

Laura D'Amati

LA MORTE E IL MARE: RIFLESSIONI A MARGINE DI CIC. *LEG. 2.22.57**

SOMMARIO: 1. *Iusta facere*. – 2. Un *decretum* pontificale. – 3. Il luogo simbolico di sepoltura. – 4. Un'ipotesi conclusiva.

1. *Iusta facere*

Il *De legibus* di Cicerone – pur essendo a noi giunto purtroppo solo in parte, e peraltro attraverso una tradizione manoscritta scadente e lacunosa – suscita particolare interesse per chi si voglia accostare allo studio dei *iura Manium*, inteso come lo studio dell'«insieme dei doveri dei sopravvissuti verso i defunti»¹, migrati nel novero degli Dei inferi a seguito del passaggio nella nuova dimensione².

Al complesso argomento è dedicata la sezione conclusiva del secondo libro dell'opera, dove sono affrontate in maniera organica le prescrizioni del *ius pontificium* e del *ius civile*,

* Contributo sottoposto a valutazione.

Nel licenziare queste pagine, destinate agli Scritti in onore di Antonio Palma, desidero ringraziare Mario Fiorentini per il confronto prima della stesura definitiva del testo e Arduino Maiuri per la preziosa rilettura finale.

¹ Riporto parole di D. MANTOVANI, *Cicerone storico del diritto*, in *Ciceroniana*, 13, 2009, p. 333.

² L'opera era stata iniziata dall'Arpinate presumibilmente nella primavera del 52 a.C., e più volte a tratti interrotta e ripresa; alla data della sua improvvisa partenza per la Cilicia era rimasta incompiuta, oppure forse solo completata ma non rivista, fino ad essere pubblicata postuma, senza poter incidere sul dibattito e sulla vita culturale dell'epoca in cui era stata composta. Per un quadro complessivo si vedano in particolare N. MARINONE, *Cronologia ciceroniana*, Roma, 1977, pp. 143 e 277; ed E. ROMANO, *Senso del passato e paradigma dell'antico: per una rilettura del De legibus di Cicerone*, in *Incontri triestini di filologia classica*, 9, 2009/2010, p. 1 ss.

tra loro obiettivamente connesse³. Più in dettaglio, il punto di partenza è costituito dalle prescrizioni pontificali relative al rituale funebre⁴.

Dopo un accenno alla probabile priorità dell'inumazione rispetto all'incinerazione⁵, l'Arpinate riporta un verso di Ennio da cui si evince che Scipione Africano sarebbe stato inumato:

Cic. *leg.* 2.22.57: *Declarat enim Ennius de Africano, 'hic est ille situs', vere, nam 'siti' dicuntur ei qui conditi sunt, nec tamen eorum ante sepulcrum est quam iusta facta et porcus casus est. Et quod nunc communiter in omnibus sepultis venit usu, <ut> humati dicantur, id erat proprium tum in eis quos humus iniecta contexerat, eumque morem ius pontificale confirmat; nam prius quam in os iniecta gleba est, locus ille ubi crematum est corpus nihil habet religionis; iniecta gleba, tum et iure 'humatus' est et gleba <humus⁶> vocatur, ac tum denique multa religiosa iura complectitur.*

Il discorso si sviluppa intorno ad una notazione stilistica su ciò che si deve intendere per sepoltura, in relazione a quello che correttamente dice Ennio dell'Africano: si dicono sepolti

³ Lo snodo è rappresentato da Cic. *leg.* 2.22.58, dove si segna il passaggio dall'una all'altra sfera normativa: *Video quae sint in pontificio iure, sed quaero equidnam sit in legibus.* L'edizione di riferimento adottata è quella di J.G.F. POWELL, *M. Tulli Ciceronis, De re publica, De legibus, Cato Maior de senectute, Laelius de amicitia*, Oxford, 2006, il quale avverte che in taluni casi le lezioni riportate si muovono – per lo meno parzialmente – sul piano congetturale, essendo lo stato della tradizione assai corrotto e lacunoso.

⁴ Per vero, il rituale non viene descritto in maniera dettagliata, ammettendo lo stesso Cicerone in *leg.* 2.22.55 (riportato *infra* nel testo) la sua non necessità ai fini del ragionamento che sta svolgendo.

⁵ Cic. *leg.* 2.22.56: *Ac mihi quidem antiquissimum sepulturae genus illud fuisse videtur, quo apud Xenophontem Cyrus utitur: redditur enim terrae corpus, et ita locatum ac situm quasi operimento matris obducitur.*

⁶ L'emendazione *humus* è quella adottata da Powell in considerazione del contenuto di Varr. *ling.* 5.23, anch'esso riportato *infra* nel testo, nonché per l'utilizzo tecnico della parola fatto dai pontefici: più approfonditamente sul punto A.R. ДУК, *A Commentary on Cicero. De Legibus*, Ann Arbor, 2004, p. 397 s. Si veda pure la proposta di R.G. БÖHM, *Emendationen zu Cicero, De legibus II*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli, 1984, p. 920 ss., che leggerebbe *et gleba sepulcrum vocatur*.

LAURA D'AMATI, La morte e il mare: riflessioni a margine di Cic. leg. 2.22.57

In leg. 2.22.57 Cicerone discute su ciò che si deve intendere per sepoltura: si dicono sepolti coloro i quali sono stati inumati. Ma solo dopo il compimento dei *iusta*, compreso il sacrificio della *porca praesentanea*, il luogo assume la qualità di *sepulchrum*. Il vocabolo *humatus*, che dapprima si riferiva solo a quelli ricoperti di terra, in seguito indicava tutti coloro che erano sepolti: e proprio in connessione con *humus* si può ricostruire l'arcaico rito sostitutivo dell'*iniectio glebae* o anche quello del sotterramento dell'*os resectum*, da compiere in caso di incinerazione. Il mancato o l'inesatto compimento dei *iusta* da parte dell'erede richiede il sacrificio della *porca praecidanea*, che è dovuto anche se alla base vi sono circostanze particolari come quelle del lancio in mare di un *civis* ucciso violentemente su una nave, senza che ne sia rimasto alcun resto *supra terram*, o dell'annegamento accidentale. In questi casi, però, la *familia* del defunto rimane *pura*: ed il motivo può essere rintracciato nel fatto che quel corpo non può costituire fonte di contaminazione. Infine, per evitare di far vagare gli scomparsi in mare tra gli *insepulti* vengono apprestati dei cenotafi.

Parole chiave: morte, sepoltura, mare, sacrificio, cenotafio.

LAURA D'AMATI, Death and Sea: a reflection on Cicero's leg. 2.22.57

Cicero discusses what burial should mean in leg.2.22.57: only those who have been inhumed can be called buried, however the burial site can be considered a *sepulchrum* only after the *iusta* have been performed, which includes sacrificing a *porca praesentanea*. The word *humatus* used to describe only those who are covered by soil but then became an umbrella term for all those who had been buried. From *humus* one can then recover the archaic substitute ritual of the *iniectio glebae* or the burial of the *os resectum*, to be completed in case of incineration. A *porca praecidanea* had to be sacrificed if the heir did not perform the *iusta* correctly, or whether a *civis* was killed on a boat and then had to be thrown in the water, or also whether someone accidentally drowned. In the latter cases however the *familia* of the deceased could remain *pura* as the body of the deceased was not contaminated. Cenotaphs for the dead-on-sea were eventually set out to avoid them wander in the *insepulti*.

Key words: death, burial, sea, sacrifice, cenotaph.

Filippo Vari

THE LEGACY OF ROSARIO LIVATINO'S LEGAL THINKING*

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. Natural Law and Positive Law. - 3. The Task of Catholic Jurists. - 4. The Role of the Judge and the Society - 5. Conclusions.

1. *Introduction*

One of the most interesting figures among Italian jurists of the last century is that of Rosario Livatino, a young magistrate (not yet 40 years old) killed by the Mafia in 1990.

Much has been written about Livatino's life, not the least because he was the first magistrate in history to be beatified, in 2021, by the Catholic Church. John Paul II recognised him already as a 'martyr for justice'. His enchanting testimony of life is an example for jurists, who, following the teaching of the ancient Roman jurist, Pomponius, strive for «*cottidie in melius produci*»¹. This paper aims to disseminate a lesser-known profile of the figure of Livatino, namely his legacy to legal reflection, which still appears very fruitful today for certain issues that agitate contemporary society.

Rosario Livatino didn't write much. There are two conferences, only available in Italian²: the first is about *The Role*

* Contributo sottoposto a valutazione.

Questo testo riprende, con aggiunta di note, l'intervento tenuto dall'Autore il 19 maggio 2022 nell'incontro su *Rosario Livatino*, organizzato da diverse associazioni belghe, francesi e lussemburghesi, tra le quali la Association Belge des Juristes Catholiques, la Association des Juristes Catholiques Angevins, la Association des Juristes Catholiques d'Aquitaine, il Cercle Affectio Societatis di Parigi, la Conférence Saint-Yves di Lussemburgo.

¹ Pomponius, D. 1.2.2.13. On this passage see R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, il Mulino, Bologna, 1985.

² They can be read at the following links: www.solfano.it/canicatti/Ruolo_Giudice.html, <http://www.solfano.it/canicattifedeediritto.htm>.

of the Judge in a Changing Society³ and the second is about *Faith and Law*⁴. The two conferences give us interesting suggestions about Livatino's thinking. We can focus on three points: the importance of natural law; the task of Catholic jurists; Livatino's vision of the role of the judge in contemporary society.

2. Natural Law and Positive Law

The first point is about the existence and the importance of natural law. The Blessed Judge is deeply convinced of the need to consider natural law⁵.

As Pope Francis recalled in a meeting, referring to the question of euthanasia, Livatino observed: «If the believer's opposition to this law is based on the conviction that human life [...] is a divine gift that it is not lawful for man to suffocate or interrupt, so is the opposition of the non-believer, who is based on the conviction that life is protected by natural law, that no positive right can violate or contradict, since it belongs to the sphere of 'unavailable' goods, that neither individuals nor the community can attack»⁶.

³ April, the 7th 1984, Canicatti.

⁴ April, the 30th 1986, Canicatti.

⁵ In Roman Law the definition of natural law (*ius naturale*) according to Ulpian is clear: «*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio*» (D. 1.1.1.3.). On Ulpian see T. HONORÉ, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002².

The literature on the subject of natural law is endless. For a useful overview see v. P. CATALANO, *Diritto e persone*, I, Giappichelli, Torino, 1990, p. I ss.; M.P. BACCARI, *Concetti ulpiani per il "diritto di famiglia"*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 3 ss.; W. WALDSTEIN, *Ins Herz geschrieben: Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, Sankt Ulrich Verlag, Augsburg, 2010.

⁶ *Faith and Law*, cit.

FILIPPO VARI, The Legacy of Rosario Livatino's Legal Thinking

The paper analyses Rosario Livatino's legal thinking and shows how relevant it is for our times, especially with regard to three aspects. The first concerns the relationship between positive law and natural law, which constitutes a point of convergence between believers and non-believers. The second aspect deals with the role of Catholic jurists in the world and with the support Livatino got from his faith in order to carry out his work as a judge. The third profile is about the relationship between law and judge as well as the risks of judicial activism.

Key words: natural law, *laïcité*, judicial activism, judge, law.

Filippo Vari, L'eredità del pensiero giuridico di Rosario Livatino

Lo scritto analizza il pensiero di Rosario Livatino, evidenziandone la profonda attualità, in particolare sotto tre profili. Il primo di essi è legato al rapporto tra diritto positivo e diritto naturale, che costituisce un punto di convergenza tra credenti e non credenti. Il secondo aspetto trattato è relativo al ruolo dei giuristi cattolici nel mondo e all'ausilio che veniva a Livatino dalla fede per lo svolgimento del suo lavoro di magistrato. Il terzo profilo analizzato è quello del rapporto tra legge e giudice, in una prospettiva critica di ciò che gli americani chiamano *judicial activism*.

Parole chiave: diritto naturale, laicità, attivismo giudiziale, giudice, legge.

Mario Caterini

IN POENIS BENIGNIOR EST INTERPRETATIO FACIENDA*

SOMMARIO: 1. La *benignior interpretatio* dal diritto romano classico a quello postclassico cristiano. – 2. *L'interpretatio* benevola dal diritto penale germanico a quello canonico medioevale. – 3. La *benignior interpretatio* nel probabilismo teologico dell'età moderna. – 4. *L'interpretatio* benevola nelle codificazioni canoniche dell'età contemporanea. – 5. Dalla modernità dell'antica *benignior interpretatio* all'immaturità efficientista del sistema penale italiano.

1. *La benignior interpretatio dal diritto romano classico a quello postclassico cristiano*

Già nell'antichità si tentò di porre argini alla discrezionalità interpretativa del giudice penale attraverso il criterio dell'*in dubio pro reo*. Sebbene alcuni segni in tal senso fossero percepibili già nelle opere di Cicerone¹ e di Seneca², è con Traiano³ che il *favor rei* – quantunque in forma embrionale – si trasformò in vero principio di diritto, di matrice stoica, nel clima culturale e filosofico che caratterizzò l'impero romano a partire dal I sec. d.C.⁴. Man mano, infatti, si affermò la necessità di evitare decisioni ispirate alle mere opinioni personali del giudice, ovvero volte a procurarsi 'gloria' mediante una peculiare severità o clemenza, dovendo egli piuttosto moderare e

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ In tema, G. COPPOLA BISAZZA, *Traiano, l'affermarsi del principio del favor rei e il suo consolidarsi anche in campo privatistico*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2019, pp. 6-12.

² SENECA, *Epistula ad Lucilium*, Ep. 10.81.26.

³ G. COPPOLA BISAZZA, *Traiano*, cit., pp. 13-16.

⁴ Sulla matrice stoica v. F. FASOLINO, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, a cura di L. SOLIDORO, Torino, 2016, p. 47 ss.

non esasperare il rigore delle disposizioni vigenti e applicare le pene «*cum aliquo temperamento benignitatis*»⁵. Dagli antichi giureconsulti emerse sì la propensione verso una libertà interpretativa, se però *in melius*, unica in grado di giustificare il superamento del dato letterale della norma⁶.

Il Digesto giustiniano, più specificamente, ribadiva e consacrava il principio secondo cui «*in poenalibus causis benignius interpretandum est*»⁷, che ben si accordava all'altro, riferito segnatamente alla scelta della pena, stando al quale «*interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*»⁸. La *benignitas* veniva utilizzata quale criterio di orientamento delle decisioni, frutto non già di un'astratta filantropia compassionevole, ma di un'esigenza etico-sociale indirizzata all'*utilitas communis*⁹. L'*interpretatio* benevola assunse così una portata molto ampia utile ad un equilibrio tra le opposte esigenze: della conservazione dell'ordine sociale, da un lato e, dall'altro, della protezione dell'individuo, tale da farvi rientrare tutto il complesso iter di accertamento dei reati, non solo dunque l'interpretazione delle norme in senso stretto, ma anche la valutazione delle prove¹⁰. Si può dire, perciò, che l'*in dubio pro reo* si affermò come principio giuridico in

⁵ Digesto, 48.19.11pr., *Marcianus 2 de publicis iudiciis*. In tema, U. BRASIELLO, *La repressione penale del diritto romano*, Napoli, 1937, p. 571 ss.

⁶ F. FASOLINO, *Alle origini del principio in dubio pro reo*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di I. PIRO, Tricase, 2016, pp. 567-582.

⁷ Digesto, 40.17.155, *Paulus libro 65 ad edictum*, cfr. M.P. IRIGOYEN TROCUMIS, *Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Digesto 50.17)*, Città del Messico, 2005, p. 17.

⁸ Digesto, 48.19.42, *Hermogenianus 1 epit.* Su questo brano, A. BERGER, *In dubiis benigni ora*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto*, II, a cura di G. MOSCHETTI, Milano, 1953, p. 187 ss., p. 201 ss.; A. PALMA, *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella formazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1997, p. 90, p. 148 ss. Più recentemente, L. SOLIDORO, *Interazioni tra diritto penale sostanziale e processuale nella tradizione storica di civil law*, in *De Iustitia*, 2016, 3, pp. 91-104.

⁹ P. CERAMI, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, I, *L'interpretazione degli atti autoritativi*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XXXVIII, 1985, p. 95 ss.; A. PALMA, *Benignior interpretatio*, cit., p. 86 ss.

¹⁰ F. FASOLINO, *Regole di giudizio*, cit., p. 50.

MARIO CATERINI, *In poenis benignior est interpretatio facienda*

Il saggio si occupa dell'interpretazione *in melius* nel diritto penale, prendendo le mosse dall'*in dubio pro reo* dal diritto romano a quello barbarico, per concentrarsi poi sulla *benignior interpretatio* nella canonistica medioevale e sull'*interpretatio* benevola nella teologia morale del probabilismo dell'età moderna. Il lavoro, inoltre, esamina le implicazioni dell'*interpretatio benigna* nelle codificazioni canoniche del XX secolo, mentre le conclusioni sono affidate alla comparazione col sistema penale italiano.

Parole chiave: dubbio interpretativo, *in dubio pro reo*, probabilismo, *benignior interpretatio*.

MARIO CATERINI, In Criminal Law, The Interpretation More Favorable To The Defendant Must Be Made

The essay deals with interpretation *in melius* in criminal law, starting with *in dubio pro reo* from roman to barbaric law, and then focusing on *benignior interpretatio* in medieval canonistics and *benignior interpretatio* in the moral theology of probabilism of the modern age. In addition, the paper examines the implications of *interpretatio benigna* in the canonical codifications of the 20th century, while the conclusions are entrusted to a comparison with the Italian penal system.

Key words: interpretative doubt, *in dubio pro reo*, probabilism, *benignior interpretatio*.

Saverio Gentile

I MAGISTRATI DEL TRIBUNALE DELLA RAZZA ALLA CORTE COSTITUZIONALE: *FIAT IUSTITIA NE PEREAT MUNDUS**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Tribunale della razza. – 3. La linea difensiva adottata da Gaetano Azzariti, Antonio Manca, Giovanni Petraccone e Giuseppe Lampis dinanzi alle Commissioni di epurazione. – 4. Finale amaro. L'esposto di Raffaello Gioffredi *versus* Azzariti: «*Il più autentico tabù dell'amministrazione italiana*». – 5. Appendice documentaria.

1. *Premessa*

In un recente contributo riflettevo circa la mancata epurazione degli esponenti dell'alta magistratura italiana che, a vario titolo e in diverse forme, avevano avallato, fiancheggiato ed appoggiato l'odiosa legislazione antiebraica posta in essere nel nostro Paese a far data dal settembre 1938¹. In quella sede mi limitavo ad accennare soltanto alla vicenda relativa ai giudici membri del famigerato Tribunale della razza, anticipando che ad essi avrei dedicato successiva, ed apposita, riflessione². Oggi, effettuate nuove ricerche archivistiche *ad hoc*, posso richiamare ed approfondire quegli accadimenti, trattandosi di una storia che – per una pluralità di ragioni – merita senza dubbio alcuno di essere adeguatamente raccontata. E conosciuta.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ S. GENTILE, «*Le mani nella pasta, gli occhi al cielo*» e *la coscienza sporca: la magistratura e le leggi antiebraiche tra fascismo e Repubblica*, in *L'epurazione mancata. La magistratura tra fascismo e Repubblica*, a cura di A. MENICONI, G. NEPPI MODONA, Bologna, 2022, pp. 115-153.

² *Ivi*, pp. 119-120.

2. Il Tribunale della razza

Il così detto Tribunale della razza era in realtà una di quelle commissioni – l'ennesima, peraltro, prevista dalla normativa antisemita³ – che, operando «in condizioni di pressoché totale segretezza, permettevano il perfetto funzionamento del sistema discriminatorio»⁴. La legge 13 luglio 1939 n. 1024 – recante *Norme integrative del Regio Decreto Legge 17 novembre 1938 n. 1728, Sulla difesa della razza italiana* – attribuiva al ministero dell'Interno «la facoltà di dichiarare la non appartenenza alla razza ebraica anche in difformità delle risultanze degli atti dello stato civile» (art. 1) su «conforme parere» reso appunto da tale Commissione dopo aver esperito apposita istruttoria, invero avvalendosi di ben ampi poteri (art. 3). Il Ministro dell'Interno, dunque, faceva proprie le determinazioni – «motivate e segretissime» – del consesso per emettere a sua volta «decreto non motivato e insindacabile» (art. 4). Questo vero e proprio «mostro giuridico» poteva così dichiarare non ebreo l'ebreo andando alla ricerca di elementi in grado di provare la «reale» appartenenza razziale il che, nella stragrande maggioranza dei casi, equivaleva a penose dichiarazioni di ebrei nelle quali questi si dichiaravano «figli di puttana, cioè figli adulterini di padre ariano» come osservò Piero Calamandrei nel suo *Diario*⁵. Ciò rendeva possibile le così dette 'arianizzazioni', o 'disebraizzazioni', in forza delle quali le norme (e le circolari) affittive, numerose e durissime, non trovavano applicazione, annullandosi.

³ Ad esempio, essa si andava ad aggiungere a quelle previste dagli articoli 16 (per le così dette «benemerienze») e 26 (in riferimento alle «questioni relative all'applicazione» del decreto in parola) del R.D.L. 17 novembre 1938, n. 1728, *Provvedimenti per la difesa della razza italiana*.

⁴ S. GENTILE, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, 2013, p. 243 (rinvio alle pp. 181-188 del volume per l'analisi relativa alla elaborazione di questa legge e per un puntuale commento). Si veda anche A. MAZZACANE, *Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei*, in *Studi storici. Rivista trimestrale dell'Istituto Gramsci*, 2011, p. 114.

⁵ P. CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, I, Firenze, 1982, p. 136.

SAVERIO GENTILE, I magistrati del Tribunale della razza alla Corte Costituzionale: *fiat iustitia ne pereat mundus*

Il contributo analizza, anche a seguito di ricerche di archivio, il passaggio degli alti magistrati del Tribunale della razza, durante la dittatura fascista, addirittura alla Corte Costituzionale della Repubblica italiana. Ancora una volta, i processi di epurazione realizzati in Italia tra il 1944 e il 1946 dimostrano tutte le loro mancanze.

Parole chiave: magistratura, fascismo, Repubblica italiana, epurazione.

SAVERIO GENTILE, The magistrates of the Tribunal of race to the Constitutional Court: *fiat iustitia ne pereat mundus*

The article shows through archive research how the high magistrates of the Tribunal of the race during the fascist dictatorship were subsequently admitted even to the Constitutional Court of the Italian Republic. Once again, the purge processes that took place in Italy between 1944 and 1946 reveal all their shortcomings.

Key words: judiciary, fascism, Italian Republic, purge.

Paolo Cotza

SULLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA. RIFLESSIONI DOGMATICHE INTORNO AL DATO ‘POSITIVO’ (‘OGGETTO’ E ‘RIPARTO’)*

SOMMARIO: Premessa. – 1. Incidenza del ‘potere pubblico’. – 2. Dalla legittimazione del potere a quella dell’interesse (‘pubblico concreto’ / ‘legittimo’). – 3. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoratici in punto di situazioni giuridiche. – 4. Ritrascrizione ‘in positivo’ delle situazioni giuridiche, soggettive e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione. – 5. Collaudo di un ‘approccio’ dogmatico.

Premessa

Lo scritto muove dal diffuso disagio che permane (sopravvivendo a pur incisivi interventi di riforma) nel definire un criterio (se non inequivoco quantomeno) dal ragionevole impatto operativo nel segnare i termini di confine della giurisdizione amministrativa. L’intento è evidentemente quello di fornire un pur modesto contributo correttivo e riparatorio.

In quest’ottica, poiché il punto di riferimento non può che essere quello di diritto positivo, stanti altresì i limiti palesati dal contributo di giurisprudenza forense, si è ritenuto d’intervenire sul piano dogmatico. Ne è così scaturita una ‘rivisitazione’ in chiave sistematica di quei concetti sui quali (di volta in volta) ha finito col vertere la comprensione-applicazione del pertinente dato normativo: da quelli d’interesse legittimo e di potere a quelli (correlati) di diritto soggettivo e d’interesse pubblico. Tale è il filo conduttore di un discorso che ha ricercato il proprio epilogo in connessioni lapidarie: nel fermo convincimento che il problema giuridico testé affrontato, per la prio-

* Contributo sottoposto a valutazione.

rità rivestita in seno alla materia processuale e per la sua dignità di rango costituzionale (essendo sotteso alla garanzia di pienezza-effettività della tutela), debba rendersi accessibile ai cittadini prima che agli studiosi ed agli operatori del diritto.

1. *Incidenza del 'potere pubblico'*

Secondo la dottrina che (per *communis opinio*) avrebbe maggiormente influito quanto alla stesura della disciplina vigente in punto di determinazione della giurisdizione in discorso, l'oggetto del giudizio amministrativo «è il *potere amministrativo* (inteso come situazione giuridica soggettiva), o, più esattamente, la legittimità degli atti (e dei comportamenti) che ne costituiscono *esercizio*, in funzione della tutela dell'*interesse legittimo* (o, eventualmente, del diritto soggettivo) della (o delle) parte (parti) privata (private): e cioè il *rapporto amministrativo* come dedotto nella (e quindi *nei limiti della*) *domanda giudiziale*. Con il che diventa evidente che il rapporto amministrativo non è (può non essere) dedotto in giudizio nella sua integralità, afferendo l'oggetto del giudizio ai profili di illegittimità dell'esercizio del potere, che, rappresentati (di norma) come vizi del provvedimento che definisce il procedimento, siano stati dedotti con l'atto introduttivo del processo (domanda giudiziale o ricorso)»¹.

Sul versante giurisprudenziale, il medesimo dettato normativo viene inteso nel senso di una conferma (della *causa pendenti* ovvero) della natura della situazione giuridica, soggettiva dedotta in giudizio, quale criterio principale di riparto. Salvo l'accoglimento di due limiti ad una incondizionata estensione della giurisdizione speciale: che si verta sull'esercizio (od il mancato esercizio) del potere pubblico; che la controversia at-

¹ F.G. SCOCA, *Il modello processuale*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, p. 145 s., segn. p. 154. Evidentemente il principale termine di riferimento 'positivo' è rappresentato dall'art. 7, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

PAOLO COTZA, Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni dogmatiche intorno al 'dato positivo' ('oggetto' e 'riparto')

Muovendo da un persistente disagio sul piano operativo, la prospettiva dogmatica (epistemologicamente assistita sul presupposto che l'esercizio discrezionale condivide la medesima natura del circolo ermeneutico) ha ispirato una 'rivisitazione' del dato 'positivo' inerente all'oggetto della giurisdizione amministrativa ed alle implicazioni in punto di 'riparto'. Sono stati coinvolti i concetti di 'potere' in relazione a quello d'interesse pubblico nonché, d'interesse legittimo rispetto a quello di 'diritto soggettivo'. Si è così coltivata la pretesa di avanzare un discorso né esaustivo né (tantomeno) definitivo, ma solo 'di massima' (in una logica operativa di costi/benefici), tenuto conto di certo conflitto fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato. Ciò, nella consapevolezza dei rischi cui si va incontro mirando il principio di 'certezza': sacrificando il criterio rappresentato (non dal rapporto, pur ribaltato, fra potere/cittadino, bensì) dal tipo di situazione giuridica soggettiva (dunque, non meramente funzionale, ma strutturale), come determinato principalmente dall'orientamento della norma (in senso ipotetico-casuistico o consequenzialista), sull'altare di istanze ideologicamente orientate; tali da integrare un'inversione di metodo' (rispetto al compito della giurisdizione), associando il riparto ad obiettivi ulteriori (ispirantisi al principio del 'giusto processo', ma potenzialmente risolvendosi in suo 'abuso'): segnatamente, di 'concentrazione (ragionevole durata) dei giudizi' e di 'effettività della tutela'.

Parole chiave: giurisdizione amministrativa, potere, interesse legittimo.

PAOLO COTZA, On administrative jurisdiction. Dogmatic reflections around the 'positive' datum ('object' and 'allotment')

Starting from a persistent discomfort on the operational level, the dogmatic perspective (epistemologically assisted on the assumption that the discretionary exercise shares the same nature as the hermeneutic circle) has inspired a 'review' of the 'positive' data inherent in the 'object' of administrative jurisdiction and the implications at the point of 'distribution'. The concepts of 'power' in relation to that of 'public interest' as well as 'legitimate interest' compared to that of 'subjective right' were involved. The claim has thus been cultivated to advance a discourse neither exhaustive nor (much less) definitive,

but only 'in principle' (in an operational logic of 'costs / benefits'), taking into account the certain conflict between the Court of Cassation and the Council of State. This, in the awareness of the risks encountered by undermining the principle of 'certainty': sacrificing the criterion represented (not by the relationship, albeit reversed, between power / citizen, but) by the type of subjective legal situation (therefore, not merely functional, but structural), as determined mainly by the orientation of the norm (in a hypothetical-casuistic or consequentialist sense), on the altar of ideologically oriented instances; such as to integrate a 'reversal of method' (with respect to the task of the jurisdiction), associating the division with further objectives (inspired by the principle of 'due process', but potentially resulting in its 'abuse'): in particular, of 'concentration (reasonable duration) of judgments' and 'effectiveness of protection'.

Key words: administrative jurisdiction, power, legitimate interest.

Francesco Salvatore Rea

RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI ENTI RELIGIOSI E RIFORMA DEL TERZO SETTORE*

SOMMARIO: 1. *Impossibile est, quod universitas delinquat*: l'erosione di un dogma? – 2. La responsabilità penale delle *universitates*. Un ausilio teorico dal diritto canonico. – 3. Il d. lgs. 231/2001: profili sostanziali e applicazioni processuali. – 4. Responsabilità penale delle persone giuridiche e universo del *non profit*: un abbinamento plausibile? – 5. Enti religiosi e *accountability* ex d. lgs. 231/2001. Riflessioni a margine di un'una indistinzione tra aspetto fisiologico e patologico. – 6. Ripartizione bilaterale *quoad activitatem* e legittimazione non genomica della responsabilità penale degli enti religiosi nel terzo settore.

1. *Impossibile est, quod universitas delinquat: l'erosione di un dogma?*

Qualunque speculazione scientifica che afferisca all'universo delle persone giuridiche presenta, in linea tendenziale, profili di non semplice trattazione, al punto che in dottrina è stato affermato incisivamente che – a tale riguardo – «nessuna idea affacciata dai giuristi è incontrovertibile»¹; le cose non possono che complicarsi allorché si entri in contatto,

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ In questi termini M. BASILE, A. FALZEA, (voce) *Persona giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 284, ove si evidenzia come «non sia consentito muovere un solo passo nel tenebroso territorio scientifico delle persone giuridiche senza imbattersi in problemi tenacemente dibattuti che rendono incerto il cammino di qualunque studioso». In argomento, cfr. A.M. PUNZI NICOLÒ, (voce) *Persone giuridiche II) diritto canonico*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 3 ss.; P. LOMBARDIA, *Persona jurídica pública y privada en el ordinamiento canónico*, in *Apollinaris*, LXIII (1990), 1-2, p. 137 ss.; G. LO CASTRO, *Persona giuridica nel diritto canonico*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. XIII, Utet, Torino, 1995, p. 420 ss.

da un lato, con l'universo variegato degli enti ecclesiastici² e, dall'altro, con il profilo della responsabilità penale che, tradizionalmente, si fregia dello scudo fornitole dal brocardo secondo cui *'societas delinquere non potest'*³. Tradizionalmente, invero, siffatta elaborazione teorica viene attualizzata nel principio sancito dall'art. 27, comma 1, Cost., afferente al caratte-

² Cfr. A. RANAUDO, *Nascita, organizzazione, capacità ed attività delle persone morali ecclesiastiche*, in *Monitor Ecclesiasticus*, LXXXIX (1964), 2, p. 658, il quale affermava: «Arduo e complesso problema quello della responsabilità degli enti ecclesiastici verso terzi, perché arduo e complesso è l'argomento della responsabilità verso terzi in genere. Le difficoltà naturalmente aumentano quando il problema viene riferito ad enti del tutto speciali quali sono appunto quelli ecclesiastici». In argomento si veda, *ex multis*, A. BETTETINI, *Ente ecclesiastico, beni religiosi e attività di culto*, Giuffrè, Milano, 2019; P. CAVANA, *Gli enti ecclesiastici nel sistema pattizio*, Giappichelli, Torino, 2011²; A. BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici*, Giuffrè, Milano, 2005; M. PARISI, *Gli enti religiosi nella trasformazione dello Stato sociale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004; C. CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato. Profili giurisdizionali*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 375 ss.; A. MANTINEO, *Enti ecclesiastici ed enti non profit. Specificità e convergenze*, Giappichelli, Torino, 2001; A. FUCILLO, *Le nuove frontiere dell'ecclesiasticità degli enti. Struttura e funzione delle associazioni ecclesiastiche*, Jovene, Napoli, 1999; P. FLORIS, *L'ecclesiasticità degli enti ecclesiastici. Standards normativi e modelli giurisprudenziali*, Giappichelli, Torino, 1997; S. BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, il Mulino, Bologna, 1992; T. MAURO, (voce) *Enti ecclesiastici (diritto ecclesiastico)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 1026 ss.; P. PICOZZA, *L'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto*, Giuffrè, Milano, 1992.

³ Secondo A. FIORELLA, (voce) *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1296, «una ragione fondamentale per la quale il principio di personalità della responsabilità penale esclude l'infrazione della pena in senso stretto all'ente collettivo va ravvisata nella necessità di evitare che attraverso l'ente si sanzionino indiscriminatamente tutti coloro che, pur non avendo, come individua persona fisica, realizzato gli estremi dell'imputazione penale, tuttavia subiscano le conseguenze direttamente applicate all'ente collettivo». Sul punto la letteratura è vastissima: si rinvia, *ex plurimis*, a M. ROMANO, «*Societas delinquere non potest*», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXXVIII (1995), 4, p. 1031 ss.; A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, XV (2002), 1, p. 33 ss.; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest. La fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, XV (2002), 2, p. 598 ss.; G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, L (2007), 2, p. 442 ss.

FRANCESCO SALVATORE REA, Criminal Liability of Religious Bodies and Third Sector Reform

The matter of legal persons' criminal liability – if it has always constituted a significant test bed for the general theory of law by virtue of the reluctance to shift the center of gravity of the charge from the single perpetrator of a crime to a *universitas* – presents even greater pitfalls when it intersects with the complex phenomenon of religious entities. And this for two reasons: an internal one, since – with regard to the entities of the Catholic Church – it seems essential to question the contributions that canon law is able to offer related to a reconstruction of the criminal liability of collective entities, noting in this regard how we witnessed, in the 1983 *Codex*, a trend reversal with respect to a long tradition of openness in this sense, while retaining countless traces of a system completely compatible with a theoretical basis unrelated to individual responsibility alone; the other external, as the Italian legislation of reference, d. lgs. 231/2001, also affected by the influence of common law doctrines, prepares precise safeguards aimed at counteracting the phenomenon of the so-called 'corporate crime', particularly through the establishment of control and surveillance bodies.

The interpretative difficulties seem to worsen when the so-called discipline of the 'third sector' – as amended by d. lgs. 117/2017 and subsequent upgrading laws – is added to this already complex context. In this sense, the new denomination of the protagonists, the 'religious' entities, does not seem to help, in compliance with the will of the legislator to blur the reference to institutionally structured confessions, giving more space to those aggregative phenomena linked, in various ways, to religious factor.

This regulatory option therefore requires pursuing a research path oriented to the activity actually carried out by the above-mentioned bodies and to the ways in which it is possible to trace the effects of the commission of offenses to the capital bodies, through the concepts of organic identification and omissive responsibility, in order to channel a renewed concept of accountability within tracks of relevance to the new genetic code of ecclesiastical law, where the delicate intertwining between internal, confessional and treaty regulations is functional to a better effectiveness of criminal protection and, on the contrary, it does not turn into a forge of decontextualized immunity.

Key words: criminal liability, religious bodies, third sector, organic identification, omissive responsibility.

RASSEGNE E NOTE

**SINODALITÀ, *MUNUS LEGIFERANDI*,
SCIENZA CANONISTICA.
LA COMUNITÀ SCIENTIFICA SI
CONFRONTA SU DUE PROPOSTE
DI COSTITUZIONE APOSTOLICA**

(a proposito del Convegno nazionale ADEC *La sinodalità nell'attività normativa della Chiesa. Il contributo della scienza canonistica alla formazione di proposte di legge*, Torino, 3-5 ottobre 2022)

Lo scorso 3-5 ottobre si è tenuto presso l'Università degli Studi di Torino il Convegno nazionale *La sinodalità nell'attività normativa della Chiesa. Il contributo della scienza canonistica alla formazione di proposte di legge*: un momento di incontro e confronto per i cultori dello *ius canonicum* che, nella splendida cornice dell'Aula Magna della Cavallerizza Reale, si sono interrogati su alcune delle tematiche oggi maggiormente dibattute all'interno della Chiesa. Promosso dall'ADEC – Associazione dei docenti universitari della disciplina giuridica del fenomeno religioso – il Convegno si è preposto l'obiettivo di scandagliare il lemma 'sinodalità' nell'ambito delle competenze dei giuristi, dunque in rapporto alla produzione di norme.

Perno su cui ruota il riformismo ecclesiologicalo di Bergoglio nonché luogo di intersezione tra la Chiesa e la società, la sinodalità sembra toccare le questioni cruciali del diritto canonico dopo il Vaticano II, rappresentando un impegnativo banco di prova che suscita non solo grandi speranze, ma anche problemi di applicazione e praticabilità. La prima giornata si avvia con l'intervento del Cardinale Péter Erdő (*La sinodalità nella Chiesa*), il quale getta luce sulla sinodalità come espressione della teocrazia – *rectius* «cristocrazia» – nella costituzione della Chiesa, distinguendola dalla collegialità episcopale e dalla democrazia. Riecheggiando il documento della Commissione Teologica Internazionale del 2 marzo 2018 sul tema della sinodalità, Erdő osserva che essa è partecipazione di tutti

i fedeli all'attività istituzionale, *nuance* speciale del *sensus fidei fidelium* e del *consensus totius Ecclesiae*: questa visione, secondo il Cardinale, ha radici profonde nella filosofia antica e trova un robusto ancoraggio nel concetto di *consensus*, garanzia di unità e *koinonia* tanto della *societas* secolare quanto della comunità ecclesiale.

Nell'ispezionare l'indissolubile legame tra sinodalità e funzione legislativa, il Professor Patrick Valdrini (*Funzione legislativa e sinodalità nel diritto canonico*) decide di incedere su un duplice sentiero di indagine: la sinodalità nella elaborazione di leggi emanate dal Romano Pontefice e dai Vescovi; la sinodalità nelle istituzioni che esplicitano la *communio Episcoporum* ed *Ecclesiarum* (Sinodo dei Vescovi, Concili, Conferenze episcopali, Sinodo diocesano). Rimarcando il difetto di una menzione *expressis verbis* della sinodalità nel *Codex Iuris Canonici* e nel *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, Valdrini specifica che quest'ultima si manifesta come etica di governo strettamente subordinata alla discrezionalità del titolare del potere legislativo.

Muovendosi nell'orizzonte di una nozione di sinodalità come processo dinamico e inclusivo, la Professoressa Carmen Peña García (*La partecipazione dei canonisti nella funzione normativa della Chiesa*) dimostra che la consultazione dei canonisti da parte dell'autorità ecclesiastica può costituire un aiuto prezioso per l'esercizio dell'attività legislativa sotto almeno tre profili: nella preparazione e redazione di norme, nell'aggiornamento di norme obsolete, nelle fasi finali del processo di elaborazione normativa. Nel puntualizzare il fatto che la sinodalità dischiude canali «de escucha» di tutto il popolo di Dio, Peña García rileva come essa sia inscindibilmente congiunta al diritto dei fedeli di «manifestare ai sacri Pastori il loro pensiero su ciò che riguarda il bene della Chiesa» (can. 212 § 3): la sinodalità, in questo senso, è la concretizzazione del principio di «responsabilidad bautismal» quale essenziale intervento dei battezzati nelle funzioni ecclesiali.

Sono invece tre i movimenti su cui si snoda l'intervento del Professor Carlo Fantappiè (*Il ruolo della canonistica laica nella Chiesa e nella cultura giuridica*). Il primo consiste in una fu-