

Nicoletta Sarti

UNA FINESTRA, UN CORTILE, UNA MONACA. UN FAMOSO PASSO MANZONIANO «*SUB SPECULO IURIS*»*

SOMMARIO: Prologo. – 1. Gli atti emulativi nel laboratorio dei glossatori civilisti. Il punto di (ri)partenza. – 2. Le ‘malizie’ dei vicini. – 3. «ad aemulationem et inhonestam considerationem». – Epilogo.

Prologo

Capita talora, nel buio e nel silenzio di qualche veglia notturna, che i meandri della mente liberino fugaci intuizioni, illuminino possibili itinerari rimasti celati alla luce del giorno.

Proprio da un ‘corto circuito’ notturno fra un notissimo passo de *I promessi sposi* e le modulazioni impresse dalla scienza giuridica basso-medievale e moderna alla operatività del divieto degli atti *ad aemulationem*, sono originate queste pagine, materiate di suggestioni e di rivoli di nuova ricerca a margine di un tema che a lungo mi ha impegnato¹.

«Quel lato del monastero era contiguo a una casa abitata da un giovane, scellerato di professione, uno de’ tanti che in que’ tempi, e co’ i loro sgherri e l’alleanze d’altri scellerati, potevano, fino a un certo segno, ridersi della forza pubblica e delle

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Ho raggiunto una stagione della vita nella quale gli studi e le ricerche compiute, le monografie e i saggi che ne hanno costituito gli esiti, rappresentano dei buoni e fidati amici. Convivo ormai da tempo con un serio problema alla vista che ha reso più faticoso – ma non impossibile – il mio cammino di ricercatore ancora appassionato. Generosi come solo i veri amici sanno essere, quei lavori ‘di ieri’ continuano a regalarmi nuove chiavi di lettura e prospettive inesplorate e intriganti: come è accaduto in questo caso. Vd. N. SARTI, «*Inter vicinos praesumitur aemulatio*». *Le dinamiche dei rapporti di vicinato nell’esperienza di diritto comune*, Milano, 2003.

leggi. Il nostro manoscritto lo nomina Egidio, senza parlar del casato. Costui, da una sua fenestrella che dominava un cortiletto di quel quartiere, avendo veduto Gertrude qualche volta passare o girandolar lì, per ozio, allettato anzi che atterrito dai pericoli e dall'empietà dell'impresa, un giorno osò rivolgerle il discorso. La sventurata rispose»².

Negli anni del ginnasio, la figura tragica e contraddittoria della Monaca di Monza affascinava gli adolescenti che eravamo, assai più dell'evanescente Lucia Mondella. La descrizione – di essenziale nitore – del suo primo cedimento alle (bugiarde) fascinazioni del mondo è rimasta viva nella mia memoria, accompagnata dall'eco della voce vibrante di una eccellente insegnante, dotata di naturale talento per la recitazione, che del capolavoro ci fece una lettura quasi integrale³.

Molto tempo è trascorso da quella stagione di formazione. La consuetudine con gli strumenti della ricerca storico-giuridica e l'impegno nei percorsi creativi della *scientia iuris* baso-medievale hanno segnato il mio approccio di lettore manzoniano. Protagonista del fatale episodio non mi pare più l'inquietata Gertrude, bensì la ricorrenza 'diabolica' di due circostanze: la contiguità fra il palazzetto del nobiluomo Egidio e il convento delle monache, nonché la presenza di una 'fenestrel-la' affacciata sul cortile di quest'ultimo.

Se i vocabolari definiscono le finestre come aperture nei muri esterni di un edificio, destinate a dar luce e aria agli ambienti interni e a consentire la vista da questi ultimi verso l'esterno⁴, non rari appaiono i brani letterari che, in ogni epoca, hanno posto l'accento sulla loro inversa attitudine. Quella cioè di essere un tramite fra l'esterno e l'interno, consentendo al-

² A. MANZONI, *I promessi sposi. Storia milanese del secolo XVII scoperta e rifatta*, con un saggio di I. CALVINO, introduzione di G. MEZZANOTTE, Milano, 1990, p. 79.

³ La professoressa Augusta 'Lillina' Condemi ci insegnava Letteratura italiana, Latino, Greco, Storia e Geografia. Eccelleva in ogni materia, ma nella lettura ad alta voce era semplicemente superba. Questo piccolo saggio è dedicato a lei, che mi ha fatto amare per sempre *I promessi sposi*.

⁴ S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, V, Torino, 1967, p. 1033 ss.

NICOLETTA SARTI, Una finestra, un cortile, una monaca. Un famoso passo manzoniano «sub speculo iuris»

Le circostanze del primo, fatale incontro fra la Monaca di Monza e il giovane e sfaccendato nobile Egidio (uno sguardo malizioso e una parola di troppo pronunciata dall'alto di una finestra affacciata sul cortile del convento), si prestano a una rilettura *sub speculo iuris*. Secondo una consolidata *communis opinio* ancora in osservanza nel Seicento, il secolo de *I promessi sposi* manzoniani, quella finestra non doveva esserci o, per meglio dire, avrebbe potuto non esserci se il dante causa fosse stato in grado di dimostrare in giudizio che essa era stata aperta all'esclusivo fine di violare con sguardo malizioso l'intimità della clausura.

Parole chiave: finestra, monaca, atti emulativi.

NICOLETTA SARTI, A window, a courtyard, a nun. A famous Manzoni's passage «sub speculo iuris»

The description of the first, fateful meeting between the Nun of Monza and the young and lazy noble Egidio (a window of Egidio's palace overlooking the courtyard of Matilde's convent), seemed to be liable of a reading in the legal mirror. According to a long-lasting *communis opinio*, which was still in force in the Century (XVIIth) of *I promessi sposi* – the masterpiece of Alessandro Manzoni –, a window like that had not to be there. Or, it is better to say, it ought to have been removed if the litigant proved to the Court that the window had been built for the exclusive and malicious reason of violating the sacred privacy of the nuns.

Key words: window, nun, emulative behaviour.

Elvio Ancona

DANTE POLITICO NEL NOVECENTO. DALLA TEOLOGIA POLITICA ALL'UMANESIMO POLITICO*

*A Federico Talami,
maestro indimenticato*

*ché 'n la mente m'è fitta, e or m'accora,
la cara e buona imagine paterna
di voi quando nel mondo ad ora ad ora
m'insegnavate come l'uom s'eterna
(Inf., XV, 82-85)*

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. La teologia politica contro il dualismo. – 2.1. Il Dante dualista di Kelsen e la nascita della teologia politica. – 2.2. La critica di Gilson al dualismo dantesco. – 3. In difesa del dualismo, contro la teologia politica. – 3.1. Il dualismo dantesco nell'interpretazione neo-agostiniana di Del Noce: una teologia del peccato originale. – 3.2. Il dualismo dantesco secondo il modello neo-agostiniano delle *duae civitates*: dalla teologia politica alla teologia della politica. – 4. Oltre il dualismo, oltre la teologia politica. – 4.1. L'antropocentrismo dantesco. – 4.2. L'umanesimo dantesco secondo Kantorowicz. – 4.3. L'umanesimo dantesco secondo una lettura aperta alla trascendenza. – 5. Postilla del nuovo millennio. L'umanesimo dantesco secondo Papa Francesco.

1. *Prologo*

Appare indubbiamente felice l'intuizione che ha portato i curatori della riedizione italiana dell'opera prima di Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, a sottotitolarla *Una teologia politica per l'Impero*¹. Ritengo infatti che si possa af-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. H. KELSEN, *Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l'Impero*. Presentazione di P.G. MONATERI, Milano-Udine, 2017 (1905) [ristampa di H. KELSEN, *La teoria dello Stato in Dante*, trad. di W. SANGIORGI, Bologna, 1974].

fermare con una certa sicurezza che la monografia pubblicata a Vienna dal giurista praghese nel 1905, all'età di 24 anni, inauguri il dibattito teologico-politico del Novecento.

Dalla lettura di questo saggio risulta immediatamente evidente che per Kelsen la dottrina della monarchia di Dante è una dottrina essenzialmente *teologico-politica*². Come egli sottolinea con forza, soprattutto nel sesto capitolo³, l'argomento di Dante a favore di un'autorità politica mondiale si basa infatti sull'analogia con la signoria universale di Dio. Non stupisce, pertanto, che, pur senza che la chiamasse con questo nome, anche quella di Kelsen si dimostri necessariamente una indagine *teologico-politica*⁴, se non altro per il suo oggetto. Sostiene Kelsen che lo Stato in Dante non è uno Stato di puro diritto, ma che, essendo concepito come «un'immagine dell'ordinamento del mondo celeste», sia un ente avente come supremo compito la realizzazione della felicità terrena dei cittadini, «da fondare con la cultura»⁵. Per Kelsen, dunque, la monarchia dantesca è uno Stato di civiltà o di cultura (*Kulturstaat*), ma sulla base di uno Stato di diritto (*Rechtsstaat*).

Il problema che subito si pone però circa l'assetto e la legittimazione teologica del politico proposta in questo testo è che il *monismo personalista* (riconciliabile ad una soggettività individuale) attribuito a Dante da Kelsen non potrà che essere criticato dallo stesso Kelsen, almeno nel seguito della sua produzione scientifica, proprio in nome dello Stato di diritto e di un ordinamento impersonale del mondo⁶. Il problema, che sarà al centro del dibattito teologico-politico novecentesco, si complica peraltro ulteriormente nel caso di Dante, perché – dobbiamo innanzitutto chiederci – si può veramente considerare corretta questa attribuzione di *monismo* nei suoi confronti? Forse che Dante deve essere collocato nella linea di pensiero che porterà alla teologia politica schmittiana? Come spie-

² Insiste particolarmente sul punto P.G. MONATERI, *Presentazione. Kelsen e Dante, oltre Schmitt?*, in H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 7-15, a p. 10.

³ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 112 ss.

⁴ Lo rileva ancora P.G. MONATERI, *Presentazione*, cit., p. 11.

⁵ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 104.

⁶ Cfr. in proposito P.G. MONATERI, *Presentazione*, cit., p. 15.

ELVIO ANCONA, Dante politico nel Novecento. Dalla teologia politica all'umanesimo politico

Il presente saggio si propone di considerare la presenza di Dante nel '900 con particolare riguardo alla sua rilevanza per il dibattito teologico-politico, nel senso tecnico di quest'espressione.

Il percorso seguito parte dal confronto tra le tesi di Kelsen e Gilson, accomunate nella critica al dualismo politico dantesco dal punto di vista di una prospettiva teologico-politica monistica, e tuttavia opposte nel rivendicare la supremazia rispettivamente del potere temporale e del potere spirituale, prosegue considerando la difesa che, viceversa, dell'equilibrio dantesco dei poteri viene sviluppata negli scritti di Augusto Del Noce e, sotto altri profili, questa volta in aperto contrasto con il monismo teologico-politico, da Massimo Borghesi, si conclude con il superamento del dibattito sulla teologia politica dantesca, per approdare ad una visione antropocentrica di cui il Fiorentino risulta essere più plausibilmente fautore, che per un verso è stata declinata nell'interpretazione umanistica, a base immanentista, di Ernst Hartwig Kantorowicz, e, per altro verso, in una concezione, aperta alla trascendenza, di cui la Lettera Apostolica di Papa Francesco, *Candor lucis aeternae*, fornisce la più recente attestazione.

Parole chiave: Dante, monismo, due poteri, teologia politica, umanesimo politico.

ELVIO ANCONA, Dante Political Thinker in the 1900s. From Political Theology to Political Humanism

This essay aims to consider the presence of Dante's political thought in the 20th century, with regard to its importance in the theological-political debate, in the strict sense of the terms.

The path followed starts from a comparison between the theses of Hans Kelsen and Étienne Gilson, that share the criticism of Dante's political dualism from the point of view of a monistic conception, while are in contrast in claiming the supremacy of temporal and spiritual power respectively. The study continues with the defence of Dante's balance of two powers that is developed in the writings of Augusto Del Noce and, in other respects, this time in sharp contrast to the theological-political monism, in those ones of Massimo Borghesi. Finally, it is highlighted the overcoming of the debate on Dante's political theology, in favour of an anthropocentric perspective of which the great Florentine appears more probably to be the promoter. This Dante's anthropocentrism, on the one hand, found expression in the humanistic interpretation, immanence-based, of Ernst Hartwig Kantorowicz, on the other hand, in a conception open to transcendence that has its latest attestation in the Apostolic Letter *Candor lucis aeternae*.

Key words: Dante, political theology, monism, two powers, political humanism.

Lea Querzola

PROVA TESTIMONIALE E PROFILI PSICOLOGICI DELLA MEMORIA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La memoria. – 3. La memoria come elaborazione delle informazioni. – 4. Gli schemi, ovvero i nostri organizzatori mentali. – 5. Il ricordo. – 6. Dimenticare. – 7. Il processo di ricostruzione del ricordo. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Lo studioso del processo, normalmente, si avvicina all'istituto della prova per testimoni con uno sguardo giuridico, com'è peraltro naturale che sia; e tuttavia, non occorre essere neuroscienziati per intuire come, al di là delle regole di diritto (che conosciamo e che in questo studio vorrei lasciare sullo sfondo), questo istituto giuridico di diritto processuale consista, sia condizionato, dipenda, da una serie di meccanismi che, col diritto, hanno poco o nulla a che fare¹.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Nella sterminata bibliografia in tema di prova testimoniale, ricordo qui *ex multis*, F.L. WELLMAN, *The art of cross examination*, New York, 1957; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1959, p. 130 ss.; M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 729 ss.; L.P. COMOGGIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 41 ss.; S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di analisi comparata della prova per testimoni*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, I, p. 382 ss.; V. BORGHINI, *Contributo pratico della filosofia allo studio della prova testimoniale*, in *Temì romana*, 1988, p. 29 ss.; T. PADOA SCHIOPPA, *Unus testis nullus testis. Note sulla scomparsa di una regola processuale*, in *Studia ghisleriana*, Pavia, VI, 1967, p. 334 ss.; F. CORDOPATRI, *Contributo allo studio della testimonianza nel processo civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1972, p. 103 ss.; E. PROFETA, *La prova testimoniale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 391 ss.; L. LAUDISA, voce *Prova testimoniale (dir. proc.*

Lo spiega bene in uno dei suoi romanzi un ex magistrato che di audizioni e di prove testimoniali assai ne ha raccolte. Celeberrimo è il racconto sul quale mi permetto di indugiare con alcune righe. La scena è quella di un processo per omicidio volontario; durante l'esame, il testimone risponde sempre con estrema esattezza alle domande del p.m. («quando ha visto l'ultima volta gli imputati?» «il 5 marzo 1994», «dove?» «in viale Mazzini», «a che ora?» «alle 19.54»); venuto il turno del controesame dell'avvocato difensore degli imputati, egli crede che risulterà molto facile far crollare la solidità di questa testimonianza, precisa fino all'eccesso e dunque, egli pensa, poco attendibile. Pertanto, inizia a incalzarlo, «lei non dice mai mi sembra di ricordare, mi pare, non dice mai attorno alle ore oppure poco prima di o poco dopo, ma addirittura 19.54, com'è possibile ricordare un orario al minuto?»; e qui arriva la risposta che non ti aspetti e che, lungi dal far crollare la testimonianza che si voleva distruggere, la rende più forte che mai: «vede, avvocato, io giro sempre con una agendina. Quando noto qualcosa di interessante prendo un appunto su questa agendina. Segno sempre l'orario in questi miei appunti». Non pago, l'avvocato chiede al teste se vuole mostrare questa agendina, sperando che non esista e si tratti di un artificio retorico; «certo» è la risposta, che segna la condanna degli imputati alla pena per il delitto commesso allorquando il teste estrae dalla propria tasca l'agendina in questione mostrandola ai giudici².

Gli avvocati sanno bene che il ricorso alla prova per testimoni presenta sempre margini di incertezza, ciò che è alla base della nota – quanto non corretta – prassi, di 'rinfrescare' la memoria al teste prima che questi venga a deporre in udienza; va da sé che l'altrettanto nota prassi prevista dal nostro codice di rito civile, per cui il giudice rivolge al testimone le domande

civ.), in *Enc. giur. Trecc.*, XXV, Roma, 1991, c. 6 ss.; P. MARZOCCHI, *La prova testimoniale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 410 ss.

² V. G. CAROFIGLIO, *L'arte del dubbio*, Palermo, 2007, p. 109 ss.; questo è, ad avviso dell'A., un esempio di 'errore fatale' che non deve commettere chi pone le domande al testimone, secondo il noto insegnamento per il quale, nel processo, quando si pone una domanda occorre essere sicuri della risposta, altrimenti è meglio soprassedere.

Abstract

LEA QUERZOLA, Prova testimoniale e profili psicologici della memoria

Il contributo intende considerare il ruolo dei processi psicologici e mentali rispetto alla prova testimoniale nel giudizio; processi dei quali è essenziale che il giudice abbia consapevolezza nel momento della valutazione delle prove.

Parole chiave: prova testimoniale, processi psicologici, valutazione della prova.

LEA QUERZOLA, Oral witness and memory psychological processes

The paper examines the role of mental and psychological processes in judicial witness evidence; it is fundamental that judges are aware of these processes when evaluating evidences.

Key words: oral evidences, psychological processes, evaluation.

Francesco Godano

LE PRATICHE CRIMINALI E LA LORO ‘SISTEMATICITÀ’. *DEFENSIO ANTE TORTURAM E DEFENSIO ANTE CONDEMNATIONEM* NELLA CRIMINALISTICA ITALIANA FRA XIII E XVI SECOLO*

SOMMARIO: 1. Le *pratiche criminali* e la loro ‘architettura pragmatica’. – 2. Processo inquisitorio e difesa processuale nel diritto comune. – 3. *Defensio ante torturam e defensio ante condemnationem*: la lenta costruzione di un istituto giuridico. – 3.1. Una *quaestio* emerge dalla prassi giudiziaria: Alberto da Gandino. – 3.2. Definizione di una normativa processuale: Angelo Gambiglioni. – 3.3. Collocare un istituto nell’*iter* del processo: Ippolito Marsili. – 3.4. Una sequenza processuale unitaria: Giulio Claro. – 3.5. Una precisazione importante: Prospero Farinacci. – 4. Alcune considerazioni conclusive: la ricerca dell’ordine prima del ‘sistema’.

1. *Le pratiche criminali e la loro ‘architettura pragmatica’*

In queste pagine vorrei presentare alcuni risultati delle ricerche che ho svolto sul metodo e sulla struttura delle c.d. *pratiche criminali*, le opere più caratteristiche della scienza penalistica italiana di diritto comune fra il tardo medioevo e l’età moderna. Tratterò in particolare del contributo che tali opere offrono alla costruzione della dogmatica penalistica, esponendo alcuni tratti evolutivi della fase difensiva del processo, per come vengono sviluppati in alcune *pratiche* italiane ricomprese fra XIV e XVI secolo.

La letteratura intermedia dedicata all’esposizione complessiva della normativa penalistica presenta un carattere composito, differenziandosi per la struttura, per le fonti utilizzate, per l’ispirazione globale. Pur nella loro varietà, le ope-

* Contributo sottoposto a valutazione.

re oggetto di questa riflessione si caratterizzano per la comune funzione essenziale, quella di illustrare le regole del diritto e del processo penale nell'ottica della loro applicazione concreta, seguendo lo svolgimento effettivo del processo nei suoi tratti essenziali. Per tale motivo, sono oggi generalmente considerate un genere letterario unitario, denominato appunto *'pratiche criminali'*¹.

Solo in tempi recenti, sull'onda di una rinnovata attenzione per il fenomeno penale, questi prodotti letterari sono stati oggetto di indagine specifica da parte della storiografia²; i

¹ L. GARLATI, *Per una storia del processo penale: le Pratiche criminali*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 2016, LXXXIX, pp. 61-109, spec. pp. 73-74; M.N. MILETTI, *Le pratiche criminali di Pietro Follero. Giustizia e poteri nel Mezzogiorno italiano del Cinquecento*, in *Burocrazia, poder político y justicia. Libro-homenaje de amigos del profesor José María García Marín*, eds. M. TORRES AGUILAR, M. PINO ABAD, Madrid, 2015, pp. 496-98. Occorre precisare che tale considerazione unitaria, se non vedo male, è per lo più 'pensata' dalla storiografia in relazione alle pratiche di età moderna, oggetto di maggiore attenzione negli ultimi anni, tenendo come 'modello', come metro di misura, le opere della fase matura, cinquecentesca di questo genere (L. GARLATI, *Per una storia*, cit., p. 77; M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. FIORAVANTI, Roma-Bari, 2002, p. 173, nt. 4). Per quanto riguarda i 'precedenti' medievali (fine XIII-XV sec.), più spesso denominati *tractatus*, gli storici ne rilevano sovente le differenze rispetto al genere maturo (Id., «Lex delictum facit». *Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Atti del convegno (Udine, 12-13 aprile 2002), a cura di M. CAVINA, Udine, 2004, p. 106, nt. 30); tuttavia, nello svolgimento delle ricerche queste fonti medievali sono di norma utilizzate in maniera omogenea rispetto alle fonti mature (al 'modello'), senza che se ne proponga una classificazione letteraria distinta.

² L. GARLATI, *Per una storia*, cit., p. 75. Sulla letteratura storiografica relativa alle *pratiche criminali* si vedano: G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura criminale nel Tractatus de maleficiis di Angelo Gambiglioni*, Padova, 1976; G.P. MASSETTO, *La prassi giuridica lombarda nell'opera di Giulio Claro (1525-1575)*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques. Actes du Colloque de Montpellier, 12-14 décembre 1977*, Milano, 1979, pp. 491-546; Id., *I reati nell'opera di Giulio Claro*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 45, 1979, pp. 328-503 (entrambi ora in Id., *Saggi di storia del diritto penale lombardo (Secc. XVI-XVIII)*, Milano, 1994); G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, 1979; M. SBRICCOLI, «Vidi communiter observari». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 27, 1998, pp. 231-268; Id., *Giustizia criminale*, cit.,

FRANCESCO GODANO, Le pratiche criminali e la loro ‘sistematicità’. *Defensio ante torturam* e *defensio ante condemnationem* nella criminalistica italiana fra XIII e XVI secolo

L'articolo esamina il carattere ‘sistematico’ della dottrina criminalistica di *ius commune* alla luce della normativa difensiva esposta nelle principali *pratiche criminali* italiane fra XIII e XVI secolo. Nelle pieghe dello svolgimento casistico e pragmatico, si mostra la progressiva costruzione, in tali opere, degli istituti della *defensio ante torturam* e della *defensio ante condemnationem* nel processo inquisitorio: la loro elaborazione concettuale e normativa, la loro collocazione in un *ordo iudicii* coerente e definito nella struttura espositiva. In conclusione, si propone un confronto fra la ‘ricerca dell’ordine’ che emerge nelle fonti illustrate e l’idea moderna di ‘sistematica’, evidenziando il contributo delle *pratiche criminali* alla costruzione della difesa come strumento procedurale di garanzia.

Parole chiave: pratiche criminali, sistematica, difesa *ante torturam*, difesa *ante condemnationem*, *ordo iudicii*.

FRANCESCO GODANO, The System-oriented Features of the *practicae criminales*. *Defensio ante torturam* and *defensio ante condemnationem* in Italian Criminal Law Scholarship (13th-16th Century)

The article examines the ‘system-oriented’ features of the *ius commune* criminal law scholarship, in the light of judicial defense rules found in the main Italian *practicae criminales* between 13th and 16th century. In the creases of a case-based and pragmatic doctrinal technique, I describe the progressive shaping of *defensio ante torturam* and *defensio ante condemnationem* in these works, their conceptual and normative definition, their placement in a well-defined *ordo iudicii* and a clear literary structure. Lastly, I propose a comparison between the ‘quest for legal order’ emerging from these sources and the modern-age idea of ‘systemic approach’, highlighting the contribution of the *practicae criminales* to the building of judicial defense as a procedural tool of legal guarantee.

Key words: criminal law scholarship, *practicae criminales*, systemic approach, judicial defense, *ordo iudicii*.

Francesca Mollo

LA RESPONSABILITÀ IN AMBITO SANITARIO IN TEMPO DI PANDEMIA DA COVID-19*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La responsabilità delle strutture sanitarie. – 3. La responsabilità degli esercenti la professione sanitaria ai tempi del Coronavirus. – 4. L'infortunio per Covid-19 e la sicurezza del personale sul luogo di lavoro. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Occorre in primo luogo sottolineare come la pandemia da Sars-Covid19 abbia già avuto un notevole impatto sul diritto positivo, in una prospettiva civilistica, attraverso gli interventi operati dal legislatore dell'emergenza su alcune norme contenute nel codice civile, nei codici di settore e nelle leggi speciali¹.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Si vedano, in una prospettiva civilistica: l'art. 88 (commi 2, 3 e 4) D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27, in relazione all'art. 1463 c.c. con riferimento al «rimborso dei contratti di soggiorno e risoluzione dei contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura»; l'art. 91 D.L. n. 18 del 2020 in relazione agli artt. 1218 e 1223 c.c.; l'art. 2, comma 3, D.L. 8 marzo 2020, n. 11 in relazione a prescrizioni e decadenze; l'art. 6, comma 1 e l'art. 122 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in relazione alle limitazioni per legge del diritto di proprietà (requisizione); l'art. 103, c. 2-ter D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in relazione al contratto di appalto (proroga della durata e deroga: art. 1665 c.c.); l'art. 125 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in tema di contratto di assicurazione con riferimento agli artt. 170 bis, comma 1 e 148 commi, 1 e 2 del codice delle assicurazioni private); l'art. 56 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in tema di accesso al credito delle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di Covid-19; l'art. 26 del D.L. 2 marzo 2020, n. 9, in tema di estensione del fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa; l'art. 10, comma 5 D.L. n. 9/2020, in tema di sospensione dei termini di diritto sostanziale con riferimento ai titoli di credi-

Essa ha posto e porrà il giurista di fronte a nuovi interrogativi sugli effetti in termini di responsabilità delle strutture e degli esercenti le professioni sanitarie², nonché sulle assicu-

to, costituzione in «pegno rotativo» di «prodotti agricoli e alimentari d'origine protetta o a indicazione geografica protetta, inclusi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose» introdotte in sede di conversione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19* (c.d. decreto 'cura Italia'), con Legge 24 aprile 2020, n. 27; l'art. 4 D.L. 8 aprile 2020, n. 23, in tema di forma del contratto in ambito bancario con riferimento all'art. 117 TUB; l'art. 14 D.L. 9 marzo 2020, n. 14 (poi rifiuto nell'art. 17-bis del d.d.l. di conversione del D.L. n. 18 del 2020) e l'art. 17 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in tema di protezione dei dati personali; gli art. 5 ss. D.L. 8 aprile 2020, n. 23, conv. con L. 5 giugno 2020, n. 40, in tema di crisi d'impresa. In tema di società cfr. l'art. 106 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con L. 24 aprile 2020, n. 27, in relazione agli artt. 2364 comma 2, 2478-bis, comma 1, 2370, comma 4, 2479, comma 4 e 2375, comma 1 c.c.; l'art. 6, D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, in relazione agli artt. 2446 commi 2 e 3, 2447, 2482-bis, commi 4, 5 e 6, 2482-ter, 2484, comma 1 n. 4 e 2545-duodecies c.c. in tema di riduzione del capitale sociale; l'art. 7, D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, in relazione all'art. 2423-bis in tema di redazione del bilancio; l'art. 6 D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, in relazione agli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c., in tema di licenziamento del lavoratore; l'art. 46 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in tema di licenziamento del lavoratore in relazione alla L. 15 luglio 1966, n. 604 e all'art. 18, comma 10, della L. 20 maggio 1970, n. 300 e succ. mod.; gli artt. 19-22-quinquies D.L. 17 marzo, n. 18, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27, in tema di cassa integrazione e ammortizzatori sociali.

² Si vedano, sul punto, U. RUFFOLO, *La responsabilità medica-le responsabilità mediche nell'emergenza sanitaria*, in *Giur. It.*, 2021, 2, p. 456 ss.; A. BANA, C. PAGELLA, F. ROSADA, *Riflessioni sulla responsabilità medica nel contesto Covid-19: spunti di diritto civile e penale a confronto*, in *Ris. Danno Resp.*, 2020; M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in *Riv. Resp. Med.*, 9 aprile 2020; G. CASCELLA, G. BARI-LE, *Riflessioni sull'incidenza del c.d. "COVID-19" sulla responsabilità medica*, in *Ris. Danno Resp.*, 28 maggio 2020; G. COMANDÈ, *La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus... e dopo*, in *Danno e Resp.*, 2020, 3, p. 297 ss.; L. DE PANFILIS, S. TANZI, M. COSTANTINI, *Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l'etica medica e le cure palliative ai tempi del Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1S, p. 447 ss.; C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, *ibidem*, p. 441 ss.; G. FACCI, *Covid 19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria*, in *Giustiziacivile.com*, 6 maggio 2020; M.

FRANCESCA MOLLO, La responsabilità in ambito sanitario in tempo di pandemia da Covid-19

L'articolo analizza i profili di responsabilità in ambito sanitario emersi in relazione all'emergenza sanitaria da Covid-19, dapprima sotto il profilo della responsabilità della struttura sanitaria, anche alla luce della più recente evoluzione normativa. In secondo luogo affronta il tema della responsabilità del personale sanitario, tenendo conto degli orientamenti giurisprudenziali in materia. Infine si occupa del tema degli infortuni sul lavoro dei sanitari nel contesto della pandemia da SARS-CoV-2, analizzando i profili di maggiore interesse in tema.

Parole chiave: responsabilità medica, colpa medica, responsabilità struttura sanitaria, legge Gelli-Bianco, Covid-19, pandemia, emergenza sanitaria.

FRANCESCA MOLLO, Responsibility in health care in times of a Covid-19 pandemic

The article analyzes the profiles of responsibility in the health sector that emerged in relation to the health emergency from Covid-19, first in terms of the responsibility of the health facility, also in light of the most recent regulatory evolution. Secondly, it deals with the issue of the responsibility of healthcare personnel, taking into account the jurisprudential guidelines on the subject. Finally, it deals with the issue of occupational accidents of health professionals in the context of the SARS-CoV-2 pandemic, analyzing the profiles of greatest interest in the subject.

Key words: medical liability, medical fault, health facility responsibility, Gelli-Bianco law, Covid-19, pandemic, sanitary emergency.

Claudio Gentile

LA RATIFICA E L'ADEGUAMENTO DELLE INTESE TRA ITALIA E SANTA SEDE IN MATERIA DI ASSISTENZA SPIRITUALE ALLE FORZE ARMATE, DI COMUNICAZIONE ALL'AUTORITÀ ECCLESIASTICA DEI PROCEDIMENTI PENALI E DI ASSUNZIONE DELLE TESTIMONIANZE DEI CARDINALI. PRIME CONSIDERAZIONI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'Intesa tra Italia e Santa Sede sull'assistenza spirituale alle Forze armate. – 3. Gli accordi del 2006 e del 2008.

1. Introduzione

Nella Gazzetta Ufficiale n. 121 del 22 maggio 2021 è stata pubblicata la Legge 22 aprile 2021, n. 70¹, che autorizza il Presidente della Repubblica a ratificare lo Scambio di Lettere tra la Repubblica italiana e la Santa Sede sull'assistenza spirituale delle Forze armate avvenuto il 13 febbraio 2018. Il provvedimento normativo adegua contestualmente l'ordinamento interno ai contenuti dell'Intesa² e dà esecuzione ad ulteriori due obblighi internazionali assunti dall'Italia con la Santa Sede, nel 2006 e nel 2008, in materia di informazione alle autorità ecclesiastiche sull'avvio del procedimento penale che riguarda un ecclesiastico o un religioso cattolico e di assunzione della testimonianza di cardinali.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ *Ratifica ed esecuzione dello Scambio di Lettere tra la Repubblica italiana e la Santa Sede sull'assistenza spirituale alle Forze armate, fatta a Roma e nella Città del Vaticano il 13 febbraio 2018, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno ad obbligazioni internazionali contratte con la Santa Sede.*

² Lo Scambio di Lettere è stato pubblicato anche in *Acta Apostolicae Sedis*, 113 (2021), *numerus specialis*, pp. 98-112. L'accordo è entrato in vigore il 16 novembre 2021. Cfr. Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, Comunicato, in Gazzetta Ufficiale n. 273 del 16 novembre 2021.

2. *L'Intesa tra Italia e Santa Sede sull'assistenza spirituale alle Forze armate*

2.1. L'esigenza di provvedere alla cura spirituale dei militari ha origini antichissime³. Per fermarci a tempi più recenti ed all'Italia unita la figura del cappellano militare fu introdotta ufficialmente nel Regno d'Italia, derogando alla legislazione separatista dell'epoca, agli albori della Prima guerra mondiale con una circolare del Generale Cadorna del 12 aprile 1915⁴. Il governo italiano e la Santa Sede, benché non avessero ancora sottoscritto alcuna convenzione, si accordarono, inoltre, informalmente per l'istituzione del Vescovo di campo⁵. Dopo gli eventi della Grande Guerra e nuove trattative tra lo Stato e la Chiesa, la Sacra Congregazione Concistoriale eresse l'Ordinariato castrense per l'Italia con decreto del 6 marzo 1925. Nonostante l'ostracismo degli alti gradi militari, la Legge n. 417 del 1926⁶ istituì un contingente permanente di cappellani militari in tempo di pace, circoscrivendo però la loro presenza a ospedali e carceri militari⁷.

³ Cfr., *ex multis*, F.A. PUGLIESE, *La cura castrense*, Torino, 1943; G. BONI, *La canonizzazione dei santi combattenti nella storia della Chiesa*, Città del Vaticano, 2012.

⁴ Vd. R. MOROZZO DELLA ROCCA, *La fede e la guerra. Cappellani militari e prestì soldato (1915-1919)*, Udine, 2015²; B. BRIENZA, *Istituzioni religiose-militari e assistenza spirituale dalla Grande Guerra alla globalizzazione degli scenari internazionali*, in *EuroStudium*^{3W}, aprile-giugno 2019, n. 51, pp. 119-139; A. DE OTO, *I cappellani militari italiani nella prima guerra mondiale*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 151 (2019), pp. 267-283.

⁵ Cfr. Decreto luogotenenziale 27 giugno 1915, n. 1022.

⁶ Legge 11 marzo 1926, n. 417 recante *Istituzione di un ruolo unico di cappellani militari per il servizio religioso nel Regio esercito, nella Regia marina e nella Regia aeronautica*.

⁷ Per un approfondimento cfr., *ex multis*, F. FONTANA, *Croce e armi. L'assistenza spirituale alle forze armate italiane in pace e in guerra (1915-1955)*, Torino, 1956; P. CONSORTI, *Ordinario militare*, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Roma, 1990; E. CAVATERRA, *Sacerdoti in grigioverde: storia dell'ordinariato militare italiano*, Milano, 1993; F. VECCHI, *Ordinario militare*, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, *Aggiornamento*, t. X, Roma, 2006; L. BARBERO, C. RE, *Ordinario militare in Italia. Diocesi dei Militari*, in *Le diocesi d'Italia*, I, diretto da L. MEZZADRI, M. TAGLIAFERRI, E. GUERRIERO, Cinisello Balsamo, 2007, pp. 273-278.

CLAUDIO GENTILE, La ratifica e l'adeguamento delle Intese tra Italia e Santa Sede in materia di assistenza spirituale alle Forze armate, di comunicazione all'autorità ecclesiastica dei procedimenti penali e di assunzione delle testimonianze dei cardinali. Prime considerazioni

Con la Legge n. 70/2021 l'Italia ha proceduto ad adeguare l'ordinamento interno a tre accordi sottoscritti negli anni con la Santa Sede a conclusione di lavori di altrettante Commissioni Paritetiche. La più recente e più importante delle tre intese riguarda la prima disciplina pattizia sull'assistenza spirituale delle Forze armate; la seconda la procedura di comunicazione alle autorità ecclesiastiche competenti dei procedimenti penali a carico di ecclesiastici; la terza sulle modalità di escussione testimoniale dei cardinali. Il testo offre un commento e delle prime considerazioni sul provvedimento.

Parole chiave: Intesa, assistenza spirituale, Forze Armate, informazione sui procedimenti penali, testimonianza dei cardinali.

CLAUDIO GENTILE, Ratification and adaptation of the Agreements between Italy and the Holy See regarding spiritual assistance to the Armed Forces, communication to the ecclesiastical authority of criminal proceedings and the taking of testimonies by cardinals. First considerations

With Law n. 70/2021 Italy has proceeded to adapt its own internal order to three agreements signed over the years with the Holy See at the conclusion of the work of three Joint Commissions. The most recent and most important of the three agreements concerns the first factual discipline on the spiritual assistance of the Armed Forces; the second on the procedure of communication to the competent ecclesiastical authorities of criminal proceedings against ecclesiastics; the third on the modalities of dispensation of cardinals from testifying. The text offers a commentary and initial considerations on the measure.

Key words: understanding, spiritual assistance, Armed Forces, information on criminal proceedings; testimony of cardinals.

Enrico Giarnieri

SPECIFICITÀ DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEGLI ORDINAMENTI CANONICO E VATICANO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I contenuti del principio di legalità nell’ordinamento canonico. – 2.1. La riserva di legge. – 2.2. L’irretroattività della legge penale. – 2.3. Il divieto di analogia. – 2.4. La tassatività della legge penale. – 3. Tracce normative del principio di legalità nel diritto vaticano. – 4. Tracce giurisprudenziali della specificità del principio di legalità nel diritto vaticano. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Le peculiari connotazioni del principio di legalità¹ nell’ambito dell’ordinamento giuridico vaticano² possono

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ In ordine al principio di legalità in generale la letteratura è sterminata, ma preme in questa sede richiamare, per la loro significatività, i seguenti studi: G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1965, p. 493; M. SINISCALCO, “Ratio” di “certezza” e “ratio” di “garanzia” nella riserva di legge dell’art. 25 comma 2 della Costituzione, in *Giurisprudenza costituzionale*, XIV, 1969, p. 992; A. PAGLIARO, *Legge penale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, p. 1040; G. MARINI, “Nullum crimen sine lege”, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, p. 950; M. BOSCARRELLI, “Nullum crimen sine lege”, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, p. 1; F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, Torino, 1993, p. 338; G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro italiano*, CXXIII, 2000, V, c. 137; F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cassazione penale*, XLV, 2005, I, p. 277 ss.; Id., *Legalità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, IV, Milano, 2006, p. 3373 ss.; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007, p. 49; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Percorsi manuali e Studi*, Milano, 2008, pp. 5-13; S. FOIS, G. GUARINO, *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010, pp. 383-487; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, pp. 3-23; S. ALEO, E. LANZA, *Il sistema penale*, Milano, 2016, pp. 33-36; G. SPANGHER, *Ragionamenti sul processo penale*, Milano, 2018, pp. 9-15; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, pp. 21-26; B. ROMANO, *Diritto penale*, Milano, 2020, pp. 91-99; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2021, pp. 45-47.

² Cfr. B. MARRO, *Il principio di legalità nell’ordinamento vaticano*, in *Il diritto ecclesiastico*, CXVIII, 2007, I, pp. 354-355, che rileva come «È chiaro [...]

essere comprese soltanto alla luce del diritto canonico, che costituisce «la prima fonte normativa e il primo criterio di riferimento interpretativo»³ di tale ordinamento⁴. Quello

che se negli ordinamenti secolari il principio del *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* è destinato ad oscillare tra l'esigenza di certezza e l'esigenza di giustizia, tra la garanzia della libertà individuale e l'istanza della difesa sociale; nel diritto penale canonico si assiste a qualcosa di diverso poiché esso non può essere applicato in modo rigoroso dovendosi sempre misurare con gli altri principi che informano l'ordinamento della Chiesa, primo fra tutti quello della *salus animarum*»; D. DI GIORGIO, *Il principio di legalità nel sistema delle fonti dello Stato della Città del Vaticano*, in *Ius Ecclesiae*, XX, 2008, p. 255, secondo il quale «L'inserimento nell'ordinamento vaticano del principio di legalità non può non passare attraverso l'ordinamento canonico».

³ L'espressione è contenuta nel testo dell'art. 1 n. 1 della Legge n. LXXI del 2008 sulle fonti del diritto vaticano: cfr. BENEDETTO XVI, *Legge sulle fonti del diritto*, n. LXXI, 1° ottobre 2008, in *Acta Apostolicae Sedis Supplemento*, LXXIX, 2008, pp. 65-70. Questa legge, entrata in vigore il 1° gennaio 2009, sostituisce integralmente la Legge n. II di uguale denominazione promulgata *motu proprio* da PIO XI il 7 giugno 1929, *ivi*, I, 1929, pp. 5-13.

⁴ Sul diritto canonico nell'ordinamento vaticano cfr. G. DALLA TORRE, *L'ordinamento giuridico vaticano e il diritto canonico*, in *Winfred Schulz in memoriam. Schriften aus Kanonistik und Staatskirchenrecht*, a cura di C. MIRABELLI, G. FELICIANI, C.G. FÜRST, H. PREE, Francoforte sul Meno, 1999, pp. 157-172; G. BONI, *Recenti evoluzioni dell'ordinamento giuridico vaticano: in particolare i rapporti con l'ordinamento canonico*, in *Santa Sede e Stato della Città del Vaticano nel nuovo contesto internazionale (1929-2019)*, a cura di M. CARNI, Roma, 2019, p. 31 ss., la quale a p. 36 in particolare argomenta sul tema molto lucidamente nei seguenti termini: «Del pari il rapporto tra ordinamento vaticano e ordinamento canonico, tra diritto vaticano e diritto canonico rispecchia e deve rispecchiare fedelmente lo stesso nesso strumentale: come si erige uno 'Stato simbolico' con una 'territorialità evanescente' che nondimeno spalleggia una 'sovranità reale', così il neonato diritto vaticano, partorito in tempi veloci con tratti di scultorea concisione e snellezza, non è mai stato deliberatamente 'alimentato' troppo, potendo contare d'altronde su quello *ius canonicum* che, anche e soprattutto nella sua 'componente divina', da sempre ne impersona quasi la nutrice generosa, impregnandolo e plasmandolo in foggia tale da non lasciare scoperta alcuna fessura». Occorre, inoltre, sottolineare al riguardo che l'ordinamento giuridico vaticano, pur riconoscendo nel diritto canonico la prima fonte normativa, non è l'ordinamento canonico né coincide con quest'ultimo. Si tratta, invece, di un ordinamento secolare, *rectius* un ordinamento statale, nel cui alveo il diritto canonico, a differenza di quanto avviene negli altri ordinamenti statali, non ha vigenza per singole materie, ma nella sua totalità, anche se nei limiti della sua applicabilità in fatto. A completamento di quanto detto va altresì aggiunto che «Nell'ordinamento giuridico dello S.C.V. il diritto canonico si pone quale *fonte diretta* e integrativa del

ENRICO GIARNIERI, Specificità del principio di legalità negli ordinamenti canonico e vaticano

Il contributo prende in esame le peculiarità che connotano il principio di legalità nell'ordinamento giuridico vaticano. La disamina pone come fondamentale fonte normativa di comparazione il diritto canonico e i relativi canoni di riferimento, che specificano la legalità nel prisma dei principi e delle strutture costitutivi della comunità ecclesiale. Quindi, l'attenzione viene spostata intorno alle ripercussioni giuridiche che il principio di legalità canonica veicola all'interno del diritto vaticano, dal punto di vista sia sostanziale sia procedurale, attraverso anche un richiamo a rilevanti arresti giurisprudenziali. In tal modo i corollari della riserva di legge, della irretroattività e tassatività della legge penale, nonché del divieto di analogia si plasmano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico vaticano, alla luce dei contenuti specifici del diritto canonico, che hanno come orizzonte ultimo il punire per salvare le anime e redimere i fedeli dal peccato.

Parole chiave: principio di legalità, ordinamento vaticano, diritto canonico, riserva di legge, analogia, irretroattività, tassatività, equità.

ENRICO GIARNIERI, The Peculiarity of the Principle of Legality in Canon and Vatican Law

This contribution examines the peculiar nature of the principle of legality in the vatican legal system. As a fundamental normative source for comparison, the discussion proposes canon law and the relative canons, which specify legality within the prism of the principles and constitutive structures of the ecclesial community. Thus, special attention is given to the juridical repercussions that the principle of legality drives within vatican law, from a substantial and procedural point of view, pausing even for some relevant jurisprudential points. In this way, the corollaries of *riserva di legge*, nonretroactivity, and the compulsory nature of penal law, as well as the prohibition against analogy, come to shape in the context of the vatican legal system, in light of the specific content of canon law, that have as a final horizon the principles of punish to save souls and to redeem the faithful from sin.

Key words: principle of legality, vatican legal system, canon law, *riserva di legge*, analogy, nonretroactivity, compulsory, equity.

Paolo Mammola

ASSEGNO NON TRASFERIBILE E CONTATTO SOCIALE QUALIFICATO: UNA RASSEGNA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA (PARTE I)*

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una indagine. – 2. Responsabilità della banca *ex* art. 43, r.d. 1736/1933. – 3. Le Sezioni unite n. 12477 del 2018. – 4. Rilievi di politica del diritto e di metodo.

1. *Le ragioni di una indagine*

Attraverso il presente scritto, ci si prefigge di contribuire a sottoporre a verifica¹ – facendone emergere i presupposti teorici – la statuizione (nel 2018), da parte della Suprema Corte di Cassazione, del ricorso al paradigma del contatto sociale qualificato (*rectius*, alla categoria dogmatica di matrice primariamente dottrinale della obbligazione senza prestazione²): in particolare, vertendosi del fatto cambiario³ del pagamento

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Con maestria e nitore dogmatico esemplari, Carlo Castronovo ha ritenuto di dover assolvere al compito di vagliare se fattispecie di affidamento (ulteriori rispetto a quella della responsabilità precontrattuale) possano generare obblighi tra parti, cui non possa attribuirsi la qualifica di debitore e creditore con obbligo di prestazione, né abbiano per necessario contenuto la stipulazione di un contratto: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 546.

² Ossia, contatto sociale – teleologicamente ordinato a uno scopo – quale fonte di affidamento, da cui, in virtù della buona fede, originano obblighi di protezione e che sia frutto della generalizzazione del rapporto precontrattuale nato dalle trattative (e, in quanto tale, divenuto obbligazione senza prestazione): C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 545, nota 74.

³ Cfr. P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito. Documenti circolanti, circolazione intermediata e password*, Torino, 2012, p. 147, secondo cui l'apposizione della clausola di non trasferibilità esclude l'applicazione del diritto cartolare, in quanto annulla il necessario requisito documentale della variabilità del destinatario della prestazione; nondimeno, non sarebbe esclu-

della banca trattaria (ovvero negoziatrice) di assegno non trasferibile.

La disamina contempla un dibattito – lungo, affrontato da insigni Autori (tanto civilisti che giuscommercialisti⁴), on-

sa l'applicazione del diritto cambiario residuo: ossia, quella partizione del diritto cambiario che non riguarda – il contenuto coincidendo, così, col diritto cartolare comune (cioè, quello dettato dal codice civile) – la circolazione del titolo. L'Autore sostiene non costituire tutto il diritto cambiario diritto cartolare; ma, al contempo, che il diritto cambiario è subordinato alla confezione di un idoneo documento: vale a dire, anche nella ipotesi in cui la circolazione sia negata dall'apposizione di clausola di non trasferibilità.

Per G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2012¹³, p. 835, benché sia dubbio – anzi, dai più negato – che accanto alla obbligazione cambiaria del traente vi sia una obbligazione extracambiaria della banca (nei confronti del prenditore), tuttavia, gli è che (*ivi*, p. 843) «il pagamento dell'assegno è [...] un fatto cambiario [enfasi aggiunta], anche se non è cambiaria l'obbligazione della banca» con l'effetto di essere regolato non già dai principi comuni, bensì dai principi cambiari.

⁴ La materia esposta è attraversata da un circolo ermeneutico, la dottrina avendo anticipato (o accompagnato) la enucleazione degli argomenti fondanti i diversi orientamenti giurisprudenziali emersi.

Anteriormente al 1958 [Cass., 24 ottobre 1952, in *Banca borsa tit. cred.*, 1953, II, p. 116; Cass., 2 luglio 1953, in *Banca borsa tit. cred.*, 1954, II, p. 150; Cass., 8 maggio 1956, in *Banca borsa tit. cred.*, 1956, II, p. 316], la giurisprudenza si richiamava alla disciplina generale in materia di titoli di credito: segnatamente, l'art. 1992 comma 2, c.c.

Spettò alla Suprema Corte – sentenza del 7 ottobre 1958, n. 3133, in *Foro it.*, 1959, I, c. 73; in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1839, con nota a favore di L. BIANCHI D'ESPINOSA; e in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, II, p. 299, con nota contraria di L. BUTTARO – mutare orientamento, con l'affermazione che, vertendosi di assegno non trasferibile, la banca pagasse sempre a proprio rischio e pericolo.

La tesi della responsabilità fondata sulla colpa muove – Corte di Cassazione, con sentenza n. 2360 del 1968 [Cass. 9 luglio del 1968, n. 2360, cit., in *Foro it.*, 1969, I, c. 121, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1774, con nota critica di G. GUALTIERI; in *Banca borsa tit. cred.*, 1968, II, p. 495, con nota adesiva di G. MOLLE; e in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, p. 332 ss., con nota favorevole di A. SCIALOJA] – dalla interpretazione dell'art. 43, comma 2 l. ass., quale norma esclusivamente riferentesi alla legittimazione cartolare, in quanto l'accento è posto sulla locuzione «persona diversa dal prenditore».

La riflessione dottrinale induce la Suprema Corte, con sentenza n. 1098 del 1999 [Cass., 9 febbraio 1999, n. 1098, in *Foro it.*, 1999, I, c. 799, con nota di L. LAMBO, *Appunti sulla responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile al falso legittimato*; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3021, con nota di A. SCHERMI, *Assegno non trasferibile e responsabilità del banchiere*], ad un ritorno alla tesi della responsabilità oggettiva. La Cassazione ritiene la

PAOLO MAMMOLA, Assegno non trasferibile e contatto sociale qualificato: una rassegna di dottrina e giurisprudenza (Parte I)

La disamina degli arresti giurisprudenziali – non solo di legittimità – concernenti l'interpretazione dell'art. 43, l. ass. (r.d. 1736/1933) costituisce l'elemento di base, onde far emergere la posizione della dottrina in tema, che vede – in un circolo ermeneutico – il coinvolgimento della teorica dei titoli di credito, nonché della responsabilità – variamente configurata – della banca-*solvens* negoziatrice/girataria per l'incasso, fino alla sua qualificazione in termini di c.d. contatto sociale qualificato. La prima parte del contributo si sforza altresì di non tralasciare minime considerazioni di fondo di ordine metodologico.

Parole chiave: assegno non trasferibile, contatto sociale qualificato, responsabilità della banca per pagamento di assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore, diligenza nella identificazione del presentatore, controllo di ragionevolezza.

PAOLO MAMMOLA, Non-transferable Cheques and Social Contact Liability: a Survey of Legal Doctrine and Jurisprudence (Part I)

The nature of the bank's liability – for the case of payment to somebody else from the bearer of a non-transferable cheque – is a main topic: indeed, the Italian Supreme Court of Cassation and the legal literature have been discussing about that for decades. This first part of the contribution also deals with relevant methodological issues.

Key words: non-transferable cheque, social contact liability, diligence in banking, legal theory, reasonableness.

Paolo Costa

**UN CONSTITUTUM O UN'EXPROMISSIO
NELL'EPISTULA AD PHILEMONEM?
UNA NOTA ESEGETICA TRA
RECHTSGESCHICHTE E
WIRKUNGSGESCHICHTE***

SOMMARIO: 1. Recenti esegesi romanistiche di *Ep.Philem.* 18-19. – 2. *Ep.Philem.* 18-19: le letture degli umanisti e della 'scuola elegante' olandese. – 3. Una proposta di esegesi storico-giuridica di *Ep.Philem.* 18-19.

1. *Recenti esegesi romanistiche di Ep.Philem. 18-19*

Potest tamen hodie constitutum contrahi per epistulam. Vide Pauli Epistulam ad Philemonem. Così scrive Denis Godefroy¹ nel suo commento alla locuzione *solemnibus verbis* contenuta in C. 4.18.2.1 (a. 531) e riferita da Giustiniano al rigore formale caratterizzante l'*actio recepticia*. Con questo provvedimento l'imperatore abolì l'azione a tutela del *receptum argentarii* e contestualmente estese l'ambito di applicazione dell'*actio de pecunia constituta*, semplificando le modalità di conclusione del *constitutum debiti*². In modo coerente, Gode-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Si veda la nota *ad locum* di Godefroy nella sua edizione del *Corpus Iuris Civilis* pubblicata a Ginevra nel 1583. Nell'edizione consultata, cfr. *Corpus Iuris Civilis Romani in quo Institutiones, Digesta ad Codicem Florentinum emendata, Codex et Novellae nec non Justiniani Edicta ... cum notis integris Dionysii Gothofredi quibus accesserunt Francisci Modii ...*, II, Coloniae Munatianae, 1790, p. 153, nt. 18.

² Su questo provvedimento giustiniano da ultimo, cfr. F. MATTIOLI, *Giustiniano, gli argentarii e le loro attività negoziali*, Bologna, 2019, p. 32 ss.; M. PEDONE, *Per argentarium solvere. Ricerche sul receptum argentarii*, Torino, 2020, p. 109 ss.; T. BOLTE, *Pecunia constituta. Erfüllungszusage und Konstitutsklage im römischen Recht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Köln, 2020, p. 375 ss.

froy, nella sua nota a un frammento del titolo del Digesto dedicato a questo negozio (Scaev. 5 *resp.* D. 13.5.26), appunta: *Formulam constituendae pecuniae observa. Sic Paulus Epist. ad Philemonem, v. 18. 19*³.

Le espressioni di Paolo di Tarso richiamate da Godefroy sono le seguenti: εἰ δὲ τι ἠδίκησέν σε ἢ ὀφείλει, τοῦτο ἐμοὶ ἐλλόγα. / ἐγὼ Παῦλος ἔγραψα τῆ ἐμῇ χειρὶ, ἐγὼ ἀποτίσω (*Ep.Philem.* 18-19ab). L'apostolo, che si trova agli 'arresti domiciliari' probabilmente a Roma intorno al 60 d.C.⁴, scrive a Filemone, *dominus* del *servus* Onesimo⁵, che, se quest'ultimo ha commesso al-

³ Cfr. *Corpus Iuris Civilis Romani... cum notis integris Dionysii Gothofredi...*, I, Coloniae Munatiana, 1790, p. 294, nt. 50.

⁴ Sulle diverse ipotesi circa il luogo e la data della redazione, da ultimo, cfr. A. PITTA, *Lettera a Filemone. Nuova versione, introduzione e commento*, Milano, 2021, p. 16 ss., che suggerisce, con buoni argomenti, di collocare la redazione della lettera a Filemone, un benestante cristiano di Colosse, durante il periodo di *custodia* di Paolo a Roma noto da *Act.Ap.* 28. Era già l'ipotesi autorevolmente sostenuta da M. SORDI, *Paolo a Filemone o della schiavitù*, Milano, 1987, p. 13 ss.

⁵ La precisa identificazione dello *status* giuridico di Onesimo è una *vexata quaestio* in dottrina. L'ipotesi 'tradizionale', sostenuta fin dai primi commenti alla lettera di Giovanni Crisostomo (*PG* 62.701 ss.) e di Girolamo (*CChSL* 77C), è che si tratti di un *servus fugitivus* rimandato al padrone con una lettera di accompagnamento. I notevoli problemi di verisimiglianza di questa ipotesi – a partire dall'implausibilità di rapporti tra un soggetto detenuto e uno schiavo in tale situazione irregolare e dalla improponibilità concreta di una richiesta di *manumissio* nel caso di una fuga – hanno indotto gli esegeti a suggerire altre ipotesi. Presento di séguito le principali voci di un dibattito che non si può porre a tema in questo contributo; ai nostri fini è sufficiente l'assunzione del generico stato di *servus* di Onesimo (cfr. *Ep.Philem.* 16), sul quale vi è accordo nella dottrina ampiamente maggioritaria. Un'importante contestazione all'ipotesi 'tradizionale' viene da P. LAMPE, *Keine 'Sklavenflucht' des Onesimus*, in *ZNW* 76, 1985, p. 135 ss.; Id., *Der Brief an Philemon*, in *Die Briefe an die Philipper, Thessalonicher und an Philemon*, a cura di N. WALTER, E. REINMUTH, P. LAMPE, Göttingen, 1998, p. 206 s., il quale – assimilando la fattispecie al caso descritto in *Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D. 21.1.17.4* – ritiene che Onesimo fosse un *erro*, sottrattosi alle percosse del padrone e rifugiatosi presso un *amicus domini* per chiederne l'intercessione. Con qualche riserva e variazione accedono a tale lettura B.M. RAPSKE, *The Prisoner Paul in the Eyes of Onesimus*, in *NTS*, 37, 1991, p. 187 ss.; M. WOLTER, *Der Brief an die Kolosser. Der Brief an Philemon*, Gütersloh-Würzburg, 1993, p. 229 ss.; H. HÜBNER, *An Philemon. An die Kolosser. An die Epheser*, Tübingen, 1997, p. 25 ss.; J.D.G. DUNN, *The Epistles to the Colossians and to Philemon*, Carlisle, 1996, p. 301 ss.; P. ARZT-GRABNER, *Philemon*, Göttingen, 2003, p. 234 ss.; K. WENGST,

PAOLO COSTA, Un *constitutum* o un'*expromissio* nell'*Epistula ad Philemonem*? Una nota esegetica tra *Rechtsgeschichte* e *Wirkungsgeschichte*

Ep.Philem. 18-19 presenta la promessa di Paolo di Tarso di assumere su di sé le eventuali obbligazioni dello schiavo Onesimo verso il suo *dominus*. Alcuni romanisti hanno interpretato questo impegno come la conclusione di un *constitutum debiti alieni*. L'autore – considerando anche l'ampio dibattito sul tema verificatosi tra i giuristi della scuola culta e della c.d. scuola elegante olandese – suggerisce che si tratti piuttosto di una promessa di novazione delle obbligazioni di Onesimo (una *expromissio*).

Parole chiave: *Epistula ad Philemonem*, *Constitutum debiti*, *Novatio*, *Expromissio*, Scuola elegante olandese.

PAOLO COSTA, A *constitutum* or an *expromissio* in the *Epistula ad Philemonem*? An exegetical note between *Rechtsgeschichte* and *Wirkungsgeschichte*

Ep.Philem. 18-19 presents the promise of Paul of Tarsus to take upon himself the potential obligations of the slave Onesimus towards his *dominus*. Some Romanists have interpreted this promise as the conclusion of a *constitutum debiti alieni*. The author – considering also the wide debate on the matter among the jurists of *scuola culta* and of 'Dutch Elegant School' – suggests that it is rather a promise of novation of Onesimus' obligations (an *expromissio*).

Key words: *Epistula ad Philemonem*, *Constitutum debiti*, *Novatio*, *Expromissio*, Dutch Elegant School.