorosi del principio escludono invece questa eccezione »(86).

Fu pure già fatto presente che (87) il giorno in cui i cittadini, per adempiere a questo loro dovere si volgessero tutti all'impresa di studiare tutte le leggi penali, nascerebbe nella vita economica del Paese uno scompiglio tale da far augurare che quel giorno non venga mai; come pretendere infatti che tutte le norme penali siano conosciute dai profani, mentre non sono conosciute integralmente nemmeno da chi fa professione di insegnamento del diritto penale? (88) Si badi che con queste osservazioni si ha riguardo soltanto alla conoscenza della esistenza di una norma penale, non alla esatta interpretazione di essa. A questo ultimo riguardo in-

(86) ZANOBINI, op. cit. 18. Vedi su questa impossibilità anche ALLFELD, *Rechtsirrtum*, 9.

(87) DEREUX, *Nul n'est censé ignorer la loi*, *Revue Trimestrielle du droit civil*, VI (1707) 529. CIVOLI, *Trattato*, 1, 327. Vedi su questa massima anche PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 1923, II, 182.

(88) Vedi nello stesso senso, v. BAR, *Zur Lehre von Rechtsirrtum in Strafrecht, Gerichtsaal*, XXXVIII, 254; THON, *Der Normenadressat*, J. J. L. 36; M. E. MAYER, op. cit. 129.

Contro il dovere civico di conoscere le leggi si scaglia con gran-

fatti bisogna precisare che si intenda per « obbligo di conoscenza ».

20. E' evidente che, a voler essere esatti, il dovere non potrà riguardare la « conoscenza », che non è che il risultato dell'azione prescritta, ma l'azione stessa: se per conoscenza si intenda conoscenza della *esistenza* della legge penale violata, ci si può obiettare esser questa sottigliezza eccessiva; poichè il dovere consisterà nel prendere visione delle leggi penali via via che esse appaiano sulla « Gazzetta Ufficiale » e tra il dovere di leggere e il risultato di « conoscere » corre un rapporto di causa ad effetto sufficientemente sicuro (salvo le prevedibili conseguenze dell'oblio in tanta congerie di norme), si potrà senza grave danno parlare di *obbligo di conoscere*, in luogo di *obbligo di fare ciò che è necessario per conoscere*. Ma quando si ritenga che la erronea interpretazione della legge è anch'essa ignoranza nel senso dell'articolo 44 del Codice Penale, come appunto insegna il MANZINI (89),

de vivacità anche il BINDING. Dopo aver osservato che questo dovere di conoscere ha dapprima una esistenza completamente indipendente dalla applicazione di ciò che si sa all'azione umana, onde lo definisce *dovere accademico*, afferma che si tratta semplicemente di una « trovata del dottrinarismo, priva di ogni base ». (*Normen* III, 161, 162). Un delitto generale di ignoranza del diritto non è mai esistito e non lo si saprebbe onde trarre. La conoscenza « accademica » del diritto non è richiesta nemmeno ai giudici (Ivi, 162).

Contro un tale dovere giuridico vedi HAMMERER, *Rechtsirrtum*, 63; ALLFELD, *Rechtsirrtum*, 10, « non si può davvero chiedere ai profani di essere più saggi dei giudici ». BELING, *Verbrechen*, 181, « il diritto moderno è di una tale ricchezza che rende impossibile di possederlo tutto si trattasse pure dei più sperimentati giuristi ».

Vedi per la indicazione di analoghe opinioni tra i civilisti: CONDORELLI, *Ignorantia juris*, 1926, 5, n. 1.

(89) MANZINI, op. cit. I, 24; MASSARI, *La norma*, 78. Il SAVIGNY, *Sistema, trad. it.*, III, 500, ha tentato di dare all'errore di interpretazione una posizione autonoma, e con lui il GESSLER, op. cit. 218.

La moderna dottrina italiana e straniera respinge ormai unanimemente tale distinzione: CARMIGNANI, *Elementi*, par. 192; CRIVELLARI, op. cit., III, 279; ALIMENA, *Principi*, I, 457; ZANOBINI, op. cit. 97, 98; MEYER ALLFELD, op. cit. 135; op. cit. 17; H. HEINEMANN, *Ist das Bewusstsein*, ecc. 9; KOHLRAUSCH, op. cit., 107; LILIENTHAL, *Grundriss*, 2.a ed., 40; V. BAR, *R. I.*, 264.

la « conoscenza » ha ben'altra portata; ed allora, volendo prescrivere le azioni da compiere per ottemperare al dovere (perchè un dovere qualsiasi non potrà che consistere nel debito di azioni od omissioni) non basterà dichiarare che tutti i cittadini debbono continuamente versare nello studio delle leggi penali, dal momento che coloro che ciò già compiono per vocazione o per professione non possono certo dire di esser pervenuti a « conoscere le leggi penali », mentre tutti i giorni in libri ed in sentenze si confessano e si rimproverano reciprocamente rei di errore di interpretazione (90).

b) Anche accettato il concetto del dovere pubblico di conoscere la legge, sembra che la infrazione in cui si è incorsi come conseguenza involontaria della volontaria negligenza, possa ricondursi, al più (91), sotto la figura della colpa (92), non mai sotto

(90) Non parliamo poi dell'ignoranza e degli errori di interpretazione di cui dà prova il cosiddetto legislatore. Tutti i giorni, sopra tutto esaminando l'affrettata legislazione per *extravagantes*, gli studiosi notano disposizioni di legge pleonastiche o contraddittorie in rapporto al diritto vigente (che evidentemente il *legislatore* non conosceva) assieme al più evidente misconoscimento del significato acquistato da certe espressioni nel linguaggio tecnico del diritto.

(91) Anche questa soluzione non andrebbe esente da critiche. Vedi contro la teoria tradizionale, che faceva della ignoranza della legge un caso di colpa, il KLEE, op. cit. 63. Egli rileva che essa si basa su di un misconoscimento del concetto di colpa. « L'azione colposa consiste nel causare un determinato risultato *di fatto* in seguito ad una colposa inosservanza di doveri, ma non già nella violazione del comando di procurarsi la conoscenza della legge. Il rapporto tra la volontà e il risultato *giuridico* della infrazione di un precetto è estraneo al concetto di colpa », come d'altronde a quello di dolo (ivi, in nota, 19). Del resto analogo rilievo fa il BINDING, il quale osserva che chi sostiene la criticata opinione « trasporta la colpa da un delitto di *omissione* (che consiste nella ignoranza della norma) in una *azione* allo scopo di trarre dalla violazione di due norme, un comando ed una proibizione, delle quali una appare colpevole, l'altra incolpevole, un unico delitto *commissivo* »; è ovvio che ne nasce così una « creatura che non può definirsi se non mostruosa » (*Normen*, III, 6).

Nel senso che la colpa in questo caso stia precisamente nell'azione omissiva dell'acquisto della conoscenza; vedi FEUERBACH, *Betrachtungen*, 225; GESSLER, *Ueber der Einfluss*, ecc. 335.

(92) Sulla inammissibilità del poter considerare delitto la infrazione

quella del dolo (93), senza di che l'errore di diritto (consentiamo pure per un momento, evitabile e colpevole, perchè conseguenza di infrazione al dovere), porterebbe a conseguenze ben diversamente gravi dell'errore di fatto altrettanto evitabile e colpevole (94). Entro questi limiti si contengono costantemente i giureconsulti intermedi (95); così, prima del vigente codice, propose qualche au-

ad una norma ignorata sol perchè questa ignoranza è colposa, per parte di coloro che ritrovano nella coscienza della contrarietà dell'azione alla legge un elemento essenziale del dolo: vedi BINDING, *Normen*, III, 172; vedi anche dello stesso autore, *Vier Forderungen G. S.*, LXXVII, 31-32. Nello stesso senso: BELING, op. cit. 185, M. E. MAYER, *Deutsches Strafrecht*, 316, n. 7; MEYER-ALLFELD, 175. Nel senso del testo: BONFANTE, *Essenza della bona fides e suo rapporto con la teoria dell'errore*, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, VI (1893) 114: « l'ignoranza del diritto può essere una gravissima colpa, ma un fatto doloso non lo crederai ». Che sia in buona fede anche colui che versa in errore (indipendentemente dal fatto dell'essere quest'errore scusabile o no) sostiene LIFTSCHUETZ, *Der gute Glaube*, 574. Vedi del resto su questo tema anche V. HIPPEL, op. cit. Z, XXXV, 844. Per detto autore, l'ignoranza colposa della legge non potrà che costituire una *culpa*: egli, che critica la « incomprendibilità degli autori italiani » a questo proposito (V. D. A. T., III, 588, n. 1), propone precisamente nelle sue considerazioni *de lege ferenda* che ogni qualvolta vi è errore, sia scusabile o inescusabile, sia di diritto che di fatto, ecc. venga a mancare il dolo.

(93) Di questo passo, poichè il giudice ha un dovere giuridico di conoscere la legge penale (evidentemente più rigoroso di quello di un qualsiasi cittadino) qualora costui in una sentenza assolva chi doveva esser condannato o condanni chi doveva esser assolto, si dirà che ha agito con dolo?

(94) E' pacifico in tema di errore di fatto che esso esclude il dolo, anche se sussista infrazione al dovere; per es. quando un ufficiale di polizia giudiziaria trascuri di fare tutte le indagini che secondo il suo ufficio avrebbe dovuto compiere (162 CPP.) e quindi, deponendo in giudizio, riferisca notizia non vera, non risponderà di falsa testimonianza a titolo di *dolo*, eppure sarebbe stato suo dovere sapere ciò che ignorava.

(95) Vedi ad es. BALDO, *Consilia*, III, 9, n. 3: a poena corporali excusatur ignorantia sive justa sive injusta. Anche per ANGELO ARETINO, *Tractatus maleficiorum*, par. notatur, *l'ignorantia juris* può costituire colpa, mai dolo; così del resto si esprimono: ANGELO DE UBALDI, *Comm. Digest. nov.* « ignorantia juris non excusat, nisi solum a poena

tore (96) così, forse, si può sostenere in relazione ad un diritto positivo diverso dal nostro (97).

Giova segnalare come operi qui inconsciamente l'influenza di concetti civilistici tradizionali (98): l'uno per cui si dovrebbe distinguere tra errore vincibile ed invincibile (99), ritenendo, chissà

doli ». Per il SALICETO, *Com. Dig. vet. de juris et facti ignorantia*, l. regula, n. 3: « ignorantia juris est lata culpa »; per MARIANO SOCINO, « quaelibet causa excusat a dolo, etiam si injusta et bestialis... ideo error sive ignorantia juris » e analogamente per GIASONE DEL MAJNO e gli altri, ecc. fino al FARINACIO, *quaest.*, 90, n. 3 e 19 segg. Cfr. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, n. 41.

(96) Il CREMANI, per esempio, che parte dal punto di vista criticato: « cum officium bonis civis sit leges singulas quae in civitati fiunt habere perspectas », tratta della ignoranza delle norme sotto il titolo della colpa (tit. I, parte I, cap. II). Così RENAZZI, *Elementa juris criminalis* (1794), I, cap. VIII: officium est boni civis in legum studium incumbere, ed il CARMIGNANI, *Elementi di dir. crim.* (trad. Ambrosoli sulla 5.a ed. di Pisa) 1883, 73 (par. 173) il quale in questo caso ravvisa una colpa derivante da negligenza.

(97) Così quanto al diritto positivo francese il LABORDE, op. cit. 104, per il quale se l'agente non ha voluto violare la legge penale vi ha colpa anzi che dolo, così quanto al diritto positivo tedesco ALLFELD, op. cit. 16. Secondo il *Progetto* ufficiale tedesco di Cod. Pen. 1925 (par. 13) se l'errore che non lascia riconoscere all'agente la illiceità della sua azione è colposo « hanno applicazione le punizioni in tema di azioni colpose ». In questo senso trovo una pronuncia, del resto assai discutibile, della nostra giurisprudenza: « L'errore di interpretazione di una legge oscura o ambigua può dar luogo ad un reato colposo anziché doloso » — Cassazione; 20 Ottobre 1920, *Giust. Pen.*, 1921, 874.

(98) L'opinione tradizionale si riallaccia al passo di PAOLO (I, 9, pr. D. 22. 6), « juris quidem ignorantia cuique nocere, facti vero ignorantia non nocere ». In questo senso vedi DERNBURG, op. cit. 155. SAVIGNY, *Sistema* (trad. it.), III, 114, 332, 338. Vedine il riflesso in diritto moderno in CROME, *Parte Generale del diritto privato francese*, trad. it. 51. Contro tale distinzione, quanto al diritto romano: PERNICE, *Labeo*, 2.a ed. 1895, 459, 504. L'esatta disciplina dell'*ignorantia juris*, in diritto romano esula dal nostro tema; vedi su ciò MOMMSEN, op. cit. 92; LOEFFLER, *Schuldformen*, 95; BINDING, *Normen*, III, 237 (e nota con bibliografia); VASSALLI, *Ignorantia juris et facti*, *Studi senesi* 1915; LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*, *Riv. dir. civ.*, 1927, 4.

(99) Vedi tuttavia contro « le controversie dell'antica dottrina » lo stesso MANZINI, op. cit., II, 33.

perchè (100), che l'errore di fatto sia sempre invincibile, quello di diritto sempre vincibile e quindi colpevole (101); l'altro che l'errore inescusabile debba assimilarsi alla mala fede (102); mentre una più moderna dottrina ha indiscutibilmente stabilito, che la scusabilità dell'errore non ha a che fare con il concetto del dolo (103).

c) Comunque questa opinione è inidonea a spiegare come

(100) Contro la inescusabilità dell'errore di diritto, solo perchè tale è in sostanza anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, per quel che riguardava prima del R. Decreto 30 Dicembre 1923, la proposizione del ricorso alla IV, piuttosto che alla V Sezione, ed ora circa la qualifica di definitivo, ad un dato provvedimento e correlativa interposizione di ricorso direttamente al Consiglio di Stato piuttosto che dopo l'esaurimento dei rimedi gerarchici: in tutti questi casi, ristretti manifestamente al tema del diritto, si distingue tra errore scusabile ed inescusabile. Vedi da ultimo Cons. Stato, V Sez., 29 Aprile 1927, n. 208, *Riv. dir. pubb.*, 1927, II, 322.

(101) Contro questa « distinzione assolutamente destituita di valore », vedi il BINDING, *Normen*, I, 91; MEYER-ALLFELD, 175, 181, n. 16. Vedi pure il BYRMEYER, *Encyklopaedie der Rechtswissenschaft*, 2.a ed. 1904, 1127; egli distingue *direzioni* dell'errore e *specie* di errore. L'errore può riguardare la punibilità dell'azione (error in iure criminali) la fattispecie obbiettiva (error in facto) compresa la illegalità dell'azione (error in iure) e la fattispecie subbiettiva. In tutte queste direzioni l'errore può essere di fatto o di diritto, ignoranza o errore in senso stretto, colpevole o incolpevole. Contro il « pregiudizio tradizionale » vedi anche FERRARA, op. cit. 121. Del resto la stessa giurisprudenza francese assimila le due specie di errori: Cass. fr. 11 Gennaio 1887, Rep. DALLOZ, 1888, 5, 268; 7 Luglio 1908. Ivi, 1910. 1, 372.

Ad ogni modo l'errore di diritto dovrebbe sempre considerarsi invincibile se determinato dalla pratica giurisprudenza, di modo che in relazione alla usata opinione la giurisprudenza assumerebbe un valore di fonte giuridica che viceversa è negato dalla prevalente dottrina: MANZINI, *Trattato*, I, 220, BATTAGLINI, *Introduzione*, 49.

(102) Vedi già su ciò WAECHTER, *Die bona fides bei der Ersitzung des Eigenthums* (1871), 14. Esaurientemente: A. LEVI, *Sul concetto di buona fede*, 1912, 41.

(103) Vedi sulla scusabilità dell'errore di diritto KUHNE, *Ungewissheit des Glaubigers als Grund zur Deposition behufs Befreiung des Schuldners*, I. I., XVII, 11. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. FADDA e BENSA, II, 654. VENEZIAN, *L'errore di diritto e il possesso di buona fede*,

mai, essendo evidentemente la colpa (dolo o *culpa* che sia) sempre la stessa: « violazione del dovere civico di conoscere la legge », corrispondano ad essa sanzioni tanto diverse, quanto diversi sono i reati nei quali con ignoranza si è incorso (104). A questo riguardo si potrebbero riprodurre senz'altro le critiche, che a suo tempo ha fatto il LIEPMANN (105) alla teoria Bindighiana dell'inobbedienza, laddove osserva che, in base al criterio dell'offesa al diritto statale dell'obbedienza, sarebbe impossibile qualsiasi diversificazione ed individualizzazione dei fatti giuridici penali.

Se, come crediamo di aver dimostrato, questo tentativo di conciliazione tra il dettato dell'articolo 44 C. P. e le nozioni di dolo da noi criticato non è riuscito felicemente, per quanto ad esso si siano cimentati, sotto l'aculeo della necessità, ingegni così poderosi (106), vi è ragione di poter concludere che, se la ignoranza della legge non si può allegare a scusa, ciò dipende dal fatto che si punisce indipendentemente dalla indagine sulla coscienza di violare la legge.

Nè d'altronde la inclusione di una disposizione, come quella dell'art. 44, incompatibile con una concezione del dolo per cui questa consiste nella coscienza di violare la legge, è avvenuto per caso e

Giur. It., LVII, IV, 382. Vedi invece poi criticata la pretesa escusabilità dell'errore di fatto, osservando come implichi molto maggior negligenza che non l'ignoranza del diritto da REGEISBERGER, *Pandekten*, (1894), I, 471. Vedi su questo argomento bibliografia in ADLER, op. cit., 149.

(104) Da qualcuno si è anche osservato, HEINZE, op. cit., 447, che non si comprende come la punizione della infrazione ad un civico dovere com'è quello di conoscere la legge si « faccia dipendere dalla inconscia violazione di un'altra norma giuridica penale »; se dal dolo in questo caso si degradi alla *culpa* si può rispondere essere caratteristica di reati colposi l'essere puniti solo in quanto alla condotta colpevole segua l'evento involontario.

(105) LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, 1900, 12.

(106) Argutamente osserva il M. E. MAYER, *Kulturnormen*, 9, richiamandosi ad un passo di IHERING, *Geist des römischen Rechts*, 5.a ed., 1891, I, 334 che « la necessità aguzza l'ingegno » e la conciliazione tentata rappresenta veramente una necessità logica per i seguaci dell'opinione esaminata.

quasi contro la volontà del legislatore, come talvolta accade e come forse sarebbe potuto pensarsi se l'elaborazione legislativa si fosse arrestata al progetto del 1874.

L'art. 479 di quel Progetto stabiliva che « le contravvenzioni sono punite ancorchè non si provi nel colpevole l'animo di violare la legge », il GEYER lo criticava (107) osservando che dal momento che si stabiliva che l'ignoranza della legge non esclude l'imputabilità (par. 2 dell'art. 62) ne viene di logica conseguenza che l'intenzione di violare la legge non è richiesta nè per i delitti nè per le contravvenzioni.

Ma questa ed analoga espressione, che traeva origine dal *Regolamento toscano* (art. 2) e per le quali insisteva la *Commissione speciale del Senato* (16 Giugno 1888) fu deliberatamente abbandonata, come dice la *Relazione ZANARDELLI* al testo definitivo del Codice (39): « perchè l'intenzione di trasgredire la legge.... in realtà non è requisito essenziale di imputabilità neanche nei delitti ». D'altronde chi principalmente concorse a formare il vigente Codice Penale, avendo al riguardo un'opinione ben precisa ed espressa nettamente in seno alle commissioni parlamentari, il LUCCHINI, fissava il concetto di dolo tenendo presente che nei delitti « l'agente non pensa a trasgredire le leggi » (108).

(107) GEYER, *Considerazioni critiche*, Riv. Pen., I, 299. - Si avverte che il *Progetto MANCINI* (art. 59) chiedeva la « coscienza di delinquere » ed il *Progetto della Camera* (art. 53) come poi il *Progetto ZANARDELLI* e SAVELLI (art. 46) esigevano la « coscienza di commettere un reato ». La contraddizione che sorgeva tra tali requisiti e la inescusabilità dell'ignoranza fu oggetto di rilievo anche della Magistratura (ad es. dalla *Proc. Gen. di Brescia*).

(108) LUCCHINI: « nè sembrò preferibile la formula del regolamento toscano, raccomandata dalla commissione senatoria perchè, parimenti, dicendo che nelle contravvenzioni non si richiede l'animo di trasgredire la legge parrebbe che tale condizione si richieda invece nei delitti, pur essendo noto che nei delitti ordinariamente l'agente non pensa a trasgredire la legge ». *Verbali della Commissione costituita con R. Decreto 13 dicembre 1888, X seduta antimeridiana, 25 febbraio 1889*.

Vedi del resto del LUCCHINI, *Reato e delinquente in generale nel C. P. italiano*, Riv. Pen., XXI, 231, 232.

Da questo punto di vista dunque il nostro codice si contrappone nettamente non solo a quelli che ammettono una disputa sulla escusabilità dell'errore di diritto (tedesco) o fanno riferimento ad una presunzione (francese), ma anche all'austriaco (109), che stabilisce nettamente la inescusabilità, ma che fu indubbiamente elaborato in una atmosfera intimidazionista (110).

§ 5 - Coscienza dell'immoralità dell'azione.

21. Questa opinione, nelle sue origini non certo recentissima, ha trovato nella dottrina tedesca oltre che un nuovo svolgimento (111).

(109) Come il legislatore austriaco si ponesse dal punto di vista di FEUERBACH, vedi illustrato da HAEGEL, *Geschichte des oesterreichischen Strafrechts*, 7.a ed. 1904, 1905, I, 88.

(110) Nel senso del codice italiano molto nettamente il codice penale Olandese del 3 Marzo 1886, in vigore dal 1.o Settembre 1886: è questione di epoca!

Dai lavori preparatori si evince che la opinione per la quale al dolo appartarrebbe la scienza della punibilità è considerata dottrina superata ed incompatibile con le esigenze della certezza del diritto. Anche la coscienza dell'illecito morale (*zedelijk ongeoorloofde daad*) o pravo proposito (*boos opzet*) non è richiesto; si ritiene che vi sia una confusione tra concetti etici e giuridici, quando si faccia dipendere la punibilità dal valore positivo o negativo che l'azione avesse agli occhi dell'agente, onde è pacifico in dottrina che al dolo non appartiene nè la volontà di violare il diritto e tanto meno la coscienza di compiere una azione moralmente (*sittlich*) proibita, che invece al concetto del dolo è estranea sia la scienza della punibilità, come quella della illiceità, come il carattere moralmente illecito dell'azione. Così NOYON, *Ket Wetboek van Strafrecht verklaard*, 2.a ed., I, 1904, 1, segg. SIMONS, *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht*, 1904, I, 160 segg. VAN HAMEL, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandsche Strafrecht*, 1925, 87.

(111) Questo punto di vista già intraveduto da più antichi scrittori come l'HEINZE, op. cit. 397, l'HAISCHNER, op. cit. I, 503, è oggi sostenuto dal LIEPMANN, *Einleitung*, 134, *Gedanken*, 22, dal BUNGER, *Vorstellung und Wille*, 340, dal KOHLER, *Leitfaden*, 56, da M. E. MAYER in *Schuldhaftige Handlung*, 114, corretta in *Kulturnormen*, 80, n. 4. (Vedi par. 7).

una nuova terminologia. Si suol parlare di coscienza di contravvenire al dovere (*Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit*), espressione che, attraverso un maggior tecnicismo, sembrerebbe aspirare ad una maggior precisione laddove essa contiene in sè un equivoco, che è invece bandito dall'espressione volgare usata da noi; di quale specie di doveri si intende infatti parlare? Di doveri giuridici? In tal caso non si fa che ritornare alla opinione di coloro che indicano come requisito del dolo la coscienza della illegalità (*Normwidrigkeit*) in senso stretto, (112) essendo l'obbligo l'aspetto subiettivo della norma obbiettiva (113) ed infatti anche costoro (*BINDING, BIRKMEYER, BELING*) parlando di contrarietà al dovere (*Pflichtwidrigkeit*). Si tratta viceversa di doveri etici? Ed allora val meglio parlare senz'altro di immoralità.

22. Comunque espressa, l'opinione esaminata ha speciale interesse in quanto evita lo scoglio della inescusabilità dell'errore di diritto; secondo essa la conoscenza della legge penale non dev'essere nè finta nè presunta nè imposta come dovere civico: si assume anzi come normale la ignoranza della legge penale. La colpa consiste nella coscienza della immoralità dell'atto e cioè della sua contrarietà a norme, che vengono dai vari autori variamente denominate, ma che tutte rientrano in un concetto lato di moralità (114). Il più

Spesso la nozione di dolo viene espressa in una formula complessa che allaccia coscienza della antigiuridicità o della immoralità. *BASENOW, Strafrechtliche Verschuldung*, 82, definisce dolo «da coscienza di contraddire ad una norma giuridica o morale o ad una esigenza della morale».

Il v. *HIPPEL*, viene riferito spesso come aderente alla teoria della illegalità, in verità (*V. D. A. T.* IV, 590) egli fa consistere la colpa «in un rapporto psichico dell'agente con l'azione che gli consente di muovere una censura all'azione stessa». (Vedi pure *Ivi*, 149).

(112) Una volta tanto l'espressione italiana è più precisa della tedesca, sotto il nome di *Rechtswidrigkeit* si colloca anche la scienza della illecità, in base a norme diverse dal diritto positivo; vedi su ciò ampiamente *KOHLRAUSCH, Irrtum*, 47, 48.

(113) Vedi v. *FERNECK, Rechtswidrigkeit*, I, 276; *SAUER, Grundlagen*, 589, n. 1.

(114) Per il *BUNGER*, op. cit. 339, dolo è «la volontà criminosa la

brillante espositore di questa teoria (115) le chiama « nome di civiltà » e per esse intende « l'insieme di quei comandi e divieti, che si rendono accessibili all'individuo come imperativi, religiosi, morali, convenzionali, come esigenze di rapporti sociali e professionali ».

Poichè, si dice, le norme penali coincidono con queste norme di civiltà, è irrilevante se la norma penale sia conosciuta come tale, essa è conosciuta in quanto norma morale.

Perciò nella ipotesi della violazione di una norma penale la colpa consiste nella coscienza di trasgredire alla norma di civiltà, ch'essa riconosce e sanziona (116); non vi è dunque, a rigore, secondo questa opinione un'autonoma colpa penale (117), ma piut-

quale sopraffà la contropinta (Gegenmotiv) etica che sta nella rappresentazione del prevedibile intervento di un risultato violatore del diritto ». L'opinione del BUNGER, e con lui di quelli che si accontentano per il dolo della presenza di « un momento contrastante », si caratterizza in ciò, che l'immoralità dell'atto non occorre sia maturata nella coscienza, ma è sufficiente sia balenata per un momento come contropinta, ed in ciò essa si avvicina un pò a quella per cui si richiede la semplice possibilità della coscienza (vedi parag.).

(115) M. E. MAYER, *Kulturnormen*, 17.

(116) Così BUNGER, op. cit., 343. « L'esistenza di questo impulso del dovere si deve presupporre in ogni membro normalmente educato e responsabile di quella società umana e di quel popolo il cui punto di vista morale corrisponde veramente al diritto penale vigente, che per la più gran parte delle nostre norme penali è preceduta in linea logica e cronologica da una moralità la cui conoscenza deve essere presupposta nell'agente ».

(117) Esplicitamente: M. E. MAYER, *Kulturnormen*, 19: « Il diritto nel suo processo di differenziazione della morale, non ha acquistato un nuovo contenuto, ma soltanto una forma sua propria ed una propria garanzia ». Analogamente HAEISCHNER, op. cit. I, 184: « il concetto di colpa non è un concetto tecnico del diritto penale e nemmeno un concetto tecnico-giuridico ». Questa particolarità della teoria ha dato luogo a varie critiche per parte soprattutto del BELING, op. cit. 115, 184 e del NAGLER, op. cit. I, 23, che si dolgono che in tal modo si venga a negare l'autonomia del diritto. Prescindendo noi da ogni presupposto, fosse pur quello dell'autonomia del diritto, non diamo a ciò grande rilievo, ma osserviamo invece che, in relazione al concetto che la colpa, la

tosto una colpa morale, penalmente sanzionata (118).

La conoscenza della norma morale, presupposto della coscienza di violarla, deriva dal fatto stesso di esser partecipi dell'ambiente sociale che la elabora (119) e pertanto tale conoscenza, ben diversamente da quella della legge, si verifica di regola in concreto.

23. L'indicata nozione di dolo, si basa sulla teoria del *minimo etico* che, esposta sistematicamente per la prima volta dallo JELLINEK (120), ma d'altronde di una forma più o meno precisa già precedentemente enunciata (121) è riassunta con la solita incisiva

quale viene colpita da pena, sia sempre la colpa morale (che sorge dal rapporto di contraddizione tra l'azione e la norma morale, conosciuta dall'agente, senza alcun riguardo alla conoscenza della norma giuridica, che con quella viene a coincidere) non si spiega il precetto del nostro diritto (art. 1 C. P., art. 2 e 4 preleggi) comune del resto alla legislazione di tutti i paesi civili (vedi BINDING, op. cit. I, 17): *nullum crimen sine previa lege penali*; nè tanto meno si spiega la profonda adesione che tale precetto trova nella coscienza giuridico-morale della collettività contemporanea, per cui si può dire che ognuno troverebbe mostruosa una legge che a tale precetto derogasse; è infatti evidente che la legge penale, anche se non ancora emanata, è sempre già conosciuta *in quanto legge morale*.

(118) E' curioso che questa teoria conduce logicamente ad un concetto di punizione senza colpa. Infatti, abbiamo dei casi di colpa morale a cui non segue nessuna sanzione penale, altri casi, che nulla autorizza a ritenere moralmente più gravi, a cui corrisponde una pena; la reazione penale dunque non si ricollegherebbe a nessuna colpa particolare.

(119) Da questo punto di vista la dottrina del MAYER assume il carattere, ormai riconosciute dalla dottrina, di una continuazione e di un perfezionamento della *Normentheorie* del BINDING. Vedi in questo senso anche V. HIPPEL, *Deutsches Haprecht*, I, 22 segg.

(120) JELLINEK, *Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1878, 48.

(121) CARRARA, *Programma*, Parte Gen. I, par. 12: « sebbene la legge criminale non debba essere una ripetizione delle leggi morali o religiose pure non può a queste leggi avversare ». Con che però non si intende se esprima un'aspirazione *de jure condendo* o un principio del diritto positivo. Analogamente il CRIVOLI, *Trattato*, I, 10: « il reato è punibile perchè è un fatto ingiusto, non è già un fatto ingiusto perchè

chiarezza dal nostro MANZINI (122), che ne è tra noi autorevole seguace, come quella per la quale « il diritto penale coincide con la moralità media del popolo o con ciò che è considerato nell'opinione generale come il minimo etico necessario e sufficiente alla ordinata e sicura convivenza sociale » (123).

Io non muoverò a questo concetto, l'appunto, che fu affacciato dal KOHLRAUSCH, (124) di implicare, in termini poco chiari, il quesito dei rapporti tra il *diritto* e la *morale* (125); ci sembra che questo problema non abbia qui a che vedere; per decidere se, e fino a qual punto, sia esatto l'assunto da cui l'esaminata teoria prende le mosse (126) non si tratta di raffrontare il *diritto* con la *morale* (da scriversi se piace con tanto di maiuscola, alla tedesca) ma un diritto, il nostro diritto positivo, con le idee morali della generalità o almeno della maggioranza di coloro ai quali questo diritto deve essere applicato. Per la soluzione di quel quesito, prettamente filosofico, importa essenzialmente considerare i *concetti* del diritto e della morale, piuttosto che il contenuto materiale delle norme del-

punibile », con il che, del resto, non fa che parafrasare il BERNER, *Imputationslehre*, 159: « non esiste un reato in quanto esista una legge penale, ma in quanto esiste un reato vi è una legge penale ».

(122) Cfr. MANZINI, *Trattato*, I, 22.

(123) Contro: Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.a edizione 1923, 115.

In massima contro la dottrina del minimo etico vedi dei nostri: CROCE, op. cit. 372, 373; ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918, 48; MASSARI, *La norma*, 149; ZANOBINI, op. cit. 39. Dei tedeschi: SCHMÖLLER, *Grundriss der Allgemeine Volkswirtschaftslehre*, 1900, I, 57; V. HIPPEL, *Strafrecht*, 9.

(124) KOHLRAUSCH, *Irrtum*, 25. Così anche MASSARI, *Corso di dir. pen.*, 1925, 26, 59.

(125) In ciò con noi il MANZINI, *Trattato*, I, 23, 24 ed anche il MAYER, *Strafrecht*, 236.

(126) Se mai, piuttosto, ha importanza la nozione dei rapporti tra società e Stato; le norme di civiltà sono di elaborazione sociale, laddove il nostro diritto è di creazione statale. Su ciò vedi da ultimo: ORLANDO, *I recenti indirizzi circa i rapporti tra diritto e Stato*, *Riv. dir. pubbl.*, 1926, I, 273.

l'uno o dell'altra; (127) noi invece non abbiamo che a raffrontare questi contenuti; per dirla con il GENTILE, la filosofia deve guardare alla repubblica di « Platone e non alla feccia di Romolo » (128) all'opposto noi dobbiamo raffrontare alla legislazione vigente le positive idee morali delle nostre popolazioni, rispondano o no quelle al diritto giusto, queste alla morale perfetta.

Poste così le cose, non è disputabile (129) quanto al diritto italiano, e lo ammette lo stesso MAYER (130) quanto al diritto tedesco, che *de jure condito* questa coincidenza non si può assumere come assoluta per tutte le norme; riteniamo quindi errato dettare un criterio generale, che deve valere per tutte, sulla base di essa.

Se non che a questo rilievo si risponde: non si deve stare alla gretta realtà di talune disposizioni particolari che segnano questo distacco. Esse non rappresentano che eccezioni, casi aberranti, i quali non infirmano la fondatezza di un principio generale, al quale intendiamo di riferirci e dal quale, e non dai casi abnormi, si deve trar regola.

Dobbiamo quindi vedere fino a qual punto sia esatta l'affermazione, che sussista un tale principio o tendenza generale alla coincidenza tra norme giuridiche e di civiltà.

I seguaci dell'opinione esaminata riflettono nel passato (131)

(127) Cfr. GENTILE, *Il fondamento della filosofia del diritto*, 2.o ed. 1923, 8.

(128) GENTILE, *Prefazione ai Principi di Etica*, di SPAVENTA, 1904. XIX.

(129) Vedi ciò riconosciuto, sia pure da un punto di vista critico, dal CARNEVALE, *Il principio morale del diritto criminale*, 1895, 44: « in alcune materie il criterio politico si mantiene ancora troppo rigido non avendo la dovuta influenza quello morale ».

(130) MAYER, op. cit. 26. E' vero che il MAYER se la cava osservando che queste norme sono « ingiustificate » perchè non coincidono con le norme di civiltà, salvo poi in un altro punto, dire che certi usi popolari, che si pongono in contrasto con il diritto, non sono costumi, ma... scostumatezze (Unsitten) (op. cit. 105). Si chiede di sapere quand'è che si dovrà considerare inesistente il diritto positivo perchè ingiustificato o irrilevante il costume popolare perchè scostumato.

(131) JHERING, *Zweck im Recht*, I, 247: « il quadro di uno sviluppo storico del diritto, quale se lo rappresentano coloro che ricercano nel

la realizzazione delle loro idealità. La *fanciullezza dei popoli* è per essi l'età dell'oro; allora diritto, morale, religione, sono un tutt'uno, (132) tutti insieme sgorgano dallo « spirito popolare ».

Questa visione panglossiana, riferita ad un'epoca in cui le conquiste, gli asservimenti, le brutali imposizioni di un popolo su di un altro, di una casta su di un'altra, assumono le forme più atroci e manifeste è qualcosa di sorprendente (133). Ma, si osserva, il diritto sorge dalla consuetudine (134) ed in ciò si rivela la manifestazione dello spirito popolare (135).

sentimento del diritto e nei pensieri morali la fonte di tutte le norme, non è che una proiezione delle nostre idee attuali nel passato ».

(132) Vedi MAYER, *Kulturnormen*, 19.

(133) La invocazione del diritto consuetudinario primitivo è tanto più fuor di luogo in quanto una delle sue caratteristiche più note è quella di fissare delle responsabilità oggettive (*Erfolgshaftung* dei tedeschi) indipendenti da ogni considerazione dell'elemento soggettivo.

(134) Ogni qualvolta il diritto si fissa in una norma positiva, siano anche relativamente prossimi i tempi del diritto consuetudinario, appare piuttosto diretto a reagire contro consuetudini diffuse nel popolo che a riconoscerle e sanzionarle. Per non andare alla ricerca di esempi peregrini, nel Deuteronomio nessuno capirebbe il precetto del cap. XXIII, 23, 18, che riguarda il divieto di offrire a Dio la mercede di una meretrice se non si tenesse conto della prostituzione sacra, la cui pratica per tanto tempo rappresentò consuetudine giuridica nell'oriente semitico, nè si capirebbe il precetto del cap. XXIV, 9, 16: « non si metteranno a morte i padri per i figlioli, nè si metteranno a morte i figlioli per i padri » se non fosse stato uso comune il far perire con il colpevole tutta quanta la sua famiglia, ecc. ecc..

(135) Così per il GESSLER, *Einfluss des Rechtsirrtums*, (329): « il diritto e soprattutto il diritto penale sgorgano dall'animo popolare (*Volksgeist*) e quando la legislazione redige il diritto penale in norme astratte essi tuttavia pervengono di nuovo attraverso infiniti pori novellamente al singolo »; sul diritto come prodotto della « coscienza sociale » con molte riserve e limitazioni anche il MASCI, *La società, il diritto e lo Stato*, ed. postuma, 1927, 28-30.

Come vedesi, l'indicata opinione ha assunto la terminologia ed accettato anche, senza debito inventario, l'eredità intellettuale della scuola storica. Valgono quindi contro di questa le critiche che furono mosse contro di quella; PETRONE, *La fase recentissima della filosofia in Germania*, 1895, 46; JHERING, *Geist des römischen Rechts*, 1, segg.

In verità in diritto consuetudinario non hanno mai avuto importanza le pratiche del popolo (136), ma quelle di una parte assai ristretta di esso (137). Solo con riferimento ad essa si potrà dunque, se mai, parlare di corrispondenza del diritto alla coscienza collettiva (138). In qualunque tempo in una stessa società « l'umanità si divide in gruppi sociali ognuno dei quali, è diviso da credenze, sen-

(136) Il MAYER circa la corrispondenza tra norme di civiltà e diritto positivo cita questo esempio: « Fino al 1867 ha avuto valore nella Germania settentrionale la norma economica che proibiva l'usura, dal 1871 al 1880 l'Impero si mise dal lato di coloro che avevano fatto della libertà di usura un postulato economico, nel 1890 (e nel 1893) la legislazione penale ha ristabilito, ma con diverso contenuto, il divieto di usura » (*Strafrecht*, 46). Ora che vi sia un rapporto tra diritto penale e correnti culturali non si nega ed anche chi scrive ha avuto occasione di segnalare in tema di repressione delle frodi commerciali la corrispondenza della legislazione con certi indirizzi economici: corporativismo medioevale e teoria del *laissez faire*, correnti solidaristiche e antiindividualistiche contemporanee; tanti periodi, altrettante figure e nozioni di reato. Ma che questi trapassi coincidano con altrettanti mutamenti della opinione della maggioranza del popolo non direi; chi pensi diversamente non dimentichi, per tenerci all'esempio, che l'abolizione delle corporazioni in molte parti d'Italia fu conseguenza della invasione straniera!

(137) Il diritto consuetudinario si distingue dal costume proprio in quanto le istituzioni e norme sociali, onde risulta, sono sentite dalle classi dirigenti come base dell'ordinamento statuale. Vedilo ammesso anche dal VANNI, *Filosofia del diritto*, 188: « bisogna dire che il diritto è un prodotto dalla coscienza collettiva di una corrente o per lo meno di quella parte o di quelle parti della comunità che in un dato momento storico rappresentano le forze sociali prevalenti ». Cfr. EHRlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, 27. Tanto poco il diritto consuetudinario primitivo può identificarsi con la coscienza popolare che quel *quid* complesso ed indistinto di tradizioni etico giuridico religiose, che disciplinava la vita degli aggregati primitivi, era spesso gelosamente segreto! Vedi ad es. ANDREOZZI, *Le leggi penali degli antichi cinesi*, 1878, 34.

(138) A questo si riduce il RENZI: « quando anche un sistema di diritto si riscontra imposto da una classe ad un'altra o da un popolo ad un altro, esso almeno nell'interesse della classe o del popolo che lo impone » sorge come esigenza della volontà comune. RENZI, *Formalismo e amoralismo giuridico*, 1914, 167.

timenti, interessi, che ad esso sono propri» (139). Se vi sia, e quale sia, una legge, che disciplina il trapasso del potere da una classe ad un'altra, se vi sia possibilità di sopprimere o di temperare le antitesi di classe è materia disputabile, ma non è disputabile che in tutti gli stati esistono per lo meno due classi di persone: « quelle dei governanti e quelle dei governati » (140).

Ogni legislazione penale è informata ad idee morali (141), ma sono le idee proprie della classe legislatrice (142); chiamarla dirigente o privilegiata, imprecare o benedire a questa imposizione alle moltitudini attraverso la legge penale di un sistema morale, patrimonio di pochi (143), è lecito, ciascuno a suo talento e secondo le sue inclinazioni può sbizzarrirsi, ma l'affermare che quanto al diritto penale, vige una specie di democrazia diretta, per la quale la volontà della legge sarebbe la volontà di tutto il popolo,

(139) MOSCA, *Principi di scienza politica*, 75; PARETO, *Trattato di Sociologia generale*, 2.a ed. 1923, III, 560.

(140) MOSCA, loco citato. PARETO, op. cit. III, 260. Lo stesso MAYER, *Strafrecht*, 43, lo riconosce: « La lotta per l'esistenza non è risparmiata ai gruppi umani più di quel che non lo sia all'uomo. Stati, Nazioni, partiti politici, professioni, cariche, altrettanti gruppi, altrettanti lot-tatori ».

(141) GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, 94.

(142) Si pensi ad esempio, a molti sistemi morali dell'antichità classica: sono morali dell'*otium*, possibili a praticarsi solo da coloro che dai *negotia* si potevano astenere in quanto altri lavorasse per loro.

(143) Che sia così appare manifesto ogni qualvolta per un evento politico, conquista militare, rivoluzione, una classe sostituisce un'altra al potere; non si vorrà dire che con il colpo di Stato mutano le idee morali del popolo, pure muta l'idea morale direttrice del diritto; generalmente è proprio quando il contrasto tra l'idea morale diffusa ed il diritto è più grave, che si ricorre alla coazione più energica, alla minaccia penale.

Ma, come osserva giustamente lo SCIALOJA, *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, *Scientia*, VII, 130, non la sola violenza concorre a determinare una legislazione aberrante dalla coscienza popolare, ma anzitutto la imitazione (134, 135) secondariamente taluni particolari provvedimenti: per es. l'unificazione legislativa (140) ecc.

preso nel suo complesso (144), è assumere come realtà una idealità che non ha mai avuto riscontro nella pratica, nè è lecito chiudere gli occhi alla verità sol perchè meno gradita.

Se dalle viscere della storia, o preistoria che sia, si venga al diritto moderno non è opinabile, e si ammette dai sostenitori dell'opinione criticata, che il rapporto tra coscienza popolare e diritto penale si fa sempre più indiretto e meno rigoroso (145) fino a giungere ad un netto distacco (146). Nè, di fronte a questo fatto vale osservare la maggiore influenza che modernamente ha assunto nella determinazione della legge, la volontà popolare, rilevando ad es. (147) che nella democrazia « in quanto forma di governo », la legge è in certo modo *per definizione*, corrispondente alla coscienza popolare; a prescindere dalla considerazione che, secondo un diverso regime dovrebbe senz'altro modificarsi il concetto di dolo, la democrazia come forma di governo è stata fin quì uno stato tenden-

(144) Vedi nel senso del testo V. SCIALOJA, op. cit. 133: « bisogna dimenticare che la volontà che costituisce il diritto non è in realtà la volontà media determinata dalle grandi correnti prodotte dall'evoluzione della società da quel diritto governata, come molti se la raffigurano, ma la volontà di quella persona o di quelle persone che hanno il potere di fare le leggi ».

(145) Vedi sulla tendenza ad una sempre più profonda separazione tra coscienza morale dei sudditi ed imperativo nella legge: MOSCA, op. cit. 99.

(146) Una riprova, del resto, si ha nella simpatia onde l'anima popolare circonda gli autori di taluni, e tra i più gravi delitti; simpatia che si traduce nelle clamorose assoluzioni decretate dalle giurie popolari. Lo stesso VAN CALKER, op. cit. 7, nota che « nella cosiddetta *opinione pubblica* si eleva una certa contraddizione alle decisioni che quotidianamente si adottano per molte fatti-specie nella pratica giudiziaria e ai giuristi capita non di rado di sentire queste espressioni: Io non comprendo come un Tribunale possa giungere a questo giudizio ». Coerentemente alla sua teoria il MAYER esalta perciò in uno speciale capitolo: « Das Richteramt der Laien » (*Kulturnormen*, 97 segg.) il Giudice popolare in confronto al giudice tecnico; è significativo che, il nostro diritto positivo, stia invece per consacrare un indirizzo opposto.

(147) MANZINI, *Trattato*, I, 24.

ziale (148), mentre recenti studi, segnalano le tendenze egemoniche di certi gruppi su altri, come inevitabili caratteristiche di ogni organismo collettivo (149).

Se dunque oggi il rapporto tra coscienza popolare e diritto è di maggior distinzione che per lo passato, vuol dire che il processo evolutivo del diritto non si svolge affatto con un orientamento tale che consenta di inferire una tendenza alla coincidenza (150) tra norme di civiltà e norme giuridiche penali (151).

24. In realtà come ogni diritto penale ha un contenuto morale così ha una innegabile funzione moralizzatrice (152) (della quale in concreto il legislatore faccia buono o cattivo uso non importa) ma appunto perciò, non può essere il semplice riconsacratore della moralità media o minima del popolo, senza venir meno ad un suo carattere essenziale.

(148) Quando si neghi il voto alle donne, chi potrà dire che, le disposizioni sull'adulterio e sul concubinato rispondono alla coscienza morale della maggioranza di esse?

(149) PARETO, *Trattato di sociologia generale*, LIII, 253. RENZI, *Gli antichi regimi e la democrazia diretta*, 1914, 10. MICHELS, *Zur soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie*, 1911, 362, in cui assume di dimostrare una « legge ferrea della oligarchia ».

(150) MAYER, *Kulturnormen*, 23. VANNI, *Filosofia del diritto*, 186.

Assai istruttivo al riguardo è il diritto coloniale: si reprimono come reati certi fatti, che secondo l'idea morale indigena non sono reati (vedi ad es. in COLUCCI, *Il diritto consuetudinario delle tribù della Cirenaica*, Estratto dalla *Rivista Coloniale*, XXII, 11, il concetto di « razzia »), mentre invece si adottano per altri aspetti « usi locali » che repugnano al senso morale dei cittadini della madre patria. Eppure è inevitabile che sia così, onde non solo non si può dire che il diritto penale coincida con la opinione morale media dei sudditi, ma nemmeno che sia sua funzione tendere a coincidervi.

(151) Come ammettere una tendenza che equivarebbe a rifare a ritroso il cammino del diritto? In ciò è con noi il BELING, *Lehre vom Verbrechen*, 184, il quale osserva che se si ricerca la contrarietà al dovere in una lesione del costume, della morale, della religione, della civiltà « si ricaccia indietro in modo pauroso un progresso di secoli, che lentamente ha portato ad una differenziazione delle diverse forze della vita ».

(152) Cfr. MANZINI, *Trattato*, I, 27.

La moralità media del popolo ha la sua importanza, ma solo come limite all'attività legislativa (153); nessun'ordine giuridico può basarsi esclusivamente sui propri mezzi di coazione, ma deve invocare l'ausilio di altre forze (154) onde è evidente che non si debbono imporre norme, che troppo si discostino dalla moralità media di coloro che sono chiamati ad osservarle, sia perchè esse sarebbero troppo facilmente violate, sia perchè ciò può determinare delle reazioni che, come ben dice il MASSARI (155) « pongano in pericolo l'esistenza dell'aggregato politico ». Chi dice *limite* dice transazione tra il grado di sviluppo etico della massa dei sudditi e il sistema morale, cui si impronta il diritto penale, ed esclude con ciò essere i loro rapporti di *coincidenza*.

Una verità così evidente non sfugge intieramente al MAYER (156); egli infatti in qualche modo l'accetta laddove argomenta che, in quei casi in cui non è la moralità media a determinare il diritto, è il diritto a determinare la moralità media. E sia; ma *quid* nella fase di trapasso? (157). Se, rispettosi della idea morale *attuale* del

(153) Così ad esempio nella legislazione sul duello, se si è dovuto tener conto, entro certi limiti, delle idee morali di certi strati sociali per temperare il rigore delle sanzioni penali, ciò è appunto perchè altra è l'idea morale del legislatore, altra quella che in quegli ambienti impera. Caratteristica ad esempio l'apologia del duello che fa in *Riv. Pen.* XCV, 509, il suo insigne Direttore. Così dicasi per quel che riguarda la diminuzione consentita all'ascendente e al fratello (per il coniuge il caso è diverso) dall'art. 377 C. P. che uccida per ragioni di onore la sorella, la figlia ed il correo sorpreso in adulterio od illegittimo concubito, ecc. ecc., così l'analoga diminuzione nella soppressione di stato (363 C. P.).

(154) Vedi ad es. la circolare 26 Maggio 1927 del Guardasigilli Rocco, (*Riv. Pen.* CV, 511): « Non mi nascondo come l'applicazione delle sanzioni penali non possa avere di per sè sola la virtù di instillare negli animi la pietà e la gentilezza, laddove non soccorra l'opera vigile e assidua per una sana educazione morale del popolo, certo è, tuttavia, che essa può, e deve, efficacemente concorrervi, in ausilio ad altre provvidenze sociali ».

(155) MASSARI, *La norma*, 137. Vedi il concetto del testo accennato in SCIALOJA, *L'arbitrio del legislatore*, ecc. 139.

(156) MAYER, *Kulturnormen*, 23.

(157) Io mi riferisco al normale processo evolutivo, senza tener conto

popolo, escludete il dolo, come fanno le giurie popolari in Italia, quando seguitano a ritenere incolpevole l'omicidio *per ragione di onore* (158) nei confronti di chi, condividendola, commette un'azione prevista come reato, come si verificherà l'imposizione della idea morale del diritto? E se viceversa tenete conto non di quella che è *in atto* la coscienza popolare, ma di quel che sarà in esito al processo (lungo, incerto nel tempo se non nella riuscita) di moralizzazione operata dal diritto, dove va il requisito della coscienza di violare la legge morale? (159).

Dunque non solo non vi è coincidenza attuale, ma, sia dal punto di vista storico che da quello logico, bisogna andar cauti anche nell'affermare una coincidenza tendenziale. Con ciò non si intende negare che, per usare la suggestiva espressione del MASSARI (160) « le produzioni giuridiche arbitrarie vadano ad essere espulse, a breve scadenza di tempo, dal corpo delle leggi »; che una legge contraria all'opinione collettiva debba necessariamente tosto o tardi essere eliminata non si nega; aggiungo anzi

di quei particolari periodi di inquietitudine sociale, gravi calamità ecc. a cui fa riferimento il LUCAS (op. cit. 83) e « che si caratterizzano per una speciale aberrazione degli spiriti, la quale, secondo la logica della tesi criticata dovrebbe condurre a paralizzare l'azione della giustizia penale allorchè è precisamente più arduo e necessario il suo compito ».

(158) Vedi l'interessante articolo a firma VOLT, *Il diritto di uccidere e le giurie popolari*, *Gerarchia*, 1926, 28.

(159) In altre parole, anche ammettendo che tanto il diritto penale quanto la moralità media siano in continuo, uniforme, ininterrotto progresso, il primo ci rappresenta i gradini di una scala, l'altra la linea virtuale secondo la quale essa ascende, perciò i punti di coincidenza sono minimi. Questo, secondo noi, il rilievo decisivo pur senza tacere il valore di quello fatto nello stesso senso dal BELING, op. cit. 38: « è indubbio che il reato non coincide con l'azione incivile (*Kulturwidrig*) e l'azione penalmente indifferente (*Nichtverbrechen*) non coincide con l'azione civile. Questo è evidente per il solo fatto che la civiltà balza senza requie avanti e indietro senza perciò necessariamente trascinare con sé il diritto; un codice penale di 30 anni fa potrebbe essere dal punto di vista della civiltà invecchiato, e potrebbe d'altra parte aver risposto ad un grado più alto di civiltà ed oggi apparire troppo avanzato, senza con ciò essere minimamente turbato nella sua validità ».

(160) MASSARI. *La norma*, 137.

che una tale antitesi, se la consideriamo in rapporto ad una singola norma, tende fatalmente ad eliminarsi, in quanto o il diritto e le altre forze che confluiscono in quel senso modificano la coscienza collettiva o questa finisce con modificare quello. Ma, se noi consideriamo il fenomeno della presenza nel corpo del diritto di norme contrarie alla coscienza collettiva, vediamo che, sia pure attraverso norme sempre diverse, perchè senza posa eliminate, come senza posa rinnovellantesi, essa è costante a quel modo che è costante la presenza dell'acqua nel corso di un fiume, onde il divario tra diritto e coscienza collettiva non lo direi fatto abnorme ma intimamente connesso alla vita e al progresso del diritto.

25. Comunque gli stessi partigiani della esaminata opinione convergono che vi sono norme penali moralmente indifferenti le quali appartengono, per dirla con il MAYER stesso (161), ad un campo che è estraneo « sia alla realizzazione positiva, come alla posizione critica del principio esaminato ». Così riguardo al « diritto di polizia » il MAYER riconosce che l'indifferenza etica del precetto penale è perfettamente giustificata (162).

Ed ecco che ci troviamo come il viandante che ha smarrito la direzione e che dopo aver lungamente errato, vede finalmente delinearsi un abitato ma dolorosamente constata con altro non è se non quello da cui prese mosse (163). Tanto lavoro, tanto sfarzo

(161) MAYER, op. cit. 27.

(162) Del resto se non consideriamo l'etica pura, ma quelle che sono le usanze di popolo, non di rado il rapporto è non di indifferenza, ma di avversità. Basterebbe pensare alle prescrizioni in materia igienica (che dan luogo a contravvenzioni, come a delitti: valga il cap. III titolo VII, Lib. II), le quali in genere è necessario sanzionare penalmente precisamente, perchè trovano una resistenza in larghi strati popolari. Si veda a questo riguardo il lavoro del LUGARO, *La profilassi dell'endemia gozzocretinica* che si scaglia contro « il pregiudizio popolare che con la forza del numero impedisce l'applicazione di una provvida misura igienica » e si tenga presente che come i medici assumono di risanare fisicamente, spesso (direi troppo spesso) il cosiddetto legislatore assume di curare moralmente.

(163) Non a torto il NAGLER, *Rechtswidrigkeit*, 202, osserva che l'allargare il concetto di dovere fuori del dovere giuridico rappresenta per la dottrina della colpa porre « un nuovo problema e non risolverlo ».

di scintillante ingegno (le pagine del MAYER sono forse le più interessanti tra quelle dedicate al nostro tema) per ritrovarci alla distinzione tra delitti naturali e delitti di mera creazione politica; poichè non ad altro si riducono le distinzioni tra diritto di giustizia e diritto penale amministrativo (164), alle quali ricorre il MAYER come debbono d'altronde fare tutti gli autori che, in una forma o nell'altra, seguono questa opinione (165).

26. A questo riguardo il MAYER è costretto a riconoscere che una tale distinzione dottrinale, che a lui pare chiarissima (166), non ha riscontro nel diritto positivo del suo paese (167); quel che importa per noi si è che non l'ha nel diritto positivo italiano (168). L'unica distinzione che esso conosce è quella tra delitti e contravvenzioni (169) e non è possibile far coincidere il cosiddetto diritto penale di giustizia con i primi, il diritto penale amministrativo con le seconde (170); in primo luogo: non tutte le contravvenzioni si pos-

(164) Vedi dichiarato che le norme del diritto penale amministrativo sono civilmente indifferenti anche in M. E. MAYER, *Strafrecht*, 55, in quest'ultimo lavoro il MAYER si preoccupa specificamente della obbiezione che potrebbe essergli fatta: rinunciare così egli dalla teoria enunciata. Analogamente per la indifferenza etica del diritto penale per quel che riguarda le contravvenzioni, vedi VANNI, op. cit. 94.

(165) Tra quelli che tendono ad identificare il torto in senso morale con il dolo penale: LIEPMANN, *Einleitung*, 136, distingue tra illecito penale vero e proprio e illecito di polizia. Analogamente STAHL, *Philosophie des Rechts*, 1870, I, 693, ed il VANNI, loco citato.

(166) MAYER, *Kulturnormen*, 29.

(167) Vedi l'ammissione che, *de lege lata*, non esiste un diritto penale amministrativo in *Kulturnormen*, 109, ribadita in *Strafrecht*, 55, n. 27.

(168) Vedi sull'argomento ROCCO, *Sul cosiddetto diritto penale amministrativo*, *Rivista dir. pubbl.* 1909, I, 385 e soprattutto per la critica dell'opinione indicata, 397; *L'oggetto del reato*, 333 segg.; MANZINI, *Trattato*, I, 88; BATTAGLINI, *Le norme*, 132 segg.

(169) Circa l'impossibilità di far coincidere le contravvenzioni con il diritto penale amministrativo in diritto tedesco, vedi MAYER, *Strafrecht*, 54, n. 24.

(170) Il GOLDSCHMIDT ha assunto che in diritto italiano le contravvenzioni coincidono con il diritto penale amministrativo, così in *Verwal-*

sono differenziare dai delitti per la loro amoralità (171), secondariamente, poichè nelle contravvenzioni non vi sarebbe colpa morale, la proposta definizione di dolo sarebbe valevole solo per una particolare specie di reati, e perciò solo inaccettabile a meno che non si dimostrasse che di dolo non si deve mai parlare nelle contravvenzioni, mentre sia la nostra dottrina (172), sia la nostra giurisprudenza (173) ritengono che anche nelle contravvenzioni, e quindi in eventuali ipotesi di diritto penale amministrativo, possa richiedersi il dolo; nè diversamente può pensarsi dato il nostro diritto positivo (174).

Del resto non dissimile è la situazione in diritto tedesco, onde il

tungstrafrecht, 525 e poi nuovamente in *Scritti per il Cinquantenario della Rivista Penale*. In verità l'illustre autore sembra essere alquanto in arretrato con la letteratura italiana su questo argomento, che ha avuto una degna trattazione bibliografica in Rocco, *L'oggetto del reato*, 397, n. 1.

(171) Chi può dire che le contravvenzioni che riguardano la mendicizia (455-456), l'abuso dell'altrui credulità (459), il giuoco (454-487), l'ubriachezza (488-489), gli atti indecenti (490), i maltrattamenti ad animali (491) siano da considerarsi civilmente indifferenti in contrapposizione ad esempio con il reato di arruolamento non approvato (113) con il ritardato referto di detenzione illegale (151) o l'indebita condiscendenza con l'arrestato o condannato (231)? ecc. ecc.

Ciò del resto pare che valga anche per il diritto tedesco, tanto è vero che tra i partigiani dell'indicata opinione l'OPPENHOFF, *Kommentar*, 14.a ed., 914, ha creduto necessario dividere le contravvenzioni « in violatrici di diritto e trasgressioni di polizia... » in quest'ultime sole non sarebbe possibile parlare di conoscenza della illecità.

(172) Che anche le contravvenzioni siano dolose o colpose vedi in Rocco, *Sul cosiddetto*, ecc. 406 e bibliografia italiana ivi indicata in nota.

(173) Cassazione 28 Marzo 1927, *Giur. It.* 1927, II, 153.

(174) Come tipico esempio della trasgressione di polizia, moralmente indifferente, suol citarsi la detenzione di armi ed anzi ROMAGNOSI, *Genesi*, indica specificamente al riguardo: « i regolamenti delle armi nascoste ». Ora il R. Decreto 3 Agosto 1919, n. 1360, relativo all'obbligo di denuncia di armi, ecc. stabilisce tassativamente all'art. 8: « se il giudice riconosce che le infranzioni agli obblighi stabiliti dall'art. 2 siano state commesse senza dolo, può infliggere soltanto la multa... ».

MAYER (175) osserva che da questo punto di vista l'unica differenza sta in ciò, che la trasgressione di polizia è punibile nella figura della colpa anche quando la legge non lo abbia esplicitamente dichiarato (176).

27. Qui comunque dolo è la coscienza di contravvenire ad un dovere che non è quello morale ed è ciò che conta, non la diffusa spiegazione che dà il MAYER del come si possa conoscere questo dovere (177). La teoria pertanto si modifica, non è più la coscienza della immoralità (trattandosi di azioni moralmente indifferenti) non è sempre la coscienza della illegalità, poichè quanto a questa non si può parlare di un sentimento che in tutti sia diffuso, ma la «possibilità della scienza della illegalità» (178). Come vedremo, questa correzione della nozione di dolo, che il MAYER stesso propone per una categoria di azioni punibili, deve invece estendersi a tutte.

28. Anzitutto chi constata la contraddizione tra alcuni precetti morali e le norme penali e la palese indifferenza di altri si limita all'aspetto più grossolano del fenomeno. In verità anche in quei reati che sembrano avere una corrispondenza nel sentimento etico generale, altra è la nozione volgare altra è la nozione giuridica della criminosità. Nè sarebbe esatto il dire che la differenza consista sempre in ciò, che la criminosità giuridica si contiene in una sfera più ristretta, compresa sempre quindi dalla più lata nozione morale di criminosità.

(175) Il MAYER riconosce che vi sono «norme giuridiche i cui comandi o proibizioni sono civilmente indifferenti (Kulturell indifferent) e sono le norme del diritto penale amministrativo (op. cit. 115-116); conclude che «il delitto amministrativo è appunto caratterizzato da ciò che contraddice ad una norma giuridica, non ad una norma di civiltà»; ma non indica come si identifichi in diritto positivo.

(176) MAYER, *Kulturnormen*, 112.

Ciò sarebbe consacrato legislativamente secondo il Progetto di Cod. Pen. 1925, par. 347.

(177) Ecco perchè il MANZINI, che pure aderisce alla teoria del minimo etico (vedi *Trattato*, I, 22) ha creduto necessario costruire la nozione del dolo su altre basi. Vedi n. 19.

(178) MAYER, *Strafrecht*, 235, n. 13.

La morale bolla il lenone, la legge gli commina una pena, ma quando volgarmente si parla di un lenone si intende chi agisca per lucro, per la legge questa è aggravante, non elemento costitutivo del reato (art. 345 C. P.) (179); così dicasi in tema di corruzione: nel significato volgare è assurda una corruzione di chi è già corrotto mentre *de jure condito* ciò è giuridicamente possibile (art. 335 C. P.) (180).

Ma ancora e soprattutto, anche ammessa la coincidenza tra le nozioni di reato che i giudici sono chiamati ad applicare e la coscienza morale collettiva, resta pur sempre da riscontrare, un secondo postulato della teoria esaminata (già da noi segnalato al n 22) e che cioè al singolo, in quanto partecipe del popolo che la elabora, siano necessariamente noti i precetti di questa morale; ed un tale postulato non è accoglibile.

Non mi soffermo nemmeno, perchè troppo evidente e banale, a rilevare, che poichè la maggioranza o media, che dir si voglia, sarebbe sempre riferita al popolo dello Stato la cui legge si applica, lo straniero non sarebbe mai in dolo nemmeno quanto al cosiddetto diritto penale di giustizia, quante volte secondo la coscienza morale del popolo, nel quale egli è cresciuto, il fatto fosse legittimo. Onde anche per questo verso la citata opinione si appalesa contraria al diritto positivo in quanto va a ferire il principio della territorialità della legge penale (art. 3 C. P.); in diritto italiano essendo pacifico che nemmeno l'appartenenza alle cosiddette «civiltà inferiori» esonera dalla soggezione alla legge penale (181). Rilevo piuttosto che le idee della *media* sono le idee di nessuno, che le idee della maggioranza non sono, e il signor de la Palisse con-

(179) Vedi sulla differenza tra la nozione giuridica e morale di *ladro*: KLEE, op. cit. 38-39. Così altro è il concetto morale di *falso*, altro quello giuridico, altra la nozione morale di *frode*, altra quella giuridica. Vedi THON, op. cit. 18; GERLAND, op. cit., 434.

(180) Non parliamo poi del sistema delle giustificanti: la legge scrimina il favoreggiatore del congiunto entro certi gradi, chi favorreggia un amico non potrà sentirsi moralmente altrettanto e meglio giustificato? Cfr. KLEE, op. cit. 52.

(181) Così MANZINI, *Trattato*, I, 400.

ferma, le idee della minoranza. Dunque il fatto di partecipare ad una collettività, in cui predominino certe idee morali, non vuol dire condividerle. Dalla coincidenza di più opinioni individuali si potrà ricavare quell'astrazione che è la «coscienza collettiva» (182) ma dal fatto di predominare in una certa collettività una certa opinione, assumere inversamente che tutti gli individui vi partecipino sarebbe assolutamente erroneo.

Nè è detto che nei casi in cui il singolo non partecipa alla formazione della cosiddetta morale popolare, ciò sempre sia in relazione ad un processo critico (183) ch'egli faccia a quella morale come da lui conosciuta, spesso ciò deriva semplicemente dal fatto che egli non la conosce; il che si verificherà soprattutto quando la morale generale non sia la morale del gruppo sociale al quale il singolo appartiene.

Tanto più seriamente configurabile è l'ipotesi di una tale ignoranza in quanto la *coscienza popolare*, in ordine a determinati problemi etici, è così poco manifestamente evidente, che una speciale scienza ne fa oggetto di serio studio la ricerca, senza esser prossima, a detta dei suoi cultori, ad esaurire il proprio compito (184).

29. Ammesso tutto quanto è necessario concedere per concludere che il singolo conosca le norme etiche penalmente sanzionate si pone sempre l'eventualità dell'errore nell'interpretazione di esse. I problemi già segnalati quanto all'interpretazione delle norme giuridiche ritornano qui aggravati; non solo le norme etiche mancano

(182) Cfr. VILLA, *La psicologia contemporanea*, 1899, 631:

(183) In questo senso converge la distinzione che fa il V. FERNECK (op. cit. 42 e segg.) tra morale *autonoma* e morale *eteronoma*. Solo la seconda infatti presuppone una posizione di critica della morale comune; la prima ha elaborazione unicamente interiore e non può, senza contraddizione, concepirsi *contrapposta* ad una qualsiasi forza del mondo esteriore.

(184) Cfr. A. LEVI, *Contributo della società di Etnografia Italiana allo studio del diritto e della coscienza giuridica popolare*, *Bullettino della Soc di Etnografia It.*, II, 77.

in genere di precisione (185), ma, a differenza delle norme giuridiche, per cui il conflitto di due imperativi contrastanti è eccezionale ed in genere risolto legislativamente, (es. art. 49 n. 2; 166 C. P.) l'etica ha una caratteristica attitudine a delineare quei contrasti, (186) che volgarmente chiamiamo « casi di coscienza »; differenza questa inevitabile, non fosse che per il fatto che, mentre i comandi penali sono quasi sempre solo negativi, onde si risolvono agevolmente con l'astensione, i comandi morali impongono quasi sempre l'azione (187).

Di queste interpretazioni delle norme morali si occupa ex professo il MAYER nel secondo capitolo delle *Kulturnormen*. Egli stesso

(185) Sulla imprecisione dei precetti morali e sui conflitti ai quali darà luogo, vedi F. LUZZARTO, *Dell'elemento etico nel Magistero Penale*, *Riv. Pen.*, LI, 375; MICELI, *La norma*, I, 73. Basti pensare ai precetti religiosi, che pur sogliono esser più precisi, e alle controversie infinite cui dan luogo.

(186) JUVALTA, *Per uno studio dei conflitti morali*, *Riv. di filosofia*, XVIII, 137. Vedi anche GENTILE, op. cit. 97. MICELI, op. cit. 85. Vedilo del resto riconosciuto dal MAYER, che in *Strafrecht*, 48, ammette il danno e l'anormalità del conflitto di norme giuridiche, che si può e deve evitare, e dichiara che « il conflitto di norme di civiltà è una lotta inevitabile e nella maggior parte dei casi feconda ».

Vedi un'ampia critica alla teoria accennata da questo punto di vista in LUCAS, op. cit. 64-84, specialmente 83, osservando che ciascuno « appartiene a varie cerchie di doveri non concentriche tra loro ». Al riguardo ha cercato di rispondere il BUNGER, op. cit. 347, 348, che non tutti i doveri si debbono prendere in considerazione ma solo quello che corrisponde alla norma penale violata, quindi se per esempio taluno uccida credendo di adempiere ad un superiore dovere morale è pur sempre in dolo, ma allora vale l'obbiezione sovra contrapposta all'ALLFELD, che si ritorna alla tesi della coscienza della illecità, perchè il singolo dovrà pur sapere qual'è dei vari doveri che gli si presentano, il dovere legislativamente consacrato.

(187) Nè solo è configurabile l'ipotesi di un errore ma ancor quella di un errore *invincibile*: quando per esempio, attraverso una pratica costante (anche se non assurge a consuetudine) o da decisioni giurisprudenziali un determinato fatto sia dichiarato lecito, perchè non lo riterrei io conforme alla moralità media del mio tempo e del mio paese? Vedi cenni in questo senso in ZANOBINI, op. cit. 119.

ci propone questo esempio: un contadino coglie nel suo orto un ladruncolo di frutta e lo prende a schiaffi. Secondo l'Autore non c'è una norma nè del costume nè della morale che consenta di disapprovarne l'operato (188), tuttavia riconosce che v'è anche chi ritiene che secondo le vedute popolari, non sia lecito mai, per nessuna ragione, di colpire i ragazzi degli altri. Ed allora, *quid* dell'errore di interpretazione della norma morale? L'errore scusa, risponde il MAYER, l'errore non scusa, bisogna invece dire secondo il nostro diritto positivo.

La più grave e manifesta lacuna dell'esaminata teoria (189) sta dunque in ciò; altro è stabilire, ammettendo che questa e non l'opposta sia la verità, che taluno commettendo un reato contravviene a doveri morali; altro è concludere che abbia coscienza di contravvenirvi. A questo e non a quel risultato si deve pervenire perchè regga la indicata nozione di dolo. Poichè nella migliore ipotesi la dimostrazione del MAYER perviene all'accertamento della colpa, per la contraddizione dell'azione alle norme di civiltà, manca persino il tentativo di dimostrare che vi sia la coscienza della colpevolezza.

30. Ecco perchè dicevamo che, anche quanto al diritto penale di giustizia, bisogna correggere la nozione di dolo indicata; essa non può essere espressa così: dolo è la coscienza di violare la legge morale, ma al più così: il dolo sta in ciò che si « sarebbe dovuto o

(188) Un caso tipico in cui questa attività di sussunzione del fatto sotto la norma morale può dar risultati erronei (se pure esso si concili con una qualsiasi valutazione etica dell'azione) è l'impeto degli affetti; e pure fu sempre pacifico che esso non scrimina. Osservava il LUCCHINI: « quello stesso impeto delle passioni, dell'ira, dello sdegno, dello affetto veemente, che pur essendo generale non può e non deve scriminare l'imputabilità, rappresenterebbe agevolmente, legittimamente uno stato da non avere coscienza di delinquere ». *Reato e delinquenti*, Riv. Pen. XXI, 281. Coerentemente invece alla nozione di dolo accettata vale tale scriminante in diritto canonico (Can. 2202).

(189) Vedila così segnalata anche dal KOHLRAUSCH, *Irrtum*, 28. Dei seguaci della criticata opinione solo il BASEDOW, mostra di farsene carico, ma unicamente per concludere che i casi in cui alla colpa non corrisponda la coscienza della colpa sono *eccezioni* (op. cit. 21).

potuto avere la coscienza di violare la legge »; la rettifica di definizione, alla quale ha dovuto piegare il MAYER per quel che riguarda il diritto penale amministrativo: « dolo è la possibilità di conoscere il *dovere* giuridico », si impone dunque anche quanto agli altri casi, nei quali esso non può che esser costituito dalla « possibilità di conoscere le norme morali accolte dalla maggioranza e di rettamente applicarle al caso concreto »; ma con ciò la criticata nozione di dolo è demolita. (Vedi par. 8).

E' palese d'altronde che, anche così corretta l'esaminata opinione, il diritto consuetudinario dovrebbe secondo di essa avere necessariamente valore abrogativo dei reati dolosi (190), sia perchè attraverso questo atteggiamento della coscienza etico-giuridica collettiva viene tolta alla norma scritta la sua legittimazione, sia soprattutto perchè in questo caso è impossibile, alla stregua dell'opinione stessa, configurare il dolo, ed in ciò essa viene ad assumere in relazione al diritto positivo italiano quella posizione di contrasto che già segnalammo precedentemente a proposito del dolo concepito come coscienza della illegalità (vedi n. 15).

§ 6 — *Coscienza del carattere lesivo dell'azione.*

31. L'opinione, che ha fondamento in una antica tradizione (191), ed è recentemente ed autorevolmente ripresa nella dottrina ita-

(190) Il MAYER vorrebbe negare il potere derogante del diritto consuetudinario ma, trascinato dalla logica del suo sistema, è costretto ad ammettere un « diritto consuetudinario improprio » come « forza viva » (*Strafrecht*, 25). Coerentemente invece il FRANK, che in *Aufbau des Schuldbegriff*, 21, richiede per il dolo la conoscenza delle norme etiche, riconosce la forza derogante della desuetudine: *Strafgesetzbuch*, par. 2. (Vedi ivi indicazione di altri autori nello stesso senso). Per il potere abrogativo della consuetudine è naturalmente il fondatore della teoria del minimo etico: JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, 607 n. 1.

(191) Nella più antica letteratura si definisce il dolo come *animus nocendi*. I. S. BOHEMER, *Elementa jurisprudentiae criminalis*, 1732, par. 39. Vedi però sulla differenza con la nozione indicata MANZINI, *Trattato*, I, 489.

70

liana (192), ha portata alquanto indeterminata; in via preliminare conviene anzitutto precisare: si intende che requisito del dolo sia la coscienza che l'azione possa essere dannosa o pericolosa per un singolo individuo? (193). E' evidente che in tal caso si confonde quello che è il dolo specifico di taluni reati, con il dolo in generale, ben potendovi essere secondo il nostro diritto positivo, reati dolosi, in cui l'agente non abbia coscienza di danneggiare nessuno, (194) per la buona ragione che l'incriminazione astrae anche obbiettivamente da un tale requisito (195). Nè del resto è detto che nei reati

(192) Rocco, *L'oggetto del reato*, 521: dolo è la coscienza e volontà di nuocere. (MANZINI, *Trattato*, I, 487: «volontà cosciente... di compiere un fatto... lesivo o pericoloso per un legittimo interesse altrui, del quale si sa di non poter disporre». G. B. IMPALLOMENI, *Istituzioni di dir. pen.*, opera postuma curata da V. LANZA, 1908, 246: «Il dolo in penale è la coscienza di commettere un fatto lesivo di un bene protetto dalla legge penale. Non già che si richieda con ciò una specie di intenzione di violare la legge penale, ma che si sappia soltanto di agire in modo da offendere un bene di altrui spettanza».

(193) In certo senso questa opinione si ricollega a quella per cui il reato consisterebbe nella lesione di un diritto subiettivo. Vedi i rilievi di KOHLRAUSCH, *Rechtsirrtum*, 42. In Italia è respinta dalla prevalente dottrina. Cfr. Rocco, *L'oggetto del reato*, 37 segg.

(194) In diritto inglese invece agire dolosamente (maliciously) vuol dire «scientemente fare alcunchè che l'agente sa danneggiare la persona o gli averi altrui» (BLACKBURN). Questa definizione naturalmente esclude che alla nozione di dolo appartenga la coscienza della illiceità, onde anche nel diritto inglese come nel nostro l'errore di diritto è assolutamente inescusabile. STEPHEN, *Digest of criminal law*, 17.o ed. 1926, 38.

(195) Senza ricordare tutte le rubriche di reati contro la sicurezza dello Stato, contro la libertà, contro l'amministrazione della giustizia, contro l'ordine pubblico ed in massima i cosiddetti reati formali (MANZINI, *Trattato*, I, 461); valga ad esempio, il caso dei reati di falso, in cui basta la *potenzialità* del danno, che d'altronde è, nella prevalente opinione, una delle condizioni puramente obbiettive di punibilità; vedi di esse in MANZINI, *Trattato*, I, 429, ANGIONI, op. cit. 92, VANNINI, *Le cosiddette condizioni obbiettive di punibilità*, *Riv. Pen.* LXXXVI (1917), 220. Lo STESSO, *Il concetto e il contenuto del reato*, *Riv. dir. e proc. pen.*, 1919, I, 250. ANTOLISEI, *Sul concetto dell'azione nel reato*, *Riv. Pen.* C. I, 580.

di danno si debba necessariamente riscontrare un dolo di lesione (196).

32. Se invece intendiamo la lesione di beni-interessi, sia individuali che sociali, ci si accosta piuttosto all'opinione dell'antisocialità (vedi par. 7); comunque quì bisogna nuovamente chiarire: si ritiene che l'azione sia dolosa quando essa possa riuscire dannosa o pericolosa per un qualsiasi interesse individuale o collettivo prescindendo in modo assoluto dal riconoscimento giuridico che si dia a questo interesse?

Se pur fosse possibile concepire un bene-interesse indipendentemente dalla sua tutela (197) in questa ipotesi l'opinione resterebbe insostenibile perchè tutte le azioni sarebbero dolose, tutti dovendo sapere che nella vita sociale non c'è azione, cioè modificazione del mondo esterno nella più lata accezione, che possa essere ritenuta assolutamente indifferente per qualunque considerazione di interesse; infatti, essendo il concetto di bene-interesse eminentemente soggettivo, dobbiamo sempre aspettarci che la nostra azione possa ledere alcunchè, che taluno ritiene un suo bene.

Se dunque si deve avere riguardo ai beni-interessi riconosciuti meritevoli di tutela, si pone anche quì il quesito: quale criterio si deve seguire? Quello personale dell'agente o quello positivo del diritto? Onde si dovrebbe ripetere quanto si osservò al paragrafo precedente. Accettare il primo criterio equivarrebbe ad abrogare

Vedi del resto nella giurisprudenza: « il dolo nella simulazione di reato consiste nella coscienza di denunciare un reato che l'agente sa non esser avvenuto. Non occorre ad integrare il dolo la coscienza di un possibile inganno alla giustizia ». Cass. 15 ott. 1926. *Sc. Pos.* 1927, II, 161, « Al dolo nella calunnia non occorre la volontà di danneggiare l'incolpato per mezzo di una possibile procedura penale ». Cass. 24 aprile 1925. *Sc. Pos.* 1925, II, 324.

(196) ANTOLISEI, *Reati formali e materiali*, *Riv. Pen.* XCVI, 115.

(197) In altro lavoro credo di aver dimostrato « che il concetto di bene non è alcunchè di definito indipendentemente dalla garanzia giuridica », *Parte Civile*, 87.

tutta una serie di disposizioni penali (198), si deve quindi attenersi al secondo, anche perchè in diritto, quando si parla di *beni-interessi*, si ha sempre riguardo ai *beni-interessi giuridicamente protetti*, e quando si parla di lesione ci si riferisce unicamente ad essi, onde il concetto di lesione viene ad essere necessariamente complicato di una considerazione giuridica, il riconoscimento che il diritto dà a quel tal bene.

33. In quest'ultimo senso, evidentemente, intende l'espressione la più moderna dottrina (199), ma così la indicata nozione di dolo non può prescindere dalla conoscenza del diritto positivo (200) ed è soggetta alle stesse considerazioni che si possono opporre alla nozione del dolo, come coscienza dell'antigiuridicità dell'azione (201). Tanto torna dire che è inescusabile l'ignoranza del diritto, quanto dire che è inescusabile l'ignorare l'esistenza di ciò che è bene per il diritto; chi crede di non ledere il ladro dandogli del ladro, ignora che per il diritto positivo esiste un bene della insindacabilità morale dell'individuo, chi crede di non cagionare alcun danno dando una cosa per un'altra, quando la cosa consegnata valga di più dell'altra, ignora che per la legge vi è un bene della fede pubblica nei rapporti del commercio e così via.

(198) E' evidente che se ci sono reati che al più alto grado sono socialmente dannosi e anche, per un rapporto indiretto non troppo complesso, individualmente dannosi, sono quelli di frode fiscale; eppure non solo tra le popolazioni di confine, presso le quali il contrabbando è tradizionale, ma negli strati sociali anche più elevati della popolazione dei paesi più civili la frode fiscale è ritenuta moralmente lecita.

(199) Così MAYER, *Strafrecht*, 54, riconosce che anche i beni dell'amministrazione lesi dalle contravvenzioni, sono *beni* giuridici e che anche esse hanno carattere lesivo, come d'altronde dimostrò da noi il Rocco. Ma evidentemente per conoscere l'esistenza di tali beni bisogna conoscere il diritto.

(200) Vedi ciò del resto molto chiaramente in MANZINI, *Trattato*, I, 488.

(201) Sostanzialmente conforme, nel senso di identificare la coscienza della dannosità con quella dell'antigiuridicità, GOLDSCHMIDT, *Verwaltungsstrafrecht*, 213. Vedi del resto già da noi indicato l'uso promiscuo delle nozioni nella dottrina francese (n. 2). In questo senso vedi SAUER, *Grundlagen*, 596, n. 1.

§ 7 — *Coscienza del carattere antisociale (antistatale) dell'azione.*

34. Questa opinione (202), giova riconoscerlo subito, supera una delle più gravi obiezioni, che si possono muovere a quella esaminata al par. 4 e cioè, che la legge morale considera tutto un complesso di doveri, che derivano dalla posizione dell'uomo nel mondo, mentre invece i doveri giuridici sono circoscritti alla posizione dell'individuo nella società in cui vive (203), onde è perciò solo inammissibile che il concetto di colpa morale possa senz'altro essere assunto come determinatore di conseguenze giuridiche.

Non sfugge invece all'altra considerazione: o si ha riguardo alla veduta personale dell'agente o ad una nozione obbiettiva (204). Nel primo caso è evidente che, a tacer d'altro, non sarebbero incriminabili i reati determinati da passione politica, attraverso i quali l'agente creda di perseguire una finalità di interesse generale; il che è contrario al nostro diritto positivo (205).

(202) Vedi cenni in HEGLER, *Die Merkmale*, 198, più chiaramente in BEKKER, *Theorie*, I, 143. ROCCO, op. cit. 482. Vedi soprattutto pure FERRI, *Sociologia criminale*, 4.a ed., 282, in relazione alla sua concezione del delitto naturale; così *de jure condendo*, propongono il LISZT, *Lerhbuch*, 173, ed il BERENINI, *Offese e difese*, 1886, 79. Vedi infatti progetto FERRI, art. 11 e *Relazione*, *Sc. Pos.* 1921, I, 19: contro quest'opinione vedi soprattutto KLEE, op. cit. 53.

(203) In questo senso POST, *Die Ursprung des Rechts*, 23. Sui doveri morali extrasociali confronta RAUH, *L'experience morale*, 8.o ed. 1926, 10. Vedi su ciò anche V. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 50.

(204) Osserva il BELING, op. cit. 32: «chi potrebbe negare che, secondo il nostro codice penale, non meno che secondo altri diritti penali, cadano sotto pena molte azioni che non dimostrano alcuna pericolosità sociale? E viceversa che altrettante azioni socialmente pericolose siano impunte? La definizione del reato come azione « socialmente pericolosa » potrebbe in massima essere accettata nel senso di azione « dichiarata socialmente pericolosa dal diritto », ma anche così sarebbe assai sbilanca. Essa ricomprenderebbe la finzione, che la legge trattasse tutte le azioni punite come socialmente pericolose, tutte le non punite come socialmente non pericolose; e quando si rivelasse un errore della legge? ».

(205) Lo riprova a contrariis l'articolo 1 del decreto di amnistia 22 dicembre 1922 n. 1641, che considera per la concessione di speciali benefici

Se invece si intende per antisociale (od antistatale, (206) come con sforzo di maggior precisione o di minore indeterminatezza si propone da qualche autore) ciò che dal diritto positivo è punito come antisociale o antistatale ed allora tanto val dire che occorre avere la coscienza della criminalità dell'azione! (207).

§ 8 Possibilità della coscienza dell'illiceità dell'azione.

35. Anche qui usiamo la espressione lata: illiceità, ricomprendente sia la giuridica che la morale.

Nella dottrina tedesca si sono delineate varie sfumature. Vi è chi come il SEUFFERT (208), esige la possibilità della conoscenza della proibizione; il MAYER, abbiamo visto, si è ridotto a richiedere la possibilità della coscienza della immoralità (209), — così anche il MERKEL (210); altri parla di *dover sapere*, come il RUEMELIN (221). Abbiamo creduto di dimostrare al paragrafo 3 che

i reati commessi «a fine nazionale». E' evidente che in questi casi non solo il legislatore ammette che manchi nell'agente la coscienza dell'antisocialità della sua azione, ma esso stesso è persuaso della utilità sociale dell'azione, alla quale vuole assicurato un trattamento di favore; tuttavia non ha creduto che tutto ciò valesse a scriminare, per difetto di dolo, il fatto; così si conferma il rilievo del LUCAS, op. cit. 83, il quale assume che seguendo l'indicata opinione, il prendere a schiaffi chi professa dottrine socialmente dannose (*gesellschaftsschädliche*), o meglio tali ritenute dall'agente, dovrebbe andare impunito. Del resto vedi le osservazioni del DE FALCO in seno alla Commissione Senatoria del 1876 contro una formula per effetto della quale venissero dichiarati non imputabili «i reati commessi per fanatismo politico o religioso, i quali sono i più tristi».

(206) BEKKER, *Theorie, Introduzione*, IV, e ivi I, 566.

(207) Sulla equivalenza tra l'espressione, azione socialmente dannosa o illegale, vedi HEGLEN, op. cit., 198.

(208) SEUFFERT, op. cit. 87.

(209) MAYER, *Kulturnormen*, 74; LO STESSO, *Glossen zum Schuldlehre*, 497.

(210) MERKEL, *Lehrbuch*, 67.

(211) RUEMELIN, *Das Verschulden*, 34, dolo «è un Wissenmüssen» dell'agente che lo fa agire contrariamente al diritto positivo o al diritto giusto.

coloro i quali assumono che vi è un dovere civico di conoscere la legge finiscono per definire il dolo come la « possibilità (o il dovere) di conoscere la illecità dell'azione » (212).

Qui giova chiarire se, quando si parla di possibilità, si intende quella astratta, per la media degli uomini ecc., o quella concreta dell'imputato di un determinato reato; quanto alla seconda l'indagine relativa è interdetta nel nostro diritto positivo, la prima invece deve costituire preoccupazione di legislatore non di interprete (vedi n. 62).

36. Però nell'un caso o nell'altro può parlarsi di un requisito dell'elemento subiettivo? No; la *possibilità* è una condizione obbiettiva che non ha niente a che vedere con un atteggiamento psicologico subiettivo. Dunque se mai è un presupposto di punibilità comune sia al dolo che alla colpa, non un elemento del dolo. L'indicata opinione non esclude affatto che possano esservi azioni dolose, senza coscienza dell'illecità, bastando che la sussistenza di una tale coscienza fosse semplicemente possibile; essa quindi converge all'opinione, per la quale una tale coscienza è estranea alla nozione di dolo (213).

§ 9 — *La coscienza dell'antigiuridicità come quella della immoralità sono estranee al concetto di dolo*

37. Le critiche esposte alle precedenti opinioni conducono logicamente alla opinione negativa. circa il requisito della coscienza della illecità comunque intesa. Ciò non di meno l'esattezza di questa soluzione (214) trova anche per altre considerazioni testuale conferma nel nostro diritto positivo.

(212) Così chiaramente l'ORTOLAN, op. cit. n. 388, il quale riconosce che non è richiesta per il dolo la conoscenza della legge, ma semplicemente la possibilità di una tale conoscenza.

(213) Tanto è esatta questa nostra osservazione che, come avremo occasione di richiamare anche più giù, il Progetto tedesco 1927, mentre pone la possibilità della conoscenza della illecità come condizione di punibilità, definisce il dolo indipendentemente da ogni riferimento ad essa.

(214) Questa opinione non manca di aderenti anche in dottrina italiana, cfr. LANZA, *Studi sulle contravvenzioni*, Suppl. Riv. Pen. V. 33; MA-

38. Che si deve intendere per il *discernimento* di cui è prescritta la indagine per i minori di quattordici anni? Non certo la « coscienza o libertà dei propri atti al momento del fatto » di cui parla l'art. 46 C. P., poichè in tal caso la disposizione sarebbe superflua; ma invece, secondo insegna la dottrina (215) e conferma anche una recente giurisprudenza (216) « l'attitudine all'apprezzamento etico-giuridico dell'azione ».

Dunque, argomento, all'infuori dello speciale caso dell'art. 54 C. P. la prova della impossibilità di una tale indagine etico-giuridica è esclusa.

39. Secondariamente il nostro diritto positivo indica come requisito dell'elemento materiale, che diviene per riflesso anche requisito dell'elemento psichico del reato, la coscienza della illegittimità o della iniquità in taluni specifici reati; ad esempi quando esige che l'agente abbia voluto arrecare un danno *ingiusto*

SUCCI, *Il cod. pen. it.* 1894, II, 43. VANNINI, *Ricostruzione sintetica della dottrina del reato*, Studi Senesi, XLI (1927), 185, FLORIAN, *Parte generale*, 3.a ed. I, 418. Essa viene spesso indicata addirittura come opinione prevalente nella dottrina tedesca; se anche questa è conclusione eccessiva certo è da notare che in questo senso è la costante giurisprudenza del Tribunale dell'Impero (cfr. HIPPEL, *V. D. A. T.* IV, 549) e, per attenerci solo ai più moderni, dal LISZT, con qualche esitanza, dal LUCAS, dal KLEE. Vedi dal punto di vista filosofico: SIGWART, op. cit. II, 180.

(215) Discernimento nel senso dell'art. 54 C. P. è « la capacità di una ragionata valutazione etico-giuridica dei propri atti, così da saper discernere non solo la illecitezza del fatto, ma da poter altresì prevedere e valutare, sia pure in modo imperfetto le conseguenze penali del fatto stesso ». MANZINI, *Trattato*, II, 50.

Analogamente è definita la imputabilità nella legge tedesca sui tribunali dei ragazzi ove è richiesto che l'agente potesse intendere la illegittimità (ungesetzliche) delle sue azioni.

(216) « Agli effetti dell'art. 54 C. P. per discernimento si intende la conoscenza del contenuto morale o immorale, giuridico o antiggiuridico dell'atto che si compie, cioè l'attitudine a distinguere se un'azione si può o non si deve fare e se a commetterla si va incontro a responsabilità penali ». Cass. 27 maggio 1925, *Giust. Pen.* 1926, 654. La Cass. 14 Gennaio 1917, Ivi 1918, 535 esige la « coscienza della illecitezza giuridica e sociale e soprattutto penale del fatto ».

(156 C. P. arg. anche dall'art. 235 C. P.) o che abbia agito *senza giusta causa* (163 C. P.) o per conseguire una retribuzione che sapeva *non essere dovuta* (171 C. P.) o quando richiede che l'agente abbia avuto la coscienza e la volontà di agire *illegittimamente* (146 C. P.) *indebitamente* (110 — 159 — 160 — 161 — 169 — 170 — 180 — 181 — 185 — 186 C. P.) o *arbitrariamente* (157 — 175 C. P.). E' evidente che se la coscienza della ingiustizia giuridica o morale del proprio comportamento fosse sempre requisito del dolo non se ne sarebbe fatto un estremo specifico di taluni reati (217).

40. Nè si obietti che, scartato l'indicato requisito, sia impossibile costruire la nozione del dolo.

E' troppo agevole ricordare che, le nozioni di dolo e di colpa si possono benissimo costruire indipendentemente da ogni qualificazione giuridico-morale (218), tanto è vero che sono configurabili anche in azioni moralmente e giuridicamente indifferenti; per attenermi agli esempi già richiamati dagli autori, io posso lasciar cadere l'orologio dolosamente o colposamente, posso non recarmi all'appuntamento fissato dolosamente o colposamente; non si tratta che di modi di cagionare un evento attraverso l'azione o l'omissione umana.

Del resto la nozione indicata è l'unica che quadri con le tendenze della più moderna dottrina (219), e con gli orientamenti della più recente legislazione (arg. dall'art. 12 C. P. P.) che fanno del dolo un concetto unico per tutti i rami del diritto; e quindi necessariamente un concetto riferibile al fatto, astratto da ogni qualificazione etico-giuridica.

(217) Analogo rilievo può farsi quanto al *Progetto Rocco* che ad es. agli art. 291, 318, 319, 615 esige che si agisca « indebitamente »; agli articoli 399, 507, 508, 652 che si agisca « arbitrariamente ». L'argomento è invocato anche dal VANNINI, op. cit., 186.

(218) HEINEMANN, *Bewusstsein*, 1889, 37. Vedi ciò del resto riconosciuto anche in DOHNA, *Schuldbegriff*, 305; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, 1905, III, 295: « dolo e colpa sono modi del comportamento di fatto ».

(219) Vedi MANZINI, *Trattato*, I, 135.

Nè si dica che, riferendo il dolo all'evento, è impossibile darne la nozione per lo meno in relazione ai reati formali (220); come la dottrina ha posto bene in chiaro (221) non è affatto esatto, come impropriamente si ripete, che questi ultimi reati si differenzino dagli altri perchè in essi difetti l'evento, nel qual caso soltanto sarebbe impossibile la costruzione della nozione di dolo, sulla base indicata, ma semplicemente (222) in essi la consumazione si verifica in un momento diverso.

41. Nè tampoco è esatto che in questo modo, come obietta il BINDING (223) si finisce a negare tutto il concetto di dolo quasi che, ammessa la volontarietà dell'evento, questo non dovesse esser mai escluso, quale che fosse l'atteggiamento psichico dell'agente; l'infondatezza di tale critica appare manifesta a chi ricordi (224) che perchè vi sia il *dolus facti* occorre che l'agente abbia avuto presente la concreta situazione di fatto, in modo « tale che il quadro rappresentativo che egli se ne è formato corrisponda esattamente al complesso degli estremi di fatto previsti dal precepto penale » (225).

(220) Così LAMMASCH-RITTLER, 96.

(221) ROCCO, *Oggetto del reato*, 321. MASSARI, *Momento esecutivo*, 113; ANGIONI, *La volontarietà del fatto*, 120.

(222) MANZINI, *Trattato*, I, 461; BATTAGLINI, *La distinzione dei reati in materiali e formali ha ragion d'essere?*, *Riv. Pen.* CII, 312. Cenni anche in ANTOLISEI, *Reati formali e materiali*, *Ivi*, XCVI, 111.

(223) BINDING, *Normen*, II, 405.

(224) Gli esempi che si citano avversariamente riguardano in genere errori sul ricorrere di circostanze discriminanti, il che è estraneo al tema argomento disciplinato dall'art. 61 cap. ultimo del progetto Rocco esaminato. De jure condito il grande argomento che si vuole indicare contro di noi: quello della legittima difesa putativa, non è affatto calzante. Essa intanto sussiste in quanto la previsione di fatto dell'art. 49 implica una valutazione subiettiva, laddove fa riferimento al *pericolo*, tanto è vero che non è ammessa una *resistenza* putativa ad atti arbitrari (art. 199 C. P.), poichè qui interviene una nozione giuridica obbiettiva, quindi secondo noi la molto semplice spiegazione del quesito che affatica il MARSICH, *L'arbitrio putativo*, *Sc. Pos.* 1927, 193, il quale d'altronde conviene con noi nella soluzione concreta.

(225) BELING *Grundzuege*, 45. Vedi analoghe nozioni già in BREIDENBACH, *Kommentar*, I, 2, 63.

CAPITOLO III.

Dolo e coscienza dell'illecità nel Progetto

42. L'estraneità al concetto di dolo di una coscienza della illecità, comunque intesa, è nel *Progetto* espressamente sanzionata in quanto, a differenza del codice vigente, esso contiene una definizione del dolo, la quale, non diversamente da quanto credemmo di poter più sopra concludere, è fissata esclusivamente in relazione all'evento; art. 46: « Il reato è doloso, o intenzionale, quando l'evento dannoso o pericoloso che è il risultato della azione o omissione, e da cui la legge fa dipendere la esistenza del reato, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione o omissione » (226).

43. Del resto il *Progetto* è altrettanto esplicito nella disciplina dell'errore di diritto.

Non solo all'art. 3 si ribadisce la inescusabilità della ignoranza della legge penale nella sua formulazione attuale rigorosa ed assoluta, ma l'applicazione che se ne fa all'art. 50 esclude un dubbio, che poteva sorgere in relazione al vigente articolo 44 e del quale ci siamo dovuti occupare al par. 16; se, cioè, l'errore su di una legge diversa dalla legge penale sia scusabile, nel qual caso avrebbe maggiore fondamento una distinzione tra legge penale costituita dalla pura e semplice sanzione e legge extrapenale con la quale si sarebbe potuto identificare la norma violata.

Il *Progetto* infatti, con la migliore dottrina (227), riconosce all'errore sulla legge extrapenale efficacia scriminatrice solo in quanto esso abbia prodotto un errore di fatto in rapporto alla previsione penale; così si dà, secondo noi, esatto riconoscimento a due principi già sussistenti nel diritto positivo. L'uno (art. 1 e 11 disposizioni preliminari al codice civile) che la applicazione di una qualsia-

(226) Ben diversamente il diritto canonico: Can. 2200: « *Dolus est deliberata voluntas violandi legem...* ».

(227) Vedi MANZINI, *Trattato*, II, 30.

si legge non può essere subordinata ad un atteggiamento subiettivo dei destinatari dei suoi comandi; l'altro principio, già stabilito al vigente articolo 45 del Codice penale e ribadito all'art. 45 del *Progetto*, che « nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato se non l'abbia commessa con coscienza e volontà ».

Infatti quello che scrimina è uno stato di errore in cui venga a trovarsi l'agente in forza del quale non vi sia coincidenza tra il fatto da lui voluto e il fatto preveduto dal legislatore, per quanto vi sia invece coincidenza tra quest'ultimo e il fatto da lui effettivamente compiuto; non importa invece nulla da che tragga origine questo errore (228).

(228) Poichè l'essenziale è che l'errore di diritto si sia risolto in un errore di fatto e cioè che il quadro rappresentativo dell'azione sia stato per l'agente diverso e tale da non coincidere con il quadro astratto disegnato dal legislatore, non era forse il caso di far riferimento alla origine dell'errore nemmeno per riferirsi ad una « legge diversa dalla penale »; sarebbe al riguardo stato più esatto dire: errore « su una norma diversa da quella di cui si addebita all'agente la violazione » o per dirla con il MANZINI (op. cit. II, 31) errore che non cade « sull'obiettività giuridica della norma » violata. Infatti anzitutto non è escluso che la stessa legge penale possa in qualche caso concorrere a determinare un errore di fatto: ad esempio se un funzionario di polizia giudiziaria arresta taluno, compie contro di lui atti comunque menomatori della costui libertà personale, egli può indubbiamente versare in errore ritenendo che il fatto compiuto da quell'individuo costituisca reato mentre non lo costituisce; tale errore è certo di diritto penale. Però il funzionario non potrà essere chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 614 del *Progetto* che riguarda specificamente il caso del pubblico ufficiale: « che... fuori dei casi stabiliti dalla legge, priva taluno della libertà personale » in quanto egli non ha voluto il fatto proibito dal legislatore poichè « per lui » quello, in cui egli ha agito, era precisamente « un caso stabilito dalla legge »: e cioè in altre parole l'errore di diritto penale si è risolto per lui in un errore di fatto, in quanto egli credeva di arrestare un reo ed ha arrestato un innocente. D'altra parte la espressione « legge penale » può dar luogo a qualche perplessità nella pratica; molti sono i testi di cui non si saprebbe dire se non « leggi penali », molte le prescrizioni extrapenalì confortate dalla garanzia di una legge penale in bianco; viceversa molte volte nel

Maggiori argomenti ritrovi nel *Progetto* per respingere la opinione, che eleva a dovere civico la conoscenza della legge penale e che trova in questo dovere violato la conciliazione tra la punibilità di certi fatti e la nozione di dolo, che si vorrebbe dare, come coscienza della illecità (cfr. n. 19). Infatti, anzitutto, come si notò, il *Progetto* ribadisce che la inescusabilità riguarda in massima tutte le leggi e non la sola legge penale ed esclude che da un errore giuridico possa derivare una responsabilità penale, fosse pure al solo titolo di colpa; tanto è vero che, mentre circa l'errore di fatto vero e proprio distingue l'errore in colposo e scusabile, una tale distinzione non fa circa l'errore di fatto determinato da ignoranza od errore di diritto (art. 50). Di più in relazione al *Progetto* apparisce ancor meno accettabile la costruzione di un tale dovere data la efficacia territoriale della legge penale, così come è stabilita all'articolo 4, integrato anche dall'art. 7. Del resto è esplicitamente detto, all'art. 3, che la legge si applica a cittadini e stranieri; sono più numerosi i casi di applicazione della legge penale italiana a stranieri fuori del territorio nazionale, pure intesi, il cittadino e il territorio nel senso larghissimo di cui alla definizione dell'art. 4 del *Progetto*. Non si saprebbe dunque davvero a quale concetto di dovere civico riferirsi per la applicazione della legge agli stranieri all'estero.

44. Nè minori argomenti si trovano nel *Progetto* per rigettare ogni possibile riferimento alla coscienza di una illecità morale (cfr. cap. II, par. 5). Anzitutto poichè esso è esplicito nel rigettare ogni possibilità di distinzione tra delitti e contravvenzioni, che non sia quella, indicata all'art. 42, della diversità delle pene (cfr. n. 25). E' anzi ben chiaro, per l'art. 46, che l'elemento psicologico delle contravvenzioni è identico a quello di tutti gli altri reati, mentre altrettanto chiaro è per l'art. 15 che queste disposizioni della « Parte Generale » si applicano anche alle leggi speciali; onde il postulato,

testo di una legge penale ricorrono talvolta disposizioni che dal punto di vista più rigoroso si possono considerare di diritto pubblico generale o di diritto amministrativo; onde la opportunità di essere più espliciti nello stabilire che quel che conta non è la *origine* dell'errore, ma la *incidenza* dell'errore in rapporto alla legge violata.

che è fondamentale per chi si riferisce alla coscienza della illiceità morale, di una distinzione tra diritto penale di giustizia e diritto penale di polizia o amministrativo appare più che mai inammissibile (229). D'altronde, in quanto l'art. 4 parifica ai cittadini i *sudditi coloniali*, i quali naturalmente (come del resto molte categorie di stranieri) non sono partecipi affatto delle idealità morali a cui si ispira la nostra legislazione, contraddice una volta di più all'assunto che la legge penale sanziona la infrazione ad una norma morale, viva nella coscienza dell'agente. Ed ancora, si ribadisce all'art. 86 che « gli stati emotivi e passionali non escludono nè diminuiscono la imputabilità », laddove è evidente che siffatti stati psicologici menomano la possibilità di una esatta valutazione etica del fatto; così del resto non si fa che confermare la nozione di imputabilità dettata all'art. 81 capoverso, la quale, consistendo semplicemente nella « capacità di intendere e di volere », non ha alcun riferimento alla attitudine ad una valutazione etico-giuridica più o meno esatta, il che quadra con il considerare, non solo per le finalità della prevenzione, ma per un intensificata repressione il fatto di trattarsi di un delinquente abituale o per « istintiva tendenza », nei quali la coscienza della illiceità dell'azione è presumibilmente offuscata. Nello stesso senso converge la diminuzione dell'art. 64 n. 1: « avere agito per causa di onore o per altri motivi di particolare valore morale o sociale », in quanto chiarisce la possibilità di una azione compiuta per siffatti motivi e tuttavia ritenuta delittuosa (laddove siffatti motivi sono per lo più scriminanti dal punto di vista morale).

45. Se non che, precisamente in quanto si tratta di un *Progetto*, nel momento stesso in cui esso rende più limpida dal punto di vista tecnico la soluzione accettata, riapre la discussione sulla opportunità di seguirla. In verità gli argomenti a favore di quella, che po-

(229) Ben diversamente nel *Progetto* di Codice Penale per la Cecoslovacchia, 1926, che pone le contravvenzioni addirittura in una legge separata. *Avant projet de la loi pénale relative aux crimes et délits et de la loi sur les contraventions*: vedi su ciò, sempre nella edizione francese, *Exposé des motifs*, 37.

tremo chiamare soluzione italiana del quesito, sono in gran parte impliciti in quanto sopra si è rilevato e cioè che, per esigenze incoercibili della pratica, quelli stessi, che in apparenza sembrano adottare definizioni giuridiche del dolo, per cui abbia rilievo l'indagine sulla coscienza della illecità, ritolgon poi dall'altro quello che da un lato avevano concesso; lo faccian poi con costruzione di presunzioni incontrovertibili, perfettamente contraddittorie alla realtà della vita, come quella della conoscenza della legge penale o quella (poichè altro non è) della coincidenza della coscienza morale di tutti con una « coscienza morale riconosciuta » o vi giungano ricorrendo a distinzioni tra diritto penale di giustizia e diritto penale di polizia o amministrativo, quanto mai inadatte a fissarsi a fini pratici.

46. A chi voglia toccar con mano le incertezze alle quali condurrebbe qualunque tentativo di diversa soluzione basterà additare l'esempio del progettato Codice Penale germanico.

Senza andar richiamando tutti i riflessi che la disputa ha avuto in seno alla commissione preparatoria (230), ricordiamo che finalmente con la soluzione adottata in occasione di una legge emanata per le necessità della guerra (231), il campo di azione della quale fu poi notevolmente allargato da una serie di disposizioni successive (232), si credette di aver scoperto la pietra filosofale del tormentoso problema, onde alla « via da essa tracciata » dichiararono di attenersi i *Progetti* 1925 e 1927 (233).

(230) Al riguardo delle quali vedasi V. HIPPEL, *Der Rechtsirrtum*, 833, 848. Lo STESSO, *Die Allgemeine Lehren von Verbrechen in den Entwürfen*, LXLII, 426.

(231) Ordinanza sulla persecuzione di infrazioni a norme economiche, del 18 Gennaio 1917, Pubbl. nel *Bollettino delle leggi dell'Impero*, pag. 58. *Verordnung ueber die Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften uber Wirtschaftliche Massnahmen* (Rgbl. 58).

(232) Legge 12 Febbraio 1920 (*Bollett.* p. 230) disposizioni sull'economia di guerra o di trasferimento, art. III dell'ordinanza per l'esecuzione degli art. VI cap. 3 della legge eccezionale del 13 luglio 1923 (*Bollett.* I, p. 699). Vedi del resto una disposizione analoga quanto alle infrazioni fiscali al par. 358 della *Reichsabgabenordnung*.

(233) Parlo di nuovo *Progetto* 1927, come del resto si fa comunemente in Germania, date le radicali trasformazioni in esso introdotte

L'*Ordinanza* citata esentava da pena l'agente allorchè avesse ritenuto permessa l'azione, versando in errore incolpevole circa la sussistenza o la applicabilità del precetto trasgredito.

Apparentemente dunque non si trattava che di generalizzare questa massima; se non che qui subito sorsero le difficoltà.

Secondo il *Progetto* del 1925, in conformità delle proposte del Consiglio dell'Impero, scrimina l'errore che abbia impedito all'agente di comprendere che la sua azione era proibita (unerlaubt). Proibito in questo speciale senso, come chiarisce la *Relazione*, è (234) « ciò che il diritto o la legge morale proibiscano. Se l'agente ha dunque saputo che la sua azione è proibita secondo il diritto non gli giova affermare che egli la riteneva moralmente lecita e viceversa ».

Ciò si consacrava infatti sia al paragrafo 13, ove si trattava dell'errore, sia al paragrafo 17, ove si dava la nozione di imputabilità (235).

47. Quel che non risultava ben chiaro era l'influenza di questi concetti sulla dottrina del dolo. Da un lato, data la formulazione dell'art. 13, pareva che la coscienza della illiceità giuridica o mora-

(234) *Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Gesetzbuchs*, II, *Begründung* (ed. de GRUYTER, Berlino, 1925, 15).

(235) Par. 13: « Un errore che non consente all'agente di riconoscere che la sua azione è proibita (das Unerlaubte seiner Tat nicht erkennen lasst) esclude la imputabilità a titolo di dolo ». Par. 17: « Non è imputabile colui che al momento del fatto per turbamento della coscienza o per turbamento morboso dell'attività psichica o per debolezza di mente è incapace di riconoscere che la sua azione è proibita (das Unerlaubte der Taten zu sehen) o di agire secondo questo riconoscimento. In senso analogo a quest'ultimo, il par. 21 del *Progetto* di Codice penale cecoslovacco, quanto all'errore il par. 20 dispone: « Se il colpevole pensava che il suo atto non fosse illegale (nell'ed. francese *illégal*) poichè egli si ingannava sulle circostanze reali dell'atto il tribunale ne giudicherà secondo la rappresentazione che il colpevole se ne faceva. Se l'errore del colpevole riposa su di un altro motivo, il tribunale può attenuare la misura della pena: se questo errore è scusabile per circostanze speciali il tribunale può attenuare eccezionalmente la pena od esimerne il delinquente ».

le fosse un requisito del *dolo* (anche perchè al capoverso dell'art. 13 si stabiliva che, se l'errore dipendesse da colpa, avrebbero avuto applicazione le sanzioni proprie dei reati colposi), d'altro lato il disposto del par. 17 aveva evidentemente portata generale; parrebbe poi in base alla citata disposizione che il fatto solo che l'agente non riuscisse a scoprire la immoralità della sua azione avesse efficacia scriminante, ma viceversa, poichè al paragrafo 71 si stabiliva una diminuzione di pena quando il movente dell'azione « consisteva per l'agente nel convincimento di esservi obbligato dalle sue convinzioni morali, religiose o politiche », ne derivava che, a meno che il legislatore non avesse pensato che questo disposto dovesse applicarsi solo al caso, abbastanza raro, in cui l'agente sapesse di violare la legge, era dolosa l'azione contraria alle concezioni morali dominanti.

Si riconosceva esplicitamente questa incertezza dichiarando (*Relazione*, pag. 16) che la disciplina data all'errore di diritto « si avvicinava assai alla concezione, che faceva della coscienza della illecità un elemento essenziale del dolo o che la richiede accanto al dolo, come condizione di punibilità, mentre coerentemente al suo principio informatore, di non volere inceppare lo sviluppo della nozione del dolo con decisioni legislative», il *Progetto* si astiene da una presa di posizione su questa questione controversa ed indica soltanto le conseguenze alle quali si perviene senza indicare il fondamento di esse; dettando però, come vedemmo, soluzioni dalle quali è difficile trarre un principio qualsiasi (236).

Naturalmente una proposta del genere non poteva andar esente da critiche essendosi, come ricorda la *Relazione* al Progetto 1927,

(236) Secondo il *Progetto* del 1925: « L'agente è punibile anche allorchè erroneamente ritiene che la sua azione sia proibita soltanto da una norma del diritto privato ed abbia perciò soltanto conseguenze di diritto privato. Egli ha riconosciuto che la sua azione era proibita anche quando abbia ritenuto che la proibizione giuridica sia una *lex imperfecta* e che nessuna conseguenza derivi dalla sua lesione » (Cfr. *Relazione*, loco citato). Non avremmo che a ripetere al riguardo la critica già affacciata al n. 4.

obbiettato « che una simile disposizione avrebbe confuso i confini tra diritto e morale » (237).

48. La *Relazione* al nuovo *Progetto* 1927 osserva che con quel sistema si fa dipendere « la decisione da un estremo che assai spesso è difficile da fissare. Le vedute su ciò che sia immorale sono assai spesso diverse ed oscillanti. Quello che ad uno sembra immorale è ritenuto da altri permesso, spesso anzi moralmente richiesto. Infine la regola proposta dal Consiglio dell'Impero condurrebbe a ciò, che taluno sarebbe « punito soltanto per il fatto di avere delle vedute morali particolarmente rigorose e non sufficiente forza di volontà per conformare ad esse la sua vita ». Perciò il nuovo *Progetto* abbandona il concetto di « Unerlaubt ». Unerlaubt non va bene perchè troppo lato, d'altra parte « Ungesetzlich » appare troppo ristretto, e potrebbe ingenerare « un altro equivoco e cioè che l'agente sia discriminato solo che egli erroneamente ritenga che non vi sia alcuna espressa proibizione di legge, che interdica la sua azione ». Per l'ultimo *Progetto* basta che « l'agente fosse in stato di riconoscere che la sua azione contraddice allo spirito ed al fine dell'ordinamento giuridico; che essa, in altre parole è illegittima (rechtswidrig). Ma la parola *rechtswidrig* non va bene, perchè « si è parlato nella dottrina della coscienza della *Rechtswidrigkeit* in diversi significati ed al concetto è stato attribuita spesso « una significazione troppo ristretta che equivarrebbe ad assegnare « al campo dell'illecito penale limiti troppo ristretti e porterebbe a « ciò che la coscienza della illiceità si farebbe coincidere colla coscienza della punibilità », per consacrare il concetto adottato è mestieri quindi mettere in fucina un'altra parola: la non conformità al diritto (*Unrechtmässige*) della azione.

Con l'adottare una nuova parola (di cui naturalmente si fa applicazione anche nel dettare la definizione di imputabilità (par. 13), tutto è risolto?

A noi pare che le incertezze restino, massime quando la *Relazione* dichiara: « Il *Progetto* intende la parola non « conforme al

(237) Su questo rilievo, di scarso fondamento, vedi n. 23.

diritto » nel suo significato più ampio. Esso deve coprire ogni contraddizione con l'ordinamento giuridico ed è indifferente se si tratta di diritto « *gestezes oder nicht gestezes* » pubblico o di altro ramo».

Il concetto di « morale » era alquanto elastico, ma questo concetto di conoscenza dell'« ordinamento giuridico », indipendente dalla conoscenza delle norme del diritto positivo, di cui esso non può essere che la sintesi e l'espressione, per noi è quanto di più inconsistente si possa immaginare.

49. Su un punto almeno il *Progetto* del 1927 è esplicito nel rilevare che questo, ch'esso ha fissato, non è un elemento costitutivo del dolo; infatti, mentre da un lato detta al paragr. 17 una definizione del dolo in rapporto all'evento, che prescinde da ogni riferimento alla coscienza della illecità, espressamente dichiara nella *Relazione* che si può agire dolosamente anche se si versi in errore di diritto, mentre nel concetto di dolo sono impliciti gli elementi per risolvere tutti i quesiti relativi all'errore di fatto (238).

Così dunque, sia pure attraverso una soluzione che dal punto di vista della opportunità ci pare discutibile, l'ultimo *Progetto* converge con le conclusioni dogmatiche da noi prospettate (vedi n. 30).

50. Dal punto di vista della politica legislativa il sistema tedesco si espone ad una critica ovvia: la questione si riapre allorquando par risolta. Che si deve intendere per errore scusabile di diritto? Bisogna ricorrere alla tradizione, la quale ritiene scusabile l'errore « invincibile ». L'invincibilità o inevitabilità che dir si voglia si dovrà considerare in senso obbiettivo o subiettivo? In altre parole occorrerà che non fosse possibile alla normalità delle persone di evitare quell'errore o che non lo fosse all'agente in particolare? Dichiarare l'impossibilità obbiettiva o generale equivarrebbe, ci pare, ad abrogare la legge; dunque si avrà riferimento all'impossibilità per quel tale individuo, tenendo conto delle sue attitudini partico-

(238) Del resto non è elevata a condizione di punibilità la coscienza della illegittimità, ma la semplice possibilità di una tale coscienza (*Relazione* citata).

lari, condizioni di vita, ecc., il che del resto par confermato dalla nozione di imputabilità del par. 17. Ma d'altra parte il requisito di una tale possibilità soggettiva a conoscere l'illiceità dell'azione come si accorda con il concetto di *colpa*?

51. Se ci atteniamo alla nozione di colpa del diritto positivo italiano, notiamo subito che per varie ipotesi esiste uno stridore psicologico ed in qualcuna una assoluta logica inconciliabilità, tra il caso previsto dalla legge e la capacità o possibilità subiettiva di rendersi conto della illiceità del fatto. In verità quanto al codice tedesco le cose non si pongono esattamente negli stessi termini. Per il nostro diritto la nozione di colpa dettata dal *Progetto*, e già implicitamente fissata nel codice vigente, è esaurita con questi elementi. La volizione di un fatto, la illiceità di esso, un rapporto di causalità tra il fatto illecito ed evento dannoso. La prevedibilità o l'imprevedibilità sono ipotesi estranee ed indifferenti. Secondo il recente *Progetto* tedesco agisce colposamente (par. 19): « chi trascura la diligenza alla quale è tenuto secondo le circostanze e secondo i suoi rapporti personali e perciò non prevede che possa verificarsi l'evento punibile o, per quanto lo ritenga possibile, confida tuttavia che ciò non debba accadere ». Si fa quindi precisamente richiamo a quel concetto di prevedibilità che secondo il diritto italiano (239) rilevammo essere ad essa estraneo.

La maggior differenza tra quel diritto e il nostro si rileva in tema di *inosservanza di regolamenti, di ordini*, ecc. Per noi occorre che l'agente preveda la conseguenza lesiva che possa derivare dalla inosservanza di regolamenti, ecc.; anzi questi sono in genere dettati precisamente per prevenire dei pericoli, dai quali si è dimostrato che la comune prudenza non è sufficiente a tener lontani (vedi ad es. le recenti norme circa l'uso dei gas tossici, Regio Decreto 9 Gennaio 1927 N. 147 e reg. rei.); apparirebbe comunque assurdo richiedere la conoscenza di quella, che in certo senso si potrebbe dire la « ragione » dei regolamenti, ordini ecc., dal

(239) MANZINI, *Trattato*, I, 519, 520; Cass. 18 Ottobre 1926, *Sc. Pos.* 1927, II, 161.

momento che non occorre che di essi si conosca l'esistenza (240), ma basta che si agisca diversamente da quanto essi prescrivono; dunque in questo caso per noi vi è colpa anche se non vi è possibilità di renderci conto della illecità del comportamento (241).

Ma in massima, ed all'infuori di questo caso, come conciliare la imprudenza con la coscienza dell'imprudenza? Imprudente, ce lo dice l'etimologia (*pro-video*, per cui letteralmente equivale a imprevedente, inconsiderato, disavveduto) è colui che non antivede le conseguenze che potranno derivare dall'atto (242) che egli compie; chi ha il sentore di correre un rischio (più che imprudente, se il pericolo che corre è ristretto alla sua persona, lo diciamo audace), precisamente per la coscienza che ne ha, farà in genere quanto valga ad evitarlo, nei limiti dell'azione decisa ed è quindi molto meno propriamente dichiarato imprudente di chi invece compie le azioni più pericolose con una assoluta incomprensione del pericolo cui espone altri o sè stesso (243). Ciò appare ancor più manifesto

(240) Si noti che qui non si può nemmeno ricorrere al dovere civico di conoscere le leggi per rimbalzare la colpa dall'azione od omissione in questione all'altra omissione precedente, costituita dal non conoscere la legge (vedi n. 19) perchè qui si considerano (in una con leggi extra-penali) *discipline* extragiuridiche.

(241) Del resto, anche in diritto tedesco: « Ci si inganna da sè quando si dice che, solo con la conoscenza dell'ordine, l'ordine può essere violato; nei delitti colposi la lesione sta appunto nel non conoscere l'ordine ». SCHMITT, op. cit. 85.

(242) Imprudenti si è senza aver la coscienza di esserlo, nè correlativamente dipende dalla volontà l'essere prudenti o no. Senza escludere che una persona abitualmente prudente possa commettere eccezionalmente un'imprudenza è noto che d'ordinario l'imprudenza si presenta come una particolarità costante del carattere di un individuo, onde non a torto, secondo noi, si parla a proposito della pena di reati colposi, di *Charakterstrafe* V. BAR, op. cit. II, 444.

(243) ZU DÖHNA, *Zum neuesten Stande der Schuldlehre*, Z, XXXII, 327: « la incuria con la quale un uomo chiude gli occhi alle conseguenze immediatamente minacciose della sua azione può rivelare un contenuto di colpa assai maggiore della fiducia con la quale un altro crede di escludere le conseguenze dannose che pure riconosce come possibili ». Qualche autore invece fa della imprudenza con « coscienza della im-

quanto all'imperizia. Quì veramente è il caso di ripetere, esser già prova di gran sapienza conoscere la vastità della propria ignoranza, onde si può dire che imperizia e incoscienza della propria imperizia vadano di pari passo (244).

Un concetto di colpa, che corrispondesse all'esaminato presupposto di punibilità e per cui essa consisterebbe nella violazione di un dovere di diligenza commisurato alla capacità dell'agente (245), a prescindere dalle critiche alle quali si esporrebbe, tra l'altro per la incertezza del suo confine con il dolo, (246) divergerebbe affatto dal sistema del nostro diritto.

52. Contro la definizione del dolo in relazione al solo fatto si appunta una critica, che, se frequentemente reputata, non è perciò più con-

prudenza » un grado speciale e più grave di colpa, *la luxuria*, ma concio ancora una volta è ribadito che vi sono altre forme di colpa in cui questa coscienza non si richiede.

(244) L'evidenza di questa verità si ha in quei casi (che direttamente non interessano il diritto penale) in cui la violazione della norma di perizia è fatta dall'agente ai propri danni; gli inesperti, appunto perchè tali, sono portati a ritenere sempre esagerate e pedantesche le prescrizioni dettate da chi ha esperienza; questo disprezzo, che è causa di tante disgrazie, deriva precisamente dal fatto che costoro non si rendono conto della propria imperizia. V. HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlaessigkeit, Irrtum*, V. D. A. T., III, 568, ritiene che la misura della diligenza debba fissarsi secondo un criterio obbiettivo, senza riferimento alla persona dell'agente, pur riconoscendo che è possibile rimproverare un'azione contraria al dovere (*Pflichtwidrige*) solo in quanto ci si riferisca al criterio subiettivo, poichè « *ultra posse nemo obligatur* ». Nel senso del criterio obbiettivo la costante giurisprudenza del Tribunale dell'Impero è del resto il paragrafo 376 del Codice Civile germanico. Vedi su ciò, assai contorto, MAYER, *Schuldhafte Handlung*, 118-119.

(245) Il *Progetto* tedesco, 1927, crede di poter fissare la distinzione tra colpa cosciente (*bewusste Fahrlaessigkeit*) e *dolus eventualis* ponendo come condizione della prima che l'agente « confidi tuttavia che ciò non debba accadere »; essa si caratterizzerebbe per questa « *intimoriglio* » (*Relazione*, pag. 19 « *innerliche Ablehnen* ») dell'evento dannoso. Come sia agevole riscontrare praticamente un tale atteggiamento psichico non sapremmo davvero!

(246) Così ad es. BELING, *Lehre von Vebrechen*, 180; ALLFELD, *Recht-sirrtum*, 9; ZU DOHNA, *Schuldbegriff*, 321.

sistente: che, cioè, in questo modo si viene a costruire una *responsabilità senza colpa* (247); se da noi si nega che della colpa penale costituisca requisito essenziale la coscienza della colpevolezza (*Schuldbewusstsein*), è chiaro che questi critici si dibattono in una petizione di principio, poichè assumono come argomento precisamente ciò che dovrebbero dimostrare.

Nè una tale dimostrazione può riuscir loro agevole. Infatti: o la coscienza della illecità dell'atto (comunque formulata) è considerata come requisito esclusivo e distintivo del dolo, e per ciò appunto si ammette l'esistenza di un torto penale, la *culpa*, al quale tale consapevolezza è estranea (248); oppure, si ritiene che la coscienza della colpevolezza o, come il *Progetto* tedesco, la possibilità di questa coscienza sia requisito di punibilità per ogni specie di colpa penale (249) e con ciò implicitamente lo si dichiara elemento estraneo alla definizione del dolo, come appunto il *Progetto* tedesco riconosce.

53. Ma l'obbiezione secondo noi non regge nemmeno se, anzichè a modificare la nozione di dolo, tenda a porre un nuovo requisito di punibilità. Essa in realtà si basa su due postulati: 1) non vi è colpa penale senza colpa morale; 2) requisito della colpa morale è la coscienza della colpevolezza. Quanto al primo è da osservare che la non coincidenza tra colpa penale e colpa morale, buona o cattiva che sia, è già un *fatto* del diritto positivo, che deriva dalla non coincidenza tra norma morale e norma penale (cfr. n. 23). Col secondo postulato poi si dà per ammesso ciò che è ben lungi dall'essere pacificamente accettato; anzi ciò che è seriamente controverso.

(247) Esclude dalla *culpa* la coscienza della colpevolezza (avvertendo che in tal caso sarebbe dolo) lo stesso BELING, op. cit. 187. Nel senso del testo: LUCCHINI, *Reato e delinquente*, Riv. Pen., XXI, 282.

(248) Così ad es. BASEDOW, *Die Strafrechtliche Verschuldung*, ZU DOHNA, *Schuldbegriff*, 305, 324; MAYER, *Kulturnormen*, 78.

(249) Sull'offuscarsi della coscienza al momento del reato, vedi HOFFDING, *Saggio di una psicologia basata sull'esperienza*, trad. it. BAGLIONI, 1913, 341. Comunque è ovvio il rilievo che i reati d'impeto, sarebbero impuniti (LUCCHINI, *il reato* ecc. 281) poichè sono caratterizzati dal difetto di questa valutazione etica.

54. Anzitutto non è detto che ad ogni volontà corrisponda nel momento stesso dell'azione una valutazione morale (250). Osserva ROSMINI: (251) all'azione si accompagna sempre un giudizio pratico, ma la « coscienza è un giudizio speculativo e morale, che determina come dev'esser fatto il giudizio pratico », onde la coscienza morale non sempre è « concomitante » ma anche « antecedente » e più spesso assai « conseguente » (*Principi*, art. VII) (252). Ciò posto, in qualche momento si dovrebbe esigere la coscienza della colpevolezza nell'agente? Nel momento in cui l'azione viene compiuta? Ciò equivale ad escludere la colpa tutte le volte che la coscienza morale non è « concomitante » (253). D'altra parte il ritenere che più tardi l'agente debba essersi convinto di aver malamente agito, come propone il ZU DOHNA, (254) oltre che per far dipendere, ove questo requisito venga reso condizione di punibilità, il diritto di punire da un atto posteriore ed eventuale dell'agen-

(250) ROSMINI, *Principi della scienza morale*, III.

(251) Su ciò vedasi anche VIDARI, *Etica*, 1902, 153: « gli uomini che operano male o lo fanno perchè lo sanno e lo vogliono e sono malvagi, o, perchè non lo sanno e non se lo propongono e sono ignoranti e disgraziati, o perchè non lo sanno ma se lo propongono e sono ignoranti e malvagi ».

(252) Come fu già osservato dallo SCHMITT, op. cit. 84.

(253) ZU DOHNA, *Schuldbegriff*, G. S. LXV, 320.

(254) Il nostro codice penale non ignora la variabilità di questi atteggiamenti della coscienza morale. La desistenza (art. 61 C. P.) non corrisponde ordinariamente ad una valutazione morale che l'agente prima non aveva compiuto? (In questo caso, secondo la tesi dei nostri contraddittori « l'atto eseguito si dovrebbe ritenere senz'altro innocente, mentre la legge lo punisce in quanto costituisca reato »). Altrettanto si può dire del ravvedimento e non v'è quasi reato in ordine al quale il legislatore non ne consideri l'ipotesi con conseguenze di esenzione o di diminuzione di pena. (133 n. 1, 216, 221, 232, 241, 253, 262, 330, in certo senso 352, 432, C. P. Vedi anche l'art. 64 n. 5 del *Progetto*). Per la nozione giuridica di pentimento cfr. LIEPMANN, *Die Reue von Kriminalistischen Standpunkt*, Z, XXI, 78; TOLOMEI, *Il pentimento del diritto penale*, 1927, 213 segg.

te (255), che si guarderà bene dal farci sapere che egli ha la coscienza d'essere stato in colpa, non sembra un'applicazione coerente del principio. Se perchè vi sia *colpa* occorre la consapevolezza della colpa, ciò che fu compiuto inconsapevolmente è innocente, nè può diventare colpevole per il fatto che successivamente sorga una tale coscienza. Anzi la più grave obbiezione contro la costruzione di una colpa basata sulla coscienza della colpevolezza sta nel dato sperimentale del pentimento e del rimorso per azioni delle quali, per una ragione qualsiasi, errore di fatto, tumulto passionale, valutazione sbagliata della prevalenza di certi doveri su altri, non ci è apparsa la immoralità al momento in cui li abbiamo compiuti. Se fosse vero quanto si postula, che non c'è colpa se non c'è coscienza della colpevolezza, in tutti questi casi non vi sarebbe stata colpa morale e tanto meno quindi potrebbe esservi autocensura morale (256). In verità giova non dimenticare che quando diciamo una azione morale o immorale, lecita o illecita, non indichiamo una proprietà dell'azione stessa considerata per sè, che necessariamente debba essere avvertita da chi la compie, ma soltanto dei giudizi che di essa si possono fare (257). Una valutazione

(255) «Come mai Giocasta, come mai Edipo si sentiranno colpevoli se peccarono inconsci? Se veramente Edipo potesse dire di sè, come gli fa dire VOLTAIRE, «inceste et parricide et pourtant vertueux», chi intenderebbe l'atroce punizione che infligge a sè stesso?. Lo comprendete nell'*Edipo re* di SOFOCLE, quando egli si proclama: «scellerato, miserabile, il più scellerato degli uomini».

(256) Cfr. in questo senso KLEE, op. cit. 16. Lo ammette del resto LIEPMANN, *Ethische Elemente*, Z. XIV, 460 laddove definisce per colpa «un'azione che noi disapproviamo».

(257) Molti autori, per rappresentare più chiaramente la distinzione tra colpa e coscienza della colpa e cioè la possibilità di una valutazione morale di un'azione indipendentemente dalla coscienza che di tale valutazione abbia l'agente, si richiamano al giudizio estetico ed osservano che l'essere un'opera d'arte bella o brutta è affatto indipendente dalla scienza, che avesse o meno l'artista, che l'ha prodotta, delle norme secondo le quali sarà giudicata (KOHLEAUSCH, op. cit., 28; ZU DOHNA, *Schuldbegriff*, 318).

qualsiasi, giuridica, etica, estetica, (258) non può che essere obbiettiva o, se si voglia, extrasubiettiva rispetto all'agente; ogni atto è subiettivamente giustificabile, come ogni opera, in quanto è compiuta per una finalità d'arte, è subiettivamente un atto di bellezza il che non toglie che possano esser giudicate moralmente riprovevoli o esteticamente brutte. Nè faccia velo il fatto che il singolo può ripiegarsi su sè stesso e giudicare l'opera propria; per far ciò egli deve exteriorizzarsi, in relazione allo stato suo al momento dell'azione e quindi ancora una volta seguire un criterio obbiettivo (259), mentre è canone psicologico indiscusso che « in ogni coscienza personale gli stati psichici sono in continuo cambiamento » (260).

Altri invece osserva che in rapporto all'opera d'arte le esigenze obbiettive sono di natura tecnica, mentre quelle di natura prettamente artistica non possono che esser subiettive, ammettendo invece che il giudizio morale abbia, nella prevalenza dell'interesse morale, carattere obbiettivo (SIMMEL, *Fragmente und Aufsätze aus den Nachlass und Veroeffentlichung der letzten Jahren*, 1923, V, *Gesetzmaessigkeit im Kunstwerk*, 221). Ci sembra che; a prescindere dai canoni tecnici, il soggettivismo nella valutazione artistica sia sempre riferibile a colui che apprezza l'opera (critico, artista stesso nel momento del riesame ecc.) non diversamente da quel che avviene nel giudizio morale.

(258) La glorificazione della morale autonoma o puramente soggettiva si risolve nella negazione della morale come norma di convivenza. FERNECK, *La norma*, 203: « una norma completamente subiettiva non si capisce, non sarebbe più norma sibbene arbitrio individuale ». Se noi crediamo talvolta di accettare il punto di vista subiettivo, si è unicamente perchè esso è informato ad un sistema morale che non è il nostro, ma che tuttavia comprendiamo fino ad un certo punto e apprezziamo; come quando l'ateo si pone dal punto di vista del credente, il giudice dal punto di vista dell'anarchico, ecc. Ma la concessione non è che apparente perchè non si compie se il sistema morale considerato sia assolutamente repugnante a chi giudica.

(259) JAMES, *Principi di psicologia*, trad. it. FERRARI, 1901, 138.

(260) Osserva il KOHLRAUSCH (*Rechtsirrtum*, 34), che far dipendere la colpa dalla rappresentazione della contrarietà dell'azione al dovere, vuol dire far corrispondere la gravità della colpa all'intensità della rappresentazione di questa contraddizione. Così sarà colpevole al massimo

55. Che il singolo abbia coscienza della immoralità della propria azione non può dunque essere elemento costitutivo della colpa morale, a meno che non si vogliano ritenere moralmente lecite quelle azioni, che, nell'opinione comune, che fa della amoralità il limite estremo della immoralità, sono ritenute più gravemente colpevoli; (261) infatti a questa stregua per giudicare taluno colpevole occorrerebbe porlo al metro del sistema morale da lui stesso accettato nell'obbedienza del quale il più abietto degli uomini può portare la stessa intransigente virtù che pratica il santo per il suo credo etico (262). Va da sé che può concepirsi anche una morale

grado l'eroe morale, che la passione ha travolto in un'ora di abbandono, ma Nerone, ma Borgia sono innocenti, perchè non ebbero coscienza della propria colpevolezza.

(261) Dice MAETERLINCK, *La sagesse et la destinee*, XI, III: « chi ha assassinato vi dirà: io assassino è vero, ma non rubo, chi ha rubato ruba ma non tradisce e colui che tradisce non tradisce suo fratello... per il più abietto degli uomini c'è sempre un luogo sacro... ove attinga la forza per continuare a vivere ».

(262) L'Etica Cristiana, anzitutto, nella parola dei suoi massimi Dottori, S. AGOSTINO e S. TOMMASO: « quia voluit ergo fecit et si non quia voluit peccavit, nesciens peccatum esse quod fecit, ita nec tale peccatum sine voluntas esse potuit, sed voluntate facti, non voluntas peccati, quod tamen plenum peccatum fuit, hoc enim factum est, quod fieri non debuit ». S. AGOSTINO, *Retractationum libri duo*, I, C. 15 (*contra Manicheos de duabus animabus*). « Non omne peccatum fit ex contemptu sed quandoque ex ignorantia ». S. TOMMASO, *Summa, Pars secunda secundae*, 9, 192, II. Del resto S. PAOLO, non si dichiarava « il primo dei peccatori » per un peccato come quello della persecuzione dei cristiani, ch'egli dichiara di aver commesso « per ignoranza e per zelo »? In verità seguendo diverso insegnamento il motto di S. AGOSTINO: « Necesse est ut peccetur a quo ignoratur justitia » dovrebbe esser capovolto: ne peccetur necesse est ignorare justitiam » e tutta l'opera di propaganda evangelica diverrebbe inspiegabile. Nè vale invocare il detto di Gesù: « perdonate a costoro perchè non sanno quello che fanno; perchè il perdono si invoca anche per i colpevoli ». Sulla possibilità di incorrere in colpa senza coscienza della colpevolezza vedi anche LEVITICO, V. 14, 15 e 17.

basata sul puro soggettivismo, in forza della quale vi sia solo colpa quando vi è coscienza della colpevolezza ma non è senza importanza che i sistemi morali che più costantemente hanno influito nel corso dell'umanità (263) repugnino a questo concetto. Non a caso da Socrate a S. Tomaso, noi troviamo addirittura identificate conoscenza del bene e volontà del bene (264) mentre ad un concetto obbiettivo è informata la morale Kantiana (265) ad un criterio obbiettivo si attengono in genere quanti tendono all'identificazione del diritto con la morale, ritenendo colpa morale l'infrangimento della norma morale accettata o no dal singolo (266). Valga per tutti l'insegnamento di HEGEL, l'influenza del quale è immediata (267) negli studiosi tedeschi, conforme del resto alla impostazione già data alla questione dal PASCAL, nella quarta delle *Let-*

(263) Cfr. ROSMINI, *Etica*, VI, cap. 5. Non diversamente ARISTOTILE, *Etica*, III: «ogni uomo malvagio è ignorante di quello che si debba fare e di quello onde si debba astenersi e per tale ignoranza si cagiona in noi la ingiustizia e la cattiveria». Del resto per ritornare più strettamente al tema giuridico il v. FERNECK, *Die Schuld*, 254, indica la colpa come colpa dell'intelligenza (*Verstandesschuld*).

(264) GENTILE, *Osservazioni, al Principio della morale di Rosmini*, 202.

(265) Cfr. LANZA, *L'umanesimo come sistema filosofico e come sistema giuridico*, 1925, 137. LOQUERCIO, *Del diritto in rapporto alla morale secondo la scuola umanista*, 1925, 16. Del resto già il FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 42, osservava che per la determinazione del dovere doveva prendersi in considerazione solo l'aspetto obbiettivo delle forze, si trattasse poi di forze giuridiche o morali. Contra: SIMMEL, *Einleitung in die Moralwissenschaft*, I, 260, «chi non sa di avere alcun dovere non può avere colpa se lo viola».

(266) «Che il delinquente nel momento della sua azione, debba essersi rappresentato chiaramente il torto e la punibilità di essa perchè possa essergli imputata come delitto, quella pretesa, la quale sembra garantirgli il diritto della sua soggettività morale, lo priva, invece, della immanente natura intelligente». HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. MESSINEO, 1913, 119. (par. 132).

(267) PASCAL, *Quatrienne lettres écrites à un Provincial par un de ses amis* (sur le sujet des disputes présentes de la Sorbonne), Paris, 25 Fevrier 1656.

tres ecrites à un Provincial, (268) ove così ironizza: « Point de ces demi-pêcheurs, qui ont quelque amour pour la vertu: ces seront tous damnés ces demi-pêcheurs. Mais pour ces francs pêcheurs, pêcheurs endurcis, pêcheurs sans mélange, pleins et achevés, l'enfer ne les tiens pas (269). Ils ont trompé le diable à force de s'y abandonner » (270).

Quando dunque in tema di colpa penale si dichiara che essa sussiste indipendentemente dalla coscienza della colpevolezza (e quindi prescindendo dalla possibilità di una tale coscienza), si afferma un principio che potrebbe valere anche nella ipotesi che la colpa penale si identificasse con la colpa morale.

56. L'esaminata obiezione non è dunque affatto consistente nè tale appare maggiormente nemmeno ove la si consideri proposta con una diversa formulazione, che potrebbe essere questa: voi

(268) Così nel campo del diritto osserva il LUCAS, op. cit. 84, che il delinquente d'abitudine dovrebbe esser trattato più mitemente di quello di occasione. Argomento ripreso da HEINEMANN (Z, XIII, 392) e al quale non è venuta risposta alcuna tranne quella dell'HAGEN, che distingue tra *sentimento del diritto* e *coscienza della legittimità*. Il difetto di sentimento del diritto (Rechtsgefühl) è esso stesso colpa (secondo VAN CALKER, *Ethische Werte*, 39, il grado più alto della colpa); il difetto di coscienza della illegittimità esclude la colpa. Spiegazione ben curiosa quando si pensi che proprio secondo questi autori la colpa non consiste nella coscienza della illegittimità, che si ammette non potersi avere se non attraverso la conoscenza della legge, ma è costituita dalla coscienza della immoralità, che abbiamo ben chiara in quanto partecipiamo allo spirito popolare che l'elabora!

(269) E' interessante notare come nella polemica il contraddittore ipotetico ricorra ad una scappatoia a noi nota: « Afin que vous sachiez comment nous sauvons ces inconvénients, sachez que nous disons bien que ces impies dont vous parlez seroient sans p(ché... mais nous soutenons que... Dieu n'a jamais laisser pécher un homme sans lui donner auparavant le vûe du mal qu' il va faire ». Una presunzione, dunque, incontrovertibile di coscienza della colpevolezza morale, contraria alla realtà; poichè come il PASCAL fa osservare al giansenista « il y a mille gens qui... pêchent sans regret, qui pêchent avec joie, qui en font vanité ».

(270) In DOHNA, *Schuldbegriff*, 305.

fate in sostanza consistere la colpa, anzichè in un dato atteggiamento psichico dell'agente, nel carattere obbiettivo dell'azione (271), quindi contradditte al progresso del diritto, il quale è andato muovendosi dalla responsabilità obbiettiva (Erfolgshaftung) verso la responsabilità da colpa (Schuldhaftung).

A questo riguardo ancora una volta sarà necessario fissare che ben diversi sono i concetti che si possono trarre dal diritto tedesco (e che troppo spesso sono passivamente ricevuti nella nostra dottrina come generalmente accettabili) e quelli ai quali informa il nostro diritto; sia il *Progetto* tedesco del 1925 che quello del 1927 si sono sforzati di bandire in tutti i modi la responsabilità obbiettiva (272), dettando le norme del par. 15 del primo *Progetto* (21 del secondo): « la pena più grave che si ricollega a conseguenze particolari dell'azione può essere irrogata soltanto quando l'agente ha, almeno colposamente, provocato tali conseguenze ». Nel *Progetto* italiano invece i casi di responsabilità senza colpa ricevono estensione assai notevole; basti pensare al capoverso II dell'art. 45, che esplicitamente vi fa riferimento, all'art. 47 che disciplina per la prima volta legislativamente le « condizioni obbiettive di punibilità », all'art. 59 che dà riconoscimento ed estensione alla responsabilità specialissima dell'art. 36 editto 26 Marzo 1848 sulla stampa, all'art. 116 per cui le « circostanze oggettive che aggravano..... la pena anche se non conosciute da tutti coloro che concorsero nel reato sono valutate a carico di essi », al par. 119 capov. per cui sono sempre applicabili le aggravanti che riguardano l'età o altre condizioni o qualità fisiche o giuridiche della persona offesa (273).

(271) Vedi *Relazione* 1925, pag. 16; *Relazione* 1927, pag. 20.

(272) Così, poichè la seduzione con promessa di matrimonio con inganno è reato, questo sarà aggravato se si commetta nei confronti di persona minorenni pure ignorando tale qualità del soggetto passivo: è precisamente soluzione opposta di quella alla quale fa espresso richiamo la *Relazione* al Progetto tedesco 1925, pag. 16.

(273) Sulla tendenza del diritto francese ad estendere casi di « presunzione di colpa », che si risolve praticamente in responsabilità senza colpa, vedi ROUX, *Cours de droit criminel française*, 2.º ed. 1927, I, 147.

Io non intendo con ciò affermare che i casi in cui è fissata questa responsabilità nel *Progetto* siano incondizionatamente approvabili, poichè questo esula dalla presente indagine, ma constatare pregiudizialmente che, quando si voglia aver riferimento non a ciò che si desidera che sia, ma a ciò che è, non si può stabilire senz'altro una tendenza all'abbandono della responsabilità senza colpa (274).

57. Ammesso comunque che il diritto penale debba procedere dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità in base a colpa (275), sul che qualche riserva fu fatta (276), non è affatto vero che vi si contraddica ponendo in chiaro che per le ragioni sovraindicate, altro è la colpa altro è la coscienza della colpevolezza. Ha già osservato il KOHLRAUSCH (277) che la natura formale del diritto penale non muta: è mutato l'oggetto del giudizio: un tempo il risultato dell'azione, oggi il comportamento dell'agente, ma il criterio in base al quale o l'uno e l'altro si giustifichino o si condannino è lo stesso.

58. E' esatto invece che il progresso si è manifestato nel diritto penale attraverso una sempre più alta valutazione dell'elemento spirituale, con una tendenza, del resto comune a tutta la scienza giuridica moderna, a considerare la vita spirituale non meno che la materiale (278), onde sarebbe grave, se, come pare a qualche avversario della indicata nozione di dolo, questa, a differenza delle più anticamente proposte, prescindesse da elementi spirituali.

A prima giunta infatti chi dice: ogni colpa penale dev'essere anzitutto colpa morale, sembra enunciare una massima di superiore elevatezza etica. Vediamo però come le cose si vengano a svolgere nella realtà.

(274) Così VAN CALKER, *Ethische Werte*, 13, pur avvertendo che non si è giunti al limite estremo di questo processo.

(275) Vedi VANNINI, *Per un concetto unitario di colpevolezza*, *Studi Senesi*, XL, 1926, 315. Vedi però ivi indicato diversamente che nel testo il rapporto tra colpa e coscienza della colpevolezza (op. cit. 326).

(276) KOHLRAUSCH, *Rechtsirrtum*, 31.

(277) FRANK, *Vorstellung und Wille*, 169.

(278) MAYER, op. cit. 18.

Se non vi è colpa penale senza colpa morale il giudizio penale viene ad essere un giudizio etico: chiediamo, dunque, alla stregua di quale legge morale sarà giudicato? Se si osasse rispondere: « in base alla morale assoluta » a noi non resterebbe che rilevare che questa sarebbe, in definitiva, semplicemente la morale che tale sembrasse al giudice: ma, a prescindere dai riflessi pratici circa gli errori e gli arbitri a cui una soluzione cosiffatta condurrebbe, non avremmo ragione di negare alla risposta nè un rigore logico nè una elevata dignità morale; ma la risposta che si dà comunemente, e che praticamente è inevitabile che ci si dia, è tutt'altra: « si giudicherà in base alla *morale riconosciuta* ». Così ad esempio il MAYER (279), che avverte al riguardo che se taluno si prende il lusso di avere idee sue proprie, non ignora però che la sua morale privata « non è riconosciuta ». « Riconosciuta »? Vien fatto di chiedere » e da « chi »? (280). Dalla maggioranza (die grosse Menge) ci risponde il MAYER (281), aggiungendo che in ciò all'essere socialmente spregevole viene accomunato l'eroe « che vive secondo un ordine nuovo e migliore come cittadino di una nuova era ». Per questo Autore, come per il MERKEL (282) assume importanza simbolica la crocefissione di Cristo tra i due ladroni.

Importanza simbolica l'assume anche per noi, per dimostrare le aberranti conseguenze di questo moralismo (283). Che la maggioranza abbia un'importanza per le finalità empiriche che il di-

(279) ALLFELD, op. cit. 21, ha riferimento alla moralità « richiesta dallo Stato »; avevamo dunque a che fare con una morale ufficiale.

(280) Così anche JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, trad. it. 607, n. 1.

(281) MERKEL, *Gesammte Abhandlungen*, 1867, II, 563.

(282) Una morale che non ha posto per l'eroismo e che fu costretta, come fa esplicitamente il DURKHEIM, *Division du travail social*, 1893, 24, a relegarlo nell'« estetica morale », ci appare un che di mostruosamente contraddittorio. Cfr. anche ENDEMANN, *Civilcourage und Strafrecht*.

(283) « Nessuna *maggiorità* ha per sè stessa diritto di comandare a nessuna *minorità*, perocchè non v'ha autorità puramente umana, che possa esser legge atta a legare moralmente altri uomini. ROSMINI, *Il principio della morale*, a cura di GENTILE, 3.ª ed. 1924, 116.

ritto si propone è evidente, ma che in tema morale si debba preferire un sistema ad un altro sol perchè è professato dalla maggioranza, è troppo. Della maggioranza, dice con una delle sue frasi incisive un Maestro delle nostre discipline « è meretrice solo la politica ». La maggioranza osservava già del resto il ROSMINI (284) non ha a che fare con la moralità (285).

Il sistema criticato dunque non solo non salva dalla sanzione penale chi non abbia avuto coscienza della colpevolezza dell'azione, ma importa che sia bollato con una condanna morale anche chi abbia idee moralmente superiori a quelle della maggioranza dei suoi simili.

Cittadini obbediamo a leggi penali che non approviamo, giuristi le illustriamo, funzionari e giudici ne facciamo applicazione senza turbamento della nostra coscienza poichè, un supremo dovere civico impone di dare in questo senso a Cesare quel che è di Cesare: ma sarebbe ben diverso se ciò implicasse il riconoscere « immorali » le idee religiose, politiche, etiche che a quei precetti siano in contrasto.

(284) Che la maggioranza non abbia a che vedere con un giudizio morale vedilo riconosciuto dal principio, accolto in più Stati dalla « obiezione di coscienza ». Confronta sulla estensione di esso DEVALDES, *L'état mondial de la question de l'objection de conscience*, *Mercure de France*, fasc. CXCVIII, 100.

(285) Quali che siano i confini che si vogliano fissare tra morale comune e morale individuale, per quanto elevato sia il valore che alla morale comune si voglia attribuire, fino al punto di riconoscere nella morale indipendente alcunchè di mostruoso, quasi contrario ad una legge naturale d'armonia, è certo che vi sono casi nei quali l'accettazione, come norma morale della norma comune, sol perchè tale, appare inammissibile; così, ad esempio S. Agostino: « Quae autem contra mores hominum sunt flagitia, pro morum diversitate vitanda sunt, ut pactum inter se civitatis aut gentis consuetudine vel lege firmatum nulla civis aut peregrini libidine violetur. Turpis enim omnis pars uniuerso suo non congruens. Cum autem deus aliquid contra morem aut pactum quorumlibet iubet, etsi numquam ibi factum est, faciendum est, et si omissum, instaurandum, et si institutum non erat, instituendum est », *Confessiones*, III, 8, 57.

A chi vuole che il giudice trascenda ad una condanna morale, alla stregua della morale *comune* ci sia consentito di apporre, come ben più spirituale l'estrema protesta di fra' Gerolamo « hoc enim tuum non est » (286).

59. Piuttosto è da rilevare che la nozione di dolo fissata dal Progetto può indurre a questa domanda: dunque le norme non hanno carattere di comando? Domanda che, data la prevalente opinione sul carattere imperativo delle norme giuridiche in genere e penali in specie (287), può assumere la natura di una obbiezione per argomentazione *ab absurdo*.

60. Si è risposto a questo riguardo che, per quanto ovvio possa sembrare a prima vista che un comando non possa essere indirizzato se non a chi è in grado di intenderlo e di obbedirvi, tuttavia l'imperativo della legge si estende anche a coloro, dai quali non può essere sperata ottemperanza (288). Si è anche replicato che le norme penali non costituiscono un imperativo diretto ai sudditi, ma bensì, come ad es. sostiene il MAYER, un comando indirizzato al giudice (289). Il nostro BATTAGLINI come conclusione

(286) BRUNETTI, *Norme e regole finali*, 1913, 154. Lo STESSO, *Imperativismo puro o pseudo imperativismo?* Sta in *Scritti giuridici vari*, 1915, III, 10. ROCCO, *L'oggetto del reato*, 67. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, trad. it., I, 606.

(287) THON, loco cit. L, 42, 46. Già in questo senso, che l'ordinamento giuridico conosca obbligazioni di irresponsabili, l'altro lavoro del Lo STESSO, *Rechtsnorm und subiectives Recht*, 1878. Vedi al riguardo BATTAGLINI, *Le norme*, 122, nota 2; GERLAND, in *Krit. Vierteljahrs Schriftl*, X, 432, da lui citato: « Se ad una persona viene comandato qualche cosa il fatto che il destinatario non intenda il comando non muta nulla nella direzione e nella natura imperativa del comando. *Comando* è un concetto attivo, non passivo; il conferire non il ricevere serve di criterio ». Vedi pure: FERRARA, *Persone giuridiche*, 349.

(288) Vedi su ciò ROCCO, *Oggetto del reato*, 67 n. 71. MAYER, *Rechtsnormen*, 1903, 9 segg. 35 segg., gli organi dello stato, quali son chiamati ad amministrare la giustizia sono gli unici destinatari dei comandi che dà la legge. In questo senso pare orientato il CIVOLI, *Trattato*, I, 328: « la legge penale deve tendere a infrenare l'arbitrio del giudice e non a compendiare i doveri dell'uomo ».

(289) Già in altro scrittarello ho richiamato l'attenzione sulla neces-

del suo lavoro tutto dedicato a questo problema risponde appunto: « in ogni singola fase che la norma giuridica penale attraversa è sempre diretta in prima linea al giudice, in seconda linea ai sudditi ». (*Le norme penali ed i loro destinatari*, 206), onde egli ritiene « giusta la punizione anche quando il suddito non abbia saputo nulla dell'antigiuridicità della sua condotta » (*op. cit.* 210).

61. A nostro modesto avviso non è però il caso di ricorrere nè alla prima, nè alla seconda risposta. Per quel che riguarda la indicazione dei destinatari delle norme penali tutto sta, secondo noi, nel tener ben distinta la finalità politica della legge penale dall'ambito della sua efficacia giuridica. A tal fine bisogna isolare i due momenti della norma penale: quello astratto del comando e dell'osservanza e quello concreto dell'applicazione (290).

Se noi consideriamo il momento astratto, nel quale si rivela la finalità della norma, vediamo che essa è necessariamente di determinare i sudditi a comportarsi in un certo modo: questi sono quindi i primi destinatari delle norme. Non certo infatti si emanano leggi per ordinare al giudice di punire ma bensì si provvede alla tutela di beni interessi tendendo a determinare i sudditi ad agire in modo da non turbarli; i sudditi quindi non il giudice sono primi destinatari delle norme, da questo punto di vista (291).

sità di tener ben distinti questi due momenti. « *Contributo alla nozione di parte lesa* », Estratto dall'*Archivio Giuridico*, XCI, 20 segg. Vedi del resto cenni alla distinzione di questi due momenti in ROCCO, *L'oggetto del reato*, 452, in MANZINI, *Trattato*, I, 380-81, VANNINI, *La norma penale*, *Riv. Pen.*, XCV, 502.

((290) Cfr. VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 124. Avvertasi di non confondere il concetto delle due destinazioni in relazione ai due momenti, da noi indicato, con l'opinione per la quale il comando penale « si rivolge direttamente tanto alle autorità, che ai sudditi », MICELI, *La Norma*, 157.

(291) Non sono mancati casi, in occasioni specialmente di leggi eccezionali in cui il proponente della legge, quello che in qualunque modo rappresenta il cosiddetto legislatore, abbia espresso l'augurio che la norma non si debba mai applicare. Vedi dichiaraz. Guardasigilli Rocco, seduta 12 nov. 1926, *Discussioni Senato*, XXX Leg. 2.a sess.

104

Ma questo momento, quanto è importante dal punto di vista utilitaristico, altrettanto è irrilevante per i problemi giuridici che sorgono dalla violazione della norma; la specialità della norma penale sta in ciò, che nel momento della ottemperanza essa non è mai applicata; perchè non è un bisticcio dire che la finalità utilitaria di una norma penale è di non esser mai applicata (292).

Viceversa il momento della applicazione, che è quello giuridicamente essenziale, presuppone che la finalità utilitaria, che esercita la norma quando è ancora in potenza, sia fallito; i beni interessi che si vogliono tutelati sono lesi. nè attraverso la pena si potrà tentare di ripararli; in questo momento destinatario della norma non può essere che il giudice (293).

Ritornando al nostro problema è evidente che da un punto di vista di politica legislativa è un'assurdità rivolgere dei comandi, quali sono quelli della norma penale astratta, a chi non è in grado di intenderli. Tanto varrebbe allora dire che non si punisce perchè si è violata la legge, ma che si è fatta violare la legge per poter punire.

62. Non sarà dunque mai ripetuto abbastanza in linea di politica criminale, che le leggi penali debbono essere chiare e semplici (294) spoglie di terminologia tecnica, di richiami ad altri testi, che soprattutto quando si tratti di norme che non sono state precedentemente elaborate dalla coscienza delle moltitudini, la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, che sta bene per fissare la data di entrata in vigore (295) della norma, non dovrebbe escludere che

(292) Analogamente crediamo di aver dimostrato nel già citato lavoro, nel momento dell'osservanza anche le norme penali riconoscono il valore della volontà del singolo titolare dei beni interessi protetti; nel momento delle reazione alla violazione delle norme questa considerazione viene a mancare. D'altronde già qualche accenno in questo senso in JHERING, *Zweck in Recht*, 2.a ed., I, 350.

(293) Cfr. BATTAGLINI, *Le norme*, 120.

(294) MAYER, *Kulturnormen*, 123.

(295) Da questo punto di vista si può osservare che di quanto è progredito l'uso e l'abuso della pubblicità per fini privati, si è andata arretrando la tecnica delle pubbliche comunicazioni delle leggi; indubbia-

prima e dopo si ricorresse a tutti quei mezzi di pubblicità, che la tecnica moderna offre per portare a conoscenza del più gran numero di persone una notizia (296) e soprattutto non sarà mai abbastanza ridetto che le leggi penali non sono l'unico, nè sempre il migliore mezzo di provvedere alla tutela di beni interessi e che quindi esse dovrebbero essere quanto più poche è possibile.

Ma, a legge emanata, l'organo dello Stato che viene chiamato ad applicare la legge, come il giurista che ne studi la pratica portata, non possono farsi carico di tutto ciò. Per quanto politica-mente mostruoso non vi sarebbe nessuna impossibilità giuridica, che delle norme penali venissero applicate a degli incapaci (297), anzi in tanto gli incapaci d'intendere sfuggono alle sanzioni penali, in quanto ciò è dalla legge tassativamente previsto.

63. Una tale distinzione tra i due momenti pare trovar conforto in disposizioni di diritto positivo.

Prendiamo ad es. il falso in giudizio: momento del comando e della prevenzione. Art. 87 C. P. P.: « il giudice deve ammonire i testimoni, i periti, gli interpreti sull'importanza morale e religiosa dell'atto e sulle pene stabilite contro i colpevoli di falsità in giudizio ». Poniamo che il giudice ometta di ottemperare

mente gli antichi sistemi (lettura in chiesa, bandizzatori, ecc.) erano, non solo in relazione ai tempi, ma anche in assoluto, più perfetti dei moderni. Pare giusto che, provveduto alla pubblicazione *legale*, non si debba trascurare la comunicazione di *fatto* delle norme ai cittadini. Vedi proposte in D'AMELIO, *Forme speciali di pubblicazione delle leggi*, Riv. dir. comm. XII, I, 916, RANELLETTI, *Un possibile sistema di pubblicazione delle leggi*, 1892, par. 4.

(296) Così, in quanto si punisca colui che ha compiuto un reato in istato di ubbriachezza non già per il fatto volontario e colposo di essersi ubbriacato, ma per i singoli fatti involontari costituiti dai singoli reati, si fa luogo all'applicazione di sanzioni penali, a chi non era capace di intendere i comandi contenuti in quelle singole norme penali; ciò si verifica di già nel Codice Penale per l'esercito e si verrebbe a estendere con il *Progetto*, (art. 87).

(297) Cfr. MANZINI, op. cit. V, 443 e giurisprudenza ivi indicata in nota 1. Vedi su ciò anche il recente articolo di KOFFKA, *Die Bestrafung des falschen uneidlichen Zeugenaussage*, Z. XLVIII, 10.

a questo precetto e che il teste o perito, o interprete commetta una falsità; siamo al momento della applicazione della norma penale: per l'omissione dell'ammonizione dell'articolo 87 C. P., la quale, si noti, è prescritta a pena di nullità, sarà inapplicabile la sanzione penale? No, rispondono giurisprudenza e dottrina (298).

Così può ripetersi quanto alle responsabilità civili e penali del querelante, che sussistono indipendentemente dalle diffide prescritte dalla legge (art. 155 C. P. P.) (299) a quelle dell'imputato per la indicazione di false generalità, che sussiste indipendentemente dall'ammonizione dell'art. 260 C. P. P., o quello per falsa attestazione a pubblico ufficiale (art. 279 C. P.) che sussiste indipendentemente dalla ammonizione che si deve fare secondo taluni testi legislativi: (art. 1 legge 30 Giugno 1876, n. 3184, art. 226 C. P. C. art. 242 C. P. C., ecc. ecc).

64. In altre parole secondo noi le norme penali hanno indubbiamente carattere imperativo, nè ci persuade la sottigliezza di un comando diretto a chi non lo intenda, ma tale carattere imperativo nei confronti dei sudditi si rivela solo mentre la legge penale è ancora in potenza; *in atto* la legge penale comanda solo al giudice.

65. Concludendo, in quanto il *Progetto* definisce il dolo unicamente in relazione all'evento (art. 46) si conforma alla tradizione del nostro diritto positivo ed armonizza con disposizioni correlative del *Progetto* stesso (vedi nn. 42 e 43); in ciò risponde d'altronde ad esigenze di logica giuridica, che si vanno imponendo anche in altre legislazioni (vedi n. 49).

(298) MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, 2.o ed. IV, 52.

(299) Per avventura vi è una certa convergenza tra il nostro pensiero e quello espresso primieramente dal CARNELUTTI (*Foro Veneto*, 1917, 96 in una recensione alla « *Pubblicazione delle leggi* » dello ZANOBINI) ed ora più ampiamente svolta dal CONDORELLI, *Ignorantia juris, Preliminari*, 1926, 132) per il quale si deve distinguere tra *obbligatorietà* e *applicabilità* della norma, potendo la legge esser *applicata* a chi (momento della sanzione) ignorandola, non poteva da essa essere *obbligato* (momento del comando).

Quanto poi a porre come presupposto di punibilità la possibilità della coscienza dell'illiceità, comunque intesa, sembra che opportunamente se ne astenga, in quanto, se si tratti di possibilità astratta, il legislatore deve provvedervi con una conveniente cautela nella determinazione dei comandi penalmente sanzionati (ed eventualmente con acconcio studio della loro effettiva pubblicità (vedi n. 62); quanto alla considerazione di una possibilità concreta da per parte dell'agente, l'ammetterla equivarrebbe a contraddire alla nozione di colpa (art 46 capov.) legislativamente accolta (vedi n. 50) nonchè ai criteri secondo i quali comunemente si determinano i giudizi di valutazione delle azioni umane (vedi n. 55).

Prof. NINO LEVI

RICCARDO FERCIA

L'OFFERTA REALE TRA DEPOSITO E SEQUESTRO
NELL'ESORDIO DEGLI *STUDI ECONOMICO-GIURIDICI*
CAGLIARITANI

Il primo volume degli *Studi economico-giuridici* cagliaritani esce nel 1909 con un importante saggio di Roberto de Ruggiero, in quell'anno ancora investito delle funzioni di Magnifico Rettore dell'Ate-neo, alle quali era stato eletto per un triennio dal gennaio del 1907¹.

In questa interessante indagine, che qui di seguito ripropo-niamo in una ristampa anastatica, egli s'interrogava sulla peculiarità del deposito finalizzato alla liberazione del debitore a fronte della mora del creditore: pur (esattamente) sottolineando come, nella ri-flessione dei *prudentes*, questa fattispecie non risulti elaborata in ter-mini di autonomia concettuale, de Ruggiero insisteva al riguardo sul-l'impossibilità per il debitore depositante di pretendere – come nelle ipotesi, diciamo così, 'ordinarie' – la restituzione del bene, da rite-nersi centrale sul piano della ricostruzione in chiave funzionale della casistica considerata.

Si tratta di un approccio che induceva lo Studioso a ravvisare una sinapsi tra il deposito *in aede* e la figura del sequestro, aprendo le porte ad un caldo dibattito scientifico – quello sul rapporto tra de-posito e sequestro, di rilievo centrale, con riferimento al Codice del 1942, nella riflessione di Angelo Falzea² – che ha poi connotato gli

¹ Cfr. il profilo biobibliografico curato da A. DE NITTO, *De Ruggiero, Roberto*, in *Dizionario biografico degli italiani*, XXXIX, 1991, p. 262 ss.

² A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 289 ss.

svolgimenti di pensiero della romanistica internazionale sino alla fine degli anni Settanta³.

Colpisce, in questo studio di de Ruggiero, la tendenziale distanza dalla temperie interpolazionistica imperante in quegli anni: e difatti, l'approccio alle fonti tecniche non solo si collega ampiamente a quelle extragiuridiche, ma soprattutto appare improntato – pur senza escludere rimaneggiamenti talora di notevole impatto, come emerge in particolare nei passi esaminati nel § 4 – ad una metodologia in linea di principio conservativa del testo offerto dal Digesto, utile finanche a contestare alterazioni normalmente accolte dalla dottrina dominante dell'epoca, come è evidente a proposito dell'esame di Paul. D. 3.3.73 (p. 166 ss.).

In questo quadro, il percorso esegetico dello Studioso si dipana in una logica capace di far emergere il modello romano fruibile dal civilista chiamato ad interpretare gli svolgimenti normativi e concettuali che connotavano l'applicazione degli artt. 1259 ss. del Codice civile del Regno d'Italia: tutto il § 7 (p. 163 ss.) si caratterizza per questa linea di metodo, che non si risolve – va sottolineato – in una sterile 'attualizzazione' delle fonti romane, ma tende piuttosto ad una ricostruzione finalizzata a chiarire per quale ragione il deposito 'giudiziale' precluda al depositante l'azione restitutoria, da scorgersi nel fatto che «l'intervento del magistrato o del giudice che qui o dispone il deposito o l'autorizza o comunque fa ch'esso si esegua sotto la sua sorveglianza e responsabilità, modifica profondamente il rapporto. La cosa depositata per ordine o autorizzazione di lui non può più ormai liberamente ritirarsi: e gli effetti suoi potranno e dovranno essere adunque definitivi sul rapporto creditorio preesistente, in quanto la cosa è messa in modo permanente a disposizione del creditore» (così a p. 146).

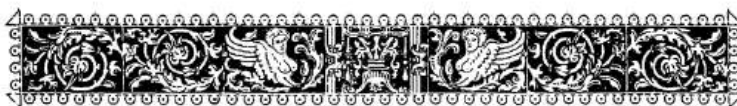
³ A. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in AUPA, XI, 1923, 163 ss.; S. SOLAZZI, *L'estinzione della obbligazione (Anno accademico 1930-31)*, Napoli, 1931, p. 127 ss.; A. CATALANO, *Sul deposito della cosa dovuta in diritto romano*, in *Ann. Catania*, III, n.s., 1948-49, p. 512 ss.; L. BOVE, *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, in *Labeo*, I, 1955, p. 173 ss.; A. MAGDELAIN, *Note sur la 'purgatio morae'*, in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Melanges H. Lévy-Bruhl*, 1959, p. 199 ss.; R. VIGNERON, *'Offerre aut deponere'. De l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation*, Liège, 1979.

Il che, come è evidente, costituisce sostrato del disposto di cui all'art. 1264 del Codice previgente.

De Ruggiero, in ultima analisi, coniuga in questo scritto le sue due anime di romanista e di civilista, che gli valsero la successiva chiamata a Napoli, nel 1910, alla cattedra di introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto civile: come evidenza de Nitto, questo esito «scaturiva dal riconoscimento di un impegno di ricerca giuridica proiettata verso la 'storia' in quanto autenticamente giuridica, e cioè in quanto diretta verso l'esperienza degli uomini, del passato come del presente, e comunque a partire dalla propria. Nel concreto e senza discorsi di metodologia»⁴.

Il tema affrontato dallo Studioso appare oggi tendenzialmente sopito: il che appunto giustifica la riproposizione all'attenzione della dottrina del contributo che ha aperto i percorsi ricostruttivi del Novecento.

⁴ A. DE NITTO, *De Ruggiero*, cit., p. 264.



Prof. ROBERTO DE RUGGIERO

NOTE

SUL

COSIDETTO DEPOSITO PUBBLICO O GIUDIZIALE IN DIRITTO ROMANO

1. — Occorre spesso nelle fonti di trovar menzione di depositi che si fanno o debbono farsi *publice* o *in publico* (56 § 1 D. 17. 1; 64 D. 46. 1; 9 § 6 D. 48. 19; 19 C. 4. 32), in *aede* o *apud aedem* (7 § 2 D. 4. 4; 4 § 3 D. 10. 2; 1 §§ 36. 37 D. 16. 3; 5 § 2 D. 16. 3; 4 pr. D. 40. 7), in *aede sacra* o *apud aedam sacram* (73 D. 3. 3; 5 D. 10. 2; 77 § 26 D. 31; 31 § 3 D. 39. 5; 5 D. 43. 5; 5 D. 48. 13), in *horreis* (9 C. 4. 24), *apud officium* (7 § 2 D. 2. 8; 11 § 1 D. 10. 4), *apud mensam fidem publicam secuti* (24 § 2 D. 42. 5), o comunque *sollemniter* (10 C. 4. 24; 9 C. 8. 42).

BIBLIOGRAFIA. — La letteratura monografica è piuttosto abbondante, ma in parte antiquata. Tra gli scritti più antichi ricorderò:

LAUTERBACH, *de deposito iuris*, Tubing. 1676 (Diss. acad. II disp. 63);

SCHULTZE, *tract. de oblatione, obsignatione ac depositione pecuniae s. rei debitorum*, iterum editus, Brem. 1775;

KNORRE, *de obsignatione iudiciali*.

TIDEMANN, *de depositione debitorum iudiciali eiusque effectibus*, Gottingen 1776;

SPANGENBERG, *über die rechtl. Wirkungen der Deposition einer Geldschuld, in Bezug auf einen nachmals über das Vermögen des Schuldners ausgebrochenen Conkurs* (Giess. Zeitschr. I, p. 6, sgg.);

THIBAUT, *über die gerichtliche Niederlegung als ein Erforderniss bei allen Arten beweglicher Sachen* (Arch. f. civ. Pr. V, 1822 p. 332-337);

122

[43]).⁽¹⁾ Nè è infrequente incontrarsi in luoghi (o compresi tra i predetti o comunque al di fuori di ogni menzione di luogo pubblico o di solennità), nei quali è fatto cenno di intervento più o meno diretto del magistrato o del giudice, che ordina il deposito (7 § 2 D. 2. 8; 73 D. 3. 3; 5 § 2 D. 16. 3; 5 § 6 D. 43. 30; 19 § 1 C. 4. 32), ovvero lo eseguisce o sotto la cui sorveglianza e autorità esso si esegue dai privati (5 D. 10. 2; 1 § 36 D. 16. 3; 56 § 1 D. 17. 1; 1 § 3 D. 22. 1; 3 § 6 D. 27. 4; 47 § 2 D. 40. 5). E per alcuni di siffatti depositi or si accentua la circostanza che essi sono ordinati dalla pubblica autorità, la quale v'interviene giudiziariamente in via contenziosa od onoraria, ora si pongono in evi-

ZIMMERN, *Inwiefern wird eine Forderung durch des Gläubigers Verzug getilgt?* (Arch. f. civ. Pr. III, 1820, p. 121-131);

MÜLLER, *de depositione iudiciali iuris romani*, Berlin 1847.

E tra i più recenti:

ULRICU, *die Deposition und Dereliction behufs Befreiung des Schuldners*, Diss., Zürich 1877;

CZERNIAZ, *gerichtliche Deposition* (Grünhuts Zeitschr. VI, 1879, p. 657 sgg.);

KÜHN, *Ungewissheit des Gläubigers als Grund zur Deposition behufs Befreiung des Schuldners* (Jahrb. f. d. Dogm. XVII, 1879, p. 1-86);

Lo stesso, *Zur Frage der Deposition wegen Ungewissheit des Gläubigers* (ib. p. 174-189);

JESS, *Ist der Schuldner berechtigt, wegen Ungewissheit des Gläubigers zu deponiren?* (ib. p. 158-173);

KOHLER, *Annahme und Annahmeverzug* (Jahrb. f. d. Dogm. XVII, 1879, p. 261-422);

BZER, *Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten*, 1900.

Altre monografie di diritto tedesco son citate in GAUCHOT, nell'opera più sotto indicata, p. 237 n°.

Inoltre sono da consultare i seguenti: HOLZSCHÜHER, *Theorie und Kasuistik des gem. Zivilr.* III § 246; UETTERHOLZER, *Zusammenstellung der Lehre des röm. R. von den Schuldverhältnissen* I. p. 470-472; GAUCHOT, *die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heut. d. R.*, Berlin 1871 p. 237-278; KOCH, *das Recht der Forderungen nach gem. u. preuss. R.* II p. 661-678.

Quanto ai trattatisti essi si occupano dell'argomento in occasione della teoria della *solutio* e particolarmente a proposito della *mora accipiendi*, in quanto questa specie di deposito più frequentemente ricorre come uno dei modi offerti al debitore per liberarsi dalla obbligazione, come vedremo più innanzi.

I cenni più ampi si hanno nel WINDSCHIED, *Pand.* (trad. it.) II § 847 p. 340-342, nel DERNBURG, *Pand.* (trad. it.) II § 61 p. 250-253, nel BRINZ, *Pand.* II § 275 p. 311, § 290 p. 445, § 353 p. 367, nel GLÜCK, *Erläut. der Pand.* IV § 330 p. 420 sgg., e in opere speciali sulle obbligazioni, come nel VAN WETTER, *Obligations* I § 11 p. 43-47, nel MOMMSEN, *Beitr. z. Obligationenr.* III § 32 p. 300 sgg., nel MABAT, *die Lehre v. d. Mora* § 64 p. 466 sgg. Gli altri o non ne parlano, come quasi tutti i manuali d'istituzioni, o si limitano a notizie fugacissime: cfr. KELLER, *Pand.* I § 270 p. 572; MÜHLENBAUGH, *Pand.* II § 337 p. 307, § 455 p. 500; WÄCHTER, *Pand.* II § 192 p. 401; SIXTENS, *Oblig.* II 412-413; AUNDT, *Pand.* § 261 n. 2 p. 528; BARON, *Pand.* 9 § 226 p. 404; VANGEROW, *Pand.* I § 379 Anm. 3 p. 558; MÜLLER, *Inst.* § 150 p. 529 n. 45; CUC, *Inst.* II p. 518, ecc. ecc.

(1) Cfr. MÜLLER, *Sequestration und Arrest* p. 363-368.

denza gli scopi, ora si determinano le modalità e solennità della esecuzione, ora se ne menzionano soltanto gli effetti; i quali qua appaiono più lati, come la liberazione del depositante da una precedente obbligazione per cagione o in occasione della quale appunto il deposito è stato eseguito, altrove più ristretti e limitati, come la sospensione o cessazione del decorso delle usure, il passaggio del *periculum rei* a carico del creditore, e così via.

Questa varietà di effetti corrisponde essa ad una diversa natura del deposito che li provoca? È il deposito pubblico e giudiziale una figura che coincide col deposito ordinario? O vi hanno in quello deviazioni dalle norme di questo?

La risposta a siffatti quesiti non può venire che da un esame complessivo dei testi: nei quali un elemento nuovo si aggiunge a quelli comuni del deposito ordinario, l'elemento pubblicistico, derivante o dall'intervento del magistrato o del giudice che ordina o assiste o consente al deposito, ovvero dalla funzione che esercitano, come depositari, certe istituzioni dello Stato. Questo elemento è stato quasi sempre trascurato dagli scrittori; laonde, ricalcata la dottrina del deposito pubblico o solenne pedissequamente sulle orme delle regole proprie al deposito ordinario, n'è derivato che sia mancata, pel difetto di valutazione di quell'elemento, la più piena comprensione della natura d'un rapporto che, pur sorgendo sul tronco dell'istituto di diritto privato, risente le influenze delle dottrine pubblicistiche.

2. — Come ho accennato, l'universalità degli scrittori tratta di una tale specie di deposito in occasione della *solutio* e della estinzione delle obbligazioni, là dove insegna che il debitore ha facoltà, quante volte si oppongano ostacoli al pagamento, di liberarsi dalle conseguenze della mancata *solutio* depositando le cose dovute. Questo deposito la gran maggioranza degli scrittori chiama *giudiziale* (così ad es. Windscheid l. c., Keller l. c., Wächter l. c., Brinz l. c., Arndts l. c.); ma qualcuno lo chiama invece *pubblico* (Dernburg l. c.) per la caratteristica che ad esso è data o dalla solennità pubblica che lo accompagna o dal luogo in cui il deposito deve farsi.

È certamente è questa una delle precipue applicazioni del c. d. deposito pubblico o solenne.

Le cause che, in questo campo, possono darvi luogo, sono o il rifiuto del creditore a ricevere il pagamento (19 C. 4. 32: 'sortem... offer ac, si non suscipiat, *consignatam in publico deponere*'), o la non sicurezza di un valido pagamento per la minore età del creditore (7 § 2 D. 4. 4; 'sed hodie solet *pecunia in aedem deponi*... ne

124

vel debitor ultra usuris oneretur vel creditor minor perdat pecuniam'; 56 § 1 D. 17. 1: 'Fideiussor qui pecuniam in iure obtulit et propter aetatem eius qui petebat *obsignavit ac publice deposuit*'; 64. D. 46. 1: 'Fideiussor, qui minori viginti quinque annis pecuniam optulit et *in publico loco* metu in integrum restitutionis *consignatam deposuit*', o la impossibilità di esso per l'assenza del creditore (4 pr. D. 40. 7: 'Cum heres rei publicae causa abesset et pecuniam statuliber haberet: ...vel *deponere in aedem pecuniam consignatam oportet*'; cfr. 6 C. 4. 32) e per l'incertezza sulla persona del creditore (1 § 36 D. 16. 3: 'Si pecunia in sacculo signato deposita sit et unus ex heredibus eius qui deposuit veniat repetens... satisfatione non interveniente *rem in aedem deponi*'; 1 § 37 eod.: 'si depositor decesserit et duo existant, qui inter se contendunt unusquisque solum se heredem dicens... *oportere igitur rem deponi in aede aliqua*, donec de hereditate iudicetur'; 18 § 1 D. 22. 1: 'Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit, medii quoque temporis usurae pretii, quod *in causa depositi* non fuit, praestabuntur') ovvero il non essere il rappresentante di esso autorizzato a ricevere (73 D. 3. 3: 'Si reus paratus sit... pecuniam solvere, cognitore agente... praeses iubeat *in aede sacra pecuniam deponi*'; e così via ⁽¹⁾).

(1) Cfr. WINDScheid, *Pand.* § 347; DERNBURG, *Pand.* § 61; VAN WETTER, *Obligat.* I § 11, e più diffusamente ULRICH, *Deposition* p. 8-25. — Del caso del deposito fatto per incertezza circa la persona del creditore si occupano esclusivamente il KÜHNE, *Ungewissheit des Gläubigers als Depositionsgrund* (*Jahrb. f. d. Dogm.* XVII p. 1 sgg., 174 sgg.) e l'JESS, *Ist der Schuldner berechtigt wegen Ungewissheit des Gläubigers zu deponieren?* (*ib.* p. 158 sgg.) Il primo distingue la incertezza obbiettiva (indeterminabilità della persona del creditore) dalla incertezza subbiettiva (derivante o dalla mancata legittimazione del creditore come tale o dalla personale ignoranza del debitore), ed esclude che nell'ultimo caso (ignoranza) possa farsi luogo al deposito. Contro il ricorso al concetto della *ignorantia iuris* v. WINDScheid *Pand.* § 347 n. 3. Quanto al valore della distinzione stessa, esso non può disconoscersi teoricamente, perchè non è certo ogni più lieve ed arbitrario dubbio del debitore, motivo sufficiente per legittimare il deposito in luogo del pagamento (KÜHNE p. 8; JESS, p. 161, 167): è peraltro difficile stabilire esattamente i termini in cui i Romani hanno posto e risolto la questione, perchè son pochi i testi che di questo caso di deposito si occupano nè può affermarsi, come fanno il Kühne e l'JESS, che essi contemplano tutti soltanto ipotesi di incertezza obbiettiva. È da notare inoltre che nel conflitto tra il debitore, esposto a responsabilità se di fronte alla pretesa dei più che s'affermano creditori non paga a colui che è il vero creditore perchè non sa risolvere il punto di controversia e si garantisce col depositare la cosa, e il vero creditore, il quale per codesta imperizia del debitore subisce il danno di non poter prontamente ricevere la cosa dovutagli, il Kühne non pone punto in rilievo come l'equilibrio sia dato da ciò, che in definitiva, quando l'ingiusto pretendente sia stato respinto, dovrà su questo ricadere la condanna oltre che nelle spese del processo anche nell'*id quod interest* a favore del vero creditore.

Ma altri casi si hanno, nei quali si vede attuato il deposito pubblico o solenne, e che non implicano una impossibilità di pagamento da parte del debitore. È tale quello in cui per esser *suspecta* la persona contro cui si contende e mancando da parte sua la *satisfactio*, si fa luogo al deposito della cosa contestata (7 § 2 D. 2. 8: ' Si satisfactum non sit et persona suspecta sit... *apud officium deponi debet* '). È tale l'altro in cui, consegnata dai due contendenti la cosa litigiosa al *sequester*, voglia questi abbandonare l'ufficio suo e sbarazzarsi della cosa affidatagli (5 § 2 D. 16. 3: ' Si velit sequester officium deponere.... oportet eam arbitrato iudicis *apud aedem aliquam deponi* '). Del pari è pubblico il deposito fatto del *servus* di cui si debba eseguir la *exhibitio* (11 § 1 D. 10. 4: ' *et si apud officium fuerit depositus exhibendus [servus]* '). E, indipendentemente da una controversia, è pur frequente la menzione di depositi che si eseguono o in luogo pubblico, o con particolari solennità o con l'intervento e l'assistenza del magistrato o del giudice, sia spontaneamente, sia per disposizione del diritto che prescrive una tal forma.

3. — Dell'uso di depositare nei templi o nella sede di pubblici uffici danaro o valori o tavole testamentarie o comunque altri documenti, è larga attestazione nelle fonti giuridiche e non giuridiche. ⁽¹⁾ Vi ricorrevano i privati per la miglior custodia che quelli offrivano ⁽²⁾ e vi ricorrevano le parti o il magistrato o il giudice frequentemente in materia di *sequestratio*. ⁽³⁾ Dappincipio forse con

(1) MUTHÉ, *Sequestration* p. 363-368; ULRICH, *Deposition* p. 80-86.

(2) Per valori da custodir nei templi cfr.: ad es. Cic. *de leg.* 2. 9: ' qui sacrum sacrove commendatum clepsit raptive '; *ib.* 2. 16: ' qui sacro commendatum: quod et nunc multis fit in fanis '; *Epist. ad Att.* 15, 15: ' id ego ad illud fanum depositum putabam '; *Epist. ad fam.* 5. 20: ' ita actum est ut, auctore Cn. Pompeio, ista pecunia in fano poneretur '... ' te in fano pecuniam inssu meo deposuisse '. — Liv. *Hist.* 44. 25: ' interea Samothracae in templo depositum '; cfr. 45. 5; Cora. *Annib.* 9; PLAUT. *Aulul.* v. 581-582; *Bacch.* v. 306-307. E per le tavole testamentarie CARR. *de b. civ.* 108, 6: ' tabulae testamenti meae... Romam erant adlatas, ut in aerario ponerentur '; SERV. *Oct.* 101: ' Testamentum... depositumque apud se, virgines vestales cum tribus aequae voluminibus protulerunt; cfr. *Caes.* 88; fr. 77 § 26 D. 51: ' Donationis praediorum epistulam... mater in aede sacra... deposuit et litteras tales ad aedituum misit '; fr. 4 D. 28. 4: ' si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque deleuit ' (ove si accenna al deposito pubblico di un testamento redatto in più copie; altri casi di testamento fatto in più esemplari v. in fr. 1 § 5 D. 39. 11; 1 § 7 D. eod., 24 D. 28. 1; 47 D. 51; 10 D. 29. 8; ecc. cfr. DZIATKO, in PAULY-WISSOWA *Real-Encycl.* v. *Archiv* II, 1, p. 553, e per la Grecia p. 557).

(3) Cfr. ad es. fr. 1 § 2 D. 2. 8; 4 § 3 D. 10. 2; 5 D. eod.; 11 § 1 D. 10. 4; 5 § 2 D. 16. 3; 1 § 36. 37 D. eod.; 5 D. 43. 5. Di questi passi peraltro molti sono interpolati, come dirò più innanzi.

126

minore frequenza, più tardi, nell'impero e soprattutto nel periodo giustiniano, con una generalità che dimostra come al privato si venga ormai preferendo il luogo pubblico. ⁽¹⁾ Il che fu effetto in parte anche della istituzione di pubblici luoghi di deposito: granai pubblici furono ad es. istituiti da Alessandro Severo ⁽²⁾ e se n'ebbero in tutto l'impero.

Questa tendenza è naturalmente accentuata nel c. d. deposito giudiziale o solenne: perocché normalmente, ove una tal forma si presenta, è quasi costante il trovar siccome depositario il luogo pubblico. All'*aedes* si vede fatto ricorso ad es. nei

fr. 73 D. 3. 3: praeses iubeat *in aede sacra* deponi

fr. 4 pr. D. 40. 7: deponere *in aedem* pecuniam consignatam oportet.

fr. 7 § 2 D. 4. 4: sed hodie solet pecunia *in aedem* deponi.

fr. 64 D. 46. 1: Fideiussor qui pecuniam optulit et *in publico loco* deposuit.

Ma anche quando non è espressamente fatta menzione di un'*aedes* o di un ufficio, e solo si parla di un *publice* o di un *sollemniter deponere*, è possibile pensare che con questa espressione si sia voluto designare oltre la solennità o pubblicità che accompagna l'atto del deporre, anche un depositario pubblico:

56 § 1 D. 17. 1: Fideiussor qui pecuniam in iure optulit et obsignavit ac *publice* deposuit.

10 § 2 C. 4. 24 (Diocl. et Max.):... et tibi non erit difficilis vel solutione vel oblatione atque *sollemni depositione* pignoris liberatio.

(1) Ne è prova che in più d'uno dei testi ricordati nella nota precedente il passo è interpolato, cosicché ne risulta di origine giustiniana anche la prescrizione che il deposito si esegua in un ufficio pubblico o in un'*aedes sacra*.

(2) ALEX. LANFRIDIUS, *Alex. Sev. c. 38*: 'Horrea in omnibus regionibus publica fecit, ad quae conferrent bona illi, qui privatas custodias non habeant'; 9 C. 4. 34 Diocl. et Max. [a. 293]: 'si tamen in horreis quibus et alii solebant publice uti, res depositae sunt'. — Un ordinamento generale peraltro di pubblici luoghi di deposito, destinati a prestare esclusivamente lo speciale servizio di custodia ai privati, non si può dire che i Romani abbiano conosciuto. Le fonti dimostrano che anche quando è manifesta la tendenza a provvedere, nella giurisdizione sia volontaria sia contenziosa, con depositi in luogo pubblico, spesso un tal luogo è designato alternativamente con un privato, e qualche volta la menzione del luogo pubblico è interpolata: cfr. 4 § 3 D. 10. 2; 5 D. eod.; 5 D. 48. 5; ecc.

Cosicch , quando nella l. 9 C. 8. 42 [43] noi troviamo fatta menzione di una *sollemnitas* riferita alla sola *obsignatio* ('*obsignatione sollemniter facta*'), non solamente siamo autorizzati a presupporre il deposito, ma non   infondata la congettura che questo sia avvenuto in luogo pubblico.

Altrove invece non si enuncia n  il luogo n  alcuna particolare solennit  del deposito, come nel fr. 47 § 2 D. 40. 5: ma la stretta analogia che passa tra questo testo e il fr. 4 pr. D. 40. 7 pu  far ritenere che anche in quello siasi scelta un' *aedes* o un ufficio pubblico.

Noi abbiamo del resto, nei fr. che al deposito giudiziale si riferiscono, una norma tassativamente stabilita dagli imp . Diocleziano e Massimiano: i quali nel disporre che il deposito debba avvenire *publice*, interpretano autenticamente il *publice deponere* e dichiarano che ci  deve intendersi delle *aedes sacrae* o comunque di quegli altri luoghi, che il giudice reputi opportuno di scegliere:

19 C. 4. 32. pr. *Acceptam sortem... post testationem offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico deponere...* § 1 *In hoc autem casu publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit.* (1)

Non in altro senso deve perci  intendersi il *deponere secundum legem* di cui parla Giustiniano nei due passi seguenti:

2 § 2 C. 4. 66: *pecunias offerre hisque obsignatis et secundum legem depositis*

Nov. 91 c. 2: *et si mobilis sit, signacula etiam imponat et secundum legem recondat* (2)

poich  esso corrisponde a ci  che altrove   proprio designato come *depositio in aede sacra*:

(1) O appartiene ai compilatori codesta spiegazione di *publicum*? Della cost. 19   certamente interpolazio il § 4, come ha dimostrato il PACCHIONI, *Contratti a favore di terzi* p. 71 sgg. (v. pi  innanzi). Secondo il MANCALEONI, *Pecunia al plurale* (*Filang.* XXVI p. 277) per  la interpolazione comprenderebbe non solo questo, bens  anche i §§ 1. 2. 3, di gnisa che sarebbe diocleziano soltanto il pr. I segni dello stile triboniano sono certo manifestissimi nel § 4, ed abbastanza gravi pel § 2: non altrettanto sicuri mi sembrano pel § 1, nonostante l'*in hoc casu* e il *competens iudex*.

(2) Cfr. THIBAUT, *Arch. f. d. civ. Pr.* V. p. 396.

128

1 § 2 C. 7. 7: et sigillo impresso in aedem sacram deponere.

Ma sarebbe erroneo ritenere che in tutti i passi, in cui si ha ricordo di una depositio che avviene con speciale solennità, ivi sia sempre da supporre un pubblico depositario. Così nella c. 2 C. 8. 28 si parla di un deposito giudiziale che deve farsi pubblicamente in guisa da potersene dare la prova:

... universum offerat debitum creditori eoque non accipiente idonea fide probationis ita ut oportet depositum ostendat.

E nella c. 6 C. 4. 32 di un consimile deposito eseguito previa offerta fatta in presenza di testimoni:

Si... pecuniam debitam cum usuris testibus praesentibus obtulisti eaque non accipiente obsignatam eam deposuisti.

Nè, ancor più, ciò può ritenersi in passi ove non v'ha neppur cenno di alcuna solennità e nei quali è persino dubbio se possa ravvisarsi un'applicazione del deposito giudiziale. (1)

Ma, viceversa, per la depositio che i tutori debbon fare dei valori pupillari spesso è a ritenersi che pubblico dovesse essere il luogo di deposito. Chè se son dubbi i testi i quali parlano della *depositio ad praed. compar.*, e se in qualcuno pare anzi accennato che il deposito si fa presso lo stesso pupillo (15 § 12 D. 42. 1: ' hoc amplius et si pupillaris pecunia in arcam reposita sit ad prae-

(1) Se ne vedranno esempi più innanzi. È superfluo poi notare che non appartengono qui tutti i passi in cui è fatta menzione del deposito di atti o documenti, che si esegue non per cagion di custodia in presenza di una controversia o comunque di difficoltà che impediscano di assegnarli all'uno o all'altro di più interessati, ma sibbene per la validità stessa dell'atto o per disposizioni imperative del diritto (cfr. ad. es. 9 § 6 D. 48. 19). Trattasi in tali casi non d'un servizio di deposito che gli uffici pubblici prestino ai privati, ma di norme dirette ora a dar pubblicità ai trapassi di proprietà o di diritti reali, ora ad imprimere validità all'atto mediante la registrazione od insinuazione nei registri pubblici, il più spesso ad assicurare allo Stato la percezione dei tributi e delle tasse sugli affari. L'obbligo del deposito degli strumenti ed atti giuridici negli uffici ed archivi pubblici era soprattutto diffuso nell'Egitto in cui l'ordinamento dell'*ἀγορανομείον*, del *μνημονείον*, della *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* e di altri uffici catastali e notarili portava che quasi tutti gli atti della vita giuridica dovessero venir depositati negli archivi. Rinuncio a far citazioni su questo punto, non essendovi quasi pubblicazione papirologica in cui non ne sia fatto cenno. Un'ottima esposizione riassuntiva può vedersi ora nel volume magistrale e suggestivo del MIRRIS, *Röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I p. 306 sgg. e specialmente p. 313-314; cfr. anche sull'ordinamento degli archivi pubblici in Grecia e in Roma DZIATKO in PAULY-WISSOWA, *Real-Encycl.* v. *Archiv*.

diorum comparationem¹⁾, vi hanno d'altro canto attestazioni esplicite che, almeno da un certo momento, è generale l'uso dell'*aedes* pubblica. Ragionando del rimedio da offrirsi al debitore che prima della *l. contestatio* voglia soddisfare all'obbligazione e non possa, essendo per l'attore costituito un *cognitor*, Paolo afferma essere norma ricevuta che il *praeses* ordini il deposito della somma *in aede sacra*; ed aggiunge che tale uso si pratica appunto pei capitali pupillari:

73. D. 3. 3: praeses iubeat in aede sacra pecuniam deponi:
hoc enim fit et in pupillaribus pecuniis.

Tutto questo brano è stato dal Fabro attribuito ai compilatori ed in particolare s'è da lui negata l'esistenza d'un siffatto precetto, che da nessun altro luogo risulterebbe, se si prescinda del fr. 28 § 1 D. 26. 7 (*Marcell. 8 dig.* 'Tutor qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet ex quo optulit pecuniam..... Ulpianus notat: non sufficit optulisse, nisi et deposuit obsegnatam tuto in loco'), dove però sarebbe interpolata anche tutta la nota assegnata ad Ulpiano. Senonchè, se in qualcuno dei rilievi fatti dall'acuto critico sulla *l.* 73 si può convenire, non tutte le censure da lui mosse ai due fr. possono accogliersi, nè è da ammettersi poi la deduzione che in via generale egli ne trae. Come dirò più innanzi, non è fondato il sospetto del Fabro che tutta la chiusa del fr. 73 sia interpolatizia: potrebbe esserlo la frase finale 'quod si lis contestata est et rel.' e forse con essa l'inciso 'hoc enim fit et in pupillaribus pecuniis', che immediatamente la precede, più per un vago sospetto sulla opportunità del richiamo ai capitali pupillari, che non per le ragioni da lui addotte⁽¹⁾. Ma elementi sicuri per ritenere ciò non vi hanno.⁽²⁾ Ad ogni

(1) Egli dice invero (*de coniect.* ed. Lugd. 1661, p. 408) che la frase *prorsus ridicula est*: l'obsegnatio in luogo della solutio essere ammessa quando non vi fosse alcuno cui si potesse solvere, e di più essere praticata non solo nei debiti pupillari, ma altresì in ogni altra specie di debito; cfr. anche *de error.* I p. 295. Ma io non vedo in che stia la stortura di un tal richiamo, che per se stesso non ha nulla d'illogico. Non è punto strano che più specialmente all'uso invalso per i capitali pupillari il giuriconsulto facesse richiamo (se la frase appartiene a lui), per corroborare la legittimità del procedimento proposto nel caso del *reus paratus solvere*: egli vi si richiamava come ad un caso più noto e ad un uso che senza contrasti erasi venuto attuando, se è vero che il sistema del deposito pubblico si applicò con maggiore larghezza per l'amministrazione tutelare. Che se l'uso non fu così largo e la frase è dei compilatori, non basta ciò per negarne la esistenza almeno al tempo dei Severi.

(2) Neanche l'uso di *pecunia* al plurale, dopo che per quattro volte è ricorso nello stesso fr. l'uso al singolare, potrebbe offrire alcun indizio, perchè com'è già stato riconosciuto esso è del tutto corretto e classico, cfr. MANCALEONI, *Pecunia al plurale* in *Filangieri* XXVI, 1901, p. 85 n. 12.

130

modo egli è certo che deve esser respinto il sospetto sulla genuinità della nota ulpiana al fr. di Marcello, perchè — come accennerò poi — la semplice *oblatio* che il tutore faccia delle somme da lui dovute al pupillo in conseguenza della gestione pupillare non era al tempo d'Ulpiano sufficiente a fermare il corso delle usure legali: sufficiente fu forse al tempo di Marcello (se pur non sia quella un'opinione isolata di lui), non più dopo, quando dai giureconsulti posteriori fu messo in chiaro che per la cessazione di esse occorreva una effettiva restituzione delle somme, la quale si attuava con l'*obsignatio* e la *depositio*. ⁽¹⁾

Il ricordo poi che del deposito *in aede sacra* pei capitali pupillari si ha nel fr. 73 (se genuino) non si deve considerar limitato ai casi di difficoltà o impossibilità del pagamento: la menzione che Paolo ne fa ha una portata più generale ed è siffatta da persuadere che l'amministrazione tutelare fu appunto uno dei campi in cui il deposito in luogo pubblico ebbe maggiore applicazione.

Quando perciò una costituzione di Arcadio ed Onorio (6 C. Th. 3. 30 = 24 C. I. 5. 37) prescrive, che i valori che si trovano nel patrimonio pupillare al momento dell'inventario sian collocati *in tutissima custodia* e più tardi Giustiniano dispone, Nov. 72 c. 6: 'Sancimus ne curatoribus ulla necessitas a lege incumbat ut pecunias minorum faenori dent, sed in tuto reponant illisque servant'; c. 7: reliquum autem in *tuto reponant*' (come più sopra Ulpiano, 28 § 1 cit., parlava di deposito *tuto in loco*), è più che probabile che con queste espressioni si voglia intendere un'*aedes sacra* o comunque un ufficio o la mensa d'un banchiere. ⁽²⁾

Finalmente, possono qui citarsi altri passi delle fonti, nei quali sebbene non sia accennata la qualità del depositario, è a ritenersi peraltro ch'esso sia stato un pubblico ufficio, un'*aedes* o un tempio. Tale ritengo sia il carattere del depositario nel rescritto del divo Pio ricordato nel fr.

5 pr. D. 50. 10 *Ulp. de off. cur. r. p.*

Si legatum vel fideicommissum fuerit ad opus relictum, usurae quae et quando incipiant deberi, rescripto divi Pii ita continetur. 'Si quidem dies non sit ah his, qui statuas vel imagines ponendas legaverunt, praefinitus, a praeside provin-

(1) Cfr. THIBAUT, *Arch. f. d. civ. Pr.* V. p. 335.

(2) Non è in ogni caso esatto quanto molti scrittori affermano (cfr. ad es. GLÜCK, *Pand.* XXX § 1334 p. 319) che il tutore potesse depositare dove che sia: per lo meno non sempre gli fu riconosciuta tale facoltà.

ciae tempus statuendum est: et nisi posuerint heredes, usuras leviores intra sex menses, si minus, semisses usuras rei publicae pendant. si vero dies datus est, *pecuniam deponant intra diem*, si aut non invenire se statuas dixerint aut loco controversiam fecerint: semisses protinus pendant. '

Poichè gli eredi debbono a favor dello Stato porre le statue, essendo il legato o fidecommesso lasciato per un *opus publicum* ⁽¹⁾, è evidente che il deposito della somma ch'essi debbono impiegare dovrà esser fatto o nella cassa della città o nell'*officium* del *praeses provinciae* o comunque in un altro luogo pubblico: non è da supporre che il deposito siasi in un tal caso ordinato presso privati, per l'interesse diretto che la res pubblica ha all'esecuzione della disposizione. ⁽²⁾

Ed è possibile che pur tale sia la qualità del depositario nel deposito che deve farsi del prezzo ritratto dalla vendita degli schiavi ed animali appartenenti al reo assente, contro cui pende giudizio penale, e non atti ad esser conservati senza documento o perdita del loro valore:

5 § 1 D. 48. 17 *Mod. 12 pand.*

Et intra annum medio tempore moventia si qua sunt, ne aut mora deteriora fiant aut aliquo modo intereant, venire debere *pretiumque eorum in deposito esse*, divi Severus et Antoninus sauxerunt.

Il che un rescritto di Traiano aveva già disposto per i frutti:

5 § 2 eod.: sed et divus Traianus inter moventia fructus quoque haberi rescripsit ⁽³⁾

(1) Cfr. *MADAI, Mora* p. 365.

(2) La prima parte del rescritto, riflettente l'ipotesi in cui non sia stato prefisso il termine per l'erezione delle statue, è riprodotta anche da Paolo nel fr. 17 § 8 D. 22. 1, salvo un accorciamento e la sostituzione delle parole ' usque ad tertiam centesimas ' al ' semisses ' del testo ulpiano. La modificazione è attribuita a Triboniano dal Cuiacio (*opp. omnia III*, 137; X, 586) e dubitativamente anche dal LENZ, *Paling.* Paul. 2058; lo nega il FANNO, *de err. dec.* 10 err. 1 (*opp. omnia I*, 117), che l'attribuisce piuttosto a Paolo; cfr. anche SCHULTZ, *Notae ad Pand.* ad h. 1.

(3) Quanto al deposito dei frutti della cosa oggetto di appello, di cui più testi fanno menzione (PAUL. *Sent.* 5. 36; 21 § 3 D. 49. 1; 5 C. I. 7. 65; 25 C. Th. 11,36) non vi hanno elementi per fare induzioni circa la qualità del depositario, sebbene in qualcuno dicendosi ' idoneo (loco) collocetur ' sembra accennarsi ad un luogo pubblico. Cfr. su questi passi MÜLLER, *Sequestration* p. 187-195 e da ultimo ARANGIO-UIZ, *Arch. giur.* 76 p. 491 sgg.

4. — Devesi peraltro osservare che, sebbene sia frequente nei testi giuridici la menzione del luogo pubblico, tuttavia più d'una volta questa vi appartiene non al diritto classico, ma ad innovazioni giustiniane, poichè fu soltanto nel diritto post-classico che il servizio del deposito pubblico offerto da pubbliche istituzioni ebbe più largo sviluppo. Al che corrispondono in questo periodo le innovazioni introdotte in più d'un punto, come ad es. in materia di stipulazioni pretorie e in genere nel campo processuale, in virtù delle quali a precedenti norme di garanzia si venne sostituendo l'uso del deposito e preferibilmente il deposito in luogo pubblico.⁽¹⁾

Genuina è certamente la menzione dell'*aedes* e lo stesso provvedimento del deposito ad es. nei fr. 73 D. 3. 3; 4 D. 28. 4; 56 § 1 D. 17. 1; 64 D. 46. 1; 77 § 26 D. 31, sui quali dovrò tornare più innanzi; e del pari nei fr. 7 § 2 D. 4. 4⁽²⁾ e 5 § 2

(1) Un esempio se n'ha nei passi, che ho altrove esaminato ('*Satisfactio e pignoratitia nelle stipulazioni pretorie*' in *Studi per Fadda* II p. 101 segg.) nei quali si vede introdotto dai compilatori il rimedio del deposito in luogo della originaria *satisfactio*.

(2) • *Ulp. 11 ad ed.* Sed et si ei pecunia a debitore paterno soluta sit vel proprio et hanc perdidit, dicendam est ei subveniri, quasi gestum sit eum eo. et ideo si minor conveniat debitorem, adhibere debet curatores, ut ei solvatur pecunia: ceterum non ei compelletur solvere. *sed hodie s:let pecunia in aedem deponi*, ut Pomponius libro viceniesimo octavo scribit, ne vel debitor ultra usuris oneretur vel minor perdat pecuniam, aut curatoribus solvi, si sunt, permittitur etiam ex constitutione principum debitori compellere adulescentem ad petendos sibi curatores. quid tamen: si praetor decernat solvendam pecuniam minori sine curatoribus et solverit, an possit esse securus? dubitari potest: [puto autem, si allegans minorem esse compulsus sit ad solutionem, nihil ei imputandum: nisi forte quasi adversus iniuriam appellandum quis ei putet.] sed credo praetorem hunc minorem in integrum restitui volentem auditurum non esse. • A togliere valore al testo non suffragano punto, io credo, le obiezioni mosse dal Farnò (*Coniect.* 17, 13, p. 639; contra De Rerz in *Meermann thes.* VI p. 471), pel quale esso sarebbe due volte interpolato nella frase: '*sed hodie... si sunt*' e in tutta la chiusa '*quid tamen... auditurum non esse*'. Che i compilatori v'abbian posto le mani, ritengo anch'io col Farnò: ma come non è dimostrabile esser tutta insitica la frase finale (forse lo è soltanto il pezzo '*puto autem... quis ei putet*', dove è fortemente sospetto il *nisi forte*), così non parmi giustificata da alcun fondato motivo l'attribuzione ai compilatori della frase '*sed hodie et rel.*' (Più sotto, al § 6, ritorna l'*hodie* nella frase '*Hodie certo iure utimur, ut et in loco minoribus succurratur*', e questa è molto probabilmente giustiniana). Ad escluderla anzi sembra più che sufficiente la precisa citazione che dell'insegnamento di Pomponio, tratto dal libro 29 ad ed. (*Lexel, Paling.* 51) fa Ulpiano. Ed è invece d'altro canto pur spiegabile l'*hodie* senza riferirlo al tempo di Triboniano. L'uso di depositare in luoghi pubblici le somme, soprattutto nei casi in cui un impedimento derivante dalla persona del creditore avrebbe lasciato decorrere a carico del debitore le usure, non fu noto nei tempi più antichi, ma s'introdusse solo più tardi con la elaborazione dei rimedi che la giurisprudenza classica escogitò, per contemperare con l'equità le norme rigorose del *ius civile*. Nel caso speciale del minore sprovvisto di curatori esso, ignoto alla più antica pratica, era già conosciuto e frequentato (*solet*) ai tempi di Pomponio. Che vi occorresse una speciale autorizza-

D. 16. 3 ⁽¹⁾, nonostante ch'essi siano stati sospettati d'interpolazione. Ma in altri essa è indubbiamente triboniana. Tale è il caso del fr.

7 § 2 D. 2. 8 *Ulp. 14 ad ed.*

[Si *satisfatum pro re mobili non sit et persona suspecta sit, ex qua satis desideratur: apud officium deponi debet si hoc iudici sederit, donec vel satisfatio detur vel lis finem accipiat*]

di cui mi sono altra volta occupato ⁽²⁾. Esso introdurrebbe una regola nuova, con l'ordinare il deposito della cosa presso l'*officium* quando il convenuto non presti la *cautio iudicatum solvi* e sia *persona suspecta*. Stabilire che cosa sia in esso autentico, che cosa ag-

zione del pretore, non è a credere: ma che un intervento di lui pur s'avesse, o prima o poi, per la constatazione che se ne doveva far fare dal debitore, per conseguire oltre l'effetto della sospensione delle usure, anche la liberazione dal vincolo obbligatorio, risulterà da quanto dirò più innanzi.

(1) « *Ulp. 30 ad ed.* Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit? et ait Pomponius adire eum praetorem oportere et ex eius auctoritate denuntiatione facta his qui eum elegerant, ei rem restituendam qui praesens fuerit. sed hoc non semper verum puto: nam plerumque non est permittendum officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere, [nisi iustissima causa interveniente:] et cum permittitur, raro ei res restituenda est qui venit, sed oportet eam [arbitratu iudicis] apud aedem aliquam deponi ». Il FARRO *Rat. II* p. 352 attribuisce tutto intero il passo a Giustiniano, indottrini da qualche segno che tradisce la mano dei compilatori. Emblemici certamente vi sono: il ' *nisi iustissima causa interveniente* ' con cui i compilatori vogliono limitare la correzione fatta da Ulpiano a Pomponio, e l' ' *arbitratu iudicis* ' che, deferendo al giudice la potestà di determinare quando e presso qual pubblico officio si debba depositare la cosa, inopinatamente introduce la persona del *iudex* dove non poteva parlarsi che del pretore (cfr. ARANGIO-RUIZ, *Arch. giur.* 76 p. 494). E forse anche del bizantinismo v'è nel bisticcio ' *contra legem depositionis deponere* ' dove il *deponere* è adoperato nel senso di abbandonare, proprio accanto all'uso in senso tecnico del suo derivato *depositio*. Ma queste aggiunte non giustificano il sospetto su tutto il passo: perché è certo che il quesito circa il modo con cui provvedere quando il *sequester* voglia liberarsi dall'onere di tenere in custodia la cosa (secondo il MORTNER *Sequestration* p. 56 seg. la questione sarebbe doppia, essendo determinazione del *sequester* non solo di non custodir più l'oggetto, ma altresì di non voler come *arbiter* dare la decisione sulla controversia che provocò la *sequestratio*) fu posto da Pomponio e la soluzione di lui contrastata da Ulpiano. Il quale, come obiettava che non sempre si possa consentire al *sequester* di abbandonare l'ufficio assunto, così, quando ammette che in qualche raro caso si possa, non so quale altro provvedimento avrebbe potuto suggerire all'infuori della *depositio in aede*, dal momento ch'era riprovata la soluzione di restituire a chi dei due depositanti avesse risposto alla *denuntiatio*. Non vi sarebbe stata ragione né interesse per i compilatori, se Ulpiano avesse suggerito un altro *sequester* privato, di sostituire a questo l'*aedes*.

(2) *Studi per Fadda II*, p. 120-121; v. ora anche ARANGIO-RUIZ, *Arch. giur.* 76 p. 482-483.

134

giunto o modificato dai compilatori, è opera estremamente difficile⁽¹⁾; ed è per conseguenza disperato ogni tentativo per accertare se la soluzione data sia provocata dall'essere il convenuto *persona suspecta*⁽²⁾, se il presupposto sia che la *satisfactio* non abbia fornito nè il convenuto nè l'attore⁽³⁾, e quale infine sia stata la soluzione vera adottata nel diritto classico, posto che il testo genuino prospettasse precisamente l'ipotesi di un convenuto che non soddisfi all'obbligo della *cautio* e sia per giunta sospetto, senza che dal suo canto vi soddisfi l'attore. Quel che qui occorre rilevare è la inverosimiglianza d'un provvedimento, nel diritto classico, quale il fr. indicherebbe⁽⁴⁾; e poichè neppure persuade appieno la proposta del Muther, di correggere (come ad es. egli fa anche nel fr. 11 § 1 D. 10, 4) *apud officium* in *apud sequestrem*⁽⁵⁾, basterebbe ai fini attuali tener per insiticia anche la sola frase 'apud officium deponi si hoc iudici sederit.'

Similmente è a dirsi del fr.

1 § 36 D. 16, 3 *Ulp. 30 ad ed.*

... [residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit (sigillis videlicet prius ei impressis vel a praetore vel ab his, quibus coram signacula remota sunt) vel, si hoc recusaverit, in aede deponendo. sed si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debebit tradere satisfactione idonea a petitore ei praestanda in hoc, quod supra eius partem est: satisfactione autem non interveniente rem in aedem deponi et omni actione depositarium liberari].

del quale non è il caso di dimostrar nuovamente la paternità giu-

(1) LENEL *Edictum* 2 p. 181.

(2) Ciò per coloro che vogliono limitata l'interpolazione alle parole 'et persona... desideratur.'

(3) Così MUTHÉ, *Sequestration* p. 154 sgg. 156 sgg., 162, il quale ad ogni modo ritiene in parte interpolato il testo, p. 157.

(4) Non è infatti concepibile ammettere che in materia di *satisfactio* si dia il potere di ordinare il deposito presso l'*officium*, che non può essere se non quello del pretore, al giudice. Gli è perciò che il LENEL *Paling.* II p. 492 n. 6 pensa che ad ogni modo se il rimedio fu proprio suggerito dal classico, debba essere stato il pretore ad ordinare il deposito. Ma si può replicare che se, come è incontrovertibile, è insiticio il 'si hoc iudici sederit,' la bizantinità di questa frase si trascina dietro necessariamente anche quella delle parole 'apud officium deponi.'

(5) Op. cit. p. 158-159.

stiniana dopo le osservazioni concordi del Fabro ⁽¹⁾, del Gradenwitz ⁽²⁾, dell'Eisele ⁽³⁾ e di vari altri ⁽⁴⁾.

Non credo invece che debbasi ritenere interpolatizia la menzione del deposito pubblico nel successivo § 37:

1 § 37 D. eod.

Apud Julianum libro tertio decimo digestorum talis species relata est: ait enim, si depositor decesserit et duo existant, qui inter se contendant unusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem, qui paratus est adversus alterum reum defendere, [hoc est eum qui depositum suscepit:] quod si neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait non esse cogendum a praetore iudicium suscipere: *oportere igitur rem deponi in aede aliqua, donec de hereditate iudicetur*.

La specie prospettata da Giuliano è che il depositante sia morto e due si affermino suoi eredi, di guisa che il depositario non sa a chi tra i due contendenti egli debba far la restituzione. Giuliano decide che essa dovrà farsi a quello che al depositario dia cauzione di difenderlo contro l'altro pretendente; è poichè è pur possibile che nè l'uno, nè l'altro dia una tal cauzione, dichiara non potersi il depositario obligare a 'suscipere iudicium' e doversi piuttosto in tal caso depositar la cosa 'in aede aliqua, donec de hereditate iudicetur'. Il solo segno che qui v'ha di mano estranea è nell'inciso 'hoc est eum qui depositum suscepit', un evidente glossema ⁽⁵⁾, che ha l'inutile officio di spiegare chi sia il 'reum'. ⁽⁶⁾ Ma non son fondati i sospetti che intaccano la genuinità della chiusa, ove è

(1) *Rat.* II p. 343: *Coniect.* 12, 10, p. 405.

(2) *Interpol.* p. 13-14.

(3) *Zeitschr. der Savigny-Stiftung* XIII p. 125.

(4) APPLETON, *Interpol.* p. 31, LENEL *Paling.* Ulp. 896, BONFANTE, *Ist.* p. 390 n. 1, p. 410 n. 2; ARANGIO-RUIZ, *Arch. giur.* 76 p. 483 n. 1.

(5) LENEL, *Paling.* II p. 616 n. 1. L'EISELE invece, *Zeitschr. der Savigny-Stift.* XVIII p. 40 le ritiene una interpolazione. Cfr. sul resto FABRO *Rat.* II p. 344.

(6) Non merita quindi censura la frase 'adversus alterum reum defendere', dove *alter* è il secondo degli eredi del depositante, *reus* il depositario. La frase diventa sibillina soltanto per chi intenda, come l'ARANGIO-RUIZ, *Arch. giur.* 76 p. 496, che il defunto sia il depositario e i due contendenti eredi di lui. Come questi abbia p. tuto interpretare così il fr. ravvisando nel *depositor* il depositario, non so comprendere; e certo con una tale interpretazione il passo non ha più significato.

136

fatto cenno del deposito in luogo pubblico siccome rimedio offerto al depositario quando niuna delle due parti in lite fornisca la *cautio*. L'insegnamento vi è del tutto corretto. Nè alcuno potrebbe obiettare che non s'intenda perchè, dopo essersi dichiarato il depositario esente dall'obbligo di *suscipere iudicium*, si proclami la necessità (*oportere*) del deposito *in aede aliqua*: non poteva la cosa rimaner presso di lui, finchè fosse giudicata la lite sulla eredità? Perocchè è manifesto qual'è il presupposto della decisione: il depositario non vuol più tenere la cosa e intende esser liberato dalle molestie che la controversia gli procura: egli cioè vuol restituire la cosa e non può, data la contesa, consegnarla con sicurezza nè all'uno nè all'altro, essendo obbiettivamente incerto chi sia l'erede del depositante. ⁽¹⁾

Per contro, io ho altrove ⁽²⁾ affermato la interpolazione del fr. 5 § 1 D. 36, 3, nella cui frase finale: 'sed si is qui vicit non possit cavere, vel res deponenda vel iurisdictionis restituenda est' potrebbe essere fatta allusione ad un deposito in luogo pubblico. In qualche altro passo infine l'intervento di Triboniano può esser dubbio, come p. es. nel fr. 11 § 1 D. 10. 4 ⁽³⁾ e nel fr.

(1) Che di una incertezza obbiettiva ed assoluta qui si tratti ha messo in evidenza il KÄHNE *Jahrb. f. d. Dogm.* XVII p. 15-18, e risulta del resto dal fr. stesso, che accenna ad un giudizio *de hereditate*. Certo non potrebbe il debitore ritenersi senz'altro autorizzato a depositare sol perchè a domandare la restituzione si presentano due o più pretendenti: il debitore non è perciò solo posto in uno stato d'incertezza; ed è naturale quindi interpretare il passo ritenendo che si tratta di incertezza ragionevole, prodotta cioè da fondati motivi. — Quanto al tentativo dello JESS, *Jahrb. f. d. Dogm.* XVII p. 163 sgg., di considerar la decisione del nostro fr. siccome eccezionale e limitata al solo caso in cui si tratti di un debitore a titolo di deposito, v. contro la sua argomentazione WINDSCHIED, *Pand.* § 317 n. 3 in fine.

(2) *Studi per Fadda* II p. 122 sgg.; e su questo testo e su altri affini cfr. MÜLLER, *Sequestration* p. 176-187 ed ora anche ARANGIO-RUIZ p. 4 9, che nega la interpolazione in questo punto, ma l'ammette nella precedente frase 'sed si nec ipsi, exerceant' (p. 477).

(3) « Ulp. 24 ad ed. Proinde et si apud officium fuerit depositus exhibendus, cibaria debebit agnoscere qui exhiberi desideravit, si non solebat possessor servum pascere et rel. » — Io non credo si debba accogliere la proposta del MÜLLER, *Sequestration* p. 160, p. 175, p. 352, (v. anche, ma dubitativo, ARANGIO-RUIZ *Arch. giur.* 78 p. 481, 78, p. 246 n. 2) di ritenere sostituito dai compilatori 'apud officium' ad un originario 'apud sequestrem'. Il solo motivo che lo muove è, in sostanza, la considerazione che al tempo d'Ulpiano non poteva ancor parlarsi di *officium* per gli aiutanti e dipendenti del pretore. Il che, nonostante i testi addotti (p. 153 n. 1 e 2) non sembrano decisamente probante, soprattutto perchè non s'intende chiara la ragione per la quale ai compilatori sarebbe apparsa necessaria la soppressione del *sequester*: — Non escludo peraltro che il testo abbia subito delle alterazioni e che sia ad es. aggiunto in tutto o in parte il pezzo ove è fatta la questione

16 D. 1. 18. (1).

Tuttavia, nonostante codeste interpolazioni, sarebbe una esagerazione il fare, come suole ad es. Fabro, il quale quasi sistematicamente ha negato la genuinità ogni qualvolta ha trovato nelle fonti menzione di deposito da eseguirsi in luogo pubblico, presso una *aedes* o un *officium*, soprattutto dove trattasi di disposizioni date dal magistrato o dal giudice o di prescrizioni dettate in via generale.

5. — La ragione per la quale nei casi predetti il deposito o spontaneamente dai privati o per disposizione dell'autorità si fa nel luogo pubblico, è di per sé manifesta: la maggior sicurezza che offrono il tempio, l'archivio pubblico, la sede dell'autorità giudiziaria dovevano far preferire in più d'un caso questi depositari pubblici ai privati. Essi funzionavano infatti, per la custodia cui eran sottoposti per parte dei poteri dello stato, come potrebbero oggidi i luoghi di deposito pubblico.

Certo, è in senso enfatico che Arnobio (*advers. gentes* 6.20) parla di uno stragrande numero di custodi preposti ai templi:

Et tamen, o istis si apertum vobis et liquidum est, in signorum visceribus Deos vivere, atque habitare coelites, cur eos sub validissimis clavibus, ingentibusque sub claustris, sub repagulis, pessulis, aliisque huiusmodi rebus custoditis, conser-

del servo depositato. Fa impressione ad es. il bisticcio che risulta dall'adozione di *exhibere* in due significati diversi, in quello comune e tecnico sei volte ('*exhiberi rem*', '*exhibendum*', '*depositus exhibendus*' '*qui exhiberi desideravit*', '*exhibere debet*', '*debebit exhibere*') e in quello di 'alimentare' una settima volta ('*solebat se exhibere*'). Non che in quest'ultimo significato esso non ricorra (cfr. 1 § 8 D. 14, 1; 1 § 2 D. 1, 12; 10 § 7 D. 15, 8; 4 pr. D. 22, 2; 5 § 15 D. 25, 3); ma è un bisticcio analogo a quello che per la parola *deponere* si è osservato nel fr. 5 § 2 D. 16, 3 in un punto ch'è con tutta probabilità triboniano. Ovvero fu scritto '*solebat se pascere*' e copiato, *solebat se exhibere*?

Quanto all'ultima frase del fr. è da correggere: '*non potest recusare*' come propone il Fornerius, (cfr. Mommsen *ad h. l.*; Schulz *notae ad Pand. ad h. l.*,). — Se poi il deposito che del servus si fa presso l'*officium* sia volontariamente eseguito dal convenuto ovvero giudiziarmente ordinato, non è possibile determinare. A questo proposito, non è da accogliere quanto l'Arancio-Ruiz, *Arch. giur.* 78 p. 247 scrive, dovendosi cioè la *exhibitio* considerarsi già avvenuta e il deposito ordinato posteriormente e quindi come qualcosa di accessorio. Dal testo risulta che la *depositio apud officium* è preordinata alla *exhibitio*, evidentemente perché o il processo non è ancor cominciato ovvero la sua trattazione si prolunga e la presenza del servo rimane tuttora necessaria.

(1) L'Arancio-Ruiz, *Arch. giur.* 76 p. 485-484 vi ritiene interpolata la parola *deponatur*: '*ut litem contestetur resque ablata exhibeatur et deponatur aut sisti exhibitive satisfactio promittatur*'. Cfr. sul fr. il largo commento del Mörner, *Sequestration*, p. 164-73, che però non dubita della genuinità di alcun punto di esso.

138

vatis, atque habetis inclusos, ac ne forte fur aliquis, aut nocturnus irrepat latro, aedituis mille protegitis, atque excubitoribus mille.

Ma custodi eran sempre ai luoghi pubblici e soprattutto ai templi per i tesori che v'eran conservati. Cicerone (*Verr.* 4, 44, 96) ricorda più *aeditui* e *custodes* preposti al *sanum Chrysae amnis*; ed in genere è a ritenere che pei più ricchi e dotati di valori essi fossero sovente più d'uno (1).

È da escludere invece, che possa aver influito sulla scelta del luogo pubblico una più grave sanzione contro coloro che ne trafugassero gli oggetti ripostivi dai privati in custodia. (2) La questione che nelle fonti s'affaccia in ordine a codesta più grave sanzione è limitata soltanto ai templi o in genere ai luoghi sacri, laonde ne restano esclusi tutti gli altri luoghi pubblici, di cui pur potevasi fare uso; e per gli stessi templi essa fu — come parmi doversi concludere — lungamente dibattuta e da ultimo decisa proprio nel senso del non aggravamento.

Il quesito è posto in questi termini: se debba rispondere di *sacrilegium* ovvero soltanto di *furtum* chi sottrae dal tempio le cose depositatevi dai privati. E due passi di Cicerone lo presenterebbero nel più antico diritto risoluto pel *sacrilegium*, in quanto al *sacrum* è parificato il *sacro commendatum*, sicchè la sottrazione delle cose private vien trattata alla stessa stregua di quella delle *res sacrae*:

de leg. 2. 9. 22 *Sacrum sacrove commendatum qui clepsit rapsitque parricida esto* (3).

ib. 2. 16. 40 *Sacrilego poena est, neque ei soli, qui sacrum abstulerit, sed etiam ei qui sacro commendatum.*

Ma più tardi un rescritto degl'imperatori Severo e Caracalla avrebbero temperato l'antico rigore, dichiarando non esser da punire un tal delitto diversamente dal furto:

(1) V. per altri testi sugli *aeditui*, e per la distinzione tra il preposto al tempio o all'ufficio e i guardiani di esso MÜLLER, *Sequestration* p. 366 sgg. 1, MARQUARDT *Le culte chez les Romains* (trad. Brissaud in *Man. des ant. rom.*) I p. 259 e HABEL in PAULY-WISSOWA *Real-Encycl.* v. *Aeditui*.

(2) A questo motivo accenna il MÜLLER, *Sequestration* p. 367.

(3) Come osserva il MOMMSEN, *Dr. pénal romain* (trad. Duquesne in *Man. des ant. rom.*) III, p. 76 n. 2, il 'parricida esto' non può significare se non che il delitto è di competenza dei *quaestores parricidii*.

6 (5) D. 48. 13 *Marcian. 5 reg.*

Divi Severus et Antoninus Cassio Festo rescripserunt, res privatorum si in aedem sacram depositae subreptae fuerint, furti actionem, non sacrilegii esse.

Secondo l'antico diritto pertanto, a determinar la figura del *sacrilegium* non sarebbe occorso necessariamente l'esser *sacrae* le cose sottratte, ma sarebbe bastato anche soltanto l'esser sacro il luogo donde si sottraevano. A questa evoluzione del concetto di *sacrilegium* non devesi però credere; e non l'ammettono infatti gli illustratori più recenti del diritto penale: così il Mommsen ⁽¹⁾, il quale ritiene che siavi stata incertezza nella giurisprudenza; e così del pari il Ferrini ⁽²⁾. Quest'ultimo anzi propone una ingegnosa spiegazione dei passi in sè contraddittori, la quale non solo escluderebbe il preteso svolgimento con attenuazione dell'antico rigore, ma eliminerebbe puranco l'esistenza d'una controversia.

Il principio indiscusso era, a suo avviso, quello riconfermato nel rescritto di Severo e Caracalla, e ciò perchè le cose dei privati se pur deposte nel tempio non diventavano sacre. Tuttavia, un'eccezione fu fatta per le cose che non per custodia, bensì per ornamento o pel miglior servizio del tempio vi si introducevano dai privati: queste eran parificate alle sacre, e ad esse alluderebbe il 'sacro commendatum' di Cicerone, nonchè la distinzione che per cagion del luogo fa Claudio Saturnino nel fr.

16 § 4 D. 48. 19 *Claud. Sat. l. sing. de poen. pag.*

Locus facit, ut idem vel furtum vel sacrilegium sit et capite luendum vel minore supplicio.

Ma l'arguta congettura non è sorretta da prove testuali. Non risulta infatti dalle fonti che il significato di *sacro commendare* sia quello di 'dare' o 'donare' al tempio, com'è appunto delle cose che per 'ornamento stabile' o 'pel servizio del culto' i privati offrono alla deità. Il testo invocato di Marciano, 4 § 1 D. 48. 13: 'Lege Iulia peculatus tenetur, qui pecuniam sacram religiosam abstulerit interceperit. sed et si *donatum* deo immortalis

(1) *Op. cit.* p. 69 e n. 2.

(2) *Diritto penale romano*, Milano 1902, p. 415.

140

[l. diis immortalibus] ⁽¹⁾ abstulerit, peculatus poena tenetur ' dimostra appunto che, se qui v'ha *sacrilegium*, gli è perchè le cose offerte sono, in quanto donate, divenute sacre. ⁽²⁾ Laonde è ragionevole l'intendere il *commendare* nel comune e costante significato di *deponere*, nel quale esso ricorre sovente nelle fonti giuridiche. ⁽³⁾

È quindi a credere sia più nel vero il Mommsen, che opina sia stato questo un punto fortemente discusso in giurisprudenza e non mai deciso legislativamente se non forse la prima volta col rescritto dei due imperatori.

(1) La correzione del singolare sostituito con pensiero cristiano da Giustino all'originario plurale riferito agli dei pagani, sembra perfettamente giustificata, nè so vedere perchè il Lenel che ha rilevato in altri casi la interpolazione non l'abbia avvertita in questo. I luoghi corrispondenti in cui *deus* è stato sostituito al plurale *dei* sono: 2 D. 1. 1 (*deum* per *deos*) = *Lexet Paling.* Pomp. 177; 9 § 3 D. 1. 8 (*deo* per *diis*) = *Paling.* Ulp. 1486; 32 § 4 D. 4. 8 (*dei* per *deorum*) = *Paling.* Paul. 251; 1 § 5 D. 35. 2 (*deo* per *diis*) = *Paling.* Paul. 921; 3 pr. D. 49. 4 (*deum* per *deos*) = *Paling.* Callistr. 87. È stato invece dai compilatori tralasciato semplicemente il nome della divinità nei fr. 3 § 4 D. 12. 2 = *Paling.* Ulp. 666; 38 § 2 D. 34. 2 = *Paling.* Scæv. 274. Interpolata interamente è la frase che lo contiene in fr. 38 D. 12. 2 (FERRARI, *Bull. ist. di dir. rom. XIV* p. 218) e in fr. 5 § 12 D. 24. 1 = *Paling.* Ulp. 2165 [*ad oblationem Dei*]. Ma in quest'ultimo fr. parmi sia da ritenere sostituito allo stesso modo che nei primi il singolare al plurale nella successiva frase 'ut donum deo detur vel consecratur'. E forse è da spiegarsi pure con un originale *deorum* la scorrezione che s'incontra nel fr. 7 (6) D. 48. 13: 'sed moderanda poena est usque ad bestiarum damnationem eorum, qui manu facta templum effugerunt et dona dei in noctu tulerunt' e che il Mommsen (ad h. l.) propone di correggere leggendo *inde*, se non s'abbia tuttavia a mantenere il *dei* in quanto si alluda alla divinità cui quel determinato tempio era consacrato. L'uso del plurale è del resto costante nei testi genuini, cfr. Gai I. 58; II. 4; Ulp. XXII. 6 (cfr. su questo l'acuto studio di SCIALOJA in *Studi giur. per Fadda* II p. 3 sgg.); Paul. Sent. IV. 3. 3; Coll. XV. 2. 5; e in sola eccezione Paul. Sent. V. 21. 1 (vaticinatores, qui se deo plenos assimilant).

(2) Sono appunto cose donate al tempio quelle di cui è parola ad es. nel fr. 7 (6) D. 48. 13. che tratta precisamente della *poena sacrilegii*. Anzi, anche dove il termine (*ponere*) più richiamberebbe alla mente il concetto di *deponere*, se risulta che la introduzione delle cose private nel tempio non è a scopo di custodia, la figura giuridica che normalmente vi si deve riconoscere è quella della donazione alla divinità, cfr. ad es. 38 § 2 D. 34. 2: 'inbeque signum dei ex libris centum in illa sacra aede et in patria statui subscriptione cominis mei ... cum in eo templo non nisi aut aerea aut argentea tantum sint dona.... secundum ea quae proponerentur argenteum ponendum'. Nel fr. 5 § 12 D. 24. 1 invece il quesito è nel senso se vi abbia donazione valida tra coniugi nella offerta fatta nel tempio di una lampada ad olio dal marito a favore della moglie: 'Quare et si oleum pro ea in aede sacra posuerit, valet donatio'. Ma forse Ulpiano scrisse *monumento* invece di *aede sacra* ? o anche tutto l'esempio non è genuino?

(3) Cfr. i notissimi fr. 21 D. 16. 3: 'quid est enim aliud commendare quam deponere'; 196 D. 50. 16: 'Commendare nihil aliud est quam deponere'; Coll. X. 7. 4: 'Deponere videtur et is, qui suspectam habens vel minus idoneam custodiam domus, vel vim latronum timens, apud aliquem rem custodiendam commendat'; 26 pr. D. 16. 3; 14 § 4 D. 11. 7; 86 (81, D. 36. 1; Paul. Sent. I. 21. 4; Isid. V. 25, 19; Plaut. Merc. 246; Trin. V, 113, etc.

Numerosi testi di Quintiliano vi sono anzi che provano esplicitamente come tale discrepanza esistesse e fosse una delle più note, tanto da servire siccome esempio nelle disquisizioni dei retori. (1) La ragione del dubbio era in ciò appunto: se dovesse per la figura del *sacrilegium* darsi importanza esclusiva al carattere sacro delle cose. Né era illogica l'opinione di coloro che ritenevano *sacrilegium* l'ablazione anche di cose private, perchè pure per queste doveva intervenire la violazione d'una cosa sacra, cioè del tempio. (2) Ma la incertezza, che nelle esemplificazioni di Quintiliano si manifesta, cessò definitivamente con la decisione di Severo e Caracalla.

*
* *

6. — La più cospicua applicazione del c. d. deposito pubblico o giudiziale si ha nei casi in cui il debitore, o per la mora del creditore o per altre cause che costituiscano ostacolo, assoluto o relativo, al pagamento, non possa soddisfare il suo debito e voglia

(1) *Inst. orat.* VII. 3. 21-24. Atque ut a notissimo exemplo, quo sit res lucidior, non recedamus: Qui privatam pecuniam de templo surripuit, sacrilegii reus est? Culpa manifesta est: quaestio est, an huic crimini in nomen, quod est in lege, conveniat. Ergo ambigitur, an hoc sacrilegium sit? Accusator, quia de templo surrepta est pecunia, utitur hoc nomine. Reus, quia privatam surripuerit, negat esse sacrilegium sed furtum fatetur. Actor ergo ita finiet: 'sacrilegium est surripere aliquid de sacro.' Reus ita finiet: 'Sacrilegium est surripere aliquid sacri'. Uterque finitionem alterius impugnat. Ea duobus generibus evertitur, si aut falsa aut parum plena... Nam illud tertium nisi stultis non accidit, ut nihil ad quaestionem pertineat. Hic reus falsam dicit finitionem accusatoris, accusator autem non potest dicere falsam rei: nam est sacrilegium surripere aliquid sacri; sed dicit parum plenam, adiciendum enim 'aut ex sacro'. — Cfr. inoltre *Inst. orat.* III, 6. 3; III, 6. 41; IV, 2. 8; IV, 4. 3; V. 10. 39; VII, 3. 10.

(2) Così si spiega perché, mentre Venuleio nel testo citato risolve l'antico dubbio col criterio del luogo, Paolo decide invece che sacrilegio non v'ha se il luogo, sia pur sacro, è privato: fr. 11 (9) § 1 P. 48. 18 *Paul. l. sing. de iud. publ.* Sunt autem sacrilegi, qui publica sacra compilaverunt. at qui privata sacra vel aedicularum incustoditas temptaverunt, amplius quam fures, minus quam sacrilegi merentur. — Il *Farrini, Dir. pen. rom.* p. 414 n. 6 attribuisce ai compilatori la frase finale 'amplius quam fures minus quam sacrilegi merentur.' La cosa non è del tutto impossibile, ma non è dimostrata: d'altra parte non son rari negli stessi classici esempi di decisioni, in cui tra due figure determinate essi non assegnano né all'una né all'altra un rapporto, la cui determinazione rimane quindi come in sospeso, com'è qui della violazione dei sacra privata, che non è sacrilegio e non è neppure furto.

142

però liberarsi dalle conseguenze della mancata *solutio* mediante la *depositio*.⁽¹⁾

La deviazione che in questi casi vi ha dalle regole ordinarie del deposito è così profonda che colla teoria del deposito comune essa non potrebbe essere spiegata: perocchè qui il depositario perde l'*actio depositi* e con questa la facoltà di ritirare la cosa dal depositario; il che è effetto appunto del carattere pubblicistico che il rapporto riveste.

L'insegnamento dato generalmente dai più recenti scrittori è invero del tutto opposto. Essi affermano cioè che poichè la *depositio* non è una vera e propria *solutio* e non ha quindi pieno effetto liberatorio⁽²⁾, un tal deposito non vincola punto il debitore, il quale conserva sempre il diritto di ritirare la cosa depositata⁽³⁾. E ritirata la cosa il debito ritorna in vita e riprende il suo vigore l'antico rapporto obbligatorio. Negano cioè che nei passi in cui è cenno di *liberatio*, debbasi ciò intendere di scioglimento del vincolo giuridico, e interpretano questa o come liberazione per via di eccezione⁽⁴⁾ o come liberazione dall'azione⁽⁵⁾ ovvero siccome dichiarata sotto la presupposizione che il deposito non sia stato ritirato dal debitore⁽⁶⁾. D'altro canto, poichè dalla l. 19 C. 4, 32 risulterebbe concessa al creditore un'*a. utilis* pel ritiro della cosa e, oltre a questa, anche un'azione reale contro il terzo possessore, ammettono che, fino al ritiro da parte del debitore, il creditore abbia una ragione alla restituzione contro il depositario. Si avrebbero, in altri termini, due diritti concorrenti, l'uno del debitore, l'altro del creditore, in guisa che il secondo possa esercitarsi sempre fino a quando non sia stato esercitato il primo, e viceversa. E quanto al rapporto obbligatorio, esso dovrebbe considerarsi siccome posto in uno stato d'inerzia durante tutto il tempo in cui il depo-

(1) È ovvio che è diversa la funzione del deposito in questi casi in cui la *depositio* rappresenta un surrogato del pagamento, essendo fatta con l'animo di solvere, da quella ch'esso ha quando si esegue pur giudiziarmente ma soltanto *custodiae causa*, con l'intendimento cioè non di solvere, ma di porre la cosa sotto la tutela giudiziaria. Cfr. BORNEMANN, *Zur Lehre von der Deposition nach Preuss. R.* (Preuss. Ger. Zeitung 1859 nn. 37-39); GRUCHOT, *Lehre von der Zahlung* p. 23; e soprattutto MÜLLER, *Sequestration* p. 197 sgg.

(2) Diversa, come è noto, è la dottrina professata senza eccezione dagli interpreti e scrittori antichi: per essi il deposito è parificato pienamente alla *solutio*. E del resto così pensano anche molti degli scrittori moderni.

(3) WINDSCHEID, *Pand.* § 347 n. 2 a; DERNBURG, *Pand.* § 61 n. 11.

(4) DERNBURG, § 61 n. 12.

(5) ULRICH p. 66 n. 4.

(6) WINDSCHEID § 347 n. 26.

sito permane, capace quindi di riprendere la sua piena efficacia non appena il debitore lo abbia ritirato. ⁽¹⁾

Io ritengo codesto insegnamento, che si fonda su alcuni testi ma è contraddetto manifestamente da altri, erroneo o quanto meno inesatto ed incompleto nella sua troppo generale enunciazione, se riferito ad ogni caso di depositio.

7. — Perché la dimostrazione risulti chiara e sia evitata ogni possibilità di equivoci, occorre preliminarmente porre in sodo alcuni punti che son fondamentali nella materia.

Si afferma da coloro che negano in via generale efficacia estintiva al depositio, che il debitore non ha altro diritto in confronto del credilore in mora o comunque del creditore cui per assenza o incapacità o incertezza non possa farsi la *solutio*, se non quello di esser rilevato dalle conseguenze cui l'inadempimento per se stesso condurrebbe. Un diritto del debitore a costringere il creditore all'accettazione (quando si tratti di mora) non v'ha ⁽²⁾, nè se ne potrebbe poi parlare in tutti gli altri casi d'impossibilità o difficoltà della *solutio* per assenza o incapacità o incertezza del creditore. Egli ha però un interesse legittimo ad esser liberato dalle conseguenze, e questo vien protetto mediante la *depositio*, che lo costituisce nella stessa condizione giuridica di chi abbia adempiuto ⁽³⁾.

Tutto ciò è esatto e giusto. Senonchè il considerar il debitore come se avesse pagato implica che si debbano a lui riconoscere tali diritti quali spettano al debitore effettivamente liberato dalla obbligazione: e questo riconoscimento è in determinati casi impossibile, se non si ammette la liberazione definitiva e gli si conserva la facoltà di ritirare il depositio ossia di porre nel nulla la *solutio*. In altri termini, la situazione di inerzia o sospensione in cui il vincolo obbligatorio verrebbe posto, non è sempre atta a tutelar pienamente l'interesse del debitore, perchè vi sono casi in cui egli ha diritto alla liberazione effettiva e definitiva e nei quali a questa non può farsi luogo, se non tutelando contemporaneamente i diritti del creditore.

(1) WINDSCHEID, *DEBBURG*, II. cit.; per altre costruzioni, cfr. ULRICH p. 57 sgg. e specialmente p. 64 sgg.; KOHLER, *Jahrb. f. d. Dogm.* XVII, p. 267.

(2) WINDSCHEID § 345 n. 10, § 47 n. 1; p. MOMMSEN, *Beiträge* III p. 134 e n. 3.

(3) Tralascio qui la questione, se, al di fuori d'ogni mora o colpa del creditore, debbasi al debitore concedere la facoltà di respingere da sé le conseguenze dannose della mancata *solutio*, anche quando esse abbiano a ricader sul creditore. Il WINDSCHEID, *Pand.* § 345 n. 10, contro il KOHLER, *Jahrb. f. d. Dogm.* XVII lo nega, ma forse è troppo reciso.

Io non voglio accennar qui al diritto, che teoricamente spetterebbe al debitore, di esser dichiarato sciolto dal vincolo obbligatorio: si potrebbe di esso pur dubitare, o quanto meno dubitare della pratica utilità sua, quando al debitore è offerta una condizione giuridica sostanzialmente identica s'egli non ritirerà il deposito. Ma non mancano situazioni, in cui quel diritto ha una concreta e reale efficienza, e dove il trattare il debitore come se fosse liberato dal vincolo non è sufficiente a produrre tutti gli effetti della vera e propria estinzione, se nel debitore si conservi tuttavia la facoltà del ritiro. L'esempio più tipico si ha nel debitore pignoratizio che, non potendo eseguir la *solutio*, è costretto a servirsi della *depositio* e voglia ottenere la restituzione del pegno. Ch'egli a questa abbia diritto, le fonti esplicitamente riconoscono; ma la restituzione del pegno sarebbe inconciliabile con la sopravvivenza in lui del diritto al ritiro del deposito, perchè in tal modo, mentre si tutela l'interesse del debitore, si lascerebbe senza protezione quello del creditore.

E per converso, se un fideiussore che per lo stesso motivo abbia depositato la somma può senz'altro (come pur le fonti dichiarano) rivolgersi contro il debitore con l'*actio mandati*, la concessione dell'azione implica siccome avvenuta effettivamente la *solutio* e la protezione dovuta al creditore non solo, ma al debitore principale altresì, esige che sia a lui disconosciuta la facoltà del ritiro.

Degli effetti pertanto che, in genere, dalla *depositio* appaiono prodotti (sospensione o cessazione delle usure pei debiti produttivi d'interesse, passaggio del *periculum rei* dal debitore al creditore, sospensione del diritto di vendita del pegno nel creditore pignoratizio, liberazione del pegno e delle garanzie personali, liberazione del debitore), alcuni son tali che il prodursi loro, non implicando necessariamente la estinzione del vincolo obbligatorio, può lasciar sussistere nel debitore il diritto al ritiro del deposito, altri invece non sono possibili se non si attribuisca effetto estintivo alla *depositio*; sono cioè a dire inconciliabili con la sopravvivenza dell'*actio depositi* nel debitore deponente.

Questa profonda diversità d'effetti non è stata, a mio avviso, sufficientemente valutata. Ed è invece siffatta, da non potersi trascurare nel determinare il valore del deposito giudiziale.

A questo punto si riconnette direttamente una seconda considerazione. Che nei casi di mora del creditore o comunque di impossibilità o non sicurezza della *solutio* il debitore possa ricorrere a rimedi diversi per liberarsi, è di per sé intuitivo. Prescindendo

dall'abbandono della cosa ⁽¹⁾, egli poteva: 1) o limitarsi a suggellarla (quand'essa vi si prestava) e a riporla così suggellata presso se medesimo, tenendola in serbo a disposizione del creditore; 2) o disfarsene mettendola in deposito presso un terzo, fosse questo un privato o un ufficio pubblico; 3) o finalmente adire il magistrato e provocar da lui un provvedimento, che normalmente sarà stato appunto un ordine a depositare. A questo terzo caso deve parificarsi quello in cui, pur senza un esplicito *iussus* del magistrato o del giudice, il debitore alla presenza o coll'intervento o comunque sotto la tutela di lui procede pubblicamente e solennemente al deposito.

Quando l'una o l'altra di queste vie si debba ritenere seguita nelle singole specie che i testi ricordano, ⁽²⁾ non è purtroppo determinabile sempre: spesso essi parlano di un'avvenuta *obsignatio* e *depositio*, senza menzionare altri particolari solennità dell'atto. Da qualcuno ⁽³⁾ si è anzi negato, che là dove i testi parlano di un *deponere*, si possa il deponere mai intendere d'un riporre presso se stesso. Ma a torto. Pare invece che da principio fosse questo il rimedio cui si faceva ricorso ⁽⁴⁾; e ciò è a ritenersi più che verosimile, anche per semplice induzione fondata sul fatto, che il rimedio del deposito giudiziale non sorse se non in un periodo piuttosto tardo del diritto romano. In ogni caso, può ammettersi adoperata la seconda forma, quella del deposito presso terzi con carattere del tutto privato. Senonchè, in alcuni casi la terza specie di deposito è sicuramente riconoscibile: e ciò avviene non solo nei testi che parlano di un *iussus* del magistrato o del giudice a depositare, ma altresì in quelli in cui, pur non essendo fatta menzione dell'ordine, è tuttavia dalle circostanze ricordate constatabile che il deposito è avvenuto per disposizione giudiziale.

Ora, egli è evidente che dalla *repositio apud se* non potevano

(1) Cfr. ULRICH, *Deposition* p. 77 sgg.; MOMMSEN, *Beiträge* III p. 309 sgg.; VAN WETTER, *Obligations* I p. 47 sgg.

(2) Non mi soffermo qui sul punto se le dette forme di deposito e in particolare quella giudiziale o solenne produttiva di liberazione siano limitate ai soli debiti in danaro o abbiano applicazione anche ad altre cose mobili. La limitazione alle somme di danaro voluta da alcuni (cfr. ad es. ZIMMERN, *Arch. f. d. civ. Pr.* III p. 121 sgg.; contra THIBAUT, *ib.* V p. 332 sgg.; WINDSCHEID, *Pand.* § 347 n. 2) è smentita dal fr. 1 § 37 D. 16. 3, cui si aggiungono pel diritto giustiniano il fr. 1 § 36 D. 16. 3 e Nov. 91 c. 2. Né astrattamente saprebbe vedersi alcuna ragione (salvo gl'impedimenti derivanti dalla natura stessa delle cose) per limitare tale norma al danaro.

(3) Ad es. l'ULRICH, *op. cit.* p. 31.

(4) WINDSCHEID, *Pand.* § 347 n. 2; MOMMSEN, *Beiträge* III p. 307 n. 3; VAN WETTER, *Obligations* I p. 45; KOHLER, *Jahrb. f. d. Dogm.* XVII p. 305-306.

146

certamente esser prodotti effetti liberatori. Essa non produceva che alcuni effetti particolari, come la sospensione delle usure o il passaggio del *periculum rei*, effetti cioè che sono pienamente e facilmente revocabili non appena cessi l'*obsignatio* e la *repositio* e con essa la intenzione del debitore di tener destinata la cosa in favor del creditore. Poteva infatti il debitore, disuggellando e riprendendo la libera disponibilità della cosa, farne cessar la destinazione pel creditore: e con ciò gli effetti, che l'*obsignatio* aveva prodotto, da quel momento cessavano. Del tutto analoga è la situazione creata dal deposito privato presso terzi. Poichè anche qui la consegna che della cosa il debitore faceva ad un depositario, non poteva aver altro valore che quello di farne constare la messa a disposizione del creditore, gli effetti suoi non potevano essere definitivamente liberatori: il debitore poteva liberamente chiedere la restituzione al terzo e, ripresa la cosa, farli senz'altro cessare.

Ma né con l'una né con l'altra forma può confondersi il deposito giudiziale: l'intervento del magistrato o del giudice che qui o dispone il deposito o l'autorizza o comunque fa ch'esso si esegua sotto la sua sorveglianza e responsabilità, modifica profondamente il rapporto. La cosa depositata per ordine o autorizzazione di lui non può più ormai liberamente ritirarsi: e gli effetti suoi potranno e dovranno essere adunque definitivi sul rapporto creditorio preesistente, in quanto la cosa è messa in modo permanente a disposizione del creditore. (1)

Ciò posto, esaminiamo brevemente i testi principali, che comunque trattano di *obsignatio* e *depositio* e gli effetti vari che a questa sono attribuiti.

*
* *

8. — Della cessazione o sospensione delle usure, prodotta dalla *depositio* della somma, si occupano numerosi testi.

(1) Il KÜHN, *Jahrb. f. d. Dogm.* XVII p. 7 troppo recisamente afferma, che il deposito nel tempo classico avveniva senza alcuna cooperazione magistratuale, e troppo unilateralmente considera il rapporto quando all'intervento magistratuale, che solo nel tardo impero si sarebbe attuato, assegna il mero compito o di constatare l'avvenuta offerta o di indicare il luogo del deposito, e nulla più. — Di alcuni casi in cui al depositante è tolta la facoltà di chiedere la restituzione si occupa anche il KOHLER, *ib.* p. 347-355, ma salvo la citazione della specie contemplata nella l. 1 § 2 e 2 § 3 C. 7. 7 quelli ch'egli considera sono tutti casi di diritto moderno.

Di essi alcuni presuppongono, come causa del deposito, il rifiuto del creditore a ricevere:

7 D. 22. 1 *Pap. 2 resp.*

Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisse, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.

6 C. 4. 32 *Imp. Antoninus* [a. 212].

Si creditrici, quae ex causa pignoris obligatam sibi rem tenet, pecuniam debitam cum usuris testibus praesentibus obtulisti *eaque non accipiente* obsignatam eam deposuisti, usuras ex eo tempore quo obtulisti praestare non cogeris. absente vero creditrice praesidem super hoc interpellare debueras.

9 C. 4. 32 *Imp. Antoninus*.

Si per te non stetit quominus intra tempora praefinita pecuniam minorum usurarum solveres, sed per tutores filiorum creditoris, *qui eam accipere noluerunt*, idque apud iudicem datum probaveris, eius temporis, quo per te non stetisse apparuerit, usurae maiores non exigentur. quod si etiam sortem deposuisti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in usuras non convenieris.

19 pr. § 1 C. 4. 32 *Impp. Diocl. et Max.*

Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, *si non suscipiat*, consignatam in publico depone, ut cursus usurarum legitimarum inhibeat. In hoc autem casu publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit.

Altri la impossibilità della solutio per incertezza sulla persona del creditore:

18 § 1 D. 22. 1 *Pap. 3 resp.* ⁽¹⁾

Post traditam possessionem defuncto venditore, *cui successor incertus fuit*, medii quoque temporis usurae pretii, quod in causa depositi non fuit, praestabuntur

(1) L'errore dell'iscrizione nei digesti, che attribuiscono il passo a Paolo, è provato dai Fr. Vat. 17: cfr. LENEL, *Paling.* Pap. 488 e 487.

o perchè il creditore non s'è prestato ad atti preliminari per la liquidazione dei conti e l'accertamento definitivo del debito:

1 § 3 D. 22. 1 *Pap. 2 quaest.*

Circa tutelae restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est: nemo enim ambigit hodie, sive iudex accipiat, in diem sententiae, sive sine iudice tutela restituatur, in eum diem quo restituit usuras praestari. plane si *tutelae iudicio nolentem experiri* actor ultro convenerit et pecuniam optulerit eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras.

28 § 1 D. 26. 7 *Marc. 8 dig.*

Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet ex quo optulit pecuniam: quin etiam iustius mihi videtur eum per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. *Ulpianus notat*: non sufficit optulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco

ovvero perchè minore e non assistito da curatori:

7 § 2. D. 4. 4 *Ulp. 11 ad ed.*

Sed hodie solet pecunia in aedem deponi, ut Pomponius libro vicensimo octavo scribit, ne vel debitor ultra usuris oneretur vel creditor minor perdat pecuniam.

In un ultimo testo finalmente la causa del deposito non è esplicitamente dichiarata, ma non è da escludere ch'essa abbia potuto essere il giustificato rifiuto del creditore a ricevere solo un pagamento parziale:

41 § 1 D. 22. 1 *Mod. 3 resp.*

Lucius Titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat obsignavit: quaero, an Titius pecuniae quam obsignavit usuras praestare non debeat. Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, uti liceret et particulatim quod acceptum est exsolvere, non retardari totius debiti usurarum praestationem, si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit.

A produrre la sospensione delle usure, come a provocar gli altri effetti di cui dirò dopo, non bastava la semplice *depositio* senza l'offerta. Ciò risulta dalla c. 2 C. 4. 32: '*Impp. Sev. et Ant. Usuras emptor, cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quamvis pecuniam obsignatam in depositi causa habuerit, aequitatis ratione praestare cogitur*'¹, che dichiara insufficienti l'*obsignatio* e la *depositio* in quanto non precedute dall'offerta. E per converso è insufficiente la semplice *oblatio*, come apparisce tra l'altro dalla nota di Ulpiano nel fr. 28 § 1 D. 26, 7,⁽²⁾ in quanto essa lascia tuttavia al debitore il godimento e la disponibilità del danaro⁽³⁾.

Gli atti che si compiono sono dunque normalmente tre operazioni distinte: l'offerta (*oblatio*), il suggellamento (*obsignatio*), il deposito (*depositio*).⁽³⁾

Ma a produrre l'interruzione delle usure sono essi strettamente necessari tutti, e più particolarmente è indispensabile un *deponere* presso altri? O non è invece sufficiente, oltre all'*offerre*, l'*obsignare*?

La ragione per la quale il debitore è liberato dall'obbligo della corresponsione degli interessi, quando deposita, sta esclusivamente in ciò, ch'egli si priva dell'uso del danaro e non potendo più trarne vantaggio non può più essere tenuto a corrisponderne i frutti. È

(1) Cfr. su questo testo tra gli altri anche il KOHLER, *Iahrbb. f. d. Dogm.* XVII. p. 393, il quale (n. 1) avanza l'ipotesi che ad un primo periodo più antico in cui era necessario il deposito, sia seguito un secondo stadio nel quale svoltosi l'istituto della mora si sia ritenuta sufficiente questa a fermar le usure, per ritornarsi da ultimo al sistema primitivo del deposito. Ma tale congettura è del tutto inverosimile.

(2) L'effetto è naturalmente proprio della *depositio* se si tratta di interessi convenzionali, perché per questi la sola offerta non è capace d'interromperne il decorso: e lo stesso è a dirsi rispetto agli interessi legali dovuti in seguito alla gestione d'una tutela: 1 § 3 D. 22. 1; 23 § 1 D. 26. 7. Quando invece si tratti di interessi moratori, basta la sola *oblatio* a sospenderne il decorso: il deposito non occorre, perché con l'offerta il debitore purga la propria mora ed è la *purgatio morae* quella che impedisce la ulteriore decorrenza delle usure. Cfr. MADAI, *die Lehre von der Mora* p. 500 sgg.; WINDSCHIED, *Pand.* § 346 n. 7; MOMMSEN, *Beiträge* III p. 259. 303.

Com'è noto, molti tra gli antichi scrittori ritenevano al contrario esser necessario il deposito anche per la sospensione degli interessi moratori, così ad es. NOORD, *de usuris* III c. 15, I p. 265 sgg.; GLÜCK, *Pand.* IV § 330 p. 420, ecc.

S'intende che la necessità della *oblatio* vale nei casi in cui essa è praticamente possibile; quindi in via normale nella mora *creditoris*, non quando ad es. o l'assenza o la incertezza della persona del creditore sia d'impedimento alla *solutio*: qui la supplisce la solennità stessa dell'*obsignatio* e della *depositio* pubblica e giudiziale.

(3) Cfr. MADAI, *op. cit.* p. 252 sgg.

150

questo stesso motivo che spiega perchè la semplice mora del creditore non produce sospensione, in quanto il debitore conserva non ostante essa la disponibilità della somma: il creditore può sempre rispondere che nonostante la sua mora il debitore ' è rimasto nel godimento del danaro. '

Il debitore pertanto non ha d'uopo, per dimostrare cessata in lui la disponibilità, di spogliarsi del danaro, ma può limitarsi, previa offerta (ov'essa è possibile), a suggellarlo ed a riporlo così suggellato.

Questo *riporre* presso se medesimo, questa separazione (*Absonderung*) che il debitore fa del danaro destinato al creditore dalle pecunie proprie, i Romani indicano con lo stesso termine *deponere* che normalmente designa la consegna fatta ad altri per custodia ⁽¹⁾. Un tal significato ha senza dubbio la frase ' pecuniam obsignatam in depositi causa habuerit ' della l. 2 C. 4. 32, ove l'*habuerit* esclude una consegna al depositario. Anzi l'*obsignare* stesso, in quanto implica l'atto di mettere da parte, è pure esso designato come un *deponere*: così io intendo il fr. 41 § 1 D. 22. 1 nel quale il principio accenna a una pecunia obsignata (' pecuniam quam debebat obsignavit'; ' pecuniae quam obsignavit ') e la chiusa parla di *depositio* (' solam partem deposuit '), e dove forse il *deposuit* non sta che ad indicare l'*obsignare* ⁽²⁾.

9. — Ora, nei testi surriportati noi ci troviamo di fronte a provvedimenti diversi, a depositi cioè giudiziali e solenni fatti presso o privati od uffici pubblici, e a depositi eseguiti presso lo stesso

(1) Che *deponere* sia anche usato nel senso di ' mettere in serbo, ' ' tenere in serbo ' ' porre in disparte ' risulta da più luoghi, cfr. ad es. fr. 41 § 6 D. 32 ' *Scaev. 22 dig. Item quaesitum est, an pecunia, quae in arca domi Gadibus inventa esset, vel ex diversis nominibus exacta et ibi deposita, ex fideicommissio debeatur* ' ; 12 § 41 D. 33. 7 ' *Ulp. 20 ad Sab. Idem respondit theriacam quoque et cetera medicamenta, quae secessus causa dominus ibi habuit, et vestem propter secessum ibi depositam instructo fundo legato inesse* '. È la stessa accezione nella quale altrove si trova adoperato il semplice *ponere*, fr. 13 § 1 D. 22. 1 ' *Scaev. 1 resp. Quaesitum est, an iudicio negotiorum gestorum vel mandati pro pecunia otiosa usuras praestare debeat, cum dominus nullam pecuniam faeneravit* . respondit, si eam pecuniam *positam habuisset* idque ex consuetudine mandantis fecisset, non debere quicquam usurarum nomine praestare. '

(2) Si potrebbe obiettare che per brevità di dizione si accenna al solo *obsignare*, e che dalla fine del testo si è autorizzati ad integrare in principio *obsignavit et deposuit*. Ma il principio contiene l'enunciazione di una *quaestio* che veniva sottoposta a Modestino, e non è supponibile ch'essa fosse indicata con termini meno precisi, nè il giureconsulto avrebbe aggiunto un elemento nuovo nella risposta, quando il deposito si dovesse intendere presso un terzo.

debitore, che giuridicamente non hanno nè il carattere di quelli nè comunque neppure natura d'un deposito ordinario.

A quest'ultima categoria va indubbiamente assegnato il deposito di cui è cenno nel fr. 7 D. 22. 1. E ciò spiega perchè nella chiusa Papiniano contempra l'ipotesi che il debitore nonostante la *depositio* possa, convenuto, cadere in mora e da questo momento esser tenuto a corrispondere le *usurae*. Contro i più, che ritengono *deposita apud se* la pecunia ⁽¹⁾, l'Ulrich ⁽²⁾, che nega l'uso d'un tale accantonamento in luogo del deposito vero e proprio, ha obiettato che a spiegare la *conventio* da parte del creditore, quella opinione ha bisogno di supplire nel testo il presupposto che il debitore abbia ritirato o ripreso la cosa depositata, e nel passo non v'ha di ciò la più piccola traccia. Cosicchè per l'Ulrich, che non dubitò della genuinità dell'*a. utilis* concessa dalla l. 19 C. 4.32 al creditore contro il depositario, la posteriore *conventio* dovrebbe spiegare col fatto che al tempo di Papiniano, ancor non essendo offerto questo mezzo, era il debitore tenuto o a cedere al creditore l'azione sua contro il depositario o a ritirare egli stesso la cosa per consegnarla al creditore. Ma se, com'è vero, nel fr. 7 non v'ha cenno alcuno che il debitore abbia ritirato il deposito, la spiegazione sta appunto in ciò, che egli non aveva da ritirar nulla, essendo la pecunia rimasta presso se medesimo obsegnata. La *obsignatio* non aveva avuto altro effetto che la sospensione delle usure, e questa doveva cessare se, essendosi da ultimo determinato il creditore a richiedere la somma, il debitore avesse indugiato a pagarla cadendo in mora.

In altri fr. invece non è difficile riconoscere la giudizialità del deposito. Noto è la chiusa della l. 6 C. 4. 32: ' Absente vero creditrice praesidem super hoc interpellare debueras. ' Il deposito era stato fatto dal creditore, previa offerta presenti più testimoni. Con quali altre solennità, non è detto: ma è da escludere che vi fosse stato intervento o autorizzazione del magistrato; perocchè questo pare che il rescritto rimproveri al debitore, di non aver cioè, essendo la creditrice assente, adito il preside. La fine del rescritto sembra quindi dichiarar inefficace l'avvenuta *oblatio* e *depositio*,

(1) Cfr. WINDSCHEID, *Pand.* § 317 n. 2; MOMMSEN, *Beiträge* III p. 397 n. 1 e 3; UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter* p. 43; KÖHLER, *Jahrb. f. d. Dogm.* XVII p. 306, che richiama qui ed interpreta allo stesso modo il fr. 8 D. 18. 3: ' et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit. ' Sembra pensare ad un deposito presso altri il MABAT, *Lehre von der Mora* p. 254, p. 503 n. 1043, p. 507.

(2) *Deposition* p. 31.

152

per cagion dell'assenza della creditrice ⁽¹⁾, e modificar così la norma espressa in principio circa la sospensione delle usure. La disposizione, che il preside sarebbe stato chiamato a dare in tal caso, doveva adunque cadere sul deposito stesso e contenere con l'autorizzazione ad eseguirlo forse altre provvidenze, che non potevano non influire, come vedremo, sul rapporto.

Dalla chiusa della cost. noi siamo pertanto autorizzati ad argomentare, che v'eran casi nei quali il deposito non s'eseguiva, pur al solo effetto di far sospendere il decorso delle usure, senza una dichiarazione giudiziale; anzi talvolta esso non poteva efficacemente eseguirsi senza un tale intervento, come quando ad es. si trattava di assenza e soprattutto di assenza *ex iusta causa*. E se nel riporre presso se stesso o nel deporre senza formalità giudiziali presso altri, deve riconoscersi un mezzo idoneo a sospendere il decorso delle usure, non è perciò a ritenere che quando di questo solo effetto fanno parola i testi, sia esclusa la possibilità che si tratti di un deposito giudiziale.

Io credo anzi che una tal figura sia riconoscibile nel fr 1 § 3 D. 22.1 ('plane si tutelae iudicio nolentem experiri tutor ultro convenerit et pecuniam optulerit eamque obsignatam deposuerit') ⁽²⁾.

L'offerta che il tutore fa delle somme dovute per la gestione pupillare, è certo da intendersi avvenuta in giudizio: e come di essa egli fa constare al magistrato, così pure il deposito che immediatamente segue all'*oblatio* è logico ritenere seguito nel processo stesso. Non altrimenti può spiegarsi infatti il nesso che v'ha tra la *conventio* e l'offerta con susseguente *obsignatio* e *depositio*: il tutore, chiamato in giudizio il suo amministrato per costringerlo a ricevere il resoconto della tutela e la restituzione dei residui attivi, procede quivi stesso, e quindi alla presenza del magistrato, all'offerta e al deposito di ciò che o un arbitro avrà determinato o egli stesso avrà dimostrato o giurato costituir la rimanenza attiva della sua gestione: e forse il magistrato stesso avrà avuto cura di designare il luogo del deposito,

Che se negli altri testi, che ho sopra trascritto, la questione circa la natura giudiziale o meno del deposito riman dubbia per mancanza di elementi che valgano a dimostrarla, è certo però che

(1) È pure dall'*absentia creditoris* che nel fr. 47 § 2 D. 40.5 risulta provocato l'intervento del magistrato nel deposito che quivi fa lo schiavo.

(2) Cfr. sul testo, circa la natura degli interessi. *Madai, Lehre von der Mora* p. 156 e 591.

a partire dalla cost. 19 C. 4. 32 quel sistema della *repositio apud se* o del deposito privato presso terzi, dovè essere abbandonato: gl'imperatori prescrivono che, per conseguir l'effetto della sospensione delle usure, la somma devesi depositare in luogo pubblico *vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit*: il che implica la necessità di un intervento del magistrato o del giudice.

*
* *

10. — I fr. che si riferiscono agli effetti prodotti dalla *depositio* sul pegno ⁽¹⁾, contemplano tutti esclusivamente la mora del creditore: non ve n'ha alcuno che presenti il deposito fatto per altra causa d'impossibilità o difficoltà del pagamento. Ed anche qui il deposito — sebbene non sia detto — è da supporre in alcuni casi fatto giudizialmente, in altri invece eseguito dal debitore presso se stesso.

Ma se pei testi relativi alla sospensione delle usure non era possibile distinguere circa gli effetti prodotti dalla *depositio*, perchè l'effetto è sempre unico, per questi una netta separazione va fatta, essendo diverse le conseguenze contemplate dai passi. Alcuni di essi invero si limitano ad affermare che il creditore pignoratizio non ha più facoltà di vendere il pegno, quando il debitore abbia offerto e depositato la cosa dovuta ⁽²⁾, e dichiarano quindi illegale la vendita eseguita in tali circostanze:

(1) La questione corrispondente in materia di garanzie personali, se cioè il deposito che il debitore faccia della cosa operi liberazione dei fideiussori, non risulta discussa nei testi. Vi è esaminata invece la posizione inversa, del fideiussore che non potendo solvere provvede col deposito (fr. 56 § 1 D. 17. 1; 64 D. 46. 1). Tuttavia, data la soluzione che le fonti offrono per le garanzie reali, è lecito adottar la medesima anche per quelle, e ritenere che il deposito giudiziale come libera il pegno così libera il fideiussore; cfr. Mommsen, *Beiträge* III p. 292.

(2) È disputato tra gli scrittori se, a togliere al creditore che è in mora il diritto di vendita, occorra l'offerta e il deposito, ovvero basti la semplice offerta. Qualcuno, come il Mommsen *Beiträge* III p. 290 n. 1, ritiene idonea la sola *oblatio*, non essendo pensabile (si dice) che il creditore, nonostante la propria mora, possa conservare quel diritto alla vendita, che è esercitabile soltanto quando il debitore non paghi. E si invoca in sussidio la l. 5 C. 8. 27 (28): *Imp. Alex. Si residuum debiti paratus es solvere, praeses provinciae dabit arbi-trum, apud quem, quantum sit quod superest ex debito, examinabitur; et sive ad iudicem venire diversa pars cessaverit, sive oblato superfluo ad ventilationem prosiluerit, improba alienatio proprietatis tuae ius non auferit*, ove si parla di semplice offerta. Il Mommsen richiama anche i fr. 11 § 4, 12 § 5, 20 D. 20. 4 e la l. 8 C. 8. 19 (20). E quanto alla

8 C. 8. 27 (28) *Imp. Gordianus* [a. 239].

Si prius, quam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente contestatione facta eam deposuisti et hodieque in eadem causa permanet, *pignoris distractio non valet*. quod si prius, quam offerres, legem venditionis exercuit, quod iure subsistit revocari non debet.

2 C. 8. 28 (29) *Imp. Gordianus* [a. 239].

Debitoris denuntiatio, qui creditori suo, *ne sibi rem pignori obligatam distrahat*, vel his qui ab eo volunt comparare denuntiat, ita demum efficax est, si universum tam sortis quam usurarum offerat debitum creditori eoque non accipiente idonea fide probationis ita ut oportet depositum ostendat. § 1. Nam si vel modicum de sorte vel usuris in debito perseveret, *distractio rei obligatae non potest impediri*, neque ea ratione emptor, tametsi sciat interpositam a debitore creditori denuntiationem, mala fide fit possessor.

Altri al contrario, e son più numerosi, accennano ad un effetto molto più profondo, la liberazione cioè del pegno, riconoscendo nel debitore che ha offerto e depositato, la facoltà di ripetere la cosa pignorata:

3 C. 8. 30 (31) *Impp. Diocl. et Max.* [a. 293].

Si redditu debita quantitate vel rebus in solutum datis sive distractis compensato pretio satis ei contra quem supplicas factum adito praeside probaveris, vel si quod residuum

1. 2 C. 8. 28 (29), che riproduco qui sopra nel testo in prova di quanto ho affermato, crede le tolga valore il fatto ch'essa si occupa principalmente della offerta parziale e questa afferma non essere idonea a far cadere il diritto di vendita; quanto agli altri passi, essi, essendo dei semplici rescritti, non conterrebbero una norma generale. — Tale opinione è però da respingere. La mora di per sé, come non è idonea a sospendere il decorso degli interessi, così non lo è a togliere il diritto di vendita, e l'offerta non è che un mezzo per farne constar l'esistenza. Perché essa produca effetti più sostanziali occorre che sia una offerta continua, senza interruzioni, il che non può dare se non il deposito. La l. 5 C. 8. 27 presuppone evidentemente che vi sia stata, dopo l'offerta, il deposito. Cfr. Vangerow, *Pand.* I § 379 Anm. n. 3; Windscheid, *Pand.* II § 237 n. 2 e § 346 in fine; Brinz, *Pand.* II § 353 n. 9; Madai, *Lehre von der Mora* p. 472.

Questo punto speciale non è preso in esame dall'Ulucun, *Deposition*; egli (p. 61) si limita ad affermare, in via generale, che la liberazione del pegno si produceva nel diritto antico per effetto della semplice mora, e solo più tardi fu richiesta la *depositio*; ma non distingue tra l'effetto liberatorio e la semplice caduta del diritto di vendita.

dēbetur obtuleris ac, si non acceperit, deposueris consignatum, *restitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit*, cum etiam edicto perpetuo, actione proposita pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, quominus solveretur, ad reddenda quae pignoris acceperat iure eum satis evidenter urgueri manifestum sit.

20 C. 8. 13 (14) *Impp. Diocl. et Max.* [a. 294].

Creditor ad petitionem urgueri iure minime potest. quapropter eo, quod vos heredibus Euodiani debere confiditis, oblato et, si nolint accipere, consignato atque deposito *de reddendo pignore hos praesidiali notione convenite*.

2 C. 8. 24 (25) *Impp. Diocl. et Max.* [a. 293]

Cum pignoris titulo mancipia vos obligasse pro mutua quam accepistis pecunia proponatis, horum mancipiorum operis, quas creditor accepit vel quas percipere potuit, in usuras computatis et post in sortem, extenuato debito residuum offerentibus, vel, si non accipiat, consignatum deponentibus *mancipia vobis praeses provinciae restitui iubebit*.

10 C. 4. 24 *Impp. Diocl. et Max.* [a. 293].

Nec creditores nec qui his successerunt adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita iure debita quantitate vel his non accipientibus oblata et consignata et deposita, longi temporis praescriptione muniri possunt. § 1. Unde intellegis, quod, si originem rei probare potes, *adversario tenente vindicare dominium debeas*. § 2. Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti vel, si tu teneas, per vindicationem pignoris hoc idem inducitur *et tibi non erit difficilis vel solutione vel oblatione atque sollemni depositione pignoris liberatio*.

12 C. 4. 31 *Impp. Diocl. et Max.* [a. 294].

Invicem debiti compensatione habita, si quid amplius debeas, solvens vel accipere creditore nolente offerens et consignatum deponens de pignoribus agere potes.

19 § 2 C. 4. 32 *Impp. Diocl. et Max.*

Quo subsecuto (sc. pecunia deposita) etiam periculo debitor liberabitur *et ius pignorum tollitur*, cum Serviana etiam actio manifeste declarat pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis vel si per creditorem steterit, quominus solvatur ⁽¹⁾.

(1) Tutt'altro è il punto deciso nella c. 12 (11) C. 4. 32: ' *Imp. Alex.* Ex praedio pignori obligato creditor post oblatam iure sibi pecuniam, quam non suscepit, si fructum accepit, exonerari sortis debitum certum est. ' Il resoritto presuppone che

11. — Chi segue la teoria che il deposito giudiziale, non avendo natura diversa dalla figura comune, lascia intatta nel depositante l'a. depositi, e afferma che quello non porta mai liberazione del debitore, si trova fortemente imbarazzato a spiegare l'efficacia liberatoria che pel pegno è assegnata alla *depositio* nel secondo gruppo di testi. La liberazione del pegno e l'esperibilità dell'azione pigneraticia, che le costituzioni dioclezianee concedono al debitore, (1)

tra debitore e creditore esista un patto anticretico, in virtù del quale il creditore riterrà i frutti del fondo pignorato in pagamento degli interessi; e decide che se il creditore non accetta la somma che a tacitazione del credito il debitore gli offre, i frutti ch'egli percepirà dal fondo dovranno da questo momento in poi esser conteggiati in diminuzione del capitale. Nè della liberazione dal debito qui si parla, nè dello scioglimento del pegno, che anzi esso è presupposto siccome tuttora sussistente. Il punto preso in esame e risoluto è soltanto quello relativo al patto anticretico e alle usure del credito: e, come è manifesto, queste si dichiarano cessate dal momento della *oblatio*, quello disciolto. Ma è questo un effetto della semplice *oblatio*? Il testo non parla che di offerta; nei Bas. però (23. 3. 60) secondo la interpretazione di Taleleo al κατά νότον la parola *iure* è spiegata: 'id est post oblatam pecuniam ac obsignatam et depositam'. E infatti non altrimenti si può intendere il 'post oblatam iure pecuniam'; l'offerta per sé sola non sarebbe stata sufficiente a provocar la sospensione delle usure sul credito, del che è appunto conseguenza che i frutti del *pignus* debbansi ora portar in conto della sorte. Così intende il rescritto anche il MADAI, *Mora* p. 471-472, correggendo una precedente interpretazione contraria data da lui stesso nella medesima opera, p. 256-257. Cfr. MOMMSEN, *Beiträge* III p. 239 n. 8, che ammette la figura dell'anticresi, ma esclude che siavi stata *depositio*. Se poi l'*obsignatio* e *depositio* si debba supporre nella forma giudiziale e solenne, che produce la liberazione del pegno, ovvero nella forma privata di *repositio apud se*, non v'hanno elementi per stabilirlo: certo la *repositio apud se* doveva esser sufficiente agli effetti della imputazione dei frutti sul capitale, essendo questa una conseguenza della sospensione delle usure: e forse questo fu il provvedimento adottato, se non si vede fatto cenno della facoltà del debitore di chiedere la restituzione del pegno, che si suppone anzi rimaner nelle mani del creditore. — Il WINDSCHEID, *Pand.* § 346 n. 7 in fine non crede che ad un contratto anticretico si debba pensare, e spiega diversamente il testo attribuendo semplicemente alla mora del creditore la perdita del diritto di ritenere i frutti del fondo in luogo degli interessi. Se ciò è effetto esclusivo della mora, si deve allora concepire (il che del resto non è impossibile) la situazione così: che il creditore percepisca i frutti della cosa in conto del capitale e che questo continui a produrre interessi per la quota che non è coperta dai frutti, appunto perchè a liberare il debitore da tale obbligo non era idonea la sola offerta.

(1) L'effetto liberatorio che discende dalla *depositio* non esiste meno se la cosa pignorata si trovi tuttora nelle mani del debitore, ma apparisce, com'è naturale, più evidente quando essa è nelle mani del creditore e il debitore per conseguirla la restituzione deve intentare l'*actio pigneraticia*. Se essa è nelle mani del debitore, questi può liberamente disporne ed alienarla, non già perchè, come vuole il MOMMSEN, *Beiträge* III p. 291, nel rifiuto fatto dal creditore si deve vedere una tacita dichiarazione di non aver più bisogno della garanzia (ciò equivale a dire ch'esso conterrebbe una rinuncia al pegno), ma piuttosto perchè il deposito ha liberato la cosa dal vincolo. E perciò se il creditore agisce con l'*actio hypothecaria*, il debitore sarà protetto piuttosto che con un'*exceptio doli*, con

sono infatti inconciliabili con la permanenza in lui dall'*a. depositi*, la quale lascerebbe completamente scoperta la posizione del creditore.

Ch'essa sia effetto della mora del creditore, e non direttamente del deposito, è da escludere⁽¹⁾. E non soddisfa quindi la conciliazione proposta su questa base dall'Ulrich. Il quale (p. 61) movendo dalla sua teoria che il deposito non toglie la obbligazione del debitore ma gli procura *tutto l'interesse* come se egli ne fosse liberato, ammette qui la liberazione del pegno in quanto vede così contemplati l'interesse del debitore, che aveva diritto ad una tempestiva accettazione da parte del creditore, e quello del creditore cui, secondo il diritto nuovo introdotto dalle costituzioni dioclezianee, il debitore deve dare quel tanto di sicurezza che può offrire il deposito. Dove invece non si abbia la mora del creditore, una liberazione del pegno sarebbe ingiusta, perchè senza sua colpa sarebbe tolta al creditore una importante garanzia, che il deposito non sostituirebbe per la facoltà del debitore di ritirarlo⁽²⁾.

Nè è poi qui possibile una spiegazione analoga a quella escogitata per la *liberatio* di cui alla l. 9. C. 8. 42 (43): la caduta del diritto di pegno è piena e definitiva, se al debitore è senza limiti nè sospensive concessa l'azione per la ripetizione dell'oggetto pignorato: e l'alienazione ch'egli può farne non consentirebbe la reviviscenza del vincolo primitivo.⁽³⁾

la *denegatio actionis*, non essendo nè necessario nè utile il rilascio della formula là dove il creditore può con la somma depositata ricever subito soddisfazione. Testi per questo caso non vi hanno però nelle fonti. L'ipotesi contemplata in esse è invece costantemente l'altra, e ciò si spiega anche, perocchè in pratica il conflitto doveva sorgere appunto quando il debitore, pur essendo pronto alla *solutio*, vedeva ostacolato dalla mora del creditore il suo diritto ad ottenere la restituzione del pegno.

(1) Cfr. ULRICH, *Deposition* p. 11; MOMMSEN, *Beiträge* III p. 291; WINDSCHIED, *Pand.* II § 346 in fine.

(2) La inconciliabilità di cui io parlo è naturalmente da intendersi dal momento in cui, con la legislazione imperiale, s'introduce come requisito necessario per l'esercizio dell'*a. pignoratitia* il deposito. Questa necessità fu introdotta appunto mediante le costituzioni che ho più sopra trascritto e d'ora innanzi il principio è che né la sola mora, né la semplice offerta sono idonee a produrre liberazione del pegno. Diverso era il principio vigente nel diritto anteriore, quale risulta dai fr. 9 § 5 D. 13. 7, 20 § 2 D. cod., 6 § 1 D. 20. 6, 1 pr. § 4 D. 43. 32; la norma in esso applicata è che alla restituzione del pegno ha diritto il debitore sempre quando 'per creditorem steterit quominus solvatur'. E perciò deve nettamente esser distinto l'un periodo dall'altro. — Cfr. WINDSCHIED, *Pand.* II § 352 n. 4; ULRICH, *Deposition* p. 60; MOMMSEN, *Beiträge* III p. 292.

(3) Il KOHLER, *Jahrb. f. d. Dign.* XVII p. 335 sgg., che nega in via generale l'efficacia liberatoria, ed assegna al deposito il solo effetto di liberar il debitore dall'azione fin che il deposito non vien ritirato, mentre se ritirato una nuova

158

Come osservavo più sopra, la teoria della sospensione o dello stato d'inerzia non è sempre sufficiente a tutelar l'interesse del creditore. E qui appunto se ne vede una pratica applicazione. I due gruppi di testi contemplano infatti due diversi interessi del debitore: il quale può limitarsi col deposito a voler conseguire questo solo, che la cosa pignorata non sia venduta dal creditore, ma può inoltre pretendere ch'essa gli venga restituita (per poterla ad es. far servire ai propri usi o comunque alienarla o disporne). Ora mentre a conseguire il primo, ad impedir cioè l'esercizio del diritto di vendita da parte del creditore, è sufficiente (come per determinare la sospensione degli interessi) che il debitore abbia fatto l'offerta e messo in serbo presso se stesso, ponendo la cosa a disposizione del creditore, a conseguir la restituzione e con questa la estinzione del diritto reale doveva evidentemente occorrere un deposito presso terzi e per di più di tal natura, da assicurare al creditore incondizionatamente il ritiro. Questo deposito non poteva essere che il deposito giudiziale: al quale corrispondeva adunque un effetto definitivo e liberatorio, laddove al primo ne corrispondeva uno transitorio o facilmente revocabile, in quanto che fatta cessar dal debitore la separazione e destinazione della cosa, era sempre possibile da parte del creditore l'esercizio del suo diritto di vendita.

Nei testi, pertanto, che solo di questo punto si occupano può concepirsi attuato il rimedio della *repositio apud se*; ma questa è inammissibile in quelli che proclamano la liberazione del pegno. Affermare che nei primi si abbia sempre a riscontrare una semplice *repositio*, io non intendo: ben può in alcuno trattarsi d'un deposito giudiziale; ma poichè nei singoli casi la questione era forse sorta limitatamente al diritto del creditore di vendere il pegno, solo su questo le costituzioni si pronunciarono, dichiarando che quel diritto (cui il deposito presso se medesimo poneva in sospenso) cessava col deposito giudiziale.

Se alla stregua di questa distinzione si considera la frase '*et hodieque in eadem causa permanet*' della l. 8 C. 8. 27 (28),

azione risorge dall'antico rapporto obbligatorio non mai estinto a favor del creditore, ammette la reviviscenza del diritto di pegno. E quanto al deposito, richiemandosi ai testi che fondano la liberazione del pegno sul principio 'si per cred. factum sit quominus solveretur' lo ritiene naturalmente non necessario e quindi, dove n'è fatto cenno, lo considera attuato dal debitore esclusivamente per mera sua cautela (p. 385). Nel che, per la ragione detta alla nota precedente, non posso convenire.

apparirà chiaro che niuna contraddizione v'ha tra la facoltà di ritiro del deposito da parte del debitore, forse ammessa con quell'inciso, e l'effetto estintivo che ha di per sé il deposito giudiziale. Nè è necessario ricorrere ad altre spiegazioni, come quella ad es. proposta da alcuni ⁽¹⁾, che sia qui presupposto non già il ritiro del deposito da parte del debitore, bensì che il creditore non l'abbia ancor ritirato ⁽²⁾. Il deposito devesi qui concepire avvenuto nella forma più semplice della *obsignatio* e della *repositio*: nella quale era in potestà del debitore far cessare la destinazione della somma al creditore e rinunciare così all'effetto che l'*obsignatio* aveva virtù di produrre.

12. — Egli è con tutta probabilità in questo senso che devesi, a mio avviso, interpretare un altro testo, ove, in una specie diversa che pur dà luogo ad *obsignatio* e *repositio*, una analoga frase parrebbe accennare alla facoltà di ritiro da parte del debitore:

1 C. 8. 17 (18) *Impp. Sev. et Ant.* [a. 197].

Qui *pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit aut, cum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit.*

Com'è noto, per lo *ius offerendi* che spetta al creditore pignoratizio, il creditore posteriore può trasferire in sé il diritto di pegno dell'anteriore pagando il credito di lui ⁽³⁾. Se questi rifiuta il pagamento, la costituzione addita siccome rimedio il deposito della somma ⁽⁴⁾, cioè a dire il solito espediente che abbiām veduto adottare nei casi di *mora accipiendi*. Con esso, il secondo creditore ottiene l'effetto

(1) TIDEMANN, *de depositione* § 21 n. 2; KOCH, *das Recht der Forderung* II § 159, 3; FÖRSTER, *preuss. Privatr.* I § 92 b n. 17; contra ULRICH, *Deposition* p. 71 n. 4; cfr. GRUCHOT, *Zahlung der Geldschuld* p. 264 n. 26.

(2) Del tutto infondata non è del resto siffatta congettura; l'inciso si limita a richiedere la *sussistenza attuale* del deposito e forse senza la infelice frase 'nisi forte eas receperit' della l. 19 § 4 C. 4. 32 (sulla quale v. più innanzi) essa non avrebbe avuto la interpretazione, che i sostenitori della più recente dottrina le danno.

(3) Cfr. tra i numerosi testi 12 § 5. 6. 9 D. 20. 4; 16 D. eod.; 20 D. eod.; 5 pr. D. 20. 5; 22 C. 8. 13 (14); 5 C. 8. 17 (18); 4 C. 8. 18 (19); 3 C. 8. 19 (20), ecc.

(4) WINDSCHIED, *Pand.* II § 223 b n. 11 e 12; DEMMEG, *Pand.* I § 290 n. 8; BRINZ, *Pand.* ² II § 352 n. 23.

160

di *confirmare ius suum* ⁽¹⁾, cioè a dir quello stesso che gli deriverebbe da una effettiva *solutio*: il che significa acquisto del diritto di pegno del creditore precedente e per conseguenza caduta del diritto di vendita che a questo competeva ⁽²⁾.

È anzi precisamente a quest'ultimo che il secondo creditore mira, quando soddisfa l'antecedente; e poiché ad operar il trasferimento del diritto dal primo al secondo non è richiesto un atto di trasmissione da compiersi dal primo, questi sarà spogliato del suo diritto se e fino a quando la somma offertagli rimanga a sua disposizione. Ora, come a produrre in via definitiva e irrevocabile l'acquisto era necessaria una incondizionata disponibilità, così ricorrendo alla *repositio apud se* il debitore poneva soltanto in sospenso il diritto di vendita del creditore anteriore. La frase '*nec in usus suos convertit*', che in se stessa è già di dubbia significazione ⁽³⁾, se ha il valore di una riserva della facoltà di ritiro da parte del debitore, non può se non far pensare ad un caso di *repositio*. ⁽⁴⁾

13. — Quanto al passaggio del *periculum rei* dal debitore al creditore, i testi difettano. Si può dire però ch'esso non è un effetto esclusivo del deposito, o meglio non lo è sempre. E invero, quando la *depositio* avviene per la mora del creditore, è la mora e non il deposito che lo produce. Il passaggio è dovuto invece esclusivamente al deposito tutte le volte che non la mora, ma altre cause di difficoltà o impossibilità della *solutio* l'hanno provocato (cfr. 39 D. 46. 3, 2 § 3 C. 7. 7). Inoltre anche in casi di mora credendi, se si tratti di debito di genere, la *depositio* apparisce produttiva d'un tale effetto: ma anche qui non è il deposito che lo produce (come potrebbe

(1) Cfr. 22 C. 8. 13 (14): '*Imp. Diocl. et Max. Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipit*'; 5 C. 8. 17 (18): '*Imp. Alex. Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre; sed si tu ei omne quod debetur solveris, pignoris tui causa firmabitur*'.
(2) Non è contrario a quanto la c. prescrive ciò che dice Gaio nel fr. 11 § 4 D. 20. 4: '*Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere. et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur*'. Il testo si limita ad affermare che l'a. *hypothecaria* non può più competere al creditore che non ha voluto ricevere il pagamento; ma il debitore posteriore non può invocare la semplice mora credendi per subentrare nel diritto di lui; cfr. anche 12 § 1 D. 20. 6: BAIKZ, *Pand.* II § 351 n. 21 e § 352 n. 22.

(3) KACH, *op. cit.* l. cit.; ULRICH, *op. cit.* p. 70 n. 3. Non è escluso ch'essa sia un infelice emblema triboniano: non v'hanno però elementi che ne forniscano la prova.
(4) KÖHLER, *Jahrb. f. d. Dogm.* XVII p. 306.

dedursi dalla l. 9 § 2 C. 4. 3: ' Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur '), bensì la individualizzazione delle specie destinate al creditore; ed è quindi sufficiente anche la semplice *obsignatio* e *repositio apud se*, che il debitore facesse delle monete o delle altre cose di genere dovute al creditore. (1)

*
* *

14. — Che il deposito giudiziale porti con sé la caduta dell'a. depositi nel depositante, risulta già in parte e indirettamente dai testi esaminati. Ma non ne mancano di quelli, che esplicitamente ne fanno testimonianza o nei quali ciò si deduce in modo diretto e non dubbio da effetti della *depositio*, che sarebbero altrimenti inconciliabili con la permanenza dell'azione (2). Viene qui innanzi tutto la costituzione

9 C. 8. 42 (43) *Impp. Diocl. et Max.* [a. 286].

Obsignatione totius debitae pecuniae sollemniter facta liberationem contingere manifestum est. sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur solutio, fuerit celebrata.

Il Windscheid (3) non mostra di dubitare che la *liberatio* di cui la cost. parla, sia vera e propria estinzione dell'obbligazione: ma il testo non avrebbe a suo avviso alcuna forza probante, in quanto che presupposto della *liberatio* è che il debitore non abbia ritirato il deposito.

Contro un siffatto argomento si potrebbe pur rispondere che il testo non parla neppure di *depositio*, bensì solo di *oblatio* e di *obsignatio*, e che solo per ciò il presupposto è conforme alla natura

(1) Cfr. ULRICH, *Deposition* p. 50-60; GRUCHOT, *Zahlung der Goldschuld* p. 255-256, e più diffusamente KOHLER, *Jahrb. f. d. Dogm.* XVII p. 388-398.

(2) L'ULRICH *op. cit.* p. 66 afferma che nelle fonti non si trova un solo passo, il quale in modo non dubbio attesti la estinzione dell'obbligazione mediante il deposito. I numerosi luoghi accennanti ai singoli effetti della *depositio* dover anzi far concludere che questa non ebbe quell'effetto più generale di estinguere l'obbligazione. Cosicché la *liberatio* della c. 9 sarebbe da intendersi come semplice *liberatio ab actione*, non come estinzione del vincolo. Egli è che l'Ulrich, come molti altri, non ammette un deposito senza facoltà di ritiro nel depositante, e ciò deriva dal non aver distinto il deposito giudiziale da tutte le altre forme di offerta e deposito, cui pure il debitore poteva far ricorso.

(3) *Pand.* § 547 n. 2.

162

dell'atto compiuto dal debitore. Ma chi vorrà negare che l'*obsignatio sollemniter facta* non stia qui ad indicare la triplice operazione dell'*offerre obsignare e deponere*? Si dovrebbe concedere che l'*oblatio* di cui soltanto è cenno nella seconda parte sia per sé sufficiente a produrre la *liberatio*: il che certo non è vero.

Egli è che la presupposizione, cui il Windscheid ricorre, è una necessità solo per chi a priori escluda l'efficacia estintiva del deposito. La costituzione diocleziana non autorizza di per sé ad introdurla. Ben invece determina di che natura sia il deposito, cioè giudiziale e solenne. E per questo essa, affermando l'effetto liberatorio, dà la prova che il depositante non può adunque esercitar più l'*a. depositi*.

Non meno eloquenti però sono quei testi che, come dicevo, accennano ad effetti che sarebbero contraddittori con la sopravvivenza dell'azione nel depositante. Io annovero tra questi primieramente i fr.

4 pr. D. 40. 7 *Paul. 5 ad Sab.*

Cum heres rei publicae causa abesset et pecuniam statuliber haberet: vel expectari eum debere, donec redeat is cui dare debet, vel deponere in aedem pecuniam consignatam oportet, quo subsecuto statim ad libertatem pervenit.

47 § 2 D. 40. 5 *Iul. 42 dig.*

Si Stichus libertas per fideicommissum data fuerit sub condizione, si rationes reddidisset, et is absente herede paratus sit reliqua solvere, praetoris officio continetur, ut virum bonum eligat, cuius arbitrio rationes computentur, et pecuniam, quae ex computatione colligitur, deponat atque ita pronuntiet libertatem ex causa fideicommissi deberi. haec autem fieri conveniet, si heres ex iusta causa aberit: nam si latitabit, satis erit liquere praetori per servum non stare, quo minus conditioni pareat, atque ita pronuntiare de libertate oportebit.

Nel secondo testo Giuliano afferma che al servo, cui è stata lasciata fideicommissariamente la libertà sotto la condizione che renda all'erede i conti di una gestione tenuta, non è giusto si debba negare oppur soltanto differire a tempo indeterminato il conseguimento della libertà, perchè l'assenza dell'erede, cui con la resa dei conti van pagate le somme che ne risultano, impedisce la *solutio*. La liberazione dal debito e con essa la libertà lo schiavo può dunque acquistar subito col depositare le somme dovute, previo accertamento dei conti da parte d'un arbitro nominato dal pretore. Dove

le somme debbansi depositare, se presso un terzo o in un'*aedes*, il fr. non dice; ma da quanto è prescritto nell'altro passo, deve supporre anche in questo indicato il luogo pubblico. Incerto è se il deposito si debba eseguire direttamente dal servo debitore o dall'*arbiter* deputato alla liquidazione dei conti, o addirittura dal pretore. Ma, si ritenga che lo esegua quest'ultimo (come la rigorosa interpretazione grammaticale implicherebbe) ⁽¹⁾ ovvero l'*arbiter* o, su indicazione di questo, lo stesso Stico, egli è pur certo che la *depositio* avviene per disposizione del magistrato data o direttamente o mediatamente attraverso la persona dell'*arbiter*; ed è innegabile quindi il carattere pubblicistico che la investe.

Se d'un tale intervento del magistrato non fa menzione il fr. 4 pr. D. 40. 7, che contempla una specie identica, esso è tuttavia per la identità degli effetti da supporre. Immune da ogni sospetto il passo non è rimasto, ch  il Lenel (*Paling.* Paul. 1697) ha dubitato non appartenere a Paolo la prima frase dell'alternativa 'vel exspectari eum debere, donec redeat is cui dare debet, vel '. Ci  non mi par tuttavia probabile, sebbene una sconcordanza v'abbia tra l'*eum debere* e l'*oportet* (e perci  il Mommsen ad h. l. propone la soppressione di *eum debere*). Perocch  se un qualche peso (non decisivo peraltro) sulla soluzione ha il *favor libertatis*, sarebbe strano che proprio Giustiniano, cui esso   tanto a cuore, avesse aggiunto alla soluzione originaria una seconda con la quale invece, per l'attesa del ritorno dell'erede, la libert    meno favorita. Concorda poi, in certo modo, con la prospettata duplice soluzione, la risposta data da Trebazio in una specie analoga, fr. 3 § 12 D. h. t.: 'Ulp. 27 ad Sab. Si quis sic acceperit libertatem « cum decem dare poterit, liber esto », Trebatius ait, licet habuerit decem vel idoneus fuerit ad acquirendum et conservandum peculium, tamen non alias ad libertatem perventurum, nisi dederit aut per eum non steterit, quo minus det: quae sententia vera est. ' Dove ci  che si accentua   la necessit  che la somma sia effettivamente data, e non si accenna invece al rimedio della *depositio*, probabilmente perch  al tempo di Trebazio la giurisprudenza non lo aveva ancora esco-

(1) Sintatticamente non   discutibile chi sia il soggetto di 'deponat'. Dell' 'eligat'   certo il pretore, cui esclusivamente compete la facolt  di nominare l'*arbiter*; e lo   del pari del 'pronuntiet'. Cosicch  egli deve esserlo necessariamente anche del 'deponat', che trovasi in mezzo ai due primi. Tuttavia non   improbabile che il fr. debba leggersi 'et pecunia, quae ex comp. colligitur, deponatur', facendo dipendere il *deponatur* da *cuius arbitrio*: nel qual caso il deposito dovr  intendersi fatto o dall'*arbiter* o dallo schiavo su indicazione di lui.

164

gitato. In ogni caso, anche ritenuta la interpolazione, è senza dubbio genuina la frase relativa alla *depositio*.

Ora, come mai si potrebbe, senza lasciare sprovveduta di qualsiasi tutela la posizione dell'erede, ammettere la facoltà di ritirare il deposito nello *statuliber*, che per pronuncia del pretore conseguì già la libertà lasciategli sotto la condizione di rendere i conti e di pagare? Il rimedio della *restitutio in int.*, che l'erede avrebbe potuto invocare in base all'assenza *ex iusta causa*, non lo avrebbe suffragato qui, ove non doveva essere possibile ridurre il libero alla primiera condizione di statulibertà. Né il pretore avrebbe efficacemente difeso la volontà del testatore se, pronunciando la libertà, avesse lasciato lo schiavo arbitro di violarla impunemente col ritirar dal depositario la somma.

Alcuno obietterà che dalla *depositio* due effetti distinti dovrebbero scaturire, la liberazione dello schiavo dal debito e l'acquisto della libertà; e che i due fr. non contemplano punto il primo, mentre quanto al secondo, esso si può ritenere prodotto per una particolare considerazione del *favor libertatis*. Ma il S. C. Dasumiano, che consentiva di pronunciare la libertà lasciata fidecommissariamente se l'erede fosse assente *ex iusta causa* (cf. 51 § 4 D. 40. 5), non era di per sé sufficiente in un caso come questo, in cui lo schiavo doveva ottemperare ad una condizione; né il pretore avrebbe potuto procedere alla attribuzione della libertà, se non si fosse appunto provveduto all'adempimento di essa: adempimento che non poteva esser fittizio, come sarebbe quello di un deposito ritirabile a libito dello schiavo. ⁽¹⁾ E quanto alla liberazione dal debito, se i due passi non ne fanno espressa menzione, ciò dipende esclusivamente dal fatto che il punto fondamentale della questione era quello relativo alla libertà, dal quale naturalmente l'altro era assorbito. ⁽²⁾

(1) È superfluo osservare, che tutt'altro è il concetto che ispira la decisione, quando sia imputabile all'erede il non poter lo schiavo ottemperare alla condizione. Se invece che essere assente *rei p. causa*, egli *latitat*, l'applicazione del principio che la condizione si ha per adempiuta se il gravato ne impedisce l'adempimento, basta a far conseguire la libertà; ma non a liberar dal vincolo del debito. È lo stesso concetto che s'applica nei casi in cui sia imputabile a colpa del creditore il non potersi far la *solutio* e che apparisce anche in altri passi (cfr. 3 C. 8. 51 'vel si per eum factum sit, quo minus solveretur'; 19 § 2 C. 4. 32; 'vel si per creditorem steterit, quominus solvatur'). Ma gli effetti della colpa del creditore sono piuttosto negativi e non possono quindi corrispondere sempre a quelli del deposito.

(2) È in sostanza lo stesso concetto quello che, nella legislazione giustiniana, vediamo attuato nel caso della manomissione del servo comune, di cui uno o più dei condomini si rifiutino di ricevere il prezzo della manomissione: il deposito di

15. — Accanto ai due or veduti vanno posti i fr.

56 § 1 D. 17. 1 *Pap. 5 resp.*

Fideiussor qui pecuniam in iure optulit et propter aetatem eius qui petebat obsignavit ac publice deposuit, *confestim agere mandati potest.*

64 D. 46. 1 *Hermog. 2 iur. epit.*

Fideiussor, qui minori viginti quinque annis pecuniam obtulit et in publico loco metu in integrum restitutionis consignatam deposuit, *confestim experiri mandati poterit.*

In termini pressochè identici Papiniano ed Ermogeniano dichiarano che il fideiussore, il quale non abbia potuto pagare al minore per cagion dell'età e abbia ricorso al deposito, è autorizzato a procedere senz'altro con l'*a. mandati* per la rivalsa contro il debitore principale. La situazione che il deposito giudiziale qui crea (e che si tratti di esso risulta dalla natura pubblica che ha) ⁽¹⁾ è precisamente quella di una vera *solutio*, perchè in tanto il fideiussore è autorizzato ad agire contro il debitore, in quanto ha pagato. Come dunque ammettere la facoltà di ritirare il deposito? Certo, non ne sarebbe compromesso il credito del minore; e lo stesso debitore principale sarebbe pure stato coperto da azioni ed eccezioni, secondo che il fideiussore avesse ritirato il deposito dopo o prima dell'esercizio dell'*a. mandati*. Ma ciò valeva già, soprattutto nel primo caso, porre il debitore principale in una condizione sfavorevole, specialmente se, convenuto dal minore, egli si fosse trovato costretto, pagando a questo, a sborsare due volte la medesima somma.

esso in *aede sacra* rende senz'altro possibile l'acquisto della libertà, col che devesi intendere necessariamente sottratta al depositante la facoltà del ritiro (cfr. KOLLEN, *Jahrb. f. d. Dogm.* XVII p. 349): 1 § 2 C. 7. 7 *Imp. Iust.* Sin autem socius vel socii recusaverint pretium accipere, licentiam ei damus offerre hoc per publicas personas et sigillo impresso in aedem sacram deponere et si habere facultatem servum libertate donare et eum habere plenissimam libertatem et civitate Romana perfrui et nullum timere ex sociis, sibi etenim imputent, si, cum liceret lucrari pretium, hoc accipere differunt'; 2 § 3 C. *cod.* 'fuit itaque liber... pretio secundum praedictae constitutionis tenorem vel sociis ab herede praestando vel, si accipere noluerint, tam offerendo quam signando et periculo eorum deponendo, cum sat abundeque imperiale est humaniorem sententiam pro dantioribus sequi.'

(1) L'esser fatta nel fr. 56 § 1 la oblatio *in iure* e poi *publice* la depositio autorizza a ritenere che non solo nell'offerta, ma altresì nel deposito vi abbia intervento del magistrato, il quale l'avrà autorizzato e disposto. E, data la stretta affinità che con esso ha il fr. 64, lo stesso può ritenersi anche in questo.

166

Il competere l'azione di rivalsa non appena (*confestim*) eseguito il deposito, non può intendersi sotto il presupposto che il fideiussore non abbia ritirato la somma. Il *confestim* (cui nel fr. 4 pr. D. 40. 7 corrisponde lo *statim*) accennando all'immediato maturarsi dell'azione di rivalsa non appena eseguito il disborso, esclude, s'io ben intendo il significato intimo dei due passi, ogni possibilità di esercizio del ritiro in un deposito che era avvenuto durante il corso del giudizio ('*in iure optulit... ac publice deposuit* ') e quindi con l'intervento del magistrato.

16. — Non meno probante dei passi precedenti è il fr.

73 D. 3. 3 *Paul. l. sing. de off. ads.*

Si reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam solvere, [procuratore] agente quid fieri oportet? nam iniquum est cogi eum iudicium accipere. propter quod suspectus videri potest, qui praesente domino non optulit pecuniam? quid si tum facultatem pecuniae non habuit, numquid cogi debeat iudicium accipere? quid enim si et famosa sit actio? sed hoc constat, ut ante litem contestatam praeses iubeat in aede sacra pecuniam deponi: hoc enim fit et in pupillaribus pecuniis. quod si lis contestata est, hoc omne officio iudicis dirimendum est.

La questione posta da Paolo in questo passo, infondatamente attribuito dal Fabro ⁽¹⁾ ai compilatori, verteva su ciò: se essendo

(1) Movendo dal testo qual'è riprodotto nella compilazione, l'acuto critico (*Connect.* 12, 16, ed. Lugd. 1661 p. 407 sgg.; *de error. dec.* 23 err. 5, I p. 295; *Rat.* I p. 363) ragionevolmente si stupiva del principio proclamato: dover cioè il debitore convenuto, che prima della *litis cont.* sia pronto al pagamento e avendo ommesso di offrirlo all'avversario comparso *in iure* lo offra ora al rappresentante di lui, depositare in luogo pubblico la somma dovuta e non potesse invece pagarla al *procurator* che l'attore aveva per sé costituito. Che il *procurator* infatti sia capace di ricevere il pagamento e che questo se eseguito prima della *l. c.* dia diritto al convenuto di non accipere iudicium, non è soggetto a dubbio. Laonde tutta la costruzione e la posizione stessa del quesito e la formulazione della doppia ipotesi secondo che fosse o meno intervenuta la *l. c.*, parve a lui un prodotto esclusivo della maldestra opera di Triboniano. Al quale attribui tutta la parte responsiva del fr. '*Sed hoc constat... dirimendum est* ', in cui si contiene la norma del deposito pubblico; e per ridare al passo un contenuto suo proprio ragionevole ed indipendente, fu costretto a considerarlo insitico anche le parole '*quid fieri oportet? nam* '. Così modificato, il fr. avrebbe affermato essere iniquo obbligare il convenuto, che sia pronto a soddisfare prima della *l. cont.* l'avversario pel quale agisce un *procurator*, ad accipere iudicium, non potendo considerarsi sospetto sol perché la somma non aveva offerto *praesente domino*, in quanto ben poteva egli non averla

pronto il convenuto a soddisfare il suo debito *ante litem contestatam* ed essendo l'attore rappresentato da un *cognitor*, cui la potestà di ricevere non era in diritto classico riconosciuta ⁽¹⁾, dovesse per ciò solo costringersi il convenuto ad accettare il giudizio, e non vi fosse piuttosto un qualsiasi rimedio per liberarlo, soprattutto quando la condanna avrebbe portato seco l'infamia. Ed il rimedio, non per la prima volta escogitato da Paolo, ma trovato già ed adottato dalla giurisprudenza senza contrasti (*constat*), fu appunto quello di autorizzare il deposito in luogo pubblico. Era un provvedimento, del resto, adottatosi già in altre contingenze, dice Paolo, come per la miglior custodia dei capitali pupillari e ben sembrava consigliabile, per ragioni di equità, in un caso come questo in cui nè al debitore poteva essere imputata a colpa la mancata offerta di pagamento quando era ancor presente *in iure* il *dominus*, nè era giusto far subire pel non colpevole ritardo la grave iattura della infamia.

posseduta in quel momento; e l'iniquità essere ancor maggiore se trattavasi di azione infamante. Ma tutta la critica del Fabro, pienamente giustificata non ostante le difese (molto deboli del resto) opposte dal Noodt (*de foen.* 3, 15 in *op. omn.* Lugd. Bat. 1767, I p. 218) non ha più ragion d'essere, quando della stranezza ed illogicità del precetto si ravvisi la causa in un assai più lieve mutamento operato dai giustiniani nel principio del testo, con la sostituzione, da nessuno più disconosciuta, della figura del *procurator* a quella del *cognitor* (cfr. LENEL, *Paling.* Paul. 1051; EISELE, *Cognitur* p. 98, 106 n. 12). Che i compilatori edificassero, senza avvertire la stortura che ne derivava, tutta una teoria per negare al convenuto la facoltà di pagare al *procurator* prima della *c. litis* e liberarsi così dal giudizio, non poteva non essere inverosimile: perocchè nè d'una tale facoltà erasi mai dubitato neppur dai classici, se esercitata *ante l. c.* nè più tardi essa fu più avversata, se esercitata *post l. c.*, qualunque fosse la natura del *iudicium*, quando l'antico principio prima dibattuto 'omnia iudicia absolutoria esse' ebbe ricevuto universale riconoscimento.

Ben invece sfuggì loro che la semplice sostituzione di *procurator* a *cognitor* avrebbe prodotto nel passo così grave sconvolgimento, da trasformarne sostanzialmente il significato e la portata. Ed è notevole che al Fabro non fu non presente la possibilità che, invece d'un *procurator* generale si potesse trattare d'un *proc. ad litem*; ma tale possibilità egli respingeva con disdegno, osservando che le fonti, quando d'un tal procuratore vogliono parlare, lo designano con frase speciale: 'Numquam enim (*Coniect.* p. 408) iuris auctores procuratorem absolute vocant eum qui ad litem dumtaxat datus sit, sed vel *proc. ad litem* vel *ad lites*, vel *ad agendum*, vel *ad rem de qua agitur petendam*'.

(1) Cfr. fr. 13 D. 2. 14 'Paul. 3 ad ed. Sed si *cognitor* [Dig.: tantum ad actionem *procurator*] factus sit, conventio facta domino non nocet, quia nec solvi ei possit'; fr. 86 D. 46. 3 'Paul. 8 ad ed. Hoc iure utimur ut *cognitori* [Dig.: *litis procuratori*] non recte solvatur: nam et absurdum est, cui iudicati actio non datur, ei ante rem iudicatum solvi posse. [si tamen ad hoc datus sit, ut et solvi possit, solvendo ei liberabitur.]. E sulle interpolazioni relative vedi LENEL, *Paling.* Paul. 125, 163; EISELE, *Beiträge zur röm. Rechtsg.* p. 147, 148; *Arch. f. civ. Pr.* 71 p. 46.

168

Ora si consideri. Il magistrato libera dall'osservanza del giudizio il convenuto, in quanto gli par degna di protezione la condizione di lui, che non essendo pronto alla *solutio* nel momento in cui la lite fu introdotta e l'*actor* era ancor presente *in iure*, vi si trova pronto poco dopo. Se il giudizio fosse portato fino alla condanna, l'attore non conseguirebbe in sostanza nulla più di ciò che può conseguire subito. Giova quindi permettere al convenuto di dare immediata ed amichevole soddisfazione al diritto dell'attore: e poichè il *cognitor* non può riscuotere, il magistrato ordina che la somma venga depositata in luogo pubblico.⁽¹⁾ Ma in ciò si appalesa appunto l'intendimento di voler protetta non meno la posizione dell'attore: perocchè il depositare la somma dovuta è condizione per la liberazione del convenuto dall'osservanza del giudizio.

Ciò posto, come si può ammettere che il convenuto, dopo aver beneficiato del provvedimento, possa a suo libito ritirar la somma dal depositario? Il magistrato avrebbe indicato un espediente perfettamente frustraneo per l'interesse del creditore. Egli avrebbe anzi liberato il convenuto senza alcuna giusta causa, conoscendo la facoltà ch'era riservata al debitore; avrebbe anzi ingiustamente negato protezione al diritto dell'attore, aggravandone senza serio motivo la condizione. Perchè non basta opporre qui che l'attore conserva pur sempre integro il diritto di intentar nuovamente l'azione, non consumata dalla *litis c.*; il costringerlo a riproporre il giudizio costituiva già di per sè un ingiusto aggravamento, che il magistrato avrebbe avuto il dovere di risparmiargli ordinando la prosecuzione del giudizio, quando il solo rimedio possibile era così malsicuro ed incerto da poter fare il gioco di ogni debitore disonesto. Non parmi, insomma, soggetto a dubbio che, col disporre il deposito, il magistrato dovesse garantirsi contro il pericolo che il provvedimento risultasse frustraneo; e tale garanzia era data evidentemente dalla natura speciale del deposito pubblico.

Il fr. però prevede anche l'ipotesi che la *contestatio litis* sia già avvenuta e dispone che in tal caso sia rimesso all'*officium iudicis*

(1) Forse l'*iubent* più che il senso di un ordine, ha qui il significato di una autorizzazione a depositare: il convenuto riceve facoltà dal magistrato di porre in deposito la pecunia a sotto questa condizione il giudizio viene sospeso. La constatata esecuzione del deposito, fatto sotto la sorveglianza del magistrato e in conformità della disposizione da lui data, porterà quindi a che il pretore negherà al *cognitor* il rilascio della formula.

il provvedere: 'quod si lis contestata est, hoc omne officio iudicis dirimendum est.' E qual'è il significato di codesta risoluzione?

In verità qualcuno potrebbe obbiettare, contro la interpretazione data alla prima parte del fr., che nella chiusa sia anzi la prova d'essere il deposito giudiziale liberamente ritirabile. Il giureconsulto, che lo ha suggerito se la *l. c.* non è ancora intervenuta, perché ove il debitore ritiri la somma l'attore può sempre riproporre l'azione, lo escluderebbe invece pel tempo dopo la *l. c.* in quanto che, ove il ritiro avvenisse, l'attore, consumata la lite, sarebbe esposto a perdere irremissibilmente il credito. Il deferire al giudice la risoluzione, mentre nella prima ipotesi il rimedio del deposito è suggerito esplicitamente, dovrebbe cioè far ritenere siccome scartato codesto rimedio o quanto meno, se ammesso, possibile solo mediante opportune cautele, come la prestazione di una *cautio* o di speciali garanzie che assicurassero il creditore contro il pericolo della avvenuta consumazione della lite. E non disconvegno che, *prima facie*, questa sembra una plausibile spiegazione. Ma, a ben riflettere, vi hanno più motivi per non accettarla.

Innanzitutto convien considerare che al fr. non è estranea la questione tanto dibattuta tra le due scuole circa il valore e l'applicazione della nota massima sabiniana 'omnia iudicia absolutoria esse'. Non dirò già che una tal questione sia presa direttamente in esame da Paolo: il quesito era per lui, come han pur notato altri ⁽¹⁾, non già se e quando in generale possa il convenuto soddisfare in pendenza del processo alla sua obbligazione, bensì come dovesse risolversi la situazione quando per l'attore agisse un *cognitor*. Ma il nesso tra i due punti è innegabile. E la perplessità del giureconsulto, che si nota nella risoluzione adottata di rinviare all'*officium iudicis* la cura di trovare un espediente idoneo, può ben essere mossa da ciò, che per l'antica regola alla condanna si fa sempre luogo quando la ragione dell'attore risulta fondata al momento della *l. c.* Questa difficoltà sembra, è vero, già in parte superata, in quanto il deferire al giudice l'adozione del provvedimento che nel suo prudente arbitrio egli stimi più idoneo, implica siccome già ammessa la possibilità di evitar la condanna nonostante l'intervenuta contestazione della lite, e quindi siccome non esclusa la possibilità ed efficacia del pagamento *post. l. c.* Ma una pronuncia decisiva manca; e non si deve dimenticare che proprio

(1) Cfr. ad es. KELLER, *Litis Contest.* p. 186 n. 16.

170

a Paolo appartiene il fr. 84 D. 45. 1, in cui è fatta ancor nettamente applicazione della dottrina proculiana ⁽¹⁾.

Senonché, con tutta probabilità, la frase piuttosto che a Paolo, appartiene ai compilatori. Il quesito è posto infatti sin nel principio del passo esclusivamente per la ipotesi, che il convenuto prima della c. l. sia pronto all'adempimento. La formulazione del problema in questi termini sembra escludere senz'altro ch'esso si sia posto dal giureconsulto anche per la seconda ipotesi: la quale vi sarebbe stata aggiunta dai compilatori per completar la trattazione dell'argomento. Ed elementi formali non difetterebbero del tutto: il *quod si*, il mutamento del tempo (' si reus paratus sit ante l. c. ... quod si lis cont. est), ' il *dirimere* che in questo senso ricorre certo anche nei classici, ma è soprattutto frequentissimo nelle costituzioni giustiniane e negli stessi testi delle pandette è pur talvolta interpolato ⁽²⁾. Ad ogni modo non devesi ritenere escluso che il rimedio potesse pur qui essere il deposito, potendo la frase aver il significato che ciò che nel primo caso dovrà fare il *praeses*, debba far l'*iudex* nel secondo.

17. — Finalmente io penso che vada pur così spiegato il fr. 3 § 6 D. 27. 4, nel quale è evidentemente fatta menzione di un deposito giudiziale, eseguito cioè coll'intervento ed assistenza del pretore o comunque posto sotto la tutela di lui.

Dell'obbligo che hanno i tutori di depositare i valori spettanti al pupillo, sia nell'assumere la tutela in occasione della redazione dell'inventario, sia nel gerirla, le fonti trattano in più luoghi. Esso era imposto a quelli legislativamente forse in virtù di rescritti o

(1) Cfr. GIRARD, *Manuale* I p. 1053 n. 2.

(2) Se si fa astrazione da alcune speciali applicazioni (*dirimere matrimonium*, fr. 84 D. 23. 3; 20 § 2 D. 23. 4; 12 pr. D. 23. 5; 1, 11 pr. § 2 D. 24. 2; 22 § 7. 8; 29 § 1 D. 24. 3; 45 D. 46. 3; 12 § 1. 3 D. 48. 5; *nuptias*, 22 § 7 D. 24. 3; *societatem*, 27, 60 pr., 65 § 5 D. 17. 2; *adfinitem*, 43 § 6 D. 3. 3; *iura sanguinis*, 8 D. 50. 17; *cunctationem*, 20 § 1 D. 40. 2; *varietatem*, 13 § 1 D. 33. 1), il numero dei luoghi in cui il *dirimere* è applicato nel digesto alle questioni o controversie è molto minore (*controversiam. questionem, litem*: 2 § 2 D. 5. 1; 2 § 1, 8 § 1 D. 10. 1; 1 § 16 D. 36. 1; 1 § 10 D. 59. 1; 41 pr. D. 45. 1) che nelle costituzioni giustiniane, ove in questo senso ricorre ad ogni piè sospinto e non mai in altro che in esso (2 § 17 C. 1. 17; 2 § 1 C. 2. 46; 2 pr. C. 2. 59; 14 § 2 C. 3. 1; 17 C. eod.; 14 pr. C. 3. 34; 12 § 2 C. 4. 1; 24 C. 5. 4; 27 § 1 C. 5. 16; 22 § 4 b C. 6. 2; 11 pr. C. 6. 35; 2 § 2 C. 6. 43; 1 § 10 C. 6. 51; 3 pr. C. 6. 61; 13 C. 7. 45; 5 § 4 C. 7. 63; 14 § 2 C. 8. 10; 14 pr. C. 8. 37; 36 § 2 C. 8. 53). E nel Digesto un paio di volte esso è interpolato: fr. 7 D. 36. 3 (' sed melius est per mediocritatem causam dirimere '); 6 § 7 D. 3. 2 (' nam... agitur... de calculo, qui fere iudicio solet dici '); 39 pr. D. 39. 2 (' quod utique sic dirimendum est ' ??)

di senatoconsulti ⁽¹⁾ e per l'inventario risulta specialmente dalla più tarda legislazione imperiale. Scrive Ulpiano (3 § 2 D. 26. 7) che è compito, tra l'altro, dei tutori onorari il sorvegliar gli effettivi e curare che le somme, di cui non occorra far uso pel pupillo, vengano depositate per impiegarsi poi nell'acquisto di fondi ('Sollicite curare, qualiter conversetur, et si pecunia sit, quae deponi possit, curare ut deponatur ad praediorum comparationem'). E aggiunge che alla *depositio* non hanno obbligo di procedere i tutori, se non quando si tratti di somme d'una certa importanza, tali cioè da consentire l'acquisto di immobili: 5 pr. D. eod.: 'Ita autem depositioni pecuniarum locus est, si ea summa corrad[i]d est colligi possit, ut comparari ager possit... et cum causa depositionis exprimat[ur], ut praedia pupillis comparentur, manifestum est, ut ad minimas summas non videatur pertinere: quibus modus praefiniri generaliter non potest, cum facilius causa cognita per singulos possit examinari, nec tamen auferenda facultas est etiam minores summas interdum deponi postulare, si suspecti tutores esse videantur'.

Il passo non è punto immune dalla mano dei compilatori. ⁽²⁾ Esso attesta peraltro che la disposizione legislativa era fatta in via generica con la sola determinazione dello scopo 'ad praediorum comparationem' e che quindi nei singoli casi concreti spettava al pretore il decidere se la disposizione — la cui osser-

(1) Il RUDORFF, *Edictum* § 126 ritenne che l'obbligo fosse scritto nell'albo pretorio, il quale avrebbe contenuto uno speciale editto 'de pecuniarum depositione'; e ciò sulla base dei fr. 5 pr., 7 § 3 D. 27. 3 e 15 § 12 D. 42. 1. Con lui è d'accordo il KARLOWA, *rom. Rechtsg.* II p. 1190. Ma il LEXEL, *Edictum* ² p. 305 combatte siffatta opinione e ritiene che un editto 'de depositione' non vi fu: il che è certamente più esatto. Tuttavia, sebbene l'obbligo non derivi dall'albo, non è da dubitare che il pretore intervenisse spesso in materia, sia per dare le disposizioni necessarie circa la opportunità o meno del deposito (per la determinazione ad es. del limite minimo al di sotto del quale l'obbligo cessava o pel luogo in cui dovevasi eseguire), sia per le autorizzazioni occorrenti al ritiro o all'impiego in casi determinati, e così via. È su questo concetto che sono svolte le considerazioni fatte qui sopra nel testo.

(2) A parte le parole '*id est colligi*', che sono evidentemente un glossema (SCHULTING, *Notae ad Pand.* ad h. l.), un tribonianismo è l'uso di *pecunia* al plurale (cfr. MANCALONI, *Filangieri* XXVI p. 269-270) ed altri rifacimenti vi sono dovuti a Giustiniano. Il MANCALONI l. c. nota il proemio fuori di posto, una non logica connessione del ragionamento e le espressioni '*tutelam exiguum*', '*ex nummo refecto*', '*tutelae quantitas*', '*facile*', '*generaliter praefiniri*', '*per singulos*', e in base a ciò ritiene interpolato integralmente il passo. Credo anch'io che gran parte v'abbiano i compilatori, ma escludo ch'esso sia stato da loro inventato di sana pianta. Probabilmente un breve accenno ai poteri del pretore in materia fu ampliato non con pezzi incastrati nel discorso del classico, ma con un completo rifacimento.

172

vanza doveva da lui curarsi — avesse a ricevere, e come, applicazione ('*facilius causa cognita per singulos examinari*'). E come a lui potevan ricorrere gli interessati, chiedendo che impartisse ordine di depositare anche le somme, che per la interpretazione formata nella giurisprudenza del foro pretorio non avrebbero dovuto esserlo ('*etiam minores summas interdum deponi postulari*'), così a lui incombeva la cura di sorvegliare per l'applicazione delle pene comminate ai renitenti (3 § 16. D. 26. 10: '*Qui pecuniam ad praediorum emptionem conferre neque pecuniam deponere pervicaciter perstant, quoad emptionis occasio inveniat, vinculis publicis iubentur contineri, et insuper pro suspectis habentur*').

Nè solo al deposito doveva il pretore sapraintendere, ma anche in seguito all'impiego delle somme nell'acquisto di *praedia* (7 § 3 D. 26. 7: '*Si post depositionem pecuniae comparare praedia tutores neglexerunt, incipient in usuras conveniri: quamquam enim a praetore cogi eos oportet ad comparandum, et rel.*') Le responsabilità in cui i tutori incorrono sono già dichiarate da questo passo, quelle pel mancato o ritardato deposito sono indicate nei successivi §§ 7 e 10 che servono di commento al principio accennato nel § 4, e nel primo dei quali è detto: '*Si deponi oporteat pecunias ad praediorum comparisonem, si quidem factum est, usurae non current: sin vero factum non est, si quidem nec praeceptum est, ut deponantur, pupillares praestabuntur, si praeceptum est et neglectum, de modo usurarum videndum est. et solent praetores comminari, ut, si non fiat depositio vel quanto tardius fiat, legitimae usurae praestentur: si igitur comminatio intercessit, iudex qui quandoque cognoscet, decretum praetoris sequetur*'. (1)

Da esso appare come il pretore intervenisse con un *decretum* per dare disposizioni sulla *depositio*: la *comminatio* delle *usurae* ch'egli vi faceva e che il giudice doveva seguire nel condannare lo inadempiente, essendo fatta '*si non fiat depositio vel quanto tardius*

(1) Che i §§ 7 e 10 siano, ancor più dei precedenti, infetti da interpolazione, nessuno può dubitare. Il FABRO, *Iurispr. Papin.* p. 846 li ritenne integralmente di Triboniano, e il MANCALONI, *Filangieri* XXVI p. 270 gli attribuisce del § 7 tutta la prima parte (*Si deponi... videndum est*). La sequela dei *si... si quidem sin vero... si quidem... si* è troppo manifesto indice dello stile della cancelleria imperiale: cosicchè nessun argomento io voglio trarre dal duplice '*praeceptum*' che starebbe ad indicare un diretto intervento del pretore nel disporre come e quando alla *depositio* debba procedersi. Tuttavia se si deve ritenere giustiniana tutta la prima parte del § 7 '*si deponi oporteat... videndum est*', è, almeno sostanzialmente, non contaminata quella che segue.

fiat', presuppone appunto che la *depositio*, ordinata *generaliter* da senatoconsulti o rescritti, veniva nei casi concreti regolata e disciplinata con un decreto del pretore. ⁽¹⁾

Ciò posto, non mi sembra dubbia la interpretazione del

fr. 3 § 6 D. 27. 4 *Ulp. 36 ad ed.*

Quid ergo, si de re pupillari non potuit sibi solvere, quia erat deposita ad praediorum comparisonem? si quidem non postulavit a praetore ut promatur pecunia vel hoc minus deponatur, sibi imputet: si vero hoc desideravit nec impetravit, dicendum est non deperire ei usuras.

Il quesito è se nel *contrarium iudicium tutelae* possa il tutore domandar le usure sui crediti ch'egli ha contro il pupillo, quando sui valori di questo egli non abbia potuto soddisfarsi per essere essi depositati *ad praed. comparisonem*. E la risposta è negativa, se risulti che il tutore abbia omissso di fare istanza al pretore chiedendo autorizzazione o a non depositare le somme ovvero a poterle ritirare. ⁽²⁾ Per parlarsi di ritiro occorreva adunque ch'esse fossero depositate altrove che presso il pupillo o il tutore medesimo. Nè è a credere che l'autorizzazione si richiedesse in quanto, essendovi stata una *obsignatio* con deposito presso il pupillo stesso, occorresse una disposizione del magistrato per l'apertura del sacco o della cassa: il *promatur* lo esclude. Neppure che essa fosse necessaria sol perchè, nell'eventuale conflitto d'interessi tra pupillo e tutore, il magistrato soltanto potesse autorizzar quest'ultimo a pagarsi. Dal § risulta che la *solutio* a se stesso il tutore non poté fare esclusivamente a cagione dell'avvenuto deposito ('si de re pup. non potuit sibi solvere quia erat deposita'): il che è confermato dal precedente § 5: 'Si tamen fuit in substantia pupilli unde consequetur (l. consequeretur), dicendum est non oportere eum usuras a pupillo exigere'.

(1) Io non intendo con ciò affermare che in ogni singolo caso concreto il pretore intervenisse con un ordine di depositare. Egli poteva intervenire, nel comminar le usure, e dare disposizioni che talora saranno state dirette, mentre tale altra solo indirettamente saran discese da quella comminatoria. E perciò quanto il MANCALEONI p. 271 osserva per rafforzar gli argomenti in favor della interpolazione del principio del § 7, che cioè il pretore non ordinava il deposito, il quale doveva farsi senz'altro, ma si limitava ad irrogare le usure, è esatto in via generale, ma con la riserva di cui sopra.

(2) Cfr. in questo senso, ma ad altro fine, anche il KARLOWA, *röm. Rechtsgesch.* II p. 1190.

174

Siamo dunque di fronte precisamente all'effetto sostanziale del deposito pubblico o solenne. Il deposito non è più liberamente ritirabile da colui che lo esegui, per l'elemento pubblicistico che vi interviene a modificar la norma del deposito ordinario e che porta la necessità d'un ordine del magistrato, per potersene chiedere la restituzione al depositario. (1)

*
* *

18. — Coloro i quali affermano che il deposito giudiziale non toglie al depositante la facoltà del ritiro, si fondano sui testi già veduti, fr. 7 D. 22. 1 (' quod si postea conventus moram fecerit '), 8 C. 8.27 (' et hodieque in eadem causa permaret '), 1 C. 8. 17 (' nec in usus suos convertit '), e soprattutto sulla cost.

19 § 4 C. 4. 32.

[Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, *nisi forte eas receperit*, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias]

dove le parole '*nisi forte eas receperit*' designano nettamente codesta facoltà.

Ma pei primi tre passi ho accennato sopra come sia possibile una spiegazione, secondo la quale sarebbe esclusa senz'altro la figura del deposito giudiziale. Per quest'ultimo è decisivo il fatto che tutto intero il §, e quindi anche la frase in questione che in esso è compresa, è di indubitata fattura triboniana. La interpola-

(1) Si veda inoltre per l'intervento magistratuale la l. 3 C. 5. 51 '*Imp. Anton. Curator, qui post decretum praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, praedium sibi comparavit, elige, utrum malis in emptione tibi negotium enim gessisse, an, quia in usus suos conversae pecuniae sunt, legitimas usuras ab eo accipere: secundum quae iudex tutelae indicio redditus partem religionis implebit*'; nella quale il decreto del preside è generalmente inteso (cfr. ad es. FABRO, *Connect.* 5 c. 9, p. 113; VANGEROW, *Pand.* I § 332 Anm. 3, III 2 b) come dispositivo del deposito, mentre a me sembra piuttosto doversi riferire all'autorizzazione del ritiro (post decretum praesidis sublata pecunia). Quanto alla figura del *curator in un iudicium tutelae* cfr. lo scolio di Taleo in Bas. 38. S. 23 (Heimb. III p. 724), GLÜCK, *Pand.* XXXII § 1368 p. 251, e ALIBRANDI, *Dell'azione che davasi secondo l'ant. dir. rom. ai curatori in Bull. Ist. dir. rom.* II p. 158-159. Che la cost. sia stata modificata ha sostenuto il MANCALEONI *op. cit.* p. 277-278, ma i guasti sono probabilmente soltanto dopo '*comparavit*', sicché la formulazione del caso non ne sarebbe toccata.

zione fu già largamente illustrata dal Pacchioni,⁽¹⁾ perchè se ne debba ridar da me la dimostrazione. Fu Giustiniano che con quest'aggiunta alla costituzione diocleziana introdusse l'*a. utilis* a favor del creditore esercitabile o contro lo stesso depositario o contro il terzo possessore (chè ciò significa l'*'actio contra ipsas pecunias'*). E a lui quindi appartiene quella che, pei sostenitori della dottrina contraria, costituisce la prova fondamentale della facoltà di ritiro.

Le difficoltà che a questo punto sorgono, per conciliare termini che sembrano addirittura contraddittori, paiono insormontabili: ma non sono.

Può infatti domandarsi come si spieghi, con la teoria della irrevocabilità del deposito giudiziale, il fatto che soltanto Giustiniano autorizzò con l'*a. utilis* il creditore a ritirare il deposito. E sembrar quindi in contrasto con quella irrevocabilità l'assenza, nel diritto classico, di un'azione a favor del creditore, che soltanto il diritto giustiniano introdusse. Ma la contraddittorietà è già insita nello stesso § 4, il quale mentre dà al creditore l'azione, conserva tuttavia al debitore la facoltà di riprendere sempre che voglia il deposito; e la difficoltà di dirimerla si è presentata ugualmente sia a quelli che non sospettarono punto della genuinità del passo, sia a chi ne ha poi messo in evidenza la paternità di Triboniano.

La difficoltà fu da essi risolta, applicando il principio della prevenzione. Ritenuto (come sostiene ad es. l'Ulrich, p. 63 sgg., 73 sgg.) che il principio del diritto più antico è quello che il debitore possa ritirar sempre il deposito, laonde il creditore per poterne domandar la consegna al depositario ha d'uopo d'ottenere la cessione dell'azione dal suo debitore; e che il principio del diritto nuovo (diocleziano, secondo la non sospettata bizantinità del passo) è quello pel quale il creditore è autorizzato a ritirare, in quanto la cessione dell'azione si finge siccome contenuta nell'atto di deposito, la coesistenza delle due azioni (l'utile e la diretta) doversi spiegare con ciò, che la diretta è esperibile soltanto fino a che non sia esperita l'azione del creditore, anzi la semplice *denunciatio* da parte del

(1) *Contratti a favore di terzi* p. 71 sgg. Non accolgo naturalmente degli argomenti da lui addotti quelli che si basano sulla inefficacia estintiva del deposito e in genere le considerazioni che muovono dalla non sospettata facoltà di ritiro nel depositario. Secondo il Pacchioni la frase '*nisi forte eas reciperit*', pur essendo triboniana, riprodurrebbe in sostanza un insegnamento classico, anzi essa costituirebbe un temperamento alla introdotta novità del diritto nel creditore di esercitar l'*a. depositi*.

176

creditore dover bastare a paralizzare l'azione diretta, in quanto con essa il creditore manifesta l'intenzione di voler accettare in pagamento la cosa depositata. Sulla stessa base sostanzialmente è data la spiegazione da chi (come devesi) attribuisce ai compilatori la invenzione dell'a. *utilis*. Essi avrebbero (così il Pacchioni l. cit.) innovato sul diritto classico — nel quale il deposito non era modo di estinzione dell'obbligazione, ma soltanto mezzo per impedir certi effetti nel caso di mora del creditore — attribuendo a quest'ultimo l'azione contro il depositario e rendendo così possibile la liberazione del debitore. Ma la innovazione non fu completa né decisa, perché sotto l'influenza del principio classico essi vi inserivan dentro daccapo la facoltà del ritiro da parte del debitore, creando un sistema che è appunto quello predetto della prevenzione.

Ora, io non credo che il '*nisi forte eas receperit*' stia a rappresentar nell'aggiunta giustiniana una reminiscenza di quel principio in via generale, ma sia piuttosto l'effetto d'una maldestra ⁽¹⁾ confusione tra i principii del deposito pubblico o giudiziale e quelli di ogni altra forma di deposito, che non avendo il carattere di quello non poteva neppur averne l'efficacia. Che la costituzione tratti appunto del deposito giudiziale; anzi ch'essa indichi come necessaria questa forma anche per conseguire effetti (quale la sospensione delle usure) che prima era sufficiente a produrre ogni altro espediente di *repositio* o di deposito privato, non può revocarsi in dubbio. Senonché i compilatori, mentre introducono l'azione nuova, non tengono più conto della natura speciale che ha la *depositio* contemplata dalla costituzione e v'inseriscono col *nisi* una tal limitazione, da non essere più conciliabile con tutto il resto della innovazione. Direi anzi che il *nisi f. e. r.* ha tutta l'aria d'esservi stato incastrato in un momento successivo, quasi a rendere più pieno l'insegnamento risultante dalla costituzione così trasformata.

19. — Un argomento contrario si è inoltre ritenuto di trovare nel fr.

(1) E che siano stati, più che maldestri, addirittura infelici i compilatori nel costruire il § 4, risulta non solo dalla singolare creazione d'un *actio contra ipsas pecunias* (!) ma altresì da ciò che, secondo la redazione del testo, l'a. *utilis* sarebbe esperibile oltre che contro il depositario e i terzi possessori, anche contro lo stesso debitore (*actione utili non adversus debitorem, nisi receperit*)! Una stortura che ha provocato molte (e inutili) discussioni tra gli scrittori più antichi: LAUTENBACH, *de deposito iuris* § 31; DONELLO, *Comm. ad h. l.* (op. om. ed. Maceratae 1880 IV p. 825-826); cfr. ULRICH, *op. cit.* p. 72 e n. 2.

4 § 1 D. 13. 4 *Ulp. 27 ad. ed.*

Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda ubi promissa est. quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur vel deposita vel ex facili solvenda? nonne debebit interdum absolvere? in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est.

Ma io dubito fortemente ch'esso, a prescindere dai gravi e fondati sospetti d'interpolazione che lo colpiscono, si presti necessariamente alla interpretazione che in generale gli è data. Nell'a. *de eo quod certo loco*, direbbe qui Ulpiano, ha il giudice talvolta facoltà d'assolvere il convenuto, come quando ad es. si opponga che il convenuto ebbe, nel luogo della prestazione, ad offrire la somma all'attore, o quivi ne esegui il deposito o comunque ivi poteva essergli più facile la *solutio*: l'assoluzione potersi in tali casi pronunciare, pur rimettendosene la facoltà all'*officium iudicis*, previa prestazione della *cautio* 'de pecunia ibi solvenda ubi promissa est'. Ne risulterebbe che, poichè per pronunciar l'assoluzione, il giudice richiede una tal *cautio*, l'avvenuto deposito non ha efficacia liberatoria; la *cautio* serve appunto a garantire l'attore contro la possibilità di ritiro del deposito da parte del debitore, il quale essendo stato già assolto poteva, senza di essa, frustrare interamente il diritto dell'attore ⁽¹⁾.

Il deposito, in altri termini, sarebbe qui posto sulla stessa linea della semplice *oblatio*, ciò che costituirebbe la prova manifesta d'essere liberamente ritirabile dal debitore. ⁽²⁾

Senonchè io non so vedere qual motivo induca gli interpreti a riconoscere nelle parole 'vel deposita' un deposito giudiziale, e

(1) Così il *Comm.*, *die sogen. actio de eo q. c. l.*, p. 146 sgg., e con lui l'*ULRICH op. cit.* p. 66 sgg.

(2) Non giova certo opporre, che il testo parla di un deposito semplicemente asserito dal convenuto (*dicatur*), ma non provato. Evidentemente se il giudice si decide per l'assoluzione, ciò non avverrà senza che egli si sia assicurato con prove opportune che il deposito (come l'offerta) è effettivamente avvenuto o che la *solutio* poteva riuscir più agevole nel luogo della prestazione. In questo senso già il *Comm.*, *l. cit.*

Vano argomento sarebbe del pari quello che si volesse trarre dall'ammettere, seguendo in ciò il *FABRO*, *Coniect.* 15. 2. 10 (p. 495), *Rat.* I p. 479, una interpolazione nella frase 'cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda ubi promissa est'. Perocchè, se si volesse con ciò provare che l'assoluzione poteva esser

178

non piuttosto un deposito presso se medesimo o addirittura qualche altra cosa di profondamente diverso da tutto ciò.

Se noi consideriamo come genuina nel testo la frase 'quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur vel deposita vel ex facili solvenda',⁽¹⁾ si avrebbero tre esempi, portati da Ulpiano, di motivi che autorizzano all'assoluzione. E dubbi sul significato del primo e del terzo non possono sorgere; ma è necessariamente da intendersi che il secondo voglia indicare il deposito fatto *post oblationem et obsignationem*, fosse esso il deposito giudiziale e solenne o anche la semplice *depositio apud se*?

Io credo che soltanto la fortuita vicinanza di *oblata* a *deposita* (che, come abbiamo visto, costituiscono coll'*obsignare* la formula tecnica adibita ad indicare il deposito che si fa quando non è possibile il pagamento) abbia fatto pensare al deposito giudiziale, ad un deposito cioè eseguito per la *mora creditoris* od altra causa che impedisce la *solutio*.⁽²⁾ Leggendo senza questo preconetto il passo, il *vel deposita* apparisce poter ben avere tutt'altro significato.

pronunciata senza la necessità d'una tal cautio, l'argomento proverebbe troppo: la parificazione del deposito alla semplice *oblatio* e persino alla affermata maggior facilità di soluzione nell'altro luogo, darebbe per risultato che non il solo deposito ma anche l'*oblatio* e la *facilis solutio* possono portare per se sole all'assoluzione. Ad ammettere poi la interpolazione osta, a mio avviso, l' 'ibi' che segue in 'quid enim si ibi et rel.': soppressa la prima frase, l' 'ibi' rimane senza alcun riferimento e il testo ne risulterebbe incomprensibile.

(1) Esso è invece ritenuto anche in questa corrotto. Certo lo è nelle restanti parti. Ma quali siano è difficile provare. Secondo il BESELER, *das Edict. de eo quod certo loco* p. 76 sgg., sarebbero interpolate le parole 'cum sit arbitraria' inseritevi allo scopo di far rientrare questa azione nella categoria delle arbitrarie (con differimento della condanna) mentre è del tutto diversa, come ha dimostrato il LENEL *Edictum* p. 298 sgg. e conferma il Beseler sebbene con qualche divergenza, l'arbitrarietà di essa. Interpolato sarebbe pure il terzo esempio 'vel ex facili solvenda', non apparendo chiaro perché la maggior facilità di pagamento nel luogo della *solutio* giustifichi l'eccezionale provvedimento dell'assoluzione. E giustiniameo tutto o quasi il seguito, per l'*interdum* di 'nonne debetur absolvere?' che qui ripetuto stona, per l'*aequitas* dalla quale i classici vogliono trarre essi la soluzione nuova, senza rinviare questo compito al giudice. Il testo sarebbe stato modificato tenendo come modello il fr. 14 § 4. 5 D. 4. 2 e dovrebbero ricostruire in questa guisa: 'Interdum index, qui ex hac formula cognoscit, propter exceptionem doli mali absolvere reum debet cautionem ab eo exacta de pecunia ibi solvenda ubi promissa est. quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur vel deposita?'

Pur non accettando completamente codesta ricostruzione, ritengo anch'io che la mano dei compilatori abbia avuto larga parte nella chiusa: l' 'in summa', l' 'aequitate ante oculos habere' sono più che sospetti. Non altrettanto sicura mi par la interpolazione di 'vel ex facili solvenda'. Cfr. del resto LENEL *Beiträge z. Kunde des pract. Ed.* p. 57 sgg., PERTSCHKE, *Grünhuts Zeitschr.* VI p. 620 sgg. Vedi inoltre sul testo anche il KOHLER, *Jahrb. f. d. Dogm.* XVII p. 336.

(2) V'ha qualcuno, come il BESELER *op. cit.* p. 77, che parla addirittura di deposito *in aede*, senza che di ciò v'abbia la più piccola traccia nel testo.

Le tre ipotesi che Ulpiano presenta, sono: *a*) che la somma sia stata offerta al creditore e da lui rifiutata; *b*) che essa si trovi depositata; *c*) che comunque nel *locus solutionis* potesse esser più agevole al debitore di pagarla. Un nesso assoluto tra la prima e la seconda ipotesi non c'è, in quanto cioè il *deposito* s'intenda siccome avvenuto in seguito ad una inefficace *oblatio*; anzi sembra si possa escluderlo, perchè se già l'*oblatio* bastava a giustificare l'assoluzione, a che citare la *depositio* che necessariamente presuppone quella? Se dunque il 'vel deposita' è affatto indipendente dalla ipotesi precedente, e s'interpreta nel suo significato naturale, essa vorrà dire soltanto che il debitore nel *locus solutionis* tien conservata ('deposita' nel senso in cui abbiám veduto adoperato il termine in fr. 41 § 6 D. 32: 'pecunia... ibi deposita' e in fr. 12 § 41 D. 33.7 'vestem propter secessum ibi depositam'), ovvero in deposito presso altri, p. es. presso una banca, la somma che occorrerebbe ora nel luogo del giudizio; e la distanza dell'uno dall'altro è per sé causa sufficiente di difficoltà al pagamento. Così è anche più facilmente spiegabile la terza ipotesi 'vel ex facili solvenda'. La difficoltà nascente dal tenere in serbo o in deposito la somma nel *locus solutionis* richiama al giureconsulto l'idea di altre difficoltà in genere e lo induce a raccogliere queste nella formula 'vel ex facili solvenda'.

Che se queste parole appartengono ai compilatori, io vedrei in esse ugualmente una conferma della spiegazione data: i giustinianeî ve l'avrebbero aggiunte, in quanto appunto nel senso predetto essi avevano interpretato il 'vel deposita'.

*
* *

20. — Chi si domandi come codesta deviazione dalle regole del deposito ordinario debba essere spiegata, troverà la risposta in ciò, che tutti i casi di deposito fin qui esaminati debbono ricondursi alla figura del sequestro.

Che i Romani abbiano costruito una teoria speciale del deposito pubblico o giudiziale, distinto dall'ordinario e distaccato pur dal sequestro, non si può infatti asserire. Ad istituto esso è assunto soltanto nel diritto comune, sotto le influenze del diritto germanico, che ne ha elaborato la dottrina e determinato i requisiti. Ed è perciò che in gran parte la letteratura monografica che ho citato in principio, rispecchia piuttosto le dottrine del diritto e

180

della giurisprudenza germanica, anziché quelle del diritto romano. (1) Non a questo certo appartengono gli insegnamenti che molti scrittori antichi danno ad es. circa il requisito della citazione 'ad videndum deponi'; (2) ed altre particolarità estranee al diritto sia classico sia giustiniano. Nè bastano la solennità o formalità che lo accompagnano, o la pubblicità del luogo di deposito a caratterizzarlo siccome figura a sé: questi e altri elementi non sono che indici per scoprire che, il più spesso, non si tratta di deposito ordinario.

Ora, come ho detto, il tipo a cui esso deve ricondurre è quello del sequestro e più particolarmente del sequestro necessario, nel quale appunto l'effetto fondamentale è dato da ciò che, avvenuto il deposito, non possa il depositante più disporre della cosa e ritirarla dal depositario sino al verificarsi di determinati eventi futuri. Lo scopo del sequestro volontario o necessario (3) è quello di togliere alle parti la disponibilità della cosa e di affidarla ad un terzo che, al verificarsi di determinati eventi, dovrà poi restituirla all'una o all'altra. Laonde, sia il deposito avvenuto pel libero accordo delle parti o per disposizione del magistrato o del giudice, l'*a. depositi sequestraria* non è esperibile durante tutto il tempo pel quale la *sequestratio* deve durare e potrà intentarsi soltanto allo scader del termine o all'avverarsi dell'evento preveduto.

Questa norma, che discende dalle definizioni stesse che della *sequestratio* offrono i testi classici (6 D. 16. 3; 110 D. 50. 16; 17 pr. D. 16. 3) (4) è infatti quella che abbiamo veduto imperare negli

(1) Cfr. ULRICH, *Deposition* p. 95 sgg.; GRUCHOT, *Zahlung der Geldschuld* p. 237.

(2) MEYER, *decis.* II dec. 201; WESKE's *Rechtslexicon* III p. 313; HELLFELD, *iuris pr. for.* § 1985.

(3) Vedi ora su di esso, dopo lo scritto del NIKONOFF, *Die Lehre von der sequestratio nach röm. Recht* Berlin 1904 e quello più noto e più antico del MUTHEN, *Sequestration und Arrest* Leipzig 1856, il lavoro dell'ARANGIO-RIIZ, *Studi sulla dottrina rom. del sequestro* (Arch. giur. LXXVI p. 471 sgg., LXXVIII p. 265 sgg.) che sostiene non essere il sequestro in diritto classico se non un caso di deposito e la costruzione di una speciale *a. dep. sequestraria* una innovazione dei giustiniane.

(4) Le dispute circa l'essere requisito necessario della *sequestratio* una controversia sull'oggetto che si deposita, si possono dire ormai sopite, avendo la quasi universalità degli scrittori (cfr. ad es. WINDSCHEID, *Pand.* § 380; DEMMEUR, *Pand.* § 93 e in genere tutti i pandettisti; MUTHEN, *Sequestration* p. 195 sgg., e *passim* ed ora ARANGIO-RIIZ, *Arch. giur.* . 76 p. 471) riconosciuto non indispensabile la lite. Ciò che la caratterizza è soltanto l'essere il deposito eseguito da più persone o dal giudice con una determinata *condicio*, per la quale l'oggetto dovrà all'avverarsi di eventi predeterminati restituirsi all'uno o all'altro: il deposito di cosa su cui le parti elevano pretese o intorno a cui comunque contendano non è che un caso, sebbene il più frequente, anzi il principal caso di applicazione.

esempi di deposito fin qui esaminati, la cui caratteristica sostanziale è la cessata facoltà del depositante di ritirare.

Senonchè alla riduzione di quei casi sotto il concetto del sequestro potrebbesi ritenere essere un ostacolo in ciò: che mentre pel sequestro la *condicio* determina gli eventi futuri (vittoria nella lite, vincita della scommessa, avveramento d'un fatto qualsiasi) al cui verificarsi la cosa depositata debbasi restituire, nei passi più sopra studiati non par che un evento si debba attendere per rendersi possibile la restituzione da parte del depositario. Di più, pel sequestro la restituzione secondo l'evento dovrà esser fatta all'una o all'altra delle parti, mentre secondo quel che finora io ho sostenuto la restituzione deve farsi ad una determinata persona, ad es. nei casi di *mora credendi* o di difficoltà del pagamento, al creditore esclusivamente.

Ma la obiezione sarebbe infondata, semplicemente perchè il concetto del sequestro, e soprattutto di quello necessario o giudiziale, non è così ristretto come appare.

Che il sequestro volontario contenga in sè normalmente il patto della restituzione all'un dei due depositanti è naturale, data la funzione ch'esso ha. Ma nè pel volontario nè pel necessario è strettamente indispensabile che sia prefissata la restituzione all'un dei due, potendo essere predeterminata a favor d'un terzo; nè che sia comunque prestabilita la restituzione stessa.

Così, è stata negata la figura di sequestro giudiziale al deposito di atti ereditari di cui è cenno nel testo che segue, sulla considerazione che non v'ha qui la condizione della restituzione ad uno tra i due depositanti: (1)

fr. 5 D. 10. 2 *Gai. 7 ad ed. prov.*

Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet ut apud eum maneant, qui maior ex parte heres sit, ceteri descriptum et recognitum faciant, cautione interposita, ut, cum res exegerit, ipsae exhibeantur. si omnes isdem ex partibus heredes sint nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet: aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur: *vel in aede sacra deponi debent.*

Ma a torto. Trattasi di documenti relativi ad una eredità e per essi si prescrive che se gli eredi furono istituiti in parti disuguali

(1) ARANCIO-RUIZ, *Arch. giur.*, 76 p. 487.

182

debbano rimanere presso l'*heres maior ex parte*; se in parti uguali, il giudice, quando gli eredi non si pongano d'accordo nello scegliere amichevolmente o con votazione un *amicus apud quem deponantur*, ha facoltà di disporre il deposito in *aede sacra*. Il tempio (poichè ad esso manifestamente si allude) e per esso l'*aedituus* che gli è preposto, è un vero e proprio *sequester*, perchè è chiamato a custodire cose intorno al cui possesso v'ha controversia tra le parti (1).

Se il deposito presso il terzo eseguito dagli interessati non esprime la condizione al verificarsi della quale la restituzione debba avvenire, e se è pur vero che esso si esegue senza alcuna determinazione intorno alla restituzione, non può ritenersi che questa sia perpetuamente esclusa, pur quanto sia indefinito il tempo della custodia. Essa avrà pur luogo quando sian cessate le cause che diedero luogo al provvedimento di sottrarre agli interessati il possesso dei titoli; e nulla modifica alla figura se la condizione della restituzione, non espressa all'atto del deposito, sarà determinata quando la custodia dovrà aver fine. E del resto qui si riscontra anche una controversia come causa generatrice del sequestro: ad esso dà luogo evidentemente una contesa tra gl'interessati, che non vogliono sian detenuti dall'un d'essi i documenti comuni; nè rileva che la contestazione non cada sulla proprietà: cade sul possesso appunto perchè la proprietà è comune.

Il mancar la tecnica designazione di *sequester* non è motivo sufficiente per escludere la figura, quando nel depositario è tuttavia riconoscibile la funzione d'intermediario e di custode di oggetti, che di solito sono in controversia.

Io annovero qui tutti i casi in cui o spontaneamente le parti eseguono il deposito o il magistrato o il giudice l'ordina. E le ragioni risultano in ogni singolo passo manifeste.

Così ad es., come per la cost.

6 C. 4. 34 *Impp. Diocl. et Max.* [a. 293]

Is, penes quem utrasque partes transactiones vel alia instrumenta commendasse dicis, legem qua haec suscepit servare necesse habet

(1) Secondo il MURNER, *Sequestration* p. 204 sgg. la figura sarebbe più propriamente quella di una *sequestratio custodiae causa*, indipendente cioè da qualsiasi ragione di contesa; ma, come osservo nel testo, questa evidentemente vi ha e cade sul possesso dei documenti.

è sufficiente a caratterizzare la funzione del depositario la *lex depositionis*, alla cui osservanza gl'imperatori richiamano il *sequester*; è del pari indubitato il carattere suo nella cost.

5 C. 3. 38 *Impp. Diocl. et Max.* [a. 293]

De instrumentis, quae communia fratrem vestrum tenere proponitis. rector aditus provinciae, apud quem haec collocari debeant, aestimabit

dove nella contesa fra i tre fratelli, cui son comuni gli istrumenti tenuti dall'un d'essi — contesa che verte precisamente sul possesso che gli altri due (i ricorrenti) non voglion concesso al fratello — il *rector provinciae* provvederà con la deputa di un estraneo, che sarà un vero e proprio *sequester* ⁽¹⁾.

Non dissimile è la specie contemplata nel

fr. 4 § 3 D. 10. 2 *Ulp. 19 ad ed.*

Sed et tabulas testamenti debebit aut apud eum, qui

(1) Non posso lasciar sotto silenzio, a questo punto, la l. 5 C. 4. 34, dove il depositario di instrumenta è chiamato espressamente *sequester*: *Impp. Valer. et Gall.* Propter instrumenta quidem, quae te deposuisti cum adversario tuo dicis, ut residua pecunia, quae ex conductione debebatur, dissoluta en reciperes, si id quod placuerat implesti, sequestrem potes convenire, quamvis autem haec redditum non fuerint, tamen adversus eum a quo fundum conduxeras, si omne quod ex hoc contracta debebatur reddidisti, ipsis solutionibus tutus es. Il richiamo che qui ne faccio è mosso da ciò, che questo è uno dei testi fondamentali cui gli scrittori invocano per dar la prova che la controversia sull'oggetto non è un requisito del sequestro. Credo sia male scelto il testo. Gl'imperatori designano come *adversarius* il locatore, quegli cioè col quale il conduttore ha depositato presso il terzo gl'instrumenta (cioè probabilmente non il contratto scritto della locazione, ma o un atto d'obbligazione del conduttore a pagare il residuo, ovvero la quietanza finale di saldo del locatore) col patto che completato il pagamento della mercede, essi fossero restituiti al conduttore stesso. Ora in via generale non è dubbia la ragione del deposito: non avendo fiducia nessun dei due contraenti nell'altro, erasi tra di lor concordato di depositare presso un terzo l'atto di obbligazione o di quietanza, la cui restituzione al conduttore doveva rassicurar quest'ultimo contro ogni ulteriore pretesa da parte del locatore e garantirgli la definitiva liberazione. Ma bastava ciò solo a far designare come *adversario* il locatore? La controversia, che agli imperatori veniva deferita, verteva tra conduttore e *sequester*, in quanto questo (non è detto il perchè) si è rifiutato di consegnare al primo, secondo il patto, gl'instrumenta ricevuti. Eppure come *adversarius* qui è designato il locatore, che non pare abbia parte nella contesa donde il rescritto è provocato. Ciò vuol dunque significare che, poichè non è possibile parlar d'*adversarius* se non in presenza d'una lite, una lite dovè essere insorta tra locatore e conduttore, e in considerazione di essa il deposito fu fatto. Del che era probabilmente ricordo nella esposizione dei fatti premessa al ricorso, cui il rescritto risponde. Cfr. del resto sul passo MUTHEN, *Sequestration* p. 201-204

184

ex maiore parte heres est, iubere manere *aut in aede deponi*.
nam et Labeo scribit vendita hereditate tabulas testamenti
descriptas *deponi oportere*: heredem enim exemplum debere
dare, tabulas vero authenticas ipsum retinere *aut in aede*
deponere.

Si può disputare se, quando sia autorizzato l'*heres maiore ex parte* (nel primo esempio) o l'erede venditore (nel secondo) a ritenere presso di sé le tavole testamentarie, si possa in persona di lui parlare di *sequester*; non già perchè non è del tutto corretto concepire un depositario della cosa propria, in quanto qui vi ha condominio delle tavole tra i vari eredi nella prima specie, e si può immaginarlo costituito nella seconda tra erede e compratore dell'eredità in seguito alla vendita; quanto piuttosto perchè v'ha un'altra più soddisfacente spiegazione del rapporto. Ed io son d'avviso si debba escludere la figura del sequestro, perchè nell'erede che è deputato a detenere deve ravvisarsi piuttosto un *dominus* delle tavole con proprietà limitata, in quanto egli è soggetto a farne la *exhibitio* tutte le volte che ciò occorra agli altri interessati: ai quali dà garanzia e sicurezza la speciale *cautio de exhibendo* che il *dominus* deve prestare.

Ma non si può negare che l'*aedes*, cui il magistrato o il giudice deputano alla custodia quando non ritengano sufficientemente garantiti col primo provvedimento i diritti dei coeredi o del compratore, rivesta qualità e funzione di un vero *sequester*. La giurisprudenza classica non titubò nel riconoscere tale veste nel depositario di documenti, cui più persone hanno interesse: e il seguente testo delle *Sententiae* di Paolo ne è una prova:

Paul. Sent. V. 25. 9: Instrumenta penes se deposita quicumque alteri altero absente reddiderit vel adversario prodiderit, pro personae eius condicione aut in metallum damnatur aut in insulam relegatur ⁽¹⁾.

Da ultimo potrebbe qui aggiungersi il

fr. 5 D. 43. 5 *lav. 13 ex Cassio*
De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si

(1) Cfr. MÜLLER, *Sequestration* p. 208 n. 2.

hereditatis controversia ex his pendet aut si ad publicam quaestionem pertinet: [itaque in aede sacra interim deponendae sunt aut apud virum idoneum (?)]

se tuttavia, com' è stato già bene avvertito dall'Arangio-Ruiz, ⁽¹⁾ la manifesta contraddizione che v'ha tra il provvedimento del deposito e la decisione proclamata in principio non facesse sorgere gravi dubbi sulla genuinità della chiusa '*itaque... idoneum*'.

21. -- Questi ed altri esempi dimostrano, che come al concetto della *sequestratio* giudiziale non osta il non essere preventivamente espressa la condizione per la determinazione della persona cui le cose depositate dovranno essere restituite, perchè questa può avvenir dopo mediante dichiarazione giudiziale; così per converso non cessa di esser sequestro quello, in cui la persona alla quale si dovrà restituire non è incerta o indeterminata, ma prestabilita fin dal momento del deposito, di guisa che non s'abbia da attendere il verificarsi d'un evento futuro perchè essa possa determinarsi.

Così in tutti i casi esaminati di rifiuto del creditore a ricevere il pagamento o d'impossibilità ad eseguirlo o ad eseguirlo con sicurezza, la persona che dovrà ritirare è già preventivamente determinata: è il creditore. Né si può dire che manchi il requisito della *condicio*.

Questa non è da intendersi come una vera e propria condizione: è semplicemente la *lex*, il modo, il regolamento al quale il *sequester* deve attenersi e che le parti o il giudice, secondo l'una o l'altra specie di *sequestratio*, gli dettano. E il regolamento consisterà adunque, nei singoli casi, nella istruzione di restituire al creditore quando sia tornato (se era assente) o quando sia divenuto maggiore ovvero abbia costituito un curatore (se era minore), quando abbia cessato di rifiutare (se trattavasi di mora), e così via.

(1) *Arch. giur.* 76 p. 484. Il MUTHEN *op. cit.* p. 173-175 concilia la norma, affermata anche in altri testi e ripetuta nella prima parte di questo, per la quale niuno è tenuto ad esibire contro se stesso, con la prescrizione del deposito *in aede* o *apud virum idoneum*, immaginando che questo sia preordinato per assicurare una esibizione futura, in un ulteriore processo, quando nessun danno potrà allora incogliere all'esibente. La congettura è arguta, ma non ne è dimostrabile il fondamento. Ammetter d'altro canto, senz'altro, che i compilatori abbiano semplicemente aggiunto la frase finale senz'accorgersi della contraddizione che ne nasceva col principio espresso prima, non è possibile. Probabilmente vi furono nel passo larghe suppressioni, che hanno fatto sparire ogni traccia del caso speciale cui Giavoleno si riferiva. Ad ogni modo anche qui l'*aedes* avrebbe funzione di *sequester*, come ammette pure il MUTHEN.

186

L'intervento del magistrato e del giudice ha pertanto, anche qui, la funzione di regolare un rapporto, alla cui definizione sono d'ostacolo o la contesa tra le parti (come normalmente accade nel caso di *mora accipiendi*) o altre cause indipendenti da una controversia. La cosa, che per suo ordine ovvero per determinazione spontanea del debitore ma con l'assistenza o con l'intervento di lui, si deposita, è con ciò sottratta alla disponibilità del depositante e messa sotto la tutela giudiziaria, per essere consegnata a colui che il magistrato o il giudice o hanno già riconosciuto avervi diritto o riconosceranno in seguito, come quando ad es. si tratti di deposito fatto per l'incertezza sulla persona del creditore.

L'esser tolta al depositante la facoltà di ritirare la cosa, quando sotto la tutela giudiziaria il deposito è avvenuto, è un effetto adunque dell'elemento pubblicistico che nel rapporto si introduce: ed il rapporto non può configurarsi diversamente da quello che si costituisce nel sequestro giudiziale, dove le relazioni non passano più direttamente ed esclusivamente tra le parti e il depositario, ma si modificano sostanzialmente per l'intervento del giudice.

Così s'intende perchè nel diritto antegiustiniano non si sentisse il bisogno di dare al creditore quell'*actio utilis* contro il depositario, che solamente ai bizantini parve una necessità di concedere. E si appalesano anche non solo inutili, ma del tutto infondate ed erronee le lunghe discussioni che dagli antichi scrittori si fecero, per determinare il modo ed il momento in cui si dovesse intendere passata nel creditore la proprietà della cosa depositata, e che provocarono la costruzione di dottrine non da ora riconosciute insostenibili ⁽¹⁾.

(1) Cfr. in proposito DONELLO, *Comm.* 16 c. 14 (*op. omnia* IV. p. 828 sgg.); LAUTERBACH, *de deposito iuris* § 29; ULRICH, *Deposition* p. 39 sgg.

RECENSIONI

ROBERTO CALVO (a cura di), *Sapere e pensiero critico. Per un'idea di università*, Torino, Giappichelli, 2023, IX, pp. 105.

1. Oggetto della recensione è un autentico manifesto sullo stato delle scienze giuridiche nel nostro Paese. Credo di poter dire che si tratta della prima e più grave, importante questione che riguarda l'operatore giuridico (sia esso, fondamentalmente, l'accademico, e altresì l'avvocato, il magistrato, il notaio). A Roberto Calvo, curatore del volume (e con Lui gli altri scrittori: dall'indice, Ermanno Vitale, Paola Bianchi, Ivan Libero Nocera, Alessandro Rosanò, Patrik Vesan e Gaetano Inglese, Giada Emanuela De Leo), va ascritto il merito intanto della fatica e ancora di più della visione del problema.

Nel capitolo I, intitolato "Il professore e le sentenze kafkiane", Calvo si interroga sul ruolo, oggi, del docente universitario. Per chi scrive, è questa oggi la domanda primaria, e tuttavia va rilevato che essa in letteratura viene (volutamente) scansata, tanto che in argomento non si registrano sul tema – per usare un eufemismo – fiumi d'inchiostro.

Oggi più di ieri – si legge (p. 1) – al professore sono demandati svariati compiti, oltre a quelli tradizionali dell'insegnamento e della ricerca. Basti pensare agli organi collegiali cui egli è parte all'interno delle strutture di dipartimento e di ateneo, che si sono moltiplicati rispetto a un tempo non troppo lontano. A fianco della ricerca e della didattica viene a stagliarsi una variegata messe d'impegni e incarichi istituzionali i quali, se svolti con scrupolo e convinzione, tendono a sottrarre spazio alla ricerca. L'ultima osservazione è realmente centrale. Infatti, sottolinea correttamente l'A. che è proprio la ricerca, la produzione scientifica, la convegnistica, la direzione di riviste di settore *et similia*, ad essere fulcro della missione accademica. La qualità dell'insegnamento è direttamente proporzionale alla levatura della ricerca e della produzione scientifica, che si eleva a *prius* (o fondamento) della funzione didattica. Il professore, nell'insegnare, nel

semplificare, nel provocare e sollecitare l'attenzione degli uditori, deve nello stesso tempo – come un *talent scout* – valorizzare i più bravi e meritevoli, i quali spesso manifestano le proprie inclinazioni precoci già sui banchi delle aule universitarie (p. 2). Il professore non può essere rigoroso con gli allievi e indulgente con se stesso. La popolazione studentesca è avveduta e attenta ed è perfettamente in grado di cogliere se il docente è o no incluso in una rete accademica autorevole e virtuosa, che concorre ad attribuirgli credibilità e pubblica considerazione (p. 3). La riforma del sistema di reclutamento, osserva Calvo, con la possibilità di prevedere procedure riservate, sembra aver relegato in soffitta la tradizionale *peregrinatio* accademica. Occorre allora ripartire dalle basi e dalla consapevolezza che l'insegnamento accademico debba favorire la piena e consapevole maturazione dei giovani ricercatori, incamminandoli al *Gradus ad Parnassum* in forza delle sole capacità individuali (p. 6).

2. I successivi capitoli, affidati agli Autori citati sopra, si lasciano apprezzare parimenti per una visione lucida ed equilibrata, espressa con schiettezza, dei problemi che oggi affliggono le scienze giuridiche. Ermanno Vitale nel capitolo II, intitolato “Laudator temporis acti?”, e che io reintitolerei “Azione senza pensiero”, spiega magistralmente la relazione fra accademia e pensiero critico: all'università si dovrebbe innanzitutto insegnare il “rigore intellettuale” e la “libertà nel giudicare uomini e cose”. La seconda senza il primo diventa arroganza e vaniloquio (p. 8). Ricorda Vitale che una volta professori facevano un corso annuale di circa sessanta ore, mentre adesso il carico didattico è fissato a centoventi ore come minimo e per lo più i corsi sono semestrali. Oggi tutto è sincopato, tutto dev'essere compatto e veloce. Verrebbe da dire, appunto: azione senza pensiero (p. 9). L'università, precisa Vitale (p. 12), non dovrebbe essere il luogo del *todos caballeros*, di un malinteso egualitarismo che produce una sorta di grande confusione di ruoli, il cui risultato finale è una direzione apparentemente assembleare – uno vale uno – da cui di fatto emerge un despota che premia la mediocrità servile. Descrive bene questa situazione Platone quando riflette sulla degenerazione della democrazia ateniese: “il maestro in un simile posto teme gli alunni e li adula, e gli allievi non tengono in nessun conto i maestri e così pure i pedagoghi; e in generale i giovani asso-

migliano agli anziani e competono con loro nelle parole e nelle azioni, mentre i vecchi, per compiacere ai giovani, abbondano in facezie e spiritosaggini, imitandoli per non sembrare sgradevoli e dispotici” (*Repubblica*, 563a). Un rapporto più solido fra università e sapere critico necessita infine, per quanto possa apparire paradossale, la rivalutazione, o meglio la reinterpretazione di due parole – tradizione e gerarchia – che pure, di primo acchito, fanno pensare a un universo antiegalitario e illiberale. Nel contesto dell’accademia per me tradizione e gerarchia non hanno nulla a che vedere con forme di oscurantismo o autoritarismo. Piuttosto significano prendere sul serio la sua autonomia non soltanto giuridica ma anche morale, quest’ultima fondata sulla sua etica speciale, interna, insomma sulla sua deontologia fatta di norme non scritte ma non per questo da gettare alle ortiche. In accademia la tradizione non consiste, o non consiste soltanto, nel mettersi in toga durante le sedute di laurea o nel lanciare per aria i tocchi in occasione dell’apertura dell’anno accademico o di altre pur importanti e simpatiche manifestazioni del genere. Consiste bensì nel rispetto sostanziale di quella gerarchia fondata sul riconoscimento della differenza quantitativa ma soprattutto qualitativa nel percorso culturale e scientifico di ciascuno studioso. Chi scrive condivide e sottoscrive; qualora mai a Ermanno Vitale per avventura cadessero agli occhi queste brevi e compilative paginette, vorrei fargli sapere che per certo Lui non è semplicemente “un vecchio professore oggi un po’ emozionato e pervaso dalla nostalgia per i ricordi della sua giovinezza” (p. 10).

2.1. Procedendo in maniera sintetica, che il lettore non dev’essere interessato a questa mia segnalazione ma alla lettura del libro, Paola Bianchi nel capitolo III prende le mosse dal Diario (1955) di Hannah Arendt: “Non parlare se sai leggere. Non leggere se sai scrivere. Non scrivere se sai pensare”. Il pensare dovrebbe essere il traguardo più importante. Senza raggiungere questo traguardo anche le fasi precedenti si svuotano d’idee e di valore. L’azione dell’insegnare a “pensare” dovrebbe perciò stare (o tornare a essere) a più livelli, senza nessuna esclusione elitaria di alcune categorie, al centro della didattica, prima dell’azione di insegnare a svolgere, secondo standard predefiniti, qualsivoglia mestiere o lavoro. Allo stesso modo, continua Bianchi (p. 23), la ricerca dovrebbe dimostrare l’esercizio

di un “pensiero” non succube di una mera applicazione “utile” di algoritmi o di tendenze già segnate. E anche la tanto invocata “terza missione” non dovrebbe essere intesa come mera *reductio*, senz’anima critica. Trasmettere al di fuori dei circuiti accademici i risultati delle proprie ricerche è compito quanto mai serio in cui non si dovrebbe mai perdere la consapevolezza che semplificare non vuol dire banalizzare, né copiare dalla farina altrui senza averne compreso “il valore calorico”. Usare un linguaggio meno disciplinare per rivolgersi a un pubblico più ampio di quello costituito dai colleghi non significa rinunciare al ruolo “scomodo” dello studioso come interprete della complessità di un fenomeno naturale o di una vicenda umana.

2.2. Ivan Libero Nocera nel capitolo IV (“*Linguaggio e sapere giuridico: note per una moderna formazione del giusprivatista*”) sottolinea come confermare il ruolo del diritto quale sapere capace di sottrarsi a integralismi dimentichi della complessità del reale è per il giurista una delle sfide di più stretta attualità. In tale contesto al giurista viene perciò richiesto, sia esso legislatore, giudice, avvocato o docente universitario, il rinnovato impegno – che trascende la mera attività di “conoscenza” della volontà normativa contenuta nelle disposizioni giuridiche – di favorire un’interrelazione tra sistema giuridico e sistema sociale universitario (p. 25). L’A. sottolinea, ma la mia è una sintesi assai grossolana, che il linguaggio giuridico in tutte le sue forme deve essere riportato all’esperienza comune in quanto costituisce la base necessaria per l’intelligibilità e la comprensione della norma in quanto è garanzia di accettazione di essa (p. 38). Le categorie giuridiche, classici architravi del sistema e un tempo capaci di evocare simbolicamente un certo statuto ontologico giuridico, assolvono sempre meno al ruolo di fattori di mediazione fra scienza giuridica e realtà, attraversando una fase di profonda trasformazione, per non dire di vera e propria crisi, in quanto incapaci di rappresentare in maniera esauriente la realtà sociale (p. 39). Imprescindibile è allora concentrare l’attenzione sul linguaggio giuridico utilizzato nei corsi di studio, culla della formazione dei nuovi giuristi, i quali dovranno essere capaci di possedere una lingua che sappia essere coerente rispetto alle funzioni e agli scopi del diritto nella società contemporanea, coniugando l’imprescindibile ricorso al linguaggio tecnico con il significato che i vari istituti hanno, una volta calati nella

società, senza sclerotizzarsi nella ripetizione di schemi tradizionali sganciati dalla realtà degli interessi propri dell'ordinamento giuridico e dei suoi valori presenti in un determinato momento storico. Anche il linguaggio del docente, chiamato a trasmettere questa visione evolutiva, dovrà riflettere tale connotato, estendendo il discorso fino a comprendere la descrizione del contesto (storico, antropologico, economico, etc.) nel quale le norme vivono e acquistano il loro significato operativo (p. 53).

2.3. Alessandro Rosanò nel capitolo V (*"Storie per giuristi ecc."*) inizia la propria riflessione scrivendo che l'esperienza giuridica non può prescindere dal raccontare storie. In effetti, a meno che qualcuno non intenda sostenere la tesi secondo cui il diritto esisterebbe *in rerum natura* e senza bisogno di arrivare a riconoscere che esso si configura come sovrastruttura di una qualche altra realtà di base, è innegabile che il diritto nasca sempre da un fenomeno reale che lo precede. *Ex facto oritur ius*, uno dei numerosi brocardi che vanno ad alimentare le riserve di latino dei giuristi, conferma questa idea: il fatto è la ragione dinamica alla base dell'evoluzione del mondo giuridico. L'emersione di nuovi fatti, di nuove realtà, pone l'esigenza di fornire una disciplina e, dunque, spinge il diritto a rinnovarsi (p. 67). I giuristi, per lavoro, sono chiamati anche a raccontare storie. Tuttavia, tale aspetto delle loro professioni, per lungo tempo, non è stato oggetto né di una riflessione sistematica, né di un'attività di formazione e insegnamento. A prescindere dalla correttezza o meno di queste ricostruzioni, è innegabile che la situazione sia stata e, in buona parte, continui a essere tale, con evidenti riflessi sull'insegnamento delle materie giuridiche a livello universitario. Esso, in verità, è sempre stato profondamente diverso nel mondo anglosassone e in quello dell'Europa continentale. Nel primo è prevalsa l'attenzione per i precedenti giudiziari, in ragione dell'importanza che il principio dello *stare decisis* ha nei sistemi di *Common Law*, mentre il secondo si è tradizionalmente concentrato in misura superiore sui concetti. Nonostante queste profonde differenze, nelle quali sembra riecheggiare la contrapposizione tra pragmatismo di matrice anglosassone e idealismo tipico dell'esperienza continentale, un punto di contatto pare potersi ravvisare nel fatto che, in entrambi i casi, l'attenzione dedicata alla narrazione, in generale, e allo *storytel-*

ling, in particolare, è stata veramente poca. Può convenirsi allora con chi afferma che il diritto e, per forza di cose, l'insegnamento di questo si siano allontanati dall'umana tendenza a fornire risposte emotive, astraendo sempre più i problemi, legali di certo, ma anche estremamente reali, dell'uomo della strada, arrivando a fare proprio un carattere di neutralità che, però, non sembra necessariamente rientrare tra i doveri istituzionali dei docenti di materie giuridiche. La tendenza ha preso a mutare a partire dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, quando, nel mondo anglosassone e, propriamente, in quello americano, ha iniziato a essere riconosciuta l'importanza del ricorso allo *storytelling* ai fini dell'insegnamento. La convinzione di fondo è che lo *storytelling* favorisca un processo di "riumanizzazione" del diritto, permettendo non solo di concentrarsi sul caso e sulla decisione assunta al riguardo, ma anche di spaziare e considerare informazioni supplementari quanto alle parti coinvolte, concernenti, per esempio, le esperienze di clienti, avvocati e giudici e le conseguenze ulteriori derivanti dalla singola sentenza (p. 71).

2.4. Patrik Vesan e Gaetano Inglese scrivono nel capitolo VI pagine di non poco interesse su "*Gli intellettuali e il policy advising*". I professori e ricercatori universitari hanno da sempre svolto un'importante funzione a fianco di politici e burocratici nell'elaborazione delle scelte pubbliche. È pertanto importante inquadrare questa funzione attraverso uno studio sistematico di come il loro contributo si realizzi fattivamente, ponendo in essere specifiche modalità di utilizzo della conoscenza finalizzate al sostegno o alla contrapposizione al potere politico (p. 98). La figura dell'accademico è di norma vista come una persona al di fuori delle "stanze del potere", che presta la sua opera avalutativamente, come intellettuale scevro da interessi e orientamenti ideologici oppure come voce critica nei confronti del potere politico, che agisce ispirato dall'amore per la verità (qualunque essa sia) e/o da qualche suo orizzonte valoriale posto al centro di possibili "battaglie di civiltà". In realtà, se è vero che la produzione di conoscenza a-valutativa o, di converso, di sapere critico riveste un'importante e necessaria funzione sociale, ciò non significa che il coinvolgimento diretto degli accademici nei processi decisionali comporti di per sé un danno all'esercizio di tale funzione sociale. Anzi, potremmo sostenere che quest'ultima possa perfino arricchirsi,

a fronte di una concezione pluralistica del ruolo degli intellettuali nel mondo. Al contempo, è chiaro che qualsiasi coinvolgimento del corpo accademico nei processi decisionali pubblici mette in risalto l'assenza di una (presunta tale) organicità di tale "corpo"; esito che può essere considerato come auspicabile, a maggior ragione nell'ambito delle scienze sociali. Tale coinvolgimento nei processi decisionali, una volta superata l'interpretazione riduzionista dell'intellettuale *embedded* come forma di mera contaminazione del suo ruolo, consente di attirare l'attenzione sulle molteplici declinazioni dell'esercizio della funzione sociale degli accademici come *policy advisor* (p. 99). L'accademico – secondo gli Autori – svolgono una funzione complessa che rifugge da una contrapposizione manichea tra la figura dello studioso "distaccato" in grado di svolgere correttamente la propria funzione sociale, e dello studioso "coinvolto", indotto al compromesso e alla presunta "svendita" della sua scienza per guadagnarsi un "posto al sole" (p. 100).

2.5. Il capitolo VII, firmato da Giada Emanuela De Leo, è intitolato "*Gli spunti della tradizione per una nuova idea di università*". L'A. afferma che lo studioso del diritto che sia libero, autonomo da condizionamenti esterni, è lo studioso che ha la determinazione e anche, perché no, il coraggio di anteporre allo studio del merito di una tal norma la ragione profonda di quella norma, quella che definiamo la *ratio* della norma, che andrebbe compresa prima di giungere alla sua applicazione, posto che questo permette la lettura sistematica delle norme e, in definitiva, la loro "giusta applicazione". Lo studente che avrà la fortuna di abbeverarsi alla fonte di un tale maestro si chiederà come e perché una norma è una norma e capirà ben presto che il "cosa" non è indipendente dal "come" e dal "perché": questo gli consentirà di stare al passo con tempi rapidi e mutevoli, senza correre il rischio di appiattirsi sul sistema normativo del tempo in cui era studente e dunque di non riuscire a cogliere le inevitabili sfide successive (p. 102). L'esempio del Maestro è fondamentale per i suoi discenti, dunque l'intelletto dell'accademico, dello studioso, deve essere dinamico; un dinamismo che si esprime nella coltivata volontà di ampliare i confini del proprio sguardo, di quella che si definisce la "propria materia" cogliendo nella *curiositas* che lo ha condotto a percorrere questo sentiero lo scopo per spingersi sempre un po' più

in là. In altre parole, la consapevolezza critica (che poi è un prodotto della filosofia) crea il sapere critico (p. 103). Sarebbe inoltre utile, allora, abbandonare quella tradizionale *summa divisio* tra le professioni giuridiche (esercitate dai magistrati, dai notai e dagli avvocati) e il mondo accademico, educando gli studenti alla scrittura, all'esame dei documenti, all'abitudine che la propria interpretazione del diritto si scontrerà quasi sempre con l'opposta sostenuta da colleghi altrettanto bravi e preparati. È dunque importante coltivare l'umiltà e la consapevolezza che ogni propria vittoria è contestuale a un fallimento (altrui) e viceversa e che non c'è apprendimento senza errore, non si corre senza essere in grado di cadere e rialzarsi (p. 104).

3. Questo recensore aggiunge poche righe, alla fine della lettura di un libro che ogni "accademico" dovrebbe leggere. L'Università a partire dal 2010, anno di entrata in vigore della c.d. Legge Gelmini, è mutata rapidamente rispetto anche al recente passato. È inutile rimpiangerlo, però, quel passato, e per più motivi. Intanto, è falso che in precedenza le cose andassero sempre meglio, anzi è vero il contrario. Non basta ricordare le figure dei grandi scienziati del diritto del ventesimo secolo per dipingere un affresco dorato di quella Università. A fianco di quei grandi, andrebbero ricordati molti strani soggetti, del tutto autoreferenziali, che ognuno di noi ha conosciuto e – se ha superato i cinquanta anni – spesso subito; strani soggetti che pure esercitavano un potere accademico non trascurabile. Oggi all'opposto l'Università è molto meno autoreferenziale ed autoritaria (permangono purtroppo logiche di gruppo svincolate dalla ricerca e giustificate soltanto dall'esercizio di un "potere" accademico sovente sterile; la logica delle divisioni secche in s.s.d. appare sempre più fuori dal tempo; il male endemico della nostra Accademia, inerente alla frattura tra teoria e prassi rimane un monolite che neppure è scalfito), sono aumentati i finanziamenti volti alla ricerca, e a prescindere dai gradi accademici chi non fa ricerca è giustamente emarginato. Ancora, è oggi ben più semplice farla, la ricerca. La mobilità è incentivata, non mancano le sedi editoriali che sono disponibili a pubblicare gli studi anche dei più giovani. Vi sono ovviamente poi le cose che vanno (molto) peggio rispetto al passato. Un tempo tutto era più lento e più riflessivo, perlomeno in apparenza più ponderato, e non vi era la "burocrazia" che oggi ci crea non pochi problemi. Ciò

dipende da molteplici fattori, certamente legislativi ma spesso oserei dire anche dipendenti dalla volontà di molti protagonisti dell'Accademia. Tutti saremmo felici di un ritorno al passato, votati esclusivamente allo studio, a patto che questo non implichi un ritorno all'autoreferenzialità e all'improduttività. Tutti questi profili vengono approfonditi e magistralmente esposti nel bel volume curato da Roberto Calvo.

CRISTIANO CICERO

TEREZA PERTOT, *L'inadempimento anticipato. Dalla tutela manutentiva ai rimedi risolutivi*, Napoli, Esi, 2021, pp. 460.

1. Ogni libro ben fatto (e per ben fatto si intende che riflette intorno a un problema, o a più problemi, con accenti innovativi, non temendo di assumere, quando occorra, anche i rischi che ogni vera ricerca comporta) prima o poi rivela la cifra intellettuale e la sensibilità politica dell'autore o dell'autrice, cioè rivela la concezione del mondo giuridico che sta dietro l'opera.

A mio avviso, nel libro di Tereza Pertot, questa rivelazione si ha alla pagina 228 (significativa, *ivi*, anche la nota 498, ove una netta presa di distanza da una prospettiva dottrinale che, è vero, non ha avuto fortuna, ma che, in realtà, in un contesto giusteziorico e anche applicativo, quale quello attuale, non certo ostile alla prospettiva fattualista e alla sensibilità ermeneutica – anzi, potremmo dire orientato all'ermeneutica del fatto e della fattualità –, avrebbe forse meritato un maggior successo: alludo alla tesi di Pier Giuseppe Monateri e di Alessandro Somma, risalente al 1999, circa l'utilizzo del diritto straniero e della comparazione da parte del giudice italiano¹): «Non si ritiene [...] che sia compito dell'interprete quello di sostituirsi al legislatore, estendendo discrezionalmente la produzione di esiti perentori immediati, destinati a prodursi per volontà unilaterale del contraente, al riscontro di fatti non contemplati fra quelli ritenuti idonei a giustificare sì gravi conseguenze; ciò indipendentemente dal tipo contrattuale concretamente prescelto, sul solo presupposto che quegli accadimenti possono compromettere, a loro volta, la fiducia sulla quale si fonda il rapporto, adducendo per giunta, quale argomento a sostegno della tesi, che i legislatori stranieri hanno ritenuto di compiere una scelta analoga».

¹ P.G. MONATERI, A. SOMMA, «*Alien in Rome*». *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 47 ss.

Un passaggio significativo sotto vari profili; ma soprattutto perché esso esprime molto bene, almeno a prima vista, la generale linea metodologica lungo la quale Tereza Pertot si è mossa nel corso della sua indagine. Una linea metodologica nel segno della prudenza concettuale e della cautela dogmatica: ma vedremo, alla fine di questa breve segnalazione, che, in realtà (e certo non vorrò dire ‘contro le intenzioni dell’autrice’), gli spazi per una apertura rimediale alla flessibilità, nella chiave (pensando qui in particolare all’aspetto metodologico) di una competizione cooperativa tra dottrina e legislatore ci sono, e non sono affatto marginali (il che, a mio avviso, è un bene).

2. Il problema affrontato dall’autrice emerge pianamente fin dal titolo: che cosa può fare, a propria tutela, il contraente fedele, non già di fronte alla certezza che l’adempimento non ci sarà («[a]nche in Italia la certezza del futuro inadempimento o della prossima inattuazione dello scambio giustifica [...] lo scioglimento anticipato del contratto: quest’ultimo può risolversi, prima del tempo, quantomeno se la relativa realizzazione sia già sicuramente esclusa in ragione della concreta ed attuale impossibilità di una delle prestazioni corrispettive», p. 263), ma di fronte – diciamo così – ai primi segnali (primi, sì, ma significativi, dunque necessariamente oggettivizzabili, onde formulare un giudizio circa la serietà della pretesa rimediale del creditore – e ferma restando «[l]a difficoltà pratica di distinguere tra plurimi [...] livelli di prevedibilità dell’inadempimento [...], p. 90) di un probabile, verosimile inadempimento?

Si è prigionieri del contratto in forza dell’art. 1372 c.c.? La forza giuridica del vincolo contrattuale prevale su ogni considerazione giuridico-economica? Fedeltà al contratto significa forse anche irrazionalità e irragionevolezza economica? Osserva infatti al proposito, ma con qualche giusta distanza, Tereza Pertot: «Non è un caso che la previsione dell’inadempimento anticipato fra i presupposti della risoluzione (per atto unilaterale) del contratto, avvenuta di recente in taluni Paesi europei, sia finora mancata, per lo più, in quegli ordinamenti, nei quali il principio *pacta sunt servanda* è tradizionalmente espresso in termini più rigidi. Così è, ad esempio, in Italia, dove la lettera dell’art. 1372 c.c. parrebbe appunto spiegare la propensione del sistema e, soprattutto, del giurista che vi opera a preferire strumenti rimediali di natura conservativa» (p. 49).

Si è prigionieri del «principio dell'adempimento in natura, in forza del quale il creditore ha diritto o, perfino, è tenuto ad esigere, *in primis* ed ove possibile, l'esecuzione materiale della prestazione dedotta in obbligazione» (p. 52)?

Si può, al contrario, pensare a un quadro rimediale duttile, e cioè che parli, se non in più lingue, con diversità di intonazione e di accenti, a seconda degli interessi in gioco, cioè dei fatti a partire dai quali costruire il caso di specie da qualificare in senso giuridicamente rilevante, sì che possa essere risolto non, in generale, il problema dell'adempimento, ma, in particolare, quello specifico problema? (Con l'avvertenza, peraltro, che «l'assenza di disposizioni, corrispondenti a quelle rinvenibili negli ordinamenti stranieri e nelle compilazioni elaborate a livello sovranazionale, non significa che, ai sensi del diritto interno, il contraente sia del tutto sprovvisto di una tutela attivabile in via preventiva o, comunque, anticipata. Il legislatore italiano ha predisposto, infatti, una serie di strumenti, attivabili allorquando sia minacciata l'attuazione del rapporto fra le parti», p. 172).

Non sono affatto domande retoriche, e il volume qui segnalato si occupa *ex professo* di tutto ciò: e lo fa con una minuziosità – rivolta anche alla disciplina dei contratti tipici, nel segno di una 'caccia alla norma' che per l'autrice è essenziale, ai fini della ordinata e coerente costruzione, o in parte del rinnovamento, di una teoria dei rimedi sistematicamente lineare, sì, ma un po' più elastica, e in questo senso davvero utile ai fini di una tutela effettiva delle ragioni del contraente fedele – che colpisce favorevolmente chi lo legga.

E si tratta di un volume assai equilibrato: dunque, l'ampia parte della trattazione dedicata alla *literature review*, e cioè alla ricostruzione, con ampio respiro comparatistico, del dibattito dottrinale, sfocia poi nella *research question*, che appunto attiene alla riflessione circa l'ammissibilità, nell'ordinamento italiano, di un trattamento giuridico dell'inadempimento anticipato che consenta una ragionevole e razionale tutela degli interessi economici del creditore, alla luce del concreto assetto dell'operazione negoziale.

Si può aggiungere che il dibattito dottrinale viene passato in rassegna con acribia e sobrietà, sia quando l'autrice condivide, sia quando dissenta; alla giurisprudenza – in particolare, ma certamente non solo, quella italiana – è dedicata attenzione nella parte finale del lavoro, in particolare nella sezione seconda del terzo capitolo, ai

§§ 34-36: e non può essere una sorpresa (o se lo è, è una lieta sorpresa: «Da una lettura integrale dei provvedimenti reperiti si evincerebbe la reale volontà dei giudici, da un lato, di dare rilievo rimediale direttamente alla manifestazione oppositiva e, dall'altro, di ricondurre alla nozione di rifiuto, giuridicamente rilevante, una pluralità di dichiarazioni rese dal debitore prima del tempo stabilito per il suo adempimento: rileverebbero, in particolare, tutte quelle esternazioni che, sebbene rivolte a contestare la legittimità della pretesa altrui, svelerebbero, benché solo indirettamente, l'intenzione del dichiarante di sottrarsi ai propri impegni», p. 303; e cfr. anche pp. 308-309: «Le sentenze edite rivelano [...] una tendenza del diritto vivente a riconoscere rilievo alla condotta di una delle parti che declini l'attuazione del contratto; più in generale, a fare discendere conseguenze caducatorie da circostanze che, sebbene non integranti un inadempimento definitivo, siano comunque idonee a fondare la ragionevole certezza del relativo verificarsi») che la giurisprudenza, fin dal codice del 1865, abbia attribuito «rilievo rimediale a condotte latamente antidoverose della parte contrattuale, poste in essere prima del tempo fissato per l'esecuzione della prestazione, o precedenti al momento stabilito per la produzione degli effetti (finali) dell'atto di privata autonomia» (p. 299).

3. Come sempre, quando ci si imbatte nella giurisprudenza quale trasparente (ovvero, quando sia trasparente) e inevitabile fonte del diritto, emerge la questione della relazione e della eventuale differenza – da ultimo tratteggiate, da par suo, da Natalino Irti, in occasione del recente (28 novembre 2023) convegno dedicato ai cento anni della Cassazione ‘unica’² – tra fatto e caso: il fatto è sempre muto – ci dice Irti –; il caso no, proprio perché il fatto diviene caso grazie a un criterio di qualificazione (in questo caso giuridica) esterno a esso; con il che, ovvio, ogni criterio giuridico, ogni regola giuridica, e direi, *a fortiori*, le disposizioni a fattispecie aperta e i principi generali, hanno (devono avere) un contenuto predeterminato, prestabilito, preesistente al lavoro ermeneutico dell'interprete.

² Chi voglia, può rivederlo e riascoltarlo integralmente, come sempre grazie alla sensibilità culturale di Radio Radicale: <https://www.radioradicale.it/scheda/714498/i-cento-anni-della-corte-di-cassazione-unica?fbclid=IwAR2vF6L2yY7MZ-QLDDEnq9dBzNwGvsO7JqgbIMr926WYl-McHDclzNhiN-Lk>.

È una prospettiva piuttosto diffusa ancora oggi (soprattutto da parte degli avvocati, tendenzialmente timorosi, quando non diffidenti, nell'attribuire al giudice un ruolo costruttivo in senso forte): essa guarda al diritto, cioè all'ordinamento giuridico, quale luogo della certezza delle regole (intese in senso forte quali criteri di giudizio) e della prevedibilità delle decisioni. Si tratta di valori che nessuno mette in discussione, come ovvio, ma ciò che è decisivo è il punto di osservazione prospettica: se si adotta la prospettiva del monismo ordinamentale – ovvero: c'è un diritto precostituito all'interprete –, è evidente che tutte le volte in cui il fatto, o, se si preferisce, il problema, richiede, o richiederebbe, per ragioni, non già di equità, ma di razionalità economica e forse anche di moralità tra contraenti, un criterio di qualificazione giuridica che invece manca, l'interprete dovrebbe arrendersi di fronte alla lacuna, o comunque di fronte all'assenza di una regola di giudizio capace di ordinare un rapporto e il suo contenuto economico.

Del resto, economia e moralità non necessariamente sono disgiunte, come emerge proprio dalle pagine di Tereza Pertot dedicate all'inadempimento efficiente (cfr. in particolare p. 39), che non ha avuto successo all'interno del mondo giuridico statunitense, e per una ragione che ha a che fare con l'economia e l'etica: il senso del vincolo contrattuale si indebolisce irragionevolmente, se l'uscita dal contratto è programmata per ragioni di convenienza individuale senza tener conto (e anzi espressamente contrastando con esso) dell'assetto economico elaborato dalle parti.

Ma di fronte alla teoria dell'*efficient breach of contract*, e sempreché, come ovvio, le parti stesse non abbiano previsto clausole, appunto, sull'uscita programmata, non siamo certo di fronte a quella flessibilità rimediale che prima ho richiamato adesivamente contro una eccessiva rigidità del vincolo contrattuale: se ragioniamo nella prospettiva economica, alla luce, però, del principio di correttezza che, ormai da tempo, guarda appunto più al versante economico che non a quello etico (come invece nel passato accadeva, così inevitabilmente sterilizzandolo e comunque depotenziandolo), e che, così facendo, estende il contenuto del rapporto obbligatorio, anche il contenuto della nozione di adempimento si amplia, in parallelo, «fino a comprendervi ogni contegno che, ancorché posto in essere dal debitore nella fase *ante diem*, appaia idoneo a pregiudicare l'attuabilità

del programma negoziale» (p. 352). E la nostra autrice, certamente prudente, molto equilibrata, molto rispettosa dell'elemento sistematico-legislativo (non a caso, ad es. a p. 397, viene formulato l'espresso «auspicio di un ripensamento legislativo»), non rinuncia a mettere pienamente a frutto la buona fede (cfr. p. 371 ss.) per affermare, con cauta fermezza, l'opportunità e la ragionevolezza di un impiego rimediale (al di là dell'ovvio risarcimento del danno, «il rimedio tipico contro la violazione contrattuale *ante diem*», p. 398), in presenza di «una violazione attuale, ancorché riferita ad un obbligo diverso da quello principale [...]» (p. 373), che legittimi il contraente fedele all'impiego dei necessari mezzi di difesa: «Fra questi rientrano, accanto alla risoluzione del contratto, relegata ad ruolo meramente residuale e sussidiario, circoscritto ai casi più gravi, anche ulteriori rimedi, diretti a preservare, anzitutto, la possibilità di dare piena attuazione al contratto e di soddisfare così gli interessi delle parti» (pp. 373-374).

4. All'interno di una prospettiva che si muove nel segno di una progressiva costruzione di una flessibilità rimediale funzionale alla tutela delle concrete (e dunque accertabili) ragioni economiche sottostanti al vincolo giuridico (come del resto è perfettamente comprensibile e condivisibile, se si ragiona sul piano del concreto rapporto negoziale e della funzione economico-individuale di esso, in un'ottica di massima valorizzazione dell'autonomia privata – anche in prospettiva rimediale, s'intende), il riferimento – direi, di nuovo, molto equilibrato – che Tereza Pertot fa «al principio, di rilevanza costituzionale *ex art. 24 Cost.*, di effettività ed efficacia della tutela» (p. 435; ma cfr. anche p. 441, ove, incisivamente, viene indicata una strategia alternativa, di fronte a «un auspicato, ma certo non prossimo, intervento legislativo e di fronte agli ostacoli nei quali sembra incorrere un'estensione in via esclusivamente interpretativa delle norme di legge attualmente vigenti»: e tale strategia alternativa «potrebbe consistere – oltretutto, eventualmente, in una diretta valorizzazione del principio costituzionale di cui all'art. 24 Cost. – nella prevenzione delle patologie del rapporto mediante una sapiente gestione delle sopravvenienze già in sede di conclusione del contratto: precisamente, attraverso un'estensione pattizia degli strumenti di reazione previsti dalla legge», *ivi* – con apprezzabile fiducia nell'or-

dine giuridico dei privati) può essere ulteriormente valorizzato, e proprio in prospettiva giuseconomica, a partire dal rilievo che «dovrebbero comunque tracciarsi i confini, entro i quali la reazione della parte – soprattutto se diretta a provocare conseguenze caducatorie *ante diem* – sia da considerarsi giustificata alla luce degli interessi in gioco» (p. 269), appunto perché una tutela contrattuale effettiva, e quindi un quadro rimediale effettivo (tanto legislativo quanto pattizio), devono essere rimedi per forza di cose economicamente efficienti, nel rispetto della logica dell'operazione economica. Un rispetto che non significa, ovviamente, cieca fedeltà all'equilibrio contrattuale originario, ché sarebbe allora una tutela solo apparente, ma che invece significa razionale amministrazione del rischio economico – ponendo grande attenzione, altrettanto ovviamente, alla dinamica e non già alla statica delle vicende economiche che hanno riguardato il contratto, e che hanno appunto fatto sorgere il problema dell'amministrazione del rischio –, con l'obiettivo della massimizzazione delle utilità economiche che, come tale, il contratto esprime: in questo senso, la giustizia, la ragionevolezza, nonché l'equità contrattuale – certo considerate da Tereza Pertot in più punti del suo lavoro, e senza alcuna ostilità – non potranno essere qualificate, con un'efficace espressione di G.H. Treitel ricordata da Mario Bessone³, come un modo per contestare che occorra invece una regola e una tecnica onde potere amministrare razionalmente ogni problema di funzionamento contrattuale, e dunque ogni problema rimediale.

5. Del resto, la linea di una costante rielaborazione e ricostruzione del quadro rimediale, tutto proiettato sul contratto in quanto operazione economica (da cui quella duttilità e mobilità rimediale che sono l'attesa conseguenza di un'impostazione giuseconomica di un qualunque problema contrattuale), emerge pianamente dal primo capitolo, dedicato al *common law*: ogni problema rimediale è un problema economico, dunque comanda la *ratio* economica della pattuizione, e la tecnica giuridica seguirà. Difficile negare la verità di questo assunto (si potrà invero discutere sull'opportunità politica di favorire l'uno o l'altro interesse, ma che il pensare al contratto, e

³ M. BESSONE, *Impossibilità «economica» della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 49 ss., a c. 53, testo e nota 37.

soprattutto alla patologia del contratto, in potenza o già in atto, significhi necessariamente pensare al programma economico che le parti hanno elaborato, o che comunque risulta dal regolamento, è del tutto evidente).

Osserva però la nostra autrice – è una citazione non breve ma rilevante –: «Fra i motivi alla base della minore disponibilità dei *civil lawyers* a superare le obiezioni che si frappongono alla configurabilità (logica, oltretutto concettuale) di un inadempimento *ante diem* ed al riconoscimento del rimedio risolutorio anticipato, occorre evidenziare, anzitutto, la tradizionale estraneità dei sistemi continentali alla c.d. vocazione rimediale. Nei Paesi di *civil law* l'ordinamento è "fonte dell'effetto" nella sola misura in cui riconnette rilevanza giuridica al riscontro di un fatto o di una condizione che siano legalmente previsti; di talché, normalmente, il riconoscimento del diritto non può che precedere il conferimento del rimedio. Un tanto non esclude che, in via eccezionale, determinate situazioni, ancorché non espressamente previste, possano essere "create" per soddisfare bisogni di tutela considerati rilevanti; ciononostante, la capacità creativa del giudice sul piano rimediale incontra diversi limiti, *in primis* quello della legge, cui l'autorità giudiziaria è notoriamente soggetta. È innegabile, ed altresì comprensibile, quindi, la propensione dei *civil lawyers* – destinata per vero ad affievolirsi col penetrare nel diritto interno di soluzioni elaborate a livello sovranazionale – ad ancorare la tutela giuridica alla logica dei diritti, previamente individuati, e delle relative azioni.

Diversa è la prospettiva nei sistemi di *common law*: connotati dall'assenza di un diritto codificato e dalla conseguente maggiore autonomia dei giudici nell'elaborazione degli strumenti di tutela – accentuata, nel contesto statunitense, dall'esistenza di un controllo di costituzionalità diffuso – essi si caratterizzano per un approccio tipicamente rimediale. L'individuazione dell'interesse meritevole di tutela non dipende da una previa individuazione di specifiche situazioni soggettive, ma è affidata al rimedio stesso, che assume, in tale guisa, il significato di strumento di "giuridicizzazione dei bisogni dei privati", ponendosi "a stretto ridosso della loro violazione" [citt. di S. Mazzamuto e A. Plaia]. Ne consegue che la protezione, benché non anticipatamente predicata, può nascere con l'emergere dell'interesse meritevole di tutela e la contestuale attribuzione del relativo

mezzo di soddisfacimento a chi ne sia portatore; con la conseguenza che i diritti, anziché precedere i rimedi, vengono, in definitiva, a cristallizzarsi intorno ai medesimi. [...] Nei Paesi di tradizione *common law*, la tecnica rimediale ha trovato terreno fertile anche in ambito contrattuale, ove l'atto di privata autonomia non costituisce una mera fonte di diritti ed obblighi, assistiti dai tipici strumenti di tutela, ma è considerato appunto quale "programma negoziale costellato di rimedi", attribuiti di volta in volta, anche a prescindere dalla spettanza di specifiche situazioni giuridiche soggettive, per consentire ai contraenti di risolvere i conflitti sorti nella fase della formazione e dell'esecuzione del vincolo» (pp. 44-46).

Tuttavia, se il punto prospettico da cui osservare il contratto è oggi quella del rapporto (del rapporto contrattuale, certo, ma in senso più ampio del rapporto obbligatorio, appunto pensando all'obbligazione in termini di 'Organismus', p. 352) – e così altresì recuperando, in qualche misura, un significativo insegnamento di Mario Allara⁴, di cui, peraltro, nel 2023 è caduto il cinquantesimo dalla morte (come pure di Kelsen) –, e se, come Tereza Pertot infatti sottolinea, l'autonomia privata potrebbe fare molto (cfr. in particolare il § 48, che chiude il libro, pp. 441-446), nella chiave di una costruzione razionale e ragionevole dei rimedi (onde evitare abusi rimediali: cfr. p. 445), ciò che, sotto il profilo metodologico, emerge da questo volume è anche una fiduciosa apertura al lavoro costruttivo della dottrina, che molto può fare, ai fini di un complessivo ripensamento delle tecniche rimediali, nel segno della flessibilità: una dot-

⁴ M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 5^a ed. riv., vol. I, Torino, Giappichelli, 1958, spec. pp. 171-172: «Alla sistemazione pandettistica [e non è del resto un caso che Monateri e Somma, nell'intervento cit. *supra*, nota 1, si rivolgano criticamente ai «tardi epigoni italiani della pandettistica», c. 55] del diritto civile noi sostituiamo una sistemazione diversa, la quale ha come elemento-base costante ed esclusivo il *rapporto giuridico*. La individuazione del campo del diritto civile non può essere fatta se non in base all'elemento del rapporto giuridico; esiste cioè un *rapporto di diritto civile*, che è caratterizzato [...] dal fatto che *esso è diretto alla soddisfazione di un interesse privato* [...]. Ciò posto, lo studio del rapporto giuridico presenta due campi ben distinti, a seconda che si consideri il *contenuto* del rapporto ovvero le *vicende* o *movimenti* di esso. Con linguaggio figurato si potrebbe dire che lo studio del rapporto giuridico è costituito di due parti, una di carattere *statico* e l'altra di carattere *dinamico*» (corsivo orig.).

trina cooperativa, rispetto alla giurisprudenza, certo, ma, prima ancora, rispetto alle multiformi esigenze della prassi; del resto, non si dà mai un rinvio in bianco all'autonomia privata, che è davvero tale solo se affidata al sapere tecnico del giurista; altrimenti diventa una formula vuota, quando non pericolosa.

Orbene, e per chiudere tornando al cenno con cui avevo aperto questa segnalazione, proprio il capoverso finale del libro è particolarmente significativo: se il legislatore entra in gioco, sul terreno rimediabile, anche (o soprattutto?) per impedire «alla parte contrattuale forte di abusare della posizione di debolezza dell'altra al fine di ottenere l'inserimento nel contratto di clausole che ad essa soltanto attribuiscono un potere di incidere unilateralmente ed arbitrariamente sull'evoluzione della vicenda contrattuale» (p. 446), ciò non esclude affatto che una raffinata e aggiornata tecnica giuridica trasparentemente orientata a tutelare certi valori (nel nostro caso, ovvero nell'ambito contrattuale, la massima potenzialità dell'autonomia privata) possa conseguire egregi risultati anche (o soprattutto?) nel caso di inerzia del legislatore.

In questa prospettiva, la consapevolezza comparatistica e una rinnovata sensibilità giuseconomica (pensiamo oggi, in particolare, agli *Empirical Legal Studies*) sono sicure guide dalle quali derivare indicazioni metodologiche e linee di ricerca assai utili, se non addirittura fondamentali, da un lato, per adottare, nei confronti del legislatore, un atteggiamento di 'cooperazione competitiva', e, dall'altro, per rivitalizzare una certa tradizione dogmatica, sì da evitare che la dogmatica si riveli più un impaccio che non un sostegno al lavoro del giurista.

Il volume di Tereza Pertot si muove, con prudenza, lungo questa apprezzabile traiettoria, certamente innovativa.

MAURO GRONDONA

MARIA PIA PIGNALOSA, *Giochi autorizzati. Contratti deboli, interessi forti, tutele*, Napoli, 2^a ed., Jovene, 2023, pp. 208.

1. Il volume oggetto della recensione, edito nella collana “Biblioteca di diritto privato ordinata da Pietro Rescigno” con presentazione di Aurelio Gentili, per i tipi di Jovene, propone al lettore un’analisi ricostruttiva e organica in tema di giochi e scommesse autorizzate. La materia esprime un fenomeno eterogeneo e complesso, talvolta poco esplorato dagli interpreti e, ciononostante, di indiscussa rilevanza pratica per l’uso frequente nella prassi. Maria Pia Pignalosa avvia l’indagine partendo dal dato noto che il tema dei giochi e delle scommesse è quanto mai sfuggente per l’interprete (p. 1). La discrepanza tra la diffusione delle attività di partecipazione dei cittadini a giochi, anche d’azzardo, organizzati dallo Stato e l’assenza di copiosa letteratura in argomento, evidenzia la particolarità dell’istituto all’interno del nostro ordinamento giuridico. La difficoltà di definire i contorni precisi della materia, anche soltanto a livello definitorio, risiede nella complessità del fenomeno da ricondurre a svariate ragioni, tra cui la commistione tra profili giuridici, sociologici, psicologici e morali che hanno talvolta indotto gli studiosi di diritto a ritenere che il gioco, essendo attività di diletto e svago, mostrebbe la sua inutilità economica e di conseguenza la sua irrilevanza giuridica (p. 2). La protratta diffidenza all’approfondimento del tema era confortata dal dato tradizionale in virtù del quale le figure socialmente in uso di gioco e scommessa venivano, di regola, ricondotte ad un vincolo di natura morale o sociale tale da far sorgere, al più, un’obbligazione naturale il cui effetto giuridico, eventuale, era la sola *soluti retentio* in caso di adempimento spontaneo della prestazione non dovuta. Il dato non è più in linea con l’attuale società che vede una inarrestabile ascesa ed espansione dei giochi e delle scommesse autorizzate e relega, invece, ad un ruolo del tutto marginale quelli tra i soggetti privati governati dalla morale (p. 9).

2. Su queste premesse, si sviluppa l'indagine dell'Autrice che si snoda su un terreno scivoloso, da una parte perché poco battuto e, dall'altra, perché si esaurisce in una scarna, laconica e disorganica disciplina normativa. La ricerca, più nello specifico, si dipana in tre capitoli in cui il lettore avverte immediatamente la capacità dell'A. di muoversi agevolmente tra il dato storico, comparato e domestico. In particolare, nel primo capitolo intitolato "Giochi e scommesse tra diritto e morale", è apprezzabile il necessario approccio di sintesi ricostruttiva che muove dal diritto romano e risale alle codificazioni successive, anche di derivazione europea, ove l'A. mette in luce il passaggio dall'iniziale diffidenza al riconoscimento in ambito giuridico del fenomeno ludico. Occorrerà attendere il 1700 per superare, in parte, la generale ostilità nei confronti dei giochi e delle scommesse. Illuminanti, in proposito, sono state le opere dei giuristi francesi *Jean Barbeyrac* (*Traité du jeu: où l'on examine les principales questions de droit naturel et de morale qui ont du rapport à cette matière*, Amsterdam, 1709) e *Robert Joseph Pothier* (*Traité du jeu*, Paris, 1767) i quali si fecero primi portatori della natura contrattuale del gioco (p. 14). Queste idee così innovative per l'epoca trovarono riconoscimento positivo prima nel *Code Napoleon* del 1804 e, dopo, seguendo la stessa linea, nei Codici italiani preunitari ove si attribuì al gioco natura di contratto aleatorio. La piena legittimazione del gioco d'azzardo rimane, però, una conquista assai recente. L'atteggiamento politico di sfavore per ragioni di ordine pubblico è stato soppiantato, negli ultimi anni, da una condizione di *favor* giustificata dal c.d. regime di «privativa statale» (p. 33). Questo ha permesso allo Stato (con grandi introiti economici) di concentrare su di sé l'assetto organizzativo del gioco e delle scommesse autorizzate, al fine di garantire modalità di gioco idonee a non prevaricare la generale tutela del risparmio e della salute dei cittadini.

3. Il secondo capitolo intitolato "Contratti deboli, interessi forti e diritti costituzionalmente tutelati" esprime lo sforzo maggiore di M.P. Pignalosa in termini di sistemazione organica della materia, studio della struttura e natura aleatoria del contratto di gioco e scommessa, analisi dei profili probatori e, infine, non per minore importanza, tutela del giocatore quale parte "debole" del rapporto negoziale. Pregevole è la capacità dell'A. di coniugare il colloquio tra la

dottrina e la giurisprudenza, evidenziando le fattispecie più discusse. L'indagine, infatti, è tutt'altro che teorica. Essa sviscera, attraverso un'analisi dettagliata, le varie discipline del gioco e delle scommesse autorizzate evidenziandone le criticità e l'impatto patrimoniale che queste hanno nella sfera giuridica dei soggetti partecipanti al gioco senza, di contro, perdere di vista i vantaggi economici dell'autorità Statale. Va subito osservato che l'indagine è sempre scrupolosa, sorretta da una conoscenza esaustiva della letteratura specialistica e pronta a fondersi con le dottrine classiche, moderne e contemporanee. Il linguaggio è chiaro, stimolante e, allo stesso tempo, esauriente tale da non stancare mai il lettore. L'indagine si cimenta sulla risoluzione preliminare del "nodo" definitorio che ha affaticato la dottrina a più riprese. Nel destreggiarsi tra le varie argomentazioni – alcune delle quali, nel voler individuare un criterio di discriminare tra il gioco e la scommessa, ne hanno negato la valenza contrattuale e il loro carattere autonomo – l'A. ravvisa, tanto nell'uno quanto nell'altro, l'attitudine ad integrare un contratto laddove sia ravvisabile una finalità di lucro a prescindere dalla contestuale sussistenza delle regole ludiche (giuridicamente irrilevanti). Tuttavia, i due fenomeni non sono perfettamente sovrapponibili ed anzi conservano una loro autonomia sebbene entrambi abbraccino una serie di competizioni di vario tipo tra due o più parti, dal cui esito, dipendente dall'abilità, dalla sorte o da ambedue, si riconduce l'attribuzione al vincitore di un vantaggio patrimoniale (p. 55). Elemento comune dei rapporti contrattuali è l'alea, alla quale l'A. dedica una parte importante della sua ricerca e ne studia scrupolosamente la natura e la distribuzione del rischio. Di particolare interesse, è la lucida analisi sulle problematiche sottese alla frode sportiva (per es. nell'ipotesi del c.d. *match-fixint*) la quale minando l'alea del contratto, cerca di governare e controllare lo svolgimento della gara. Le maggiori difficoltà dell'istituto sorgono a causa della sua doppia valenza giuridica proveniente dall'ordinamento statale e sportivo (p. 65 ss.). Altro punto centrale dell'indagine è quello concernente la struttura del contratto ove si evidenzia la posizione di assoggettamento del contraente aderente dinanzi alla predisposizione unilaterale delle clausole del gioco e della scommessa autorizzati. Con un perfetto dialogo con la giurisprudenza ha studiato il fenomeno in relazione alla disciplina codicistica di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., nonché quella più specifica dei consumatori. Il

merito dell'A. è stato quello di mettere in rilievo le asimmetrie contrattuali – fisiologiche per questo genere di contratti – analizzandole in termini specifici e sotto più angoli prospettici. L'A., infatti, evidenzia che nel caso dei giochi autorizzati, le stesse non nascono, di per sé, solo dal *gap* informativo ma dalla differenza di poteri attribuiti alle parti: da un lato, le Autorità amministrative e dall'altra, i soggetti privati giocatori-scommettitori (p. 165). In tale contesto M.P. Pignalosa va alla ricerca di un equilibrio tra interessi individuali e generali contrapposti; lo fa sempre con un approccio incisivo ma giusto, proponendo soluzioni eque mediante il richiamo, doveroso quanto interessante, a legislazioni straniere.

4. Il terzo e ultimo capitolo del volume si chiude con una inevitabile analisi dedicata ai “Giochi e scommesse a distanza e tutela del giocatore”. L'importanza dei giochi a distanza la si percepisce già dalle prime parole dell'A., la quale afferma che essi hanno aperto la strada ad una nuova stagione legislativa, determinando uno spartiacque tra il momento in cui il fenomeno del gioco era affare privato, e quello in cui è diventato fenomeno di massa (p. 173).

L'ampia diffusione di tale modalità di gioco dipende, in buona parte, dalla loro agevole e celere fruizione da parte degli utenti. I servizi di gioco *online* ne sono senza dubbio un esempio. Tutto questo ha fatto sorgere non pochi problemi sociali, di cui M.P. Pignalosa si è occupata in maniera attenta, discutendo di “gioco responsabile”. Rilevanti considerazioni vengono espone in merito agli strumenti posti a garanzia della legalità del contratto (es. obbligo formale di sottoscrizione del contratto) e della manifestazione di un consenso consapevole del giocatore (es. mediante l'assolvimento degli obblighi informativi da parte del concessionario). Da questo punto di vista – aldilà delle indubbie capacità espositive e ricostruttive – il maggiore plauso va alla sensibilità dell'A. che, con argomentazioni sempre rigorose e pacate, ha colto – a fronte di un istituto dai connotati fortemente patrimoniali – i risvolti più delicati della fragilità, della debolezza e della vulnerabilità della persona, che meritano precipua protezione in virtù dei principi costituzionali.

5. Lo scritto di Maria Pia Pignalosa, conclusivamente, contiene una ricerca raffinata e di importante ricostruzione organica della ma-

teria dei giochi e delle scommesse autorizzate, con profili ben evidenti di attualità e modernità. Aggiungerei che contiene una ricerca di cui i giuristi avevano bisogno, considerato il poco interesse riservato fino ad oggi alla materia. La trattazione è elaborata con correttezza di metodo mediante il continuo ricorso al dato storico, arricchito dal dato positivo e da riflessioni critiche originali. In maniera condivisibile, l'A. non si è potuta esimere dal mettere in evidenza la potenzialità pericolosa e lesiva del gioco e della scommessa per il consumatore, a fronte dell'ingente impatto economico che questi hanno nelle casse Statali. E questo, lo ha fatto acutamente non solo da un punto di vista prettamente patrimoniale ma anche e, soprattutto, con la dovuta attenzione al lato umano e personale. Accolte tutte le garanzie formali e sostanziali a protezione degli utenti, bilanciando questi interessi con quelli della concorrenza, la concentrazione massima di M.P. Pignalosa si è diretta all'auspicio che politiche virtuose e efficaci possano avere sempre la capacità di offrire una corretta "educazione" al consumo dei servizi di gioco, nell'intento di valorizzare la consapevolezza individuale ai rischi derivanti dal gioco e dalla scommessa.

MARIANNA RINALDO

GIOVANNI TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, rist., Roma TrE-Press, 2023, pp. 186.

Giovanni Tarello indagatore della proprietà: tra storia, dogmatica e ideologia

La benemerita Collana “La Memoria del diritto”, affidata alle cure di Luca Loschiavo, Giorgio Pino e Vincenzo Zeno-Zencovich e meritoriamente pubblicata a accesso aperto da Roma TrE-Press (che ha ormai conquistato una posizione di rilievo non solo nell’ambito delle case editrici universitarie), a settembre 2023 ha offerto al pubblico la ristampa anastatica del corso di diritto civile che Giovanni Tarello tenne, per incarico, nell’anno accademico 1972-1973, interamente dedicato ai profili costituzionali della proprietà¹.

Lingua e stile del giusfilosofo genovese, spesso a cavallo tra l’ironico e il sarcastico, si riconoscono all’istante; così come quegli stili espressivi volutamente insistiti (tipico, soprattutto, il ‘talché’, che ha fatto scuola anche tra gli allievi). Leggendo però queste pagine ‘civilistiche’ (ma, in realtà, di schietta ispirazione politico-culturale), ciò che soprattutto colpisce è la tarelliana bramosia intellettuale di voler capire tutto, ovvero, e meglio, di voler comprendere fino in fondo (del resto, il diritto è *pleno iure* una scienza sociale) i rapporti, spesso intricati quando non nebbiosi, tra dimensione concettuale e dimensione storica, ovvero tra dogmatica, storia e sociologia², sì da penetrare fino in fondo il procedimento di elaborazione e

¹ G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive. Corso di diritto civile 1972-73*, Roma, Roma TrE-Press, 2023, <https://romatrepress.uniroma3.it/libro/la-disciplina-costituzionale-della-proprietà/>.

² Splendido, chiarificatore sotto molteplici aspetti, nonché metodologicamente rassicurante, è il saggio di S. MAZZARINO, *De Francisci fra «storicism» e sociologia*, che si legge quale introduzione a P. DE FRANCISCI, *Arcana Imperii*, I, rist.

di costruzione del pensiero del giurista, quindi la sua mentalità, e così allora passando dal giurista alle strutture giuridiche, che hanno una storia e anzi vivono nella storia. Un pensiero giuridico e una mentalità giuridica che esprimono la dimensione culturale, e in questo senso oggettivizzabile, delle strutture sociali.

Un siffatto sforzo è tutto rivolto allo scopo di portare alla luce le ideologie dei giuristi (tra cui la loro falsa coscienza, quando vi sia) e le operazioni culturali da essi compiute (a volte anche inconsapevolmente)³.

Non è allora forse un caso che, qualche anno addietro, Giuliano Amato⁴ (in questo corso tarelliano significativamente presente – an-

anast., Roma, Bulzoni, 1970, pp. V-XX. Io non conoscevo questo scritto, provvidenzialmente segnalato da Natalino Irti, nel suo intervento al Convegno linceo dal titolo “Un’eredità riconquistata: il contributo di Pietro De Francisci agli studi giuridici”, svoltosi il 16-17 gennaio 2024, e che è integralmente riascoltabile al seguente link: <https://www.lincoi.it/it/videoteca/16012024-una-eredita-riconquistata-il-contributo-di-pietro-de-francisci-video-parte-1> (questo, in particolare, è il link alla prima giornata, che contiene l’intervento introduttivo del prof. Irti).

³ Cfr. quanto osservato da M.V. BALLESTRERO, *La fortuna di «Teorie e ideologie nel diritto sindacale»*, in S. CASTIGNONE (a cura di), *L’opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 191 ss., a p. 199: «[C]’era allora un mondo chiuso nel proprio universo concettuale, impermeabile alla terapia tentata da Tarello; un mondo per il quale non era affatto questione di far sì che l’inconsapevole politica del diritto diventasse una politica consapevole (per dirla con Tarello), ma di ammettere la stessa esistenza di una politica del diritto».

⁴ Mi riferisco all’intervento (assai interessante anche perché in esso si ricostruiscono le origini di “Politica del diritto”) che GIULIANO AMATO svolse al convegno “In ricordo di Gino Giugni. Gli anni dell’innovazione: 1960-1970”, e che, grazie a Radio Radicale, può essere riascoltato al seguente link: <https://www.radioradicale.it/scheda/337654/in-ricordo-di-gino-giugni-gli-anni-dellinnovazione-1960-1970>. Il passaggio su Tarello è a partire dal minuto 1:13:15, e queste sono le esatte parole di Amato: «[I]n questo ci aiutava [Tarello], con quel fare quasi da satiro rispetto a noi, che aveva Tarello, che era una specie di grande satiro, il quale con questa cosa delle ideologie (a volte se le inventava, perché non esistono tante ideologie quante quelle che Giovanni andava trovando, insomma), però era [cosa] utilissima, per dire: ma che andate cercando nelle Pandette? Questi hanno fatto questo perché avevano questo tipo di impianto culturale nella testa, o questo insieme di interessi nella testa. Andate a capire quello e capirete il significato effettivo delle norme. Infatti, quella sequenza di giuristi nel suo libro sulle ideologie nel diritto del lavoro era effettivamente una sorta di ordigno terroristico che alcuni non osavano aprire per non vederselo sparato addosso, scoppiato addosso [...]».

che con accenti critici)⁵ abbia osservato che Tarello, quasi prigioniero di questa caccia alle ideologie di cui era entusiasta protagonista⁶, poteva essere magari indotto, se non proprio a crearle *ad hoc*, a enfatizzarle, a esasperarle, a estremizzarle, appunto per dar pieno sfogo al suo divertimento intellettuale preferito.

Ora, si sarà trattato pure di un divertimento – che è, del resto, componente ineliminabile di ogni lavoro autenticamente intellettuale –, ma nel diritto (e, ovviamente, non solo nel diritto), la precisa individuazione delle premesse ideologiche dell'interprete (e non è un caso, come ben noto a chiunque, che questa sia una delle principali e durevoli lezioni di metodo consegnateci da Tullio Ascarelli⁷) è un

⁵ Cfr. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., p. 182 ss., testo e note 57-61.

⁶ Cfr. del resto il rilievo di S. CASTIGNONE, *Introduzione*, in EAD. (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, cit., p. 15 ss., a p. 17.

⁷ Il cui insegnamento è appunto fondamentale nella direzione di uno sforzo costante in vista della conciliazione del principio di legalità (e dunque del principio di certezza del diritto, a tutela, in primo luogo, della libertà individuale) con la necessità di una progressiva evoluzione dell'ordinamento giuridico, grazie appunto all'attività interpretativa (che in questo senso è opera non solo di raffinata dogmatica giuridica ma di culturalmente impegnata e avvertita politica del diritto). Il seguente passaggio, poco noto in Italia perché pubblicato in una raccolta di scritti in portoghese, è chiarissimo, e rappresenta forse la formulazione più netta che Ascarelli ci abbia lasciato circa la sua posizione (ben conosciuta, ovviamente, ma che qui, appunto, ha modo di essere meglio precisata e circostanziata) su questo decisivo e altamente problematico aspetto, che sta al centro della 'politicalità' dell'essere giurista: T. ASCARELLI, *Experiências de viagens jurídicas - Direito civil e Direito comercial* (1948 - il titolo dello scritto è in portoghese ma il testo è in italiano), in ID., *Ensaios e pareceres*, São Paulo, Edição Saraiva, 1952, p. 401 ss., alle pp. 405-406: «Sono ben lungi dal voler sottovalutare le ricerche dogmatiche [l'affermazione, evidentemente sulla difensiva, si collega a quanto scritto poco prima dall'A., e cioè che il diritto comparato, inteso in particolare come studio delle tipologie dei vari sistemi giuridici, è forse l'unico contenuto possibile della sociologia giuridica: in questo modo, il diritto comparato e la sociologia del diritto – e noi allora diremmo: la sistemologia giuridica – potrebbero contribuire «a costituire quell'anello di congiunzione del quale pure sentiamo la mancanza tra la ricerca dogmatica e l'ambiente storico e sociale di ogni sistema», p. 405] e dal volermi associare a quelle tendenze romantiche che all'estrema destra come all'estrema sinistra vorrebbero sostituire alla precisione dell'indagine dogmatica una pura intuizione casistica che finirebbe per sostituire alla certezza del diritto l'arbitrio politico dell'interprete. La dogmatica costituisce

indispensabile strumento conoscitivo, anche ai fini, più ampi, della comprensione del funzionamento dell'intera struttura ordinamentale, anche in chiave applicativa (non è infatti dubbio che le soluzioni operative siano sempre funzione della cultura giuspolitica degli interpreti, dunque altresì delle loro ideologie).

Se riflettiamo, in particolare oggi, sul tema delle ideologie giuridiche, una questione su cui interrogarsi potrebbe essere la seguente: nei nostri attuali dipartimenti di giurisprudenza, non si insegna ancora troppo poco il perché e il come indagare le ideologie dell'interprete? Il che ci fa ritornare per l'ennesima volta al rapporto tra tecnica del diritto e politica del diritto: un rapporto, e quindi un problema, che naturalmente ha costituito uno degli assi centrali lungo i quali si è svolta l'attività di ricerca di Giovanni Tarello⁸.

appunto lo strumento per lo sviluppo interpretativo del diritto con l'osservanza della necessaria continuità e perciò con quella certezza giuridica nella quale riposa la tutela della libertà individuale. Abbandonando il terreno della dogmatica si cade inevitabilmente o nella mera discrezionalità equitativa o nella semplice parafrasi della legge, sacrificando nel primo caso la esigenza di certezza e il principio di legalità e giu[n]gendo, nel secondo, a una rigidità che preclude ogni sviluppo interpretativo. La difesa della dogmatica come metodo giuridico non deve però indurre il giurista a dimenticare quelle che pur sono le premesse, seppure a volte implicite, dei suoi concetti e della stessa impostazione data ai problemi. Queste premesse si ritrovano nella storia del sistema e nell'ambiente ove è destinato ad operare ed attraverso di esse si scoprono i legami che pur necessariamente uniscono ogni sistema giuridico a più vaste considerazioni filosofiche o politiche o a dati economici». Ma allora, per consimile nettezza espressiva e incisività di impostazione teorica, occorre fare riferimento altresì a ID., *Concetti giuridici e interpretazione* (1952 - qui corpo e titolo dell'articolo sono in italiano), in ID., *Ensaíos e pareceres*, cit., p. 409 ss., a p. 411: «La norma giuridica è invero sempre tipica e generale e non può perciò essere applicata se non a[t]traverso una sua ricostruzione che l'adegui al caso concreto attraverso un continuo rinnovamento di schemi, pur sempre generali e astratti e pur sempre rinnovati. Né quest'opera si compie attraverso una discrezionarietà [*sic*] dell'interprete nell'ambito segnato dalla norma, poiché ha invece per oggetto la stessa norma, insuscettibile di applicazione senza una sua ricostruzione, che è opera dell'interprete. Da questa non potrà mai essere assente la valutazione, la visione del mondo e dei valori propria dello stesso interprete, perché è appunto in virtù di questa che le norme vengono ordinate e intese ai fini di ogni nuova applicazione. Il diritto così perennemente si rinnova e trova alla fine la sua sanzione nella concordanza collettiva che diariamente vaglia e determina la sua applicazione e interpretazione».

⁸ Cfr. in particolare i saggi raccolti in G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988. Per una recente ed efficace messa a punto del-

Il volumetto di cui qui brevemente discorro, uscito in veste tipografica assai dimessa nel 1973⁹ e che appunto raccoglie (direi piuttosto fedelmente, come emerge dal tono, dallo stile, dal ritmo dell'esposizione) le 'lezioni di diritto civile' che Tarello tenne (ma non del tutto pacificamente)¹⁰ in quell'anno accademico in ragione della coeva chiamata a Roma di Stefano Rodotà¹¹, è un eccellente esempio di ricerca tarelliana sul campo. Il campo è naturalmente quello delle ideologie giuridiche, inscindibilmente intrecciate alla tecnica giuridica esercitata sul diritto di proprietà: in sintesi, la politica del diritto di proprietà come ideologia e come tecnica.

Ideologia, dunque: termine da intendersi in senso ampio e in senso non pregiudizialmente negativo, come abitualmente si faceva e tuttora prevalentemente si fa¹².

l'impostazione metodologica tarelliana, v. P. CHIASSONI, *Il realismo americano secondo un «modesto avvocato genovese»*, che è la *Presentazione* alla rist. anast. di G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano* [1962], Roma, Roma TrE-Press, 2023, p. XI ss.

⁹ Lo scritto è stato successivamente raccolto in G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., p. 237 ss. (sotto il titolo «La disciplina costituzionale della proprietà»).

¹⁰ Ricostruisce ora con sagacia la vicenda P. CHIASSONI, *Principi e strumenti per una teoria giuridica realistica*, in G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., p. XI ss., in particolare pp. XI-XIII, testo e note.

¹¹ A.M. BENEDETTI, *Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova*, in *Pol. dir.*, 2/2017, p. 329 ss., qui p. 337, testo e nota 35. Lo stesso Rodotà, in uno scritto tutto da leggere, osserva: «Quel corso fu tenuto da Giovanni Tarello come professore di diritto civile in questa Università, l'anno dopo che avevo lasciato l'insegnamento genovese di diritto civile; e mi colpì assai all'epoca, che il corso di Tarello fosse dedicato ad un tema sul quale avevo molto lavorato e del quale molto con lui avevo discusso quando proprio a Genova cercavo di ritrovarne più complicati e per me ardui fili storici. Quel corso mi è stato compagno di lavoro quando mi sono trovato più avanti a commentare proprio la disciplina costituzionale della proprietà» (S. RODOTÀ, *Dalla proprietà al sistema*, in S. CASTIGNONE (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, cit., p. 163 ss., alle pp. 163-164).

¹² Cfr. in particolare E. TOPITSCH, *A che serve l'ideologia* (trad. it.), Roma-Bari, Laterza, 1975, ma ora, e con parecchie osservazioni condivisibili, C. GALLI, *Ideologia*, Bologna, il Mulino, 2022. Andrà poi visto anche P. BURKE, *What is cultural history?*, 3rd ed., Cambridge (UK)-Medford (MA, USA), Polity Press, 2019.

Vediamo qual è l'aspetto positivo dell'ideologia e per quale ragione una ricerca ideologicamente connotata e ideologicamente consapevole è apprezzabile sotto vari aspetti – ieri come oggi.

Intanto, la parola 'ideologia' va intesa in senso ampio, proprio perché il Tarello 'cacciatore di ideologie' si interroga su quegli elementi politico-culturali che vanno a incidere su ciò che egli abitualmente chiama (e non è un caso) 'organizzazione giuridica'. Espressione che, mi pare, ha una portata più ampia rispetto a 'ordinamento giuridico': l'organizzazione giuridica fa infatti riferimento a un'entità non solo complessa, ma dinamica e mobile, la cui descrizione richiede, in capo all'osservatore, la massima disponibilità culturale (per non rimanere schiavi delle idee generali, aprendosi anzi il più possibile alle "fluctuations of mentality"¹³), proprio perché ci si muove necessariamente e costantemente tra tecnica e politica (e, a veder bene, nessuno di questi due fattori componenti l'organizzazione giuridica dovrebbe essere assunto come potenzialmente escludente l'altro: altrimenti viene meno la possibilità stessa della spiegazione e della comprensione del fenomeno organizzativo, che è fenomeno di natura istituzionale, con il rischio, sarcasticamente stigmatizzato da Giannini, di inventare bottiglie e vasi da notte¹⁴).

In questa chiave, il lavoro del giurista è sempre immerso nella dimensione ideologica, e perciò il giurista teorico non solo diviene un osservatore consapevole della realtà istituzionale che lo circonda, ma diviene anche attore istituzionale, così contribuendo a determinare l'organizzazione, e cioè la struttura, di tale realtà.

Del resto, se a tutti è nota e praticata la distinzione tra approccio descrittivo e approccio normativo, e se non è dubbio che Tarello e la sua scuola abbiano molto insistito e tuttora insistano su tale distinzione, non si può certamente dire che egli fosse un paladino della

¹³ Riff. in S. MAZZARINO, *De Francisci fra «storicismo» e sociologia*, cit., p. X, testo e nota 17, e p. XI.

¹⁴ M.S. GIANNINI, [*Ricordo di Franco Piga*], in Id., *Scritti*, X (Scritti pubblicati tra il 1964 e il 1996 - Scritti inediti - Dispense), Milano, Giuffrè, 2008, p. 455 ss., a p. 458. La citazione integrale suona così: «Sta di fatto che in un mondo, come il nostro, popolato di inventori di bottiglie e di vasi da notte, egli riusciva a liberarsi con poche semplici riflessioni e argomentazioni delle varie affollanti sovrastrutture culturali, per giungere alla vera sostanza dei problemi».

neutralità ideologica dell'interprete. Al contrario: altrimenti, la caccia alle ideologie giuridiche sarebbe risultata piuttosto sterile, quando non del tutto vana, se si fosse limitata ad accumulare cataloghi di atteggiamenti culturali e di sensibilità politiche. Le ideologie vanno scoperte per poi operare su di esse, così compiendo un'operazione culturale – in consonanza o in dissonanza, non rileva.

Anche la caccia alle ideologie esprime come tale, e attua, tanto un'opzione culturale quanto una operazione culturale, entrambe *species* del *genus* 'politica della cultura'¹⁵.

In Tarello, l'analisi delle ideologie comporta, in sé, un impegno ideologicamente connotato: sono infatti numerosi i passaggi in cui egli esprime una determinata linea di politica del diritto, in primo luogo, a difesa della proprietà privata e contro i vari tentativi più o meno scopertamente collettivistici proposti. Del resto, il Tarello 'giornalista', o meglio brillante commentatore di fatti politici degli anni Ottanta del secolo scorso¹⁶, è ben schierato a tutela dello stato di diritto e della liberal-democrazia, ovvero della tradizione occidentale, «alla quale – disse una volta, e orgogliosamente, Mario Talamanca – mi onoro di appartenere»¹⁷, e contro ogni ammiccamento, per usare una formula di sintesi ma perfettamente esplicativa ancor oggi, agli 'usi alternativi del diritto', anzi richiamandosi egli al canone dell'interpretazione letterale, della legge e in queste lezioni

¹⁵ Ancora P. CHIASSONI, *Il realismo americano*, cit., p. XI, nota 1, sulla scorta di Bobbio, distingue tra la "politica della cultura" e la "politica culturale": «La prima è strumento di "alta politica"; la seconda è strumento della "politica politicante", propagandistica, menzognera, mistificatoria [...]». Il rischio che qualunque operazione culturale, e dunque anche la caccia alle ideologie giuridiche, si trasformi in politica culturale, o addirittura già nasca, *in deterius*, nel segno della politica culturale, naturalmente c'è: e contro di essa dovrà allora reagire, quando vi sia, la nobiltà intellettuale del giurista.

¹⁶ Uscirà prossimamente, per meritoria iniziativa di Giovanna Visintini e a cura di Rebecca Tarello, una selezione di interventi pubblicati sulla stampa quotidiana.

¹⁷ M. TALAMANCA, nella relazione presentata al Convegno "*Ius dicere: ritualità e verità nel giudizio*", congiuntamente organizzato dal CSM e dall'Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti e svoltosi a Venezia il 9 maggio 2008, <https://www.radio-radicate.it/scheda/253501/ius-dicere-ritualita-e-verita-nel-giudizio> (le parole citate nel testo si ascoltano a partire dal minuto 2:02:00).

della Costituzione, in funzione della massima stabilità ordinamentale, e contro ogni 'deviazione creazionista' giurisprudenziale.

Ma dicevo, più sopra, del valore positivo da attribuirsi al termine ideologia. Al proposito può altresì osservarsi che la consapevolezza ideologica dell'osservatore diviene consapevolezza critica che si fa volontà di portare alla luce, anche contro le intenzioni dei destinatari della ricerca, cioè contro il 'ceto' dei giuristi e contro le eventuali falsificazioni operate da questi ultimi, i fondamenti politici dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, che in questo senso è spesso la risultante di più politiche del diritto, riferibili in primo luogo al legislatore, ma che poi entrano in gioco, ed eventualmente anche in competizione, con gli altri formanti del diritto¹⁸.

Pertanto, il costante lavoro di ricerca delle ideologie del legislatore, della dottrina, degli interpreti è un altro modo per sollecitare l'impegno intellettuale del giurista (e in questa prospettiva, è ovvio, il giurista, almeno quello accademico, non può non essere un intellettuale), che può essere 'politico del diritto' solo a condizione che, in primo luogo, sia un tecnico del diritto a tutto tondo.

¹⁸ C'è un passaggio (ma è veramente uno solo tra i numerosi citabili) in questo senso assai significativo, e che dice molto anche rispetto a un certo – e vorrei dire benefico – sarcasmo intellettuale di Tarello, posto che la caccia alle ideologie va di pari passo con la caccia alle mitologie (non solo giuridiche ma anche logiche: al proposito va vista la recensione che un Tarello ventitreenne – G. TARELLO, *A proposito di un libro del Frank*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, p. 464 ss. – dedicò a un volume non molto noto, ieri come oggi, almeno da noi, del pur notissimo Jerome Frank – "Fate and Freedom: A Philosophy for Free Americans", uscito in seconda edizione nel 1953), e dunque anche alle illusioni e alle autoillusioni delle quali, spesso, non ci si vuole liberare: v. infatti G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., pp. 40-41, a proposito della difficile (anzi impossibile) conciliazione tra le aperture 'socialisteggianti' della Costituzione e il lessico inesorabilmente 'liberalnapoleonico', che appunto mette al centro del lavoro del giurista la componente ideologica: il giurista è come tale chiamato, in primo luogo, a una armonizzazione, non solo in sede teorica, ma anche e soprattutto in sede applicativa (e da qui nasce infatti l'attenzione di Tarello per la giurisprudenza della Corte costituzionale, fatta oggetto di una lettura molto puntuale), di prospettive politiche differenti e quindi di differente impiego delle tecniche giuridiche. Ed ecco il sarcasmo tarelliano: «[I]l compromesso ideologico [,] l'ambiguità programmatica e la profonda ignoranza storico [-] lessicale hanno conferito al documento costituzionale quelle doti che assicurano e (come piace credere) assicureranno in qualsiasi tempeste futura la persistente vigenza della Costituzione» (p. 40).

Di qui, ovviamente, l'insofferenza (ma si era nel 1973: esattamente 50 anni fa) di Tarello per il fatto che «[l]a nostra cultura giuridica ufficiale male sopporta analisi politiche dei comportamenti di organi giurisdizionali e della Corte costituzionale; talché di fatto non se ne fanno»¹⁹. Ma ciò allora significa che una programmatica analisi ideologica della cultura giuridica (che ha una portata più ampia e maggiormente pervasiva, rispetto al 'pensiero giuridico', per richiamare così alcune differenze alla base di quelle due celebri e pressoché coeve intraprese intellettuali: da una parte i 'Materiali' di Giovanni Tarello e dall'altra parte i 'Quaderni fiorentini' di Paolo Grossi) deve appunto servire non soltanto per mettere a nudo la politica o le politiche del diritto attuate (in modo non sempre ordinato e non sempre consapevole) dalla giurisprudenza, ma per incidere, di prima mano, sulla progettazione e sulla costruzione di una politica del diritto intesa quale operazione culturale di prospettiva, messa necessariamente a punto dai giuristi in quanto interpreti-teorici, sì da orientare gli orientamenti giurisprudenziali.

Tarello sottolinea il diverso peso che assumono le tre 'componenti' dell'ordinamento giuridico: legge, giurisprudenza, dottrina, in questo preciso ordine, a significare (ma si era appunto nel 1973) la primazia del legislatore (Tarello si esprime in termini di organizzazione giuridica e di cultura politica ancora nomodirette, cioè governate dalla legge)²⁰, cui fanno seguito gli organi chiamati a interpretare e ad applicare le disposizioni normative.

Intorno a questo aspetto, va notato, la caccia alle ideologie si caratterizza per una biforcazione di strade.

¹⁹ G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., p. 94. E Tarello ivi precisa: «Qualche considerazione sporadica si trova in note alle sentenze e in qualche articolo di periodici specificamente dedicati all'analisi politica dell'azione di organi istituzionali: ma uno studio globale deve essere ancora fatto» (ivi, in nota 3, Tarello richiama espressamente l'allora giovanissima "Politica del diritto", pubblicata a partire dal 1970, e in particolare un contributo di Rodotà dedicato alla 'svolta politica' della Corte costituzionale, «di estremo rilievo per il discorso che si va svolgendo (anche se chi scrive è lungi dal condividerne integralmente l'impostazione, e dissente su alcune valutazioni)»).

²⁰ Così, alla lettera, G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., p. 11.

Da un lato, appunto, c'è la via battuta dal pionieristico lavoro tarelliano di disvelamento del tasso di politicità insito nella soluzione giuridica adottata, e dunque nelle decisioni giurisprudenziali. Non è pertanto casuale l'attenzione di Tarello rivolta all'accurata ricerca della effettiva *ratio decidendi*, onde portare alla luce tutti gli eventuali *obiter dicta*, che in questa prospettiva non sono semplicemente affermazioni estranee e comunque esterne alla regola del caso, ma sono affermazioni che, alla luce di un ragionamento giuridico che nella politica del diritto ha la sua premessa e il suo compimento, possono essere ancora più importanti, rispetto alla *ratio*, come in effetti Tarello in più punti sottolinea.

Dall'altro lato, poi, c'è il fenomeno, che nel corso dei decenni si è massicciamente stratificato – ma che trovava in Tarello uno dei critici più severi –, per cui la raggiunta consapevolezza circa la politicità della giurisdizione produce l'effetto, automaticamente o quasi, sia di legittimare sia di incentivare una politica del diritto affidata in misura preponderante alla magistratura, e cioè all'autonomia dell'interprete²¹, anche in senso antagonistico al legislativo: che è appunto quanto si verificato in Italia, a partire, *grosso modo*, dalla seconda metà degli anni Settanta²², fino al punto, oggi, di fare intravedere una reazione (comunque auspicabile, se non altro per quelle ragioni tutte interne alle costanti dinamiche di politica del diritto che connotano le democrazie contemporanee, all'insegna di un policentrismo giuridico spinto, che sotto diversi aspetti può anche rivelarsi

²¹ Qui, il riferimento è, ovviamente, alle riflessioni svolte da Tarello a partire dalla prolusione catanese di Cesare Massimo Bianca, fatta appunto subito oggetto di acuta e partecipe analisi: G. TARELLO, *L'autonomia dell'interprete*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1965, p. 159 ss. (poi in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., p. 431 ss.). Ma allora è indispensabile il richiamo a Id., *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete*, in Id., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, p. 475 ss.

²² Tra le critiche più nette e significative (appunto perché provenienti da una personalità quale Giovanni Tarello, non certo sospettabile di partito preso o, peggio, di ingenuità) vanno sempre ricordate quelle contenute nell'intervista rilasciata ormai molti anni fa a Mario Bessone: *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*, Bologna, Zanichelli, 1979 (testo che senza dubbio meriterebbe una ristampa); ma allora va altresì richiamata la severa recensione che Tarello scrisse al volume di MAURO CAPPELLETTI, "Giudici legislatori?", in *Quadrimestre*, 1984, p. 379 ss.

problematico), per impiegare un aggettivo oltremodo netto e perspicuo, ‘anticreazionista’²³.

Orbene, tutto questo insieme di convinzioni e di propensioni, di sensibilità e di atteggiamenti, di presupposti e di svolgimenti, di programmi e di strategie attuative, che hanno caratterizzato, fin dall’origine, l’impronta del passo scientifico di Giovanni Tarello, trova ovviamente agio di esprimersi (ma in maniera più o meno frammentaria) nelle pagine del volume di cui sto qui brevemente discorrendo.

Un volume, direi, perfettamente fedele a sé stesso, a partire dal titolo: esso è un vero ‘corso universitario’, e dunque raccoglie effettivamente lezioni introduttive al tema della proprietà (il titolo rispecchia esattamente il contenuto), offrendone una prospettiva costituzionalistica. E in questo senso l’‘Avvertenza’ al volume è del tutto veritiera: ivi si chiarisce che il libro copre una parte soltanto del programma (il corso aveva un carattere monografico: ‘la proprietà nel diritto italiano’), e infatti il vero e proprio manuale adottato era il volume di Ugo Natoli sulla proprietà, del 1965, cui si sarebbe dovuta affiancare la lettura di almeno uno tra i (non pochi e non facili) volumi e saggi sempre indicati in tale ‘Avvertenza’.

La ristampa è dunque oltremodo benvenuta, anche perché consente a un testo, se non introvabile, certo difficilmente reperibile, anche in molte biblioteche universitarie, non solo di ‘tornare a circolare’, ma di poter essere utilizzato, tanto in corsi del primo anno quanto in corsi ‘avanzati’, in quell’irrinunciabile esercizio di analisi critica della giurisprudenza, cioè dell’argomentazione giuridica, che rappresenta poi uno dei pregi dell’essere giuristi e una delle maggiori soddisfazioni intellettuali, anche del giovane giurista in formazione, e che, in prospettiva didattica, dovrebbe costituire uno dei principali strumenti del lavoro collettivo in aula.

Si possono in particolare richiamare due pregi del volume.

²³ La più recente e meditata reazione si legge in M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023. Per la particolare vigoria dialettica, vanno altresì visti due altrettanto recenti e combattivi contributi di M. BARCELLONA: *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Modena, Mucchi, 2022; *Giudici politica democrazia. Uso alternativo o diritto alternativo: alle radici di uno scontro in un mondo cambiato*, Roma, Castelvocchi, 2023.

In primo luogo, la linearità e la perentorietà dell'argomentazione, che avrebbe invero beneficiato di uno svolgimento più disteso; poi, l'incisività della forma espressiva, che proprio in sede didattica (e dunque necessariamente critica) assolve a una funzione irrinunciabile: favorire in ogni modo lo sviluppo di un atteggiamento critico, che nel nostro ambito significa, in sostanza, non appagarsi né delle elaborazioni dottrinali ricevute, né degli orientamenti giurisprudenziali consolidati, appunto assumendo che l'ordinamento giuridico (ovvero, come scrive infatti Tarello in senso ancora più ampio e istituzionalmente connotato, l'organizzazione giuridica²⁴) non è costruito su definizioni ma su operazioni, delle quali è indispensabile essere il più possibile consapevoli, proprio perché il ruolo del giurista (qualunque ne sia il punto di osservazione e qualunque sia l'istituto giuridico fatto oggetto di studio o il settore del diritto considerato) è quello di chiarire «i modi di funzionare di una singola organizzazione giuridica»²⁵. Chiarire, come si è notato più sopra, non solo per comprendere, ma anche per incidere sul singolo ordinamento.

In secondo luogo, la profondità, l'accuratezza (attenzione è ad esempio dedicata alla composizione della Corte e alla figura del presidente), nonché l'incisività (non disgiunta, a volte, da durezza) dell'esame della giurisprudenza costituzionale.

In altre parole, Tarello offre una non dimenticabile lezione su come leggere una sentenza della Corte costituzionale. Non ci stupiamo, ovviamente, di questa sua raffinata abilità di spostarsi continuamente e armoniosamente dal piano della politica del diritto a quello della tecnica giuridica, e viceversa – una abilità che gli derivava dalla sua conoscenza ben salda, in primo luogo, del diritto civile. Del resto, la circostanza che Tarello amasse presentarsi come 'modesto avvocato genovese'²⁶ non andrà ascritta alla sua innegabile, e peraltro ben nota, civetteria intellettuale e al suo esibito snobismo

²⁴ In senso ancora più stringente, v. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., p. 9, il quale parla di «singole organizzazioni giuridiche positive e storicamente determinate».

²⁵ G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., p. 11.

²⁶ V. ancora P. CHIASSONI, *Il realismo americano*, cit., pp. XIII-XIV.

provocatorio, ma alla sua radicata convinzione (che ovviamente è anche una assunzione metodologica) circa la necessità di dover dialogare, e anzi discutere, con i ‘giuristi positivi’, e in particolare con i civilisti – sostanzialisti e processualisti.

In questa sua effettiva conoscenza del diritto positivo e in questa sua capacità tecnico-giuridica (e la bibliografia tarelliana ne è sicuro indice rivelatore) può forse ricordare Bruno Leoni, studioso di filosofia del diritto e di filosofia politica, ma anche avvocato civilista: sono esempi rari, ieri come oggi (si possono fare altresì i nomi, illustri, di Uberto Scarpelli e di Luigi Ferrajoli – magistrati, prima di diventare professori), ma assai significativi in chiave metodologica: non è possibile svolgere con efficacia, e soprattutto con attendibilità, un’analisi incentrata sulla politica del diritto tenendo separati l’ambito delle tecniche argomentative dall’ambito delle ideologie dei giuristi: il punto di vista interno alla disciplina (qui, il diritto civile) resta quindi un aspetto fondamentale, e come tale non può essere sopravanzato, o neutralizzato, dal punto di vista esterno (qui, quello della teoria generale del diritto), e cioè dallo sguardo di un osservatore bensì giurista, ma non perfettamente a suo agio con quel sapere tecnico-specialistico che, se certamente non esaurisce la dimensione della giuridicità (e di ciò Tarello fu consapevole sin da subito)²⁷, altrettanto certamente, quando difetti o sia debole, impedisce all’interprete, o rende enormemente più difficile, la piena comprensione di ciò che usiamo denominare, in senso proprio, ragionamento giuridico.

A distanza di 50 anni dalla loro pubblicazione, dunque, queste lezioni introduttive al diritto di proprietà, meritano ancora attenzione, tanto da parte dei civilisti quanto da parte dei teorici generali particolarmente attenti alle teorie e alle tecniche dell’argomentazione

²⁷ Proprio la recensione a Jerome Frank, cit. *supra*, in nota 18, è significativa: scriveva ivi Tarello, con evidente simpatia intellettuale, pur se con non completa adesione metodologica e ideologica, che in Frank «è ben visibile un atteggiamento, un pensiero, lineare e costante; quell’atteggiamento che consiste in una riduzione del diritto al dato umano – perciò politico, sociologico, psicologico – attuata attraverso una continua chiarificazione e demolizione di mitologie giuridiche e logiche. Si tratta di quell’atteggiamento, di quella linea di pensiero, per cui il Frank è generalmente conosciuto come una delle più importanti, forse la più importante figura di quel movimento – possiamo dire scuola anche se i “realisti” di scuola non vogliono sentir parlare – che va sotto il nome di realismo giuridico americano» (p. 465).

giuridica. Ma ben si può aggiungere, senza inopportune e inutili enfattizzazioni, che si tratta di un testo dal quale ogni giurista, quando sufficientemente sensibile alla cultura giuridica, e, più in generale, alla dimensione culturale del diritto, saprà ricevere un qualche insegnamento.

Ciò, soprattutto perché, in Tarello, il discorso teorico è costantemente e profondamente immerso nella dimensione tecnica e in quella politica.

È senza dubbio ben presente la distinzione tra i vari livelli (e anzi, proprio Tarello, appunto svolgendo da par suo l'analisi logico-argomentativa di talune motivazioni, fa emergere la necessità, e anzi l'indispensabilità, di tale distinzione, così, al contempo, insegnando a distinguere, con un atteggiamento didattico che – mi pare –, dallo stile espositivo conservato nel volume, è tipico di una discussione di seminario – che poi è l'unica modalità di apprendimento effettivamente critico), ma tale distinzione ritrova poi, per così dire, una propria unità operativa, nel momento in cui il lettore, dopo aver seguito passo passo Tarello in questa agguerrita e sferzante analisi, tanto sintetica quanto densa (e però – lo confesso – a me pare che, qui e là, qualcosa convinca di meno, o sfugga, verosimilmente per eccesso di sintesi), si ritrova dinnanzi alla dimensione funzionale della proprietà, cioè a una proprietà che non è (o che non è più) una definizione, ma è una funzione, è un istituto giuspolitico in movimento, in ragione delle esigenze dell'ordinamento giuridico e del contesto politico-istituzionale, nonché delle caratteristiche della formazione culturale degli interpreti, e più in generale della complessiva organizzazione giuridica italiana.

Dunque, distinguere, sì, ma per comprendere; e la comprensione richiede sempre uno sguardo unitario, che si prefigga di abbracciare tutti gli elementi rilevanti del fenomeno oggetto di analisi.

Ecco, allora, la politica del diritto; ecco, allora, la tecnica giuridica – diverse, ma saldamente unite, sì da consentire di leggere e di comprendere le strutture giuridiche in chiave funzionale, e di ricondurre le funzioni degli istituti giuridici alle loro strutture.

Che è poi l'autentico lavoro intellettuale del giurista.

MAURO GRONDONA

AUTORI

ROBERTA ALFANO

Professoressa associata nell'Università di Napoli Federico II

ROBERTO CALVO

Professore ordinario nell'Università della Valle d'Aosta

CRISTIANO CICERO

Professore ordinario nell'Università di Cagliari

GIOVANNI COCCO

Professore ordinario nell'Università di Padova

ROBERTO DE RUGGIERO

Già Rettore dell'Università di Cagliari (n. Roma 1875 - m. Roma 1934)

CARLO DORE

Professore associato nell'Università di Cagliari

RICCARDO FERCIA

Professore ordinario nell'Università di Cagliari

EDOARDO FERRANTE

Professore ordinario nell'Università di Torino

MAURIZIO FERRARI

Ricercatore nell'Università della Calabria

MARCO IEVA

OLIMPIA GIULIANA LODDO

Ricercatrice nell'Università di Cagliari

MAURO GRONDONA

Professore ordinario nell'Università di Genova

NINO LEVI

*Già Professore di diritto e procedura penale nell'Università di Cagliari
(n. Venezia 1894 - m. New York 1941)*

GIUSEPPE LORINI

Professore ordinario nell'Università di Cagliari

MARCELLA MARTIS

Professoressa associata nell'Università di Cagliari

GIULIANO MATTACE

Assegnista di ricerca nell'Università di Perugia

ROSSELLA MICELI

Professoressa ordinaria nell'Università di Roma La Sapienza

LUIGI NONNE

Professore ordinario nell'Università di Sassari

DANIELA PAPPADÀ

Ricercatrice nell'Università di Cagliari

GABRIELE RACUGNO

Già professore ordinario nell'Università di Cagliari

MARIANNA RINALDO

Ricercatrice nell'Università di Cagliari

Regolamento
STUDI ECONOMICO-GIURIDICI
e
STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

1. Il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari intende dare continuità allo storico periodico Studi economico-giuridici, ISSN 1971-5692, ISSN-L 1971-5692, Codice CDU 33, Codice rivista P 00059105 in ACNP e classificati come rivista scientifica dall'ANVUR, che per più di un secolo, dal 1909, è stato ininterrotta espressione dei plurimi percorsi scientifici espressi dalla Facoltà giuridica cagliaritana.
2. Gli «Studi economico-giuridici» avranno cadenza annuale con fascicoli semestrali ed ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.
3. Organi degli Studi economico-giuridici sono il Direttore responsabile, il Comitato di direzione, il Comitato scientifico di valutazione, il Comitato esterno di valutazione, il Comitato editoriale.
4. Il Comitato di direzione è composto, su richiesta dell'interessato, dai professori ordinari in servizio presso il Dipartimento di giurisprudenza che vantino il possesso delle soglie scientifiche per il ruolo di commissario nelle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale e dai Professori emeriti in materie giuridiche dell'Università di Cagliari. Il Direttore responsabile è eletto dal Comitato di direzione tra i suoi componenti e assume con la carica le funzioni di coordinatore del Comitato.
5. Il Comitato scientifico e il Comitato di valutazione sono composti da professori ordinari in servizio presso gli Atenei italiani che vantino il possesso delle soglie scientifiche per il ruolo di commissario nelle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale nei settori concorsuali di afferenza, nonché da professori emeriti e da studiosi stranieri titolari di cattedra secondo l'ordinamento del proprio Paese.
6. Il Comitato editoriale è composto, su richiesta dell'interessato, dai ricercatori e dai professori associati afferenti al Dipartimento purché vantino il possesso delle soglie scientifiche per il conferimento dell'Abilitazione Scientifica Nazionale alla qualifica di professore associato per i ricercatori, e alla qualifica di professore ordinario per gli associati.

7. Tutte le ricerche saranno pubblicate all'esito del referaggio positivo *double-blind peer-review* a cura del Direttore responsabile o da un componente del Comitato di direzione a ciò espressamente delegato. La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato, in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR. Il referee si impegna a valutare obiettivamente il materiale ricevuto, motivando adeguatamente i giudizi espressi in maniera chiara ed esplicita all'interno di una scheda di valutazione, che contiene criteri uniformi di valutazione di ogni singolo contributo.
8. Per la procedura di revisione il Direttore responsabile, su incarico del Comitato di direzione, potrà avvalersi di uno o più componenti del Comitato esterno di valutazione e/o eccezionalmente di altri referees esterni scelti tra studiosi, anche stranieri, afferenti a Università o enti, centri studio o istituti di ricerca, di comprovata esperienza.
9. Al fine di garantire l'assoluta e completa trasparenza delle procedure di referaggio, tutte le schede di valutazione dei referees sono conservate in un archivio custodito sotto la responsabilità del Direttore o di altro componente del Comitato di direzione delegato.
10. Il Comitato di direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di scritti provenienti da Autori anche stranieri, di autorevolezza e prestigio tali che il loro contributo costituisce di per sé ragione di pregio per gli Studi economico-giuridici.
11. L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo in altra rivista o in banche dati, senza il consenso scritto del Comitato di direzione.
12. Il periodico recepisce i valori espressi nel Codice Etico dell'Università di Cagliari e alle norme contenute nel Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche (Approvato con delibera del Consiglio Direttivo ANVUR n. 42 del 20/02/2019); a tali valori e norme si conforma integralmente.
13. Il periodico si cita *St. Cagliari*.

Finito di stampare
nell'aprile 2024
Grafica elettronica - Napoli

