

INDICE N. 2/2023

ELENA MARELLI	1
Il legato avente ad oggetto un'eredità devoluta al testatore	
GIOVANBATTISTA GRECO	21
Eteronormazione ed autonormazione nella disciplina di giochi e scommesse: una modernità antica?	
CRISTINA GIACHI	68
Vico e i <i>libri de iure</i> . Considerazioni minime.	
GIUSEPPE MORO	85
Il limite della funzione logica nello studio dei concetti giuridici. Note sul rapporto tra Kelsen e Cassirer	
GIANDOMENICO DODARO	104
Aldo Moro e l'insegnamento del diritto penale come "pedagogia democratica". La dimensione costituzionale della dottrina morotea nelle <i>Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale</i>	
SEBASTIANO COSTA	132
Appunti sul diritto di informazione e di consultazione della documentazione sociale del socio di s.r.l.	

SEZIONE MONOGRAFICA

Presentazione	149
NATALIIA IAKYMCHUK, HALYNA ANDRUSHCHENKO, OKSANA VAITSEKHOVSKA, LEONID HRYTSAIENKO, OLEG RADCHENKO	152
Analysis of the legal regulation problems in the budget system of Ukraine	
IRYNA KOMARNYTSKAA, NATALIYA ZABOLOTNAA, MYKHAILO PARASIUKA	173

Prevention offences in the tax area with the help of remedies and principles of the administrative law

IHOR KOVBAS, MYKOLA KOVAL, IRYNA PETROVSKA, PAVLO KRAINII, YULIIA KOTSAN-OLYNETS 192
Problematic aspects of regulatory consolidation of administrative legal personality of public councils

VOLODYMYR NAHNYBIDA, ZHANNA CHORNA, SVITLANA LOZINSKA, ROKSOLANA IVANOVA, MARYNA BORYSLAVSKA 206
Freedom of contract as a fundamental principle of Ukrainian and EU contract law

TERNAVSKA VIKTORIIA, KOLODIY ANATOLIY, PROKHORENKO MYKHAILO, PETRENKO DIANA 226
Legislative policy of the state and the role of parliamentary committees in its formation

NATALIIA V. VOROTINA, OLEG KOVAL, VALERII VOROTIN, VASYL PRODANYK, ANDRII SHYNKAROV 247
Legal foundations and features of public administration in the budgetary sphere in Ukraine and abroad

VOLODYMYR ZAVERUKHA, VOLODYMYR ZAROSYLO, OLEKSANDR KAPLYA, VOLODYMYR GROKHOLSKYI, ANATOLIY PODOLYAKA 263
Administration of the process of rule-making activity in some countries of the European Union and Ukraine: A comparative analysis

ELENA MARELLI *

Il legato avente ad oggetto un'eredità devoluta al testatore**

English title: *The legatum concerning inheritances devolved to the testator*

Sommario: 1. Premessa – 2. La fattispecie – 3. Le fonti – 3.1. D. 32.29.2 – 3.2. D. 31.88.2 – 3.3. D. 32.34.2 – 3.4. D. 31.76.1 – 3.5. D. 31.77.19 – 4. Conclusioni

DOI: 10.26350/18277942_000111

1. Premessa

Il diritto successorio romano conosce disposizioni testamentarie a titolo particolare aventi ad oggetto *universitates*, vale a dire complessi di beni (*universitates rerum*) o pluralità di rapporti giuridici attivi e passivi aventi una destinazione unitaria (*universitates iuris*)¹. Nella prima categoria rientrano, ad esempio, i legati di *instrumenta* e il legato di gregge², mentre

* Università degli Studi di Bergamo (elena.marelli@unibg.it).

** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Come noto, la distinzione tra *universitas iuris* e *universitas rerum* (o *facti*) è frutto dell'elaborazione dogmatica dei giuristi medievali; la dottrina prevalente, tuttavia, ammette che i giuristi romani, pur non arrivando mai a teorizzarla concettualmente, conoscessero e utilizzassero la nozione di *universitas*. Sul punto si rinvia alle conclusioni di R. SIRACUSA, *La nozione di «universitas» in diritto romano*, Milano, 2016, pp. 123-124: “la nozione di ‘*universitas*’ non viene utilizzata dunque come strumento dogmatico per qualificare delle fattispecie e regolarne il regime, in quanto i giuristi non ne avvertirono il bisogno, ma piuttosto per descriverlo empiricamente nella sua essenza, giungendo per tale via a spiegare e a giustificare la disciplina che è loro intrinseca. Si tratterebbe dunque di una nozione empirica tratta dal linguaggio comune, che non diventa un concetto giuridico perché i giuristi non elaborano sulla sua base un nuovo regime, in quanto invece già esistente, ma semplicemente lo giustificano e tramite essa lo delineano meglio; in altre parole, una nozione meramente descrittiva, che nulla ha da spartire con l'astrattezza che le viene attribuita da quella parte della dottrina che si schiera contro la classicità dell'*universitas*”.

² v. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, 2^a ed., *Parte speciale. Successione ab intestato, successione testamentaria*, Milano, 1963, pp. 271-285 e p. 302.

nella seconda possono essere annoverati il legato di peculio³, il legato di dote⁴ e il *legatum partitionis*⁵.

Come è stato autorevolmente rilevato⁶, pur essendo tali disposizioni testamentarie accomunate dalla (più o meno rilevante) complessità del loro oggetto, non è possibile desumere dalle fonti, senza con ciò travisare l'approccio casistico dei *prudentes*, una dottrina generale del "legato di *universitas*".

Ad ogni modo, ferme le peculiarità delle singole fattispecie, può osservarsi come in tutte le ipotesi in cui oggetto del legato è una *universitas* la disposizione – anche in ossequio al modo in cui il testatore se l'è rappresentata – sia sempre considerata unica: non siamo cioè in presenza di tanti legati quante sono le *res* che compongono la *universitas*.

In sede di ricostruzione degli effetti della disposizione, tuttavia, tale considerazione unitaria, da un lato, non si spinge sino a considerare il legato "come avente per obbietto una entità che trascenda le singole cose componenti"⁷ e, dall'altro lato, specialmente nel caso delle *universitates (iuris)* che si compongono di elementi eterogenei (*res corporales*, crediti e debiti), "non arriva fino al punto da ammettere che il legatario subentri per effetto del legato in quella situazione complessiva"⁸.

A motivo del contenuto eterogeneo della *universitas*, infatti, ferma l'unitarietà del legato, gli effetti sono modulati in considerazione della natura delle diverse entità patrimoniali che la compongono. Conseguentemente, a prescindere dalla tipologia di legato adottata dal testatore, gli (eventuali) effetti reali potranno esplicarsi solo in ordine alle *res corporales*, mentre per tutte le altre entità non suscettibili di *vindicatio* (e, dunque, per i crediti e i debiti) si produrranno meri effetti obbligatori. I rapporti di debito-credito inerenti alla *universitas* possono infatti "trasmettersi" al legatario solo a mezzo di apposite *stipulationes* da convenirsi con l'onere; *stipulationes* alla conclusione delle quali, evidentemente, a motivo della natura del lascito, onerato ed onorato

³ v. P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., vol. II, pp. 333-337.

⁴ v. P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., vol. II, pp. 325-326 e B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano, 1943, pp. 453-456.

⁵ v. P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., vol. II, pp. 343-344 e B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 442-445.

⁶ Cfr. B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 446.

⁷ B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 446.

⁸ B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 447.

saranno entrambi obbligati⁹. Di fatto, dunque, l'acquisizione al patrimonio del legatario degli elementi patrimoniali della *universitas* diversi dalle *res corporales* avviene *inter vivos* dall'onerato, il quale, nella sua qualità di successore a titolo universale del testatore, è automaticamente subentrato in tutti i debiti e i crediti ereditari, inclusi quelli riferibili alla *universitas* legata.

Individuati i caratteri generali dell'istituto, concentriamoci ora sui legati aventi ad oggetto una specifica *universitas*: l'eredità¹⁰. Al riguardo, occorre innanzitutto rilevare che, nella casistica esaminata dalle fonti, tali legati hanno quasi sempre ad oggetto la *hereditas* del testatore: il testatore, infatti, può legare a un soggetto diverso dall'erede una quota del suo patrimonio (*legatum partitionis*). Il legato d'eredità – che in quanto tale non fa acquisire al suo beneficiario la qualifica di erede – obbliga l'onerato

⁹ In questo senso, con riguardo, in particolare, al legato avente ad oggetto una *hereditas*, si esprime S. CUGIA, *Spunti storici e dottrinali sull'alienazione dell'eredità*, in AA.VV. *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, vol. I, Milano, 1939, p. 523. Secondo l'A, l'erede ha il diritto di pretendere dal legatario la conclusione delle *stipulationes* e può utilizzare la *exceptio doli* quale “mezzo di coazione indiretto [...] per ottenere dal legatario l'obbligazione dell'accoglienza dei debiti e dell'assunzione in genere della legittimazione passiva”. L'*exceptio doli*, infatti, consente all'erede di opporsi, paralizzandola, “all'*actio incerti ex testamento* qualora il legatario richiedesse il legato senza avere ancora concluso la *restipulatio*”. Aderendo a tale ricostruzione si deve ritenere che il legatario possa parimenti pretendere la conclusione delle *stipulationes* valendosi dell'azione concessagli per esigere l'adempimento del legato, ossia l'*actio ex testamento*.

¹⁰ L'evoluzione che avrebbe portato la giurisprudenza romana a qualificare l'eredità come *universitas* è stata oggetto, nel secolo scorso, di un vivace dibattito dottrinale; al riguardo v. P. BONFANTE, *La «successio in universum ius» e l'«universitas»*, in P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, vol. I, *Famiglia e successione*, Torino, 1916 [rist. anast., Torino, 1926], pp. 250-306 [già in AA.VV., *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, vol. I, Milano, 1905, pp. 531-577], P. BONFANTE, *La formazione scolastica della dottrina dell'«universitas»*, in P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, cit., pp. 307-323 [già in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di scienze e lettere*, 2 s., 39 (1906), pp. 277-283], G. BORTOLUCCI, *La eredità come universitas. Risposta ad un critico*, in *BIDR*, 43 (1935), pp. 128-138 e B. BIONDI, *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane*, in *BIDR*, 60-61 (1957-1958), pp. 1-59 [ora in B. BIONDI, *Scritti giuridici*, vol. III, *Diritto Romano. Diritto Privato*, Milano, 1965, pp. 119-176]. Oggi la dottrina prevalente ammette che i *prudentes*, pur senza aver elaborato teoricamente la categoria della *universitas* – categoria dogmatica che, come si è detto (vedi nt. 1), ha origini medioevali –, intendessero come tale la *hereditas*, ravvisando in essa un'entità separata e distinta rispetto agli elementi che la compongono. In questo senso, ad esempio: D. 50.16.208 Afr. 4 *quaest.*: ‘*Bonorum*’ *appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat*.

a trasferire (*pro parte*) all'onorato i beni ereditari e obbliga entrambi a regolare con apposite *stipulationes* (cd. *partis et pro parte*) la sorte, nei rapporti interni, dei crediti e dei debiti ereditari: l'erede si obbliga a trasferire al legatario i crediti ereditari in proporzione alla quota legata e, nella medesima proporzione, il legatario si obbliga a tenere indenne l'erede per i debiti ereditari, così che '*et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit*' (Gai 2.254).

Accanto alle fonti in materia di *legatum partitionis*, però, si rinvencono nella compilazione anche alcuni testi che esaminano legati aventi ad oggetto una *hereditas* diversa da quella del testatore e, in particolare, un'eredità devoluta al testatore stesso. Tali testi, probabilmente anche a motivo della loro collocazione sparsa, sono stati scarsamente esaminati dalla dottrina romanistica¹¹. La sola eccezione è rappresentata da Stanislao Cugia, il quale, studiando le *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, analizza gli atti dispositivi della *hereditas* diversi dalla vendita ed individua i passi della compilazione che contemplanò la possibilità per il testatore di disporre a titolo particolare di un'eredità devoluta a sé medesimo¹².

Raccogliendo le suggestioni di quello studio, il presente contributo si propone di esaminare le fonti in materia di legati aventi ad oggetto un'eredità devoluta al testatore¹³, al fine, ove possibile, di ricostruirne la disciplina.

2. La fattispecie

Il legato con il quale il testatore dispone di un'eredità ricevuta in vita intende realizzare il risultato pratico di far subentrare l'onorato nella

¹¹ In particolare, i passi in questione – che saranno commentati nelle pagine che seguono – sono menzionati solo incidentalmente nei trattati di diritto successorio e sono esaminati dalla dottrina in studi non finalizzati *ex professo* alla ricostruzione della disciplina del legato d'eredità.

¹² Cfr. S. CUGIA, *Spunti*, cit., pp. 513-544 e, in particolare, pp. 519-523 [= S. CUGIA, *Corso di diritto romano. La nozione della cessione del credito e dell'azione*, Milano, 1939, pp. 125-131].

¹³ Rilevo incidentalmente che, pur essendo la fattispecie astrattamente configurabile, non è conservato nella compilazione alcun testo che esamini un legato avente ad oggetto un'eredità devoluta all'onorato. Le riflessioni che saranno svolte, tuttavia, potrebbero applicarsi anche a tale fattispecie.

posizione spettante all'erede della *hereditas* legata¹⁴; posizione che, al momento della *testamenti factio*¹⁵, compete al testatore (e, all'apertura della successione, competerà all'erede istituito).

Tuttavia, stante l'intrasmissibilità della vocazione ereditaria e l'indisponibilità della qualità di erede già acquisita¹⁶, non potendo il testatore legare il *ius heredis* in quanto tale, la finalità di cui sopra può raggiungersi solo in via mediata, facendo acquisire al legatario il contenuto economico del *ius heredis*, vale a dire la variazione prodottasi nel patrimonio dell'erede per effetto dei rapporti giuridici dei quali è divenuto titolare in conseguenza del suo *status*.

Affinché il contenuto economico del *ius heredis* possa dirsi acquisito al patrimonio del legatario, occorre che a quest'ultimo siano trasferiti tutti gli elementi attivi dell'eredità legata e, al contempo, che sia posto a suo carico il peso delle passività ad essa inerenti. Tuttavia, per effetto del legato, l'onorato può direttamente acquistare (dal testatore) la sola titolarità dei beni ereditari, ma non può subentrare nei rapporti obbligatori riferibili al patrimonio ereditario, i quali – così come la legittimazione processuale alle

¹⁴ Adottando una fortunata espressione ulpiana (in materia di *hereditatis venditio*), si può dire che il legatario, così come l'acquirente dell'eredità, deve '*vicem heredis optinere*' (D. 18.4.2.18).

¹⁵ Pur nel silenzio delle fonti, è evidente che la disposizione presupponga l'accettazione (mediante *cretio* o *pro herede gestio*) da parte del testatore dell'eredità legata. Per l'ipotesi in cui il testatore, al momento della *testamenti factio*, rivesta solamente la qualità di chiamato all'eredità, è ragionevole ipotizzare che, laddove tale qualità permanga sino al momento di apertura della successione, la disposizione testamentaria, in quanto inequivocabilmente significativa della volontà di accettare l'eredità, possa valere a fargli assumere in quel momento – sia pure per un solo istante logico – la qualifica di erede.

¹⁶ Si tratta di due principi centrali del diritto successorio romano, i quali, tuttavia, non sono oggetto di espressa enunciazione da parte delle fonti. L'intrasmissibilità della vocazione ereditaria si ricava, con un argomento *a fortiori*, dall'inesistenza, fino all'età giustiniana, dell'istituto della trasmissione: se la vocazione ereditaria non può trasmettersi *mortis causa* indipendentemente dalla volontà dei soggetti coinvolti, a maggior ragione non può ammettersene né la cessione *inter vivos*, né la disposizione per atto di ultima volontà. Sul punto, v. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. I, 2^a ed., *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967, pp. 506-512. Quanto invece all'indisponibilità della qualità di erede – principio sintetizzato dai giuristi medievali nel noto brocardo '*semel heres, semper heres*' –, la dottrina ne ravvisa il fondamento in un brano di Gaio (D. 28.5.89) e in un frammento di Ulpiano (D. 4.4.7.10). Sul punto, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. I, 2^a ed., *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, § 162, p. 688, nt. 29: "unröm. >*semel heres, semper heres*<, wohl nach Gai D. 28, 5, 89".

relative azioni – continuano a competere all’onerato, in qualità di successore a titolo universale del testatore (e, quindi, del di lui dante causa).

Come sopra anticipato, dunque, ferma l’unicità della disposizione, la natura composita ed eterogenea dell’oggetto del legato impone *quoad effectum* un trattamento differenziato per le diverse entità patrimoniali che compongono la *hereditas* e, in particolare, rende necessario un negozio *inter vivos* tra onerato ed onorato che regoli la spettanza dei crediti e dei debiti ereditari, nonché della legittimazione attiva e passiva alle relative azioni.

Tale negozio – sulla scorta di argomenti testuali che emergeranno dall’esame delle fonti – pare doversi individuare nelle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, ossia nell’antico contratto verbale elaborato dalla giurisprudenza per realizzare la vendita dell’eredità¹⁷ e utilizzato per dare esecuzione al fedecomesso universale¹⁸. Del resto, non può passare inosservata l’evidente similitudine tra la posizione del legatario dell’eredità, da un lato, e quella dell’*hereditatis emptor* e del fedecommissario universale, dall’altro: il primo, infatti, al pari degli altri due, è l’avente causa di una (peculiare) successione a titolo particolare avente ad oggetto una *hereditas*.

Alla luce di tale similitudine, peraltro, pare lecito, nel condurre l’esegesi delle fonti, adottare quale traccia per la ricostruzione della disciplina del legato in esame i principi che ispirano le norme in materia di vendita dell’eredità.

3. Le fonti

¹⁷ Sulle *stipulationes emptae et venditae hereditatis* mi permetto di rinviare a E. MARELLI, *La compravendita dell’eredità in diritto romano*, Torino, 2020, pp. 12-21, e alla bibliografia *ivi* richiamata.

¹⁸ Come noto, sino all’emanazione del *Senatus consultum Trebellianum*, il trasferimento dell’eredità dall’erede al fedecommissario avveniva attraverso una vendita ‘*nummo uno*’, realizzata, come ci tramanda Gaio (*Gai* 2.252-257), ricorrendo alle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. Il contratto verbale, prima di essere definitivamente superato dalla disciplina giustiniana, tornò ad essere utilizzato dopo l’emanazione del *Senatus consultum Pegasianum* nelle ipotesi in cui all’erede fosse chiesto di *restituere ‘plus quam dodrantem hereditatis’*.

Si rinvennero nel Digesto cinque frammenti – uno riconducibile a Labeone, due a Cervidio Scevola e due a Papiniano – che commentano legati aventi ad oggetto un’eredità devoluta al testatore; tutti i frammenti riportano integralmente il testo della disposizione commentata.

3.1. D. 32.29.2

Il primo frammento è tratto dai *libri posteriores* di Labeone epitomati da Giavoleno¹⁹:

D. 32.29.2 Labeo 2 post. a Iav. epitom.: *Cum ita legatum esset: ‘Quanta pecunia ex hereditate Titii ad me pervenit, tantam pecuniam heres meus Seiae dato’, id legatum putat Labeo, quod acceptum in tabulis suis ex ea hereditate testator rettulisset: ceterum negat cavendum heredi a legatario, si quid forte postea eius hereditatis nomine heres damnatus esset. Ego contra puto, quia non potest videri*

¹⁹ Il passo è analizzato principalmente dagli Autori che si sono occupati della trasmissione dell’epitome di Giavoleno ai *libri posteriores* di Labeone; in particolare, v. S. DI PAOLA, *L’opera di Giavoleno Prisco sui Libri Posteriores di Labeone*, in *BIDR*, n.s., 8-9 (1947), pp. 277-332, F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961 (specialmente, pp. 257 ss.) e, più recentemente, F.B.J. WUBBE, *Javolenus contra Labeonem*, in AA.VV., *Satura R. Feenstra oblata*, Fribourg, 1985, pp. 95-115, C. KOHLHAAS, *Die Überlieferung der ‘libri posteriores’ des Antistius Labeo*, Pfaffenweiler, 1986 (specialmente, pp. 99-102) e D. MANTOVANI, *Sull’origine dei ‘libri posteriores’ di Labeone*, in *Labeo*, 34 (1988), pp. 271-322 (specialmente, p. 303, nt. 84). Secondo F.B.J. WUBBE, *Javolenus*, cit., pp. 98-99 (in particolare, nt. 19), che sul punto riprende F. Schulz, il frammento in esame è tra quelli che “malgré leur inscription «Labeo etc.» appartiennent à la version-Javolène”, cioè a quell’insieme di testi nei quali Giavoleno riporta l’opinione di Labeone (spesso introdotta da ‘*Labeo ait*’) e talvolta di altri giuristi, per aggiungere in conclusione la propria. A sostegno di tale ricostruzione, l’A. (p. 104) osserva che – come già rilevato da F. BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 4 (1820), p. 323, nt. 45 – “en effet le fragment suivant au Digeste (fr. 30) est inscrit «Labeo» alors que, normalement, quand deux fragments du même auteur se suivent, le second est inscrit «idem»”. Dello stesso avviso anche C. KOHLHAAS, *Die Überlieferung*, cit., pp. 101-102: “wir dürfen also davon ausgehen, daß Pal Iav 171 in Wahrheit der Javolen-Reihe entnommen ist und korrekt die Inskription „*Javolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis*“ tragen müßte”; “dieses Ergebnis wird dadurch gestützt, daß das in den Digesten unmittelbar folgende Fragment Pal Iav 172 D. 32.30 die Inskription „*Labeo libro secundo posteriorum a Iavoleno epitomatorum*“ trägt. Wäre Pal Iav 171 mit „*Labeo*“ richtig inskribiert, würde man in der Inskription von Pal Iav 172 nur „*idem*“ erwarten”.

pervenisse ad heredem, quod eius hereditatis nomine praestaturus esset: idem Alfenus Varus Servio placuisse scribit, quod et verum est.

Il legato è disposto con la seguente formula²⁰: «Il mio erede dia a Seia ‘*quanta pecunia ex hereditate Titii ad me pervenit*’».

Giavoleno riporta innanzitutto l’opinione di Labeone: secondo il giurista il legato avrebbe ad oggetto le somme percepite dal testatore in dipendenza dell’eredità tiziana, nel limite in cui tali somme siano state dallo stesso annotate nel proprio registro contabile (*quod acceptum in tabulis suis ex ea hereditate testator rettulisset*)²¹. Così determinato l’oggetto della disposizione, Labeone esclude che il legatario sia tenuto a garantire l’erede (*ceterum negat cavendum heredi a legatario*) per l’ipotesi in cui, nella propria qualità di successore a titolo universale del testatore, sia successivamente chiamato a rispondere di una passività dell’eredità tiziana (*si quid forte postea eius hereditatis nomine heres damnatus esset*).

Giavoleno, tuttavia, dissente (*ego contra puto*) e, a sostegno della sua posizione, richiama la conforme opinione di Servio tramandata da Alfeno Varo: la garanzia è dovuta all’erede in quanto non può ritenersi acquisito a titolo di eredità ciò che si è chiamati a versare in dipendenza di un debito ereditario (*quia non potest videri pervenisse ad heredem, quod eius hereditatis nomine praestaturus esset*). In altre parole, al legatario dell’eredità compete l’attivo ereditario al netto non solo dei debiti già estinti dall’onerato in qualità di erede (dell’erede), ma anche dei debiti che l’onerato, nella predetta qualità, potrà essere chiamato ad adempiere.

Il contrasto tra Labeone e Giavoleno si risolve, a ben vedere, in una questione interpretativa: dal diverso significato attribuito dai due giuristi al termine ‘*pecunia*’ e al verbo ‘*pervenire*’, infatti, discende una diversa ricostruzione dell’oggetto del legato, alla quale consegue logicamente una differente disciplina.

²⁰ Si tratta – come rilevato da P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., vol. II, p. 224, nt. 5 – di un legato *per damnationem* nella cui formula la tradizionale locuzione ‘*damnas esto*’ è sostituita dall’utilizzo dell’imperativo futuro del verbo *dare*. Del resto, come osserva B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 443, trattando del *legatum partitionis*, non si poteva disporre *per vindicationem* dell’eredità dal momento che “il suo contenuto, che esorbita dalla cerchia delle cose corporali, non poteva formare oggetto di *vindicatio*”.

²¹ Circa le scritture contabili relative all’eredità, v. R.M. THILO, *Der Codex accepti et expensi im Römischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Litteralobligation*, Göttingen, 1980, pp. 269 ss.

Labeone intende il termine *'pecunia'* nella sua accezione letterale e, coerentemente, reputa l'annotazione nel registro contabile idonea a "cristallizzare" il contenuto del legato²²: essendo possibile quantificare con certezza il denaro devoluto al testatore in dipendenza dell'eredità tiziana, anche il verbo *'pervenire'* può interpretarsi in senso letterale ("ciò che è entrato nel patrimonio dell'erede"²³), escludendo ogni rilevanza ad eventuali sopravvenienze.

Giavoleno, al contrario, intende il termine *'pecunia'* nel più ampio significato di "eredità"²⁴ e reputa "pervenuto" all'erede solo ciò che è destinato a rimanere definitivamente acquisito al suo patrimonio²⁵; tale scelta interpretativa gli impedisce di considerare l'annotazione nel registro contabile sufficiente a determinare in via definitiva il contenuto del legato e gli impone di contemplare la possibilità che, dopo la consegna al legatario delle *res hereditariae*, l'erede, in qualità di successore del testatore (e quindi anche di Tizio), sia chiamato a sostenere degli esborsi *hereditatis nomine*²⁶. A fronte di tale eventualità, il giurista riconosce all'erede un diritto di regresso nei confronti del legatario (a carico del quale pone l'obbligo di prestare apposita *cautio*).

Benché la formulazione letterale della disposizione possa effettivamente far pensare, a prima vista, a un legato avente ad oggetto il solo denaro rinveniente dall'eredità tiziana²⁷, vi sono elementi nel passo in commento che rendono preferibile la lettura di Giavoleno.

²² "Durch diese Buchung ist das Legat absolut der Höhe nach bezeichnet" (F. HORAK, *Rationes Decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1979, p. 197).

²³ "*pervenisse* bedeutet für ihn „zugekommen sein“ ohne Rücksicht darauf, ob es mir wieder entzogen werden kann (F. HORAK, *Rationes*, cit., p. 197).

²⁴ Sul significato di *'pecunia'*, v. E. FORCELLINI, s.v. *Pecunia*, in *Totius latinitatis lexicon*, vol. III, Patavii, 1805, pp. 349-350.

²⁵ Come osserva F.B.J. WUBBE, *Javolenus*, cit., p. 105, "l'expression *id quod pervenit* a pour Javolène, dans notre cas, le sens de *in quanto locupletior factus est*". Dello stesso avviso anche C. KOHLHAAS, *Die Überlieferung*, cit., pp. 100-101: "Javolen interpretiert „*pervenire*“ als „Verbleiben per Saldo“. In diesem Sinn wurde „*pervenire*“ auch in späterer Zeit verstanden".

²⁶ Cfr. C. KOHLHAAS, *Die Überlieferung*, cit., p. 100.

²⁷ In questo senso F.B.J. WUBBE, *Javolenus*, cit., p. 104, il quale traduce il testo come segue: "Mon héritier doit donner à Seis une somme d'argent équivalant à celle qui m'est parvenue de la succession de Titius". Secondo l'A. l'erede deve al legatario "l'argent donc que j'aurai trouvé dans la succession de Titius plus l'argent que m'auront réglé ses débiteurs". Del medesimo avviso, nonostante sia il primo a ravvisare il collegamento tra

Si noti, innanzitutto, che l'espressione utilizzata dal testatore (*quanta pecunia ex hereditate Titii ad me pervenit*) ricalca esattamente il formulario delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*²⁸. Tale circostanza, unita al quesito posto a Labeone circa la necessità che il legatario presti all'erede una *cautio* a garanzia dei debiti ereditari, rende evidente che oggetto del legato in esame è l'eredità di Tizio, globalmente intesa²⁹. Infatti, laddove il legato avesse ad oggetto non il patrimonio ereditario nel suo complesso, bensì una somma di denaro, non vi sarebbe ragione di interrogarsi sull'allocazione, nei rapporti tra legatario ed erede, del peso economico dei debiti ereditari eventualmente esatti in un momento successivo all'acquisto del legato.

La responsabilità del legatario per le passività dell'eredità tiziana – negata da Labeone, ma affermata da Giavoleno – trova il proprio fondamento nell'essere il legatario chiamato, in forza della disposizione in suo favore, ad assumere una posizione economica di contenuto corrispondente a quella spettante all'erede di Tizio. Non potendo, come noto, essere trasferita la qualità di *heres*, il legato produce direttamente il solo effetto di far acquistare al legatario le *res hereditariae*, obbligandolo al contempo a regolare con l'erede, attraverso un apposito negozio *inter vivos*, i reciproci rapporti di debito-credito al fine di assicurare il definitivo spostamento nel suo patrimonio del contenuto economico del *ius heredis*.

La *cautio* menzionata nel passo in commento, come sopra anticipato, è verosimilmente costruita sul modello delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, e, in particolare, sul modello della *stipulatio venditae hereditatis*³⁰:

la disposizione e le *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, anche S. CUGIA, *Spunti*, cit., p. 520: “nel testo non si tratta di *hereditas* o *bona* ma di *pecunia*”.

²⁸ “Notevole che la testatrice (*sic*) fa sua nel legato, modificandola, la clausola ‘*quanta pecunia*’” (S. CUGIA, *Spunti*, cit., p. 520).

²⁹ Più esplicito nella formulazione è il corrispondente passo dei Basilici (Hb. IV, 376), che accenna espressamente alla circostanza che il testatore, prima della redazione del testamento, è divenuto erede del soggetto la cui eredità intende legare:

Bas. 44.3.29[.3]: Καὶ ὅτι κληρονόμος γενόμενος Πέτρου ἐληγάτευσά σοι τὸ περιελθὸν εἰς ἐμὲ ἐκ τῆς κληρονομίας αὐτοῦ.

³⁰ Cfr. S. CUGIA, *Spunti*, cit., p. 520. In questo senso, più recentemente, anche C. KOHLHAAS, *Die Überlieferung*, cit., p. 100, nt. 152: “Es handelt sich um eine nichtediktale *cautio*, die der *stipulatio venditae hereditatis* nachgebildet ist”.

Gai 2.252: [...] heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset [...], eo nomine indemnis esset [...].

3.2. D. 31.88.2

Di un legato avente ad oggetto un'eredità già devoluta al testatore si occupano anche i *responsa* di Cervidio Scevola:

D. 31.88.2 Scaevola 3 resp.: Quae marito heres exstiterat, ita testamento cavit: 'Maevi et Semproni filii dulcissimi, praecipitote omne, quidquid ex hereditate bonisve Titii domini mei, patris vestri ad me pervenit mortis eius tempore, ita tamen, ut omne onus eiusdem hereditatis tam in praeteritum quam in futurum, nec non etiam si quid post mortem Titii domini mei, adgnoscat'. Quaero, an si quid solvisset post mortem mariti, cum ipsa fructus cepisset dedisset, ad onus eorum pertineret. Respondi secundum ea quae proponerentur ea dumtaxat onera legatariis imposuisse, quae superessententiarum.

Il testamento commentato dal giurista è quello di una donna che, sopravvissuta al marito, ne era divenuta l'erede (*quae marito heres exstiterat*). La donna dispone un prelegato in favore dei figli, Mevio e Sempronio (*Maevi et Semproni filii dulcissimi, praecipitote*), avente ad oggetto proprio l'eredità del defunto marito Tizio (*omne, quidquid ex hereditate bonisve³¹ Titii domini mei, patris vestri ad me pervenit*).

Tanto il tenore letterale della clausola testamentaria, quanto la circostanza che la testatrice si premuri di disciplinare il “trasferimento” ai legatari delle passività ereditarie lasciano intendere che è sua intenzione disporre dell'eredità tiziana intesa come *universitas*.

³¹ In materia ereditaria, il termine *bona* è sinonimo di *hereditas*:

D. 37.1.3.pr Ulp. 39 ad ed.: Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.

Sul significato da attribuirsi all'endiadi *'ex hereditate bonisve'*, si veda A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei «Responsa» di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, p. 187: “l'enclitica *-ve* non assume valenza disgiuntiva, ma congiuntiva, estendendo l'ambito di operatività della disposizione testamentaria fino a comprendere sia i beni provenienti *iure civili* (*ex hereditate*), sia quelli *iure honorario* (*ex bonis*, con verosimile allusione all'istituto della *bonorum possessio*)”.

Con riferimento al primo aspetto, si rileva – come già in D. 32.29.2 – la coincidenza della formula adottata dalla testatrice con il formulario delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis* (e con le locuzioni impiegate dalle fonti in materia di vendita dell'eredità).

Sotto il secondo profilo, invece, è evidente che, laddove la disposizione avesse avuto ad oggetto i *bona paterna* intesi come insieme di beni determinato *per relationem* (all'originario proprietario), non vi sarebbe stata ragione di interrogarsi sulla sorte degli *onera* ereditari. Il problema della sopportazione degli *onera*, infatti, si pone solo qualora, attraverso il legato, il testatore si proponga di far acquisire al legatario non un insieme di beni, bensì, più propriamente, un patrimonio.

La testatrice espressamente dispone, senza apparenti limiti temporali (*'tam in praeteritum quam in futurum'*), che ogni onere ereditario (*ita tamen, ut omne onus eiusdem hereditatis ... adgnoscat*) sia sopportato dai (pre)legatari, ivi incluse le passività che fossero divenute conoscibili o esigibili dopo la morte del marito (*nec non etiam si quid post mortem Titii domini mei*)³². A fronte di una clausola di tale ampiezza viene richiesto a Scevola, verosimilmente dagli altri coeredi, di pronunciarsi sulla sua effettiva portata. Il giurista afferma che la disposizione può operare in relazione ai soli debiti ereditari ancora insoluti al momento della morte della testatrice (*dumtaxat onera legatariis imposuisse, quae superessentiarum*). In particolare, per effetto della disposizione, non possono essere posti a carico dei legatari gli *onera* già adempiuti in vita dalla testatrice utilizzando i frutti dell'eredità.

Il mezzo tecnico attraverso il quale i coeredi destinatari del prelegato possono assolvere l'obbligo di assumere il peso economico delle passività della *hereditas* legata deve ricercarsi, una volta di più, nella *stipulatio venditae hereditatis*³³.

³² Una possibile classificazione delle passività ereditarie è proposta da A. SPINA, *Ricerche*, cit., p. 189, secondo la quale "l'espressione *in praeteritum* indicherebbe non solo i debiti gravanti già sul defunto, i quali passano identici, per effetto stesso della successione, sull'erede, ma anche quelle obbligazioni che si riconnettono all'eredità del *de cuius*, pur sorgendo dopo la morte di questi: in tale tipologia di obbligazioni rientrano gli eventuali legati e fedecommessi, le spese funerarie, le responsabilità che sorgono durante la giacenza dell'eredità, nonché i debiti divenuti esigibili *medio tempore*", mentre "i debiti *in futurum* sarebbero quelli sorti successivamente alla morte del testatore".

³³ Cfr. S. CUGIA, *Spunti*, cit., p. 519.

3.3. D. 32.34.2

Scevola torna sul legato d'eredità esaminando una fattispecie più complessa:

D. 32.34.2 Scaevola 16 *dig.*: *‘Uni ex heredibus per praeceptionem reliquit ea, quae ex patrimonio viri sui Arethonis ei supererant, eiusque fidei commisit haec eadem restituere pronepoti, cum erit annis sedecim, in quibus haec verba adiecit: ‘Item rogo, uti reliquum aes alienum, quod ex bonis Arethonis debetur, omnibus creditoribus ex reditibus eorum bonorum solvas reddas satisque facias’.* Quaesitum est, an, si probaverit heres non sufficere reditum bonorum ad totius debiti exsolutionem, nihilo minus tamen ipse debet adgnoscerere onus aeris alieni. Respondit manifeste proponi ex reditibus bonorum eorum iussum aes alienum exsolvere, non de proprio.

La testatrice dispone, a favore di uno degli eredi (*uni ex heredibus*), un prelegato (*per praeceptionem reliquit*) avente ad oggetto i rimanenti beni del patrimonio di suo marito Aretone (*ea, quae ex patrimonio viri sui Arethonis ei supererant*), ponendo a carico del legatario, a titolo di fedecommesso, l'obbligo di trasferire l'oggetto del lascito (*eiusque fidei commisit haec eadem restituere pronepoti*) al pronipote della testatrice, quando questi raggiunga l'età di anni sedici (*cum erit annis sedecim*).

Il fedecommesso è configurato come un fedecommesso *de residuo*³⁴; la testatrice, infatti, dispone espressamente che il legatario possa – anzi, debba – utilizzare le rendite dei beni oggetto dell'eredità di Aretone (*ex reditibus eorum bonorum*) per soddisfare i residui debiti inerenti alla stessa (*uti reliquum aes alienum, quod ex bonis Arethonis debetur, omnibus creditoribus ... solvas reddas satisque facias*).

³⁴ In relazione a questa ulteriore disposizione, il brano è stato esaminato da L. DESANTI, *Fedecommesso e protezione degli incapaci*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, sez. V, 7 (1993), pp. 105-124. L'A. ravvisa nel fedecommesso in commento una peculiare *'causa tuendi'*: l'individuazione di un soggetto preposto a conservare il patrimonio e a restituirlo all'impubere al raggiungimento della pubertà avrebbe infatti lo scopo di sottrarre i beni all'amministrazione del tutore. L'onerato è, in questo caso, un semplice *minister*; egli, infatti, non può trarre alcun vantaggio dalla disposizione, dovendo rendere, con il capitale, anche gli interessi maturati nel frattempo ed essendo obbligato, qualora, il fedecommissario non sia in vita alla scadenza imposta dal testatore, a restituire la *hereditas* ai suoi eredi.

Il quesito posto al giurista concerne il caso in cui le rendite dei beni ‘*ex patrimonio Arethonis*’ non siano sufficienti a pagare le passività ereditarie (*si probaverit heres non sufficere redditum bonorum ad totius debiti exsolutionem*): il legatario si chiede se, in una simile ipotesi, egli sia tenuto a farsi carico di tali passività e a risponderne con risorse proprie (*‘nihilo minus tamen ipse debet adgnoscerere onus aeris alieni’*). Scevola esclude tale eventualità sulla base del tenore letterale del testamento: la testatrice ha infatti chiaramente (*‘manifeste’*) stabilito che i debiti dell’eredità legata siano adempiuti attingendo ai redditi prodotti dalla stessa (*‘proponi ex redditibus bonorum eorum iussum aes alienum exsolvere’*) e non al patrimonio del legatario (*‘non de proprio’*)³⁵.

3.4. D. 31.76.1

Del legato avente ad oggetto un’eredità devoluta al testatore scrive anche Papiniano nei *libri responsorum*:

D. 31.76.1 Pap. 7 resp.: *‘Lucio Sempronio lego omnem hereditatem Publii Maevii’. Sempronius ea demum onera suscipiet, quae Maevianae hereditatis fuerunt et in diem mortis eius, qui heres Maevii exstitit, perseveraverunt, sicut vice mutua praestabuntur actiones, quae praestari potuerunt.*

«Lego a Lucio Sempronio l’intera eredità di Publio Mevio». Il tenore letterale della clausola testamentaria è inequivocabile: il testatore intende legare l’eredità a lui devoluta da Publio Mevio.

Il giurista si occupa, innanzitutto, di determinare l’ampiezza delle obbligazioni che sorgono in capo al legatario: Lucio Sempronio, sostiene Papiniano, dovrà farsi carico degli oneri (*Sempronius ea demum onera suscipiet*) riferibili all’eredità meviana (*quae Maevianae hereditatis fuerunt*) che ancora sussistano all’apertura della successione del soggetto che, divenuto erede di Mevio, ha disposto il legato in suo favore (*et in diem mortis eius, qui heres Maevii exstitit, perseveraverunt*). Negli stessi termini (*sicut vice mutua*), il legatario avrà diritto a che gli siano cedute le

³⁵ Si rileva incidentalmente che, nel caso di specie, il (pre)legatario, stante la concorrente qualità di erede, sarà comunque tenuto *pro parte* a rispondere con il proprio patrimonio degli oneri ereditari, ivi incluse le posizioni debitorie afferenti all’eredità di Aretone.

azioni relative all'eredità meviana (*praestabuntur actiones, quae praestari potuerunt*), ovverosia a che gliene sia attribuita la legittimazione attiva.

Il legatario deve garantire all'erede che lo terrà indenne dagli esborsi sostenuti per l'adempimento delle obbligazioni derivanti dall'eredità meviana ('*onera*'). Ferma restando l'esclusiva legittimazione passiva dell'erede alle azioni dei creditori ereditari, l'accollo delle passività ereditarie nei rapporti interni non può che avvenire, come in D. 32.29.2, tramite la *stipulatio venditae hereditatis*.

L'ampiezza della garanzia è chiarita da Papiniano: le passività di cui il legatario deve farsi carico sono quelle esistenti all'apertura della successione di Mevio (*quae Maevianae hereditatis fuerunt*) e ancora in essere all'apertura della successione del testatore (*et in diem mortis eius, qui heres Maevii exstitit, perseveraverunt*). Si badi che la cornice temporale individuata nel passo è riferita al sorgere dei debiti (*fuerunt – perseveraverunt*) e non anche alla loro concreta esigibilità, ben potendo tali debiti essere pagati dall'erede successivamente all'immissione del legatario nel possesso delle *res hereditariae*³⁶.

La limitazione temporale prevista da Papiniano potrebbe a prima vista sembrare in contrasto con la funzione propria del legato di eredità in quanto esclude che il legatario debba farsi carico del peso economico degli *onera hereditaria* sostenuti dal testatore – in qualità di erede di Publio Mevio – nel periodo intercorso tra l'acquisto dell'eredità meviana e la propria morte. In realtà, laddove il testatore abbia effettivamente provveduto al pagamento dei debiti attingendo alle sostanze dell'eredità meviana, il peso economico degli stessi sarebbe automaticamente sopportato dal legatario al quale detta eredità è trasmessa al netto degli esborsi già effettuati. Residuerrebbe dunque la sola ipotesi in cui, a fronte dell'incapienza dell'eredità meviana, il testatore abbia provveduto al pagamento dei debiti con risorse proprie; tale ipotesi, tuttavia, pare meramente teorica perché, se così fosse, il testatore starebbe disponendo a titolo di legato di un'eredità già certamente passiva.

A fronte dell'obbligazione del legatario, sorge la corrispondente obbligazione dell'erede ad '*actiones praestare*'³⁷; anche in questo caso, lo

³⁶ Cfr. A. SPINA, *Ricerche*, cit., p. 193.

³⁷ Secondo S. CUGIA, *Spunti*, cit., p. 522, il riferimento alle *actiones* è frutto di un'interpolazione che avrebbe espunto l'originario rinvio alle *stipulationes* ("l'interpolazione delle *actiones* in luogo delle stipulazioni classiche mi sembra

strumento per dare esecuzione al legato è da ricercarsi nel formulario delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. Attraverso la *stipulatio emptae hereditatis* l'erede si obbliga a consentire al legatario di esercitare le azioni ereditarie in veste di *cognitor* o *procurator*:

Gai 2.252: [...] ille vero qui recipiebat hereditatem invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

3.5. D. 31.77.19

L'ultimo passo conservato nel Digesto che si occupa della fattispecie in esame è tratto, come il precedente, dai *libri responsorum* di Papiniano: D. 31.77.19 Pap. 8 *resp.*: *'Filia mea praecipiat sibi que habeat volo rem matris suae'. Fructus, quos medio tempore pater percipiet nec in separato habuit, sed absumpsit vel in suum patrimonium convertit, non videntur filiae relict.*

La formulazione del (pre)legato è, in questo caso, meno esplicita: «Voglio che mia figlia riceva in prelegato ed abbia per sé le cose di sua madre».

Il testatore intende legare alla figlia i *bona materna*³⁸. A prima lettura, il tenore letterale della disposizione potrebbe far pensare a un (ordinario) legato di specie avente ad oggetto una o più *res* individuate *per relationem* all'originario proprietario (la madre della legataria). Se così fosse, tuttavia, Papiniano non avrebbe motivo di occuparsi della sorte dei frutti percepiti dal testatore *medio tempore*.

evidente"). Tale ipotesi appare particolarmente plausibile se si osserva la perfetta corrispondenza tra l'espressione utilizzata nel passo (*'praestabuntur actiones'*) e la formulazione del frammento ulpiano (D. 18.4.2.8) che disciplina l'obbligo per il venditore dell'eredità di *'hereditarias actiones ... praestari emptori debere'*. È infatti verosimile che i compilatori, impegnati a espungere dai testi in materia di *hereditatis venditio* ogni riferimento alle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, abbiano inavvertitamente apportato la medesima correzione a un testo che si occupava, sia pure in relazione a un diverso negozio, di disciplinare la "trasmissione" a un soggetto diverso dall'erede della legittimazione attiva alle azioni ereditarie. Circa l'originaria formulazione dei testi escerpiti in D. 18.4, v. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. II, Lipsiae, 1889, coll. 1189-1192.

³⁸ Come osserva A. SPINA, *Ricerche*, cit., p. 195, nel passo in commento, a differenza che nei brani sin qui esaminati, la circostanza che il testatore sia stato chiamato all'eredità di cui dispone con il legato è lasciata sottintesa.

Da un lato, infatti, qualora il legato debba intendersi (semplicemente) riferito a una o più *res* fruttifere, i frutti venuti ad esistenza e già separati all'apertura della successione sarebbero senz'altro esclusi dal legato in quanto divenuti, a loro volta, *res* suscettibili di autonoma considerazione. Il problema della sorte dei frutti si pone solo in quanto oggetto del legato sia una *universitas* – l'eredità – per sua natura passibile di incrementi³⁹. Dall'altro lato, inoltre, è evidente che il riferimento al “tempo intermedio” presuppone necessariamente un *dies a quo* a partire dal quale interrogarsi circa la sorte dei frutti. Tale *dies a quo* non può essere rappresentato che dall'apertura della successione della *mater*: i frutti percepiti dal testatore a partire dal giorno in cui è divenuto erede della madre della legataria e sino alla sua morte, se consumati (*sed absumpsit*) o comunque confusi nel suo patrimonio (*vel in suum patrimonium convertit*), non formano oggetto del legato (*non videntur filiae relictis*) e, conseguentemente, non potranno essere pretesi della legataria. L'erede è invece tenuto a prestare *ex legato* i frutti che siano stati mantenuti separati dal patrimonio del testatore (*in separato habuit*)⁴⁰.

Solo riferendo la locuzione ‘*rem matris suae*’ all'eredità materna devoluta al testatore si comprende la necessità avvertita da Papiniano di discutere della spettanza dei frutti: avendo il legato ad oggetto una *universitas* è necessario identificare la finestra temporale entro la quale gli incrementi della stessa rilevano per la determinazione dell'oggetto della disposizione testamentaria.

³⁹ Come rileva Ulpiano:

D. 50.16.178.1 Ulp. 49 *ad Sab.*: ‘*Hereditas*’ iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur.

D. 5.3.20.3 Ulp. 15 *ad ed.*: [...] nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem. [...] Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. Sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem.

⁴⁰ In assenza di altra indicazione, non è possibile stabilire con certezza quali fossero i requisiti di segregazione patrimoniale reputati da Papiniano idonei a mantenere i frutti delle *res hereditariae* separati dal patrimonio del testatore. Si riscontra sul punto l'ipotesi formulata da A. SPINA, *Ricerche*, cit., p. 196, secondo la quale il riferimento alla separazione deve intendersi riferito all'istituto della *separatio bonorum*: “qualora l'eredità sia stata costituita come patrimonio separato rispetto a quello dell'erede – attraverso lo strumento della *separatio bonorum* apprestato dal pretore – i frutti dell'eredità accrescono il patrimonio dell'erede, inteso come complesso dei beni ereditati”.

La limitazione prevista da Papiniano all'esigibilità dei frutti da parte della legataria si pone in apparente contrasto con la finalità propria del legato di eredità, ossia trasmettere al beneficiario della disposizione il contenuto economico del *ius heredis*. L'esclusione dall'oggetto del legato dei frutti goduti dal testatore (o da questi confusi con il proprio patrimonio), in assenza di una corrispondente obbligazione indennitaria in capo all'erede, pare infatti arrecare un pregiudizio alle ragioni della legataria.

Per una miglior comprensione del problema, può giovare, anche in questo caso, un raffronto con le norme in materia di *hereditatis venditio* e, in particolare, con il passo (D. 18.4.2.1) in cui Ulpiano individua i momenti in relazione ai quali è astrattamente possibile per le parti determinare la consistenza del compendio ereditario compravenduto: il momento di apertura della successione (*'mortis tempore'*), il momento – qualora non coincidente con il primo – dell'accettazione dell'eredità (*'cum aditur hereditas'*) o il momento in cui è perfezionata la compravendita (*'cum hereditas venumdatur'*). Il giurista ritiene si tratti di una *quaestio voluntatis* (da risolversi, caso per caso, tenendo conto di quanto convenuto dalle parti) e rileva che, nella prassi, il *quando* della determinazione dell'oggetto è il più delle volte fatto coincidere con la conclusione del contratto.

La soluzione adottata da Papiniano nel caso in esame potrebbe inquadrarsi nella medesima prospettiva, ovvero sia essere descrittiva dell'*id quod plerumque accidit*. Nel caso del legato, l'individuazione del momento rispetto al quale determinare la consistenza della *hereditas* è rimessa alla sola volontà del testatore, il quale può stabilire che la *hereditas* legata debba essere quantificata non già con riferimento al momento in cui egli l'ha acquistata, bensì al momento di apertura della sua successione, così escludendo la rilevanza delle variazioni quantitative subite dalla *hereditas* stessa prima di detto momento. È verosimile che il *tempus mortis* fosse – in parte per ragioni di praticità e in parte anche, forse, per assimilazione alla disciplina della *hereditatis venditio* – il momento normalmente scelto dal testatore per la quantificazione del legato, al punto da divenire, nel silenzio della disposizione, un criterio esegetico (presuntivo).

4. Conclusioni

Il numero estremamente ridotto di fonti relative a legati aventi ad oggetto un'eredità devoluta al testatore non consente di ricostruire in modo completo la disciplina dell'istituto. È tuttavia possibile, all'esito dell'esegesi sin qui svolta, estrapolare alcuni principi generali che paiono ispirare le decisioni dei *prudentes* in materia:

- i. il legato, a motivo della peculiarità del suo oggetto, ha effetti meramente obbligatori;
- ii. la realizzazione della finalità tipica del legato – ossia quella di far conseguire al legatario il contenuto economico del *ius heredis* – passa necessariamente per la conclusione, tra onerato e onorato, di un negozio *inter vivos* che regoli, nei rapporti interni, la spettanza dei debiti e dei crediti ereditari, nonché della legittimazione alle azioni ereditarie; tale negozio assume le forme di un contratto verbale costruito sul modello delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*;
- iii. l'individuazione del momento rispetto al quale si determina la consistenza della *hereditas* legata è rimessa alla volontà del testatore, il quale può optare per il momento del suo acquisto (D. 31.88.2), ovvero per il momento di apertura della sua successione (D. 31.77.19 e D. 32.34.2); le variazioni prodottesi prima di tale momento, siano esse di segno positivo o negativo, divengono irrilevanti;
- iv. affinché il relativo peso economico possa esser posto a carico del legatario, le passività della *hereditas* legata devono essere ancora sussistenti all'apertura della successione del testatore;
- v. non risulta fissato alcun limite (massimo) all'ammontare delle passività che il legatario può essere chiamato ad accollarsi. A tal proposito, appare singolare che i *prudentes* non abbiano contemplato l'astratta possibilità che il valore del passivo ereditario superi quello dell'attivo. Laddove una simile eventualità si verificasse, infatti, il legato non solo non comporterebbe l'arricchimento del legatario, bensì, al contrario, ne determinerebbe l'impoverimento. Del resto, però, come afferma Cuiacio commentando D. 31.76.1: *Verum causa legati non est semper lucrativa: aliquando legatum detrimentosum et onerosum est, ... ut in specie proposita: si quis alii leget omnem hereditatem.*

Abstract: The paper deals with the bequests (*legata*) concerning inheritances devolved to the testator. The object of these bequests is deemed peculiar for being a *universitas* and therefore requiring special consideration as far as its effects are concerned. The paper examines the very

few texts from the Digest (just five) referring to said bequests in order to analyze their legal regulation.

Keywords: bequest (*legatum*) – inheritance devolved to the testator – Roman Law

GIOVANBATTISTA GRECO*

Eteronormazione ed autonormazione nella disciplina di giochi e scommesse: una modernità antica?*

English title: *Heteronormation and self-normation in the regulation of games and bets: an ancient modernity?*

Sommario: 1. Introduzione; 2. La società romana antica *'sub specie ludi'* e le attività ludiche prese in considerazione dal diritto; 3. La controversa validità del contratto di gioco; 4. Il gioco d'azzardo al cospetto della giurisdizione pretoria: la ripetibilità della posta pagata; 5. Il gioco svolto in ambito conviviale; 6. La sorte dei contratti collegati al gioco; 7. Aspetti funzionali dell'eccezione concessa al giocatore-alienante; 8. Il trattamento giuridico riservato ai fautori, promotori e facilitatori della pratica del gioco d'azzardo; 9. La legislazione giustiniana; 10. Gioco e autonomia privata tra passato e presente.

DOI: 10.26350/18277942_000112

1. Introduzione

Consegnare ad un'immagine il compito di descrivere le modalità attraverso le quali il diritto si preoccupa di regolare interessi confliggenti e fissare una gerarchia dei valori che sono propri di una comunità è forse impresa eccessivamente pretenziosa, per la difficoltà di tradurre fenomeni di elevata complessità in metafore figurative.

Volendo però tollerare una certa approssimazione, torna forse utile il richiamo ad un mosaico, ad un reticolato di tessere che, con le sue trame, i suoi chiari e i suoi scuri, segna l'alternarsi, nel contesto del vissuto, tra quei rapporti e situazioni giuridicamente significativi e quei fenomeni che al diritto risultano indifferenti o rispetto ai quali l'interferenza del legislatore è attenuata e ai privati è concesso di autoregolamentarsi.

Il susseguirsi di spazi pieni e vuoti di colore, ora pervasi ora trascurati dalla normazione, si dipana in base ad una frequenza cangiante, legata alle

* Università degli Studi di Salerno (ggreco@unisa.it).

** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

peculiarità di ciascun ambito di intervento, e produce un ordito talora altamente raffinato, specie quando, nel contesto riguardato, si riveli difficile tracciare un confine netto tra valore e disvalore.

In argomento può reputarsi paradigmatico il modo in cui il diritto si è storicamente rapportato allo svolgimento di attività ludiche, proprio per la stretta commistione tra innocuo piacere e vizio che queste costantemente propongono.

Delle occupazioni dell'uomo, quella del gioco è tra le più adatte a definire i lineamenti socio-culturali delle comunità, condividendone pregi e devianze. Addirittura, lasciandosi suggestionare da una celebre pagina di Huizinga, vi sarebbe da credere che «il gioco è più antico della cultura, perché il concetto di cultura, per quanto possa essere definito insufficientemente, presuppone in ogni modo convivenza umana, e gli animali non hanno aspettato che gli uomini insegnassero loro a giocare»¹. Nella direzione di ricerca indicata, la contemplazione dell'esperienza giuridica che fece capo a Roma antica appare forse la più prodiga di sollecitazioni, per la consapevole maturità con cui, in quel frangente, i materiali giuridici costituirono oggetto di studio e manipolazione.

La retrospezione rimarrebbe sterile, però, se si risolvesse in una digressione antiquaria, rinunciando ad indagare in quale misura, nonostante il diverso substrato ideologico, la normazione contemporanea conservi l'eco di intuizioni di origine risalente, lungo linee di permanenza che trovano la propria ragion d'essere nell'immutabilità dei tratti essenziali della natura umana.

Al centro della riflessione, allora, non può che collocarsi la determinazione, in senso diacronico, degli spazi di esplicazione dell'autonomia privata².

¹ J. HUIZINGA, *'Homo ludens'*, Torino, 1964, p. 17.

² Va opportunamente sottolineato come la nozione giuridica di 'autonomia' presenti un ambito di rilevanza particolarmente vasto e acquisti numerose accezioni, in dipendenza delle aggettivazioni che le sono accordate. Si suole distinguere tra un' 'autonomia individuale' ed una 'collettiva' a seconda che gli interessi oggetto di regolamento pertengano al singolo o siano piuttosto espressione di categorie professionali o sociali considerate nella loro interezza. Si parla di 'autonomia di scambio' quando le parti addiventano ad un negozio muovendo da posizioni opposte verso scopi non coincidenti, versandosi, in caso contrario, nell'alveo della 'autonomia associativa'. In base al mezzo di estrinsecazione, l'agire autonomo è poi suddiviso in 'negoziale' o 'contrattuale'. A quest'ultimo ordine di ipotesi fanno capo le sottocategorie dell' 'autonomia contrattuale assistita' e della 'autonomia contrattuale incentivata'. La prima ricorre quando i titolari degli interessi procedono alla loro regolamentazione con l'ausilio delle rispettive

Interrogarsi sugli strumenti attraverso i quali, anche nel mondo antico, veniva segnato il perimetro dell'agire individuale ha il pregio di evidenziare quel nucleo di meccanismi, idee e valori che, tra rivolgimenti e confluenze, ha accompagnato il cammino delle comunità organizzate nel corso delle epoche.

Il tema è stato forse troppo a lungo negletto, sul presupposto che l'attività di scambio e, quindi, l'agire autonomo, rivestissero carattere residuale in contesti che la storiografia economica immaginava dominati da un'organizzazione autarchica del gruppo familiare e di villaggio³.

Un simile approccio non sembra potersi però ritenere ulteriormente appagante. In primo luogo, per sua stessa natura, la questione della rilevanza giuridica dell'azione umana e dei limiti che essa incontra è connaturata al diritto di ogni tempo perché questo, non va trascurato, è essenzialmente norma di comportamento. Per altro verso, recenti indagini sulle dinamiche commerciali e migratorie hanno contribuito a ridimensionare significativamente l'assunto per cui le società arcaiche vivessero in condizioni di reciproco isolamento e i loro membri fossero tendenzialmente sedentari⁴.

2. La società romana antica ‘*sub specie ludi*’ e le attività ludiche prese in considerazione dal diritto

associazioni di categoria. La seconda è teorizzata in relazione alle fattispecie in cui la contrattazione di taluni beni o servizi è agevolata dal legislatore attraverso la concessione di contributi o sgravi. Per un compiuto inquadramento della materia, appare sempre valido il rinvio a P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000, p. 327 ss. Significativi spunti su come l'autonomia privata possa trascendere il piano della mera tecnica giuridica e prestarsi a letture ideologicamente orientate in A. BANFI, *Volontà, individuo e ordinamento. Alcune riflessioni sul pensiero di Emilio Betti*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. BANFI – M. BRUTTI – E. STOLFI, Roma, 2020, p. 124 ss.

³ F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Torino, 2012, p. 2 ss.

⁴ Con riferimento al nostro quadrante geografico, si v., anche in ragione dell'ampio supporto bibliografico, *Material Connections in the Ancient Mediterranean. Mobility, Materiality and Identity*, ed. P. VAN DOMMELEN - A.B. KNAPP, London - New York, 2011. Sullo stesso argomento, ma con specifico riferimento al mondo romano, v. C. MOATTI, s.v. *Roman world, mobility*, in *The Encyclopedia of Global Human Migration*, Hoboken, 2013, <https://doi.org/10.1002/9781444351071.wbeghm459> (6 maggio 2023) in cui l'A. offre una completa disamina delle prassi materiali e giuridiche che accompagnavano i flussi in ingresso ed uscita dai confini della *res publica* e dell'impero.

Proprio volgendo lo sguardo alla civiltà romana, Huizinga ne individua i tratti caratteristici nel realismo, nella rigidità, nello sviluppo di un pensiero pratico, economico e giuridico, nella scarsa fantasia e in una superstizione priva di stile⁵. All'interno di questa cornice, lo studioso olandese si dichiara persuaso che lo spazio riservato al gioco fosse intimamente legato alla profonda religiosità della comunità più antica ed alle feste che ne erano espressione, viste come occasione per propiziarsi «un commercio familiare con le forze superiori»⁶.

L'idea di una società romana antica '*sub specie ludi*' a carattere spiccatamente monodimensionale, anche quando la si voglia riferire all'epoca più remota, è forse frutto di eccessiva semplificazione.

Il lessico di settore lascia trasparire che le attività di svago trovavano esplicitazione anche nella sfera privata dell'individuo, oltre che sulla scena pubblica, conoscendo almeno due declinazioni, foriere di ulteriori varianti⁷: il lemma '*iocus*', da cui deriva l'italiano 'gioco', indicava in particolare i giochi di parole, i motti spiritosi, mentre '*ludus*' si trovava riferito ai giochi di azione, ai combattimenti dei gladiatori, ai confronti sportivi.

In ambito propriamente giuridico, gli intrattenimenti presi in considerazione sono più appropriatamente evocati attraverso i lemmi *ludus* e *sponsio* e le relative forme verbali di *ludere* e *spondere*, corrispondenti, rispettivamente, alla pratica di giochi e scommesse.

La materia non sembra conoscere un compiuto sforzo classificatorio e il discrimine terminologico di cui si è dato conto, benché ricorrente e non degradabile al rango di mera variante lessicale, rimane appena abbozzato⁸. Sarebbe tuttavia ingeneroso trascurare la concreta difficoltà di segnare un confine tra le attività di svago che fosse oggettivamente percepibile e presentasse un *quid pluris* rispetto alle mutevoli denominazioni con cui quelle venivano designate nella pratica quotidiana.

⁵ J. Huizinga, '*Homo ludens*', cit., p. 250.

⁶ *Ivi*, p. 251.

⁷ In tema, più di recente, v. C. PENNACCHIO, *Immagini e giochi dell'antichità: 'iocare', 'ludere' 'iactare', non una semplice questione terminologica*, in *Il gioco nell'antica Roma. Profili storico-giuridici*, a cura di F. FASOLINO – A PALMA, Torino, 2018, p. 1 ss.

⁸ A spiegare la mancata codificazione degli elementi distintivi di ciascuna classe di occupazioni ludiche potrebbe validamente richiamarsi la ridotta propensione della giurisprudenza romana verso i processi di astrazione, su cui v. F. SCHULZ, *I principi del diritto romano. Trad. it di V. Arangio Ruiz*, Firenze, 1946, p. 34.

Complicazioni analoghe sono del resto venute alla luce quando ci si è proposto di stabilire il significato delle nozioni di 'gioco' e 'scommessa' impiegate nelle codificazioni contemporanee.

Così, valorizzando l'elemento oggettivo della fattispecie, si è giunti a riconoscere nel gioco una gara a contenuto agonistico e ricreativo e nella scommessa una contesa sulla verità di un fatto o di una osservazione⁹. Concentrando l'attenzione sul profilo soggettivo, si è concluso che solo nel gioco si riscontrerebbe la partecipazione diretta dei contendenti alla realizzazione dell'evento oggetto di contesa, laddove nella scommessa questi vi rimarrebbero estranei¹⁰. In una prospettiva teleologica, è stato infine osservato che il gioco sarebbe animato dal desiderio di lucro laddove la scommessa risulterebbe retta dalla mera volontà di veder prevalere la propria affermazione¹¹.

Difficilmente dall'incerto panorama definitivo odierno potrebbero derivarsi elementi utili ad acclarare l'essenza di fenomeni passati.

Ci sembra piuttosto che i caratteri cumulativamente richiesti affinché un'attività di svago potesse incontrare l'interesse del *ius* fossero due: a) il confronto intersoggettivo di energie fisiche, psichiche o capacità previsionali; b) l'esistenza di un premio o posta costituiti da denaro o altra utilità. Per converso, quando l'intrattenimento si esauriva nella sfera individuale o non implicava lo spostamento di ricchezza, la sua pratica si iscriveva a pieno titolo nell'area del giuridicamente indifferente, mancando qualunque possibilità che fossero pregiudicate istanze collettive. In quest'ottica, la discriminazione tra giochi e scommesse si diluiva al punto che essi ben potevano ricostruirsi come «fratelli siamesi»¹², «quasi una tautologia»¹³.

⁹ C. A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli*, IX, 2, Torino, 1961.

¹⁰ M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003, p. 43 ss.

¹¹ B. BELOTTI, s.v. *Giuoco*, in *Il Digesto italiano*, XII (1900 - 1904), Torino, 1904, p. 403 ss.

¹² T. SANFELICI, s.v. *Giuoco e scommessa*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, VII, I, Milano, 1914, p. 611.

¹³ G. IMPALLOMENI, *Il regime del gioco nel 'Corpus Iuris' in relazione con alcune codificazioni europee*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 643.

Nella Roma antica, analogamente a quanto avviene ai giorni nostri, non tutti gli aspetti e le implicazioni delle attività ludiche erano incise dalla normazione.

È di comune esperienza che i giochi siano di per sé stessi espressione di un microcosmo ordinato, tendenzialmente autosufficiente, all'interno del quale il giocatore è immerso e si muove in base a prescrizioni ben definite. La dimensione ludica ha un suo spazio, che corrisponde alla dimensione emotiva di chi lo pratica, e un tempo, lineare o circolare, a seconda che se ne apprezzino principio e fine o la reiterazione nel tempo. In questo universo non vi è necessità di apporti normativi esterni.

È invece il *caos*, l'incertezza che circonda in misura più o meno intensa gli esiti del confronto ludico a richiedere un intervento regolatore, quando possano presumersi conseguenze indesiderate a carico dei giocatori o della società nel suo complesso.

Simili preoccupazioni venivano a materializzarsi per i Romani in special modo rispetto al gioco d'azzardo¹⁴.

Con il sostantivo '*alea*'¹⁵ essi indicavano tutte quelle competizioni in cui la vittoria dipendeva esclusivamente dalla temerarietà dei partecipanti e dal caso, a nulla rilevando le abilità individuali¹⁶.

¹⁴ La contrapposizione tra '*cosmos*' e '*caos*' nella descrizione dei tratti caratteristici delle occupazioni di gioco, anche sulla scorta del pensiero di Huizinga, è compendiata in O. DE ROSA, *Il mercato del gioco. Evoluzioni e tendenze*, in *Gioco e società*, a cura di O. DE ROSA – D. VERRASTRO, Bologna, 2012, p. 15 ss.

¹⁵ Si veda la voce corrispondente in F. WAGNER, *Lexicon Latinum seu [...] Universae Phraseologiae Corpus Congestum [...]*, cui *triplex additur index: alter vocum barbararum, alter vocum quae in foro militari, civili sacroque obtinent, tertius Gallico-Latinus. Nova Editio accuratissime recognita, aucta et de Germanica nunc primum in Gallicam linguam translata a P. Aug. Borgnet*, Bruges, 1878, p. 38.

¹⁶ Il gioco d'azzardo più diffuso era quello dei dadi, di cui si conoscevano due tipologie: le *tesserae* e i *tali*. Le prime presentavano sei facce, marcate con i numeri I, II, III, IV, V, VI. Dei secondi si consideravano solo le quattro facce in senso longitudinale su cui erano impressi, in reciproca opposizione, i numeri uno, sei, tre e quattro. Ciascun lancio prevedeva l'impiego di tre *tesserae* e quattro *tali*. Il lancio maggiormente fortunato, detto '*Venus*', si aveva realizzando tre sei con le *tesserae* e numeri diversi quanto ai *tali*. Il lancio più sfortunato, denominato '*canis*', era quello in cui ciascuna *tessera* mostrava la faccia con il numero uno e i *tali* davano numeri identici. Con un altro gioco, simile all'odierna morra, si chiedeva ai partecipanti di indovinare i numeri che l'avversario avrebbe mostrato con le dita. Diffusamente v. A. ADAM, *Roman antiquities: or, An account of the manners and customs of the Romans; designed to illustrate the Latin classics, by explaining words and phrases, from the rites and customs to which they refer*, New York, 1819, p. 436 ss.

La capacità seduttiva di questo tipo di intrattenimenti non trovava argine nelle differenze di ceto.

Di ‘*aleatores*’ - ossia giocatori di azzardo - se ne rinvenivano anzitutto presso la classe servile. Tanto ci è testimoniato indirettamente da D. 21.1.19.1 Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, dove Ulpiano, nel commentare gli obblighi informativi introdotti dall’editto degli edili curuli in relazione al commercio di *mancipia*, sostiene che il venditore di uno schiavo è fatto garante dell’effettiva sussistenza delle caratteristiche dichiarate al momento del trasferimento, compresa la sua estraneità alla pratica del gioco d’azzardo¹⁷. Propensi a praticare l’*alea* erano anche gli strati più elevati della società. Così, Marco Antonio, pur di dedicarsi al gioco assieme a chi risultava a lui più gradito, non avrebbe mancato di abusare del potere di cui disponeva per ottenerne la riabilitazione¹⁸; Augusto sarebbe stato capace di accumulare consistenti perdite di denaro¹⁹; Nerone avrebbe effettuato puntate ai dadi di importo spropositato²⁰.

Malgrado i temperamenti di giudizio imposti dal rango degli interessati, la predilezione verso svaghi di puro rischio, specie quando risultava particolarmente marcata, costituiva generale motivo di discredito: la fama di ‘*aleator*’ era equiparata a quella di lenoni, adulteri, e dissoluti²¹.

¹⁷ *Plane, si dixerit aleatorem non esse, furem non esse, ad statuum numquam confugisse, oportet eum id praestare.*

¹⁸ Tanto è riferito in Cic. *Phil.*, 2.23.56: *Restituebat multos calamitosos. In iis patrum nulla mentio. Si seuerus, cur non in omnis? si misericors, cur non in suos? Sed omitto ceteros; Licinium Denticulum de alea condemnatum, conlusorem suum, restituit; quasi uero ludere cum condemnato non liceret; sed ut, quod in alea perdiderat, beneficio legis dissolueret.*

¹⁹ Suet., *Aug.* 71: [...] *Autographa quadam epistula: "Cenavi," ait, "mi Tiberi, cum iisdem; accesserunt convivae Vinicius et Silius pater. Inter cenam lusimus geronticos et heri et hodie; talis enim iactatis, ut quisque canem aut senionem miserat, in singulos talos singulos denarios in medium conferebat, quos tollebat universos, qui Venerem iecerat." Et rursus aliis litteris: "Nos, mi Tiberi, Quinquatrus satis iucunde egimus; lusimus enim per omnis dies forumque aleatorium calfecimus. Frater tuus magnis clamoribus rem gessit; ad summam tamen perdidit non multum, sed ex magnis detrimentis praeter spem paulatim retractum est. Ego perdidit viginti milia nummum meo nomine, sed cum effuse in lusu liberalis fuisset, ut soleo plerumque. Nam si quas manus remisit cuique exegissem aut retinuissem quod cuique donavi, vicissem vel quinquaginta milia [...].*

²⁰ *Nullam vestem bis induit. Quadringenis in punctum sestertiis aleam lusit [...]* (Suet. *Nero*, 30.3).

²¹ Tanto risulta da Cic., *Phil.* 8.26 e *Catil.* 2.23.

L'avversione verso il gioco e i giocatori d'azzardo trovava alimento in ragioni tra loro convergenti. Quando la pratica di occupazioni ludiche di puro rischio riguardasse uno schiavo, è evidente che le misure apprestate dal *ius* dipendessero principalmente dalla scarsa affidabilità del sottoposto, che la caduta nel vizio rendeva inadatto ad essere impiegato dal *dominus*, ad esempio, per la custodia di valori o l'esercizio di attività di impresa²².

²² Nel corso dell'ultimo ventennio non sono mancati i tentativi di ridimensionare il ruolo svolto dal *peculium* dato in gestione al *servus* quale paradigma della limitazione di responsabilità propria delle odierne società di capitali, anche prospettandone l'incompatibilità con l'esercizio di attività di impresa su larga scala (cfr. ad es. T.J. CHIUSI, *Diritto commerciale romano? Alcune osservazioni critiche*, in *'Fides' 'Humanitas' 'Ius'*, *Studii in onore di Luigi Labruna*, a cura di C. CASCIONE – C. MASI DORIA, II, Napoli, 2007, p. 1025 ss.; A. BÜRGE, *Lo schiavo (in) dipendente e il suo patrimonio*, in *'Homo', 'caput', 'persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. CORBINO – M. HUMBERT – G. NEGRI, Pavia, 2010, p. 369 ss.). Se simili posizioni possono valere quale monito ad evitare approcci alle fonti eccessivamente ottimistici e sbrigativi, appartiene al patrimonio di idee comuni la consapevolezza che, in epoca commerciale matura, gli schiavi costituissero una risorsa indispensabile per dar vita ad un modello imprenditoriale articolato su più piani, suscettibile di contenere e frazionare il rischio di impresa. Per una bibliografia essenziale in tema, v. H. ERMAN, *'Servus vicarius': l'esclave de l'esclave romain*, in *Récueil de la Faculté de droit de Lausanne*, 1896, p. 391 ss.; G. MICOLIER, *Pècule et capacité patrimoniale: étude sur le pécule dit profectice, depuis l'édit de peculio jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon, 1932; E. CICCOTTI, *Il tramonto della schiavitù nel mondo antico*, Genève, 1940, rist. Bari, 1977, p. 214 ss.; P.R.C. WEAVER, *'Vicarius' and 'Vicarianus' in the 'Familia Caesaris'*, in *JRS*, 54 (1964), p. 117 ss.; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, Napoli, 1976, p. 16 ss.; L. AMIRANTE, *Schiavi e cittadini a Roma dalle origini al II secolo a.C. Corso di diritto romano*, Salerno, 1976, p. 75 ss.; M. PENTA, *'Servus argentarius'*, in *AAN*, 88 (1977), p. 261 ss.; L. LABRUNA, *'Servus vicarius': l'arricchimento dello schiavo*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VII, Napoli, 1984, p. 353 ss.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1985; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa, 1989; F. REDUZZI MEROLA, *'Servo parere'. Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari e dei sottoposti a schiavi nelle esperienze greca e romana*, Napoli, 1990; J. ANDREAU, *Les esclaves 'hommes d'affaires' et la gestion des ateliers et commerce*, in *Mentalités et choix économiques des Romains*, éd. J. ANDREAU - J. FRANCE - S. PITTIA, Bourdeaux, 2004, p. 113 ss.; E. STOLFI, *La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo antico: soluzioni greche e romane*, in *TSDP*, 2 (2009), p. 1 ss.; P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010, pp. 61 ss., 164 ss., 221 ss.; F. REDUZZI MEROLA, *I vari livelli della dipendenza: il 'vicarius vicarii'*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. MAFFI – L. GAGLIARDI, Sankt Augustin, 2011, p. 249 ss.; F. FASOLINO, *Considerazioni sull'organizzazione delle banche a Roma: gli schiavi banchieri*, in *Aspetti giuridici dell'attività bancaria a Roma*, Napoli, 2019, p. 3 ss.; A. PETRUCCI, *Organizzazione ed esercizio delle attività*

Nel caso del *civis*, invece, soccorrevano, principalmente: la necessità di impedire spostamenti di ricchezza che non fossero collegati allo svolgimento di attività produttive; la volontà di preservare risorse per finalità di risparmio; l'esigenza di contrastare il radicamento di attività illecite. Né può tacersi una specifica preoccupazione imposta dal carattere timocratico delle strutture sociali e costituzionali romane²³. Per le classi agiate il gioco risultava, al tempo stesso, una violazione del decoro e una fuga dai doveri²⁴; per quelle più infime, indice di scelleratezza e motivo di comportamenti opportunistici e predatori²⁵.

La comunità conosceva, quindi, un'«uguaglianza tra uguali», prospettabile solo tra individui che condividessero la medesima posizione sociopolitica²⁶, che le conseguenze economiche del gioco potevano turbare.

Più oltre nel tempo, con l'affermarsi dell'ideologia cristiana, l'indugiare spasmodico in giochi proibiti, sarebbe stato interpretato anche come strumento di corruzione interiore, vero e proprio veicolo di perdizione.

3. La controversa validità del contratto di gioco

Nel diritto privato italiano, la relazione che si instaura tra i giocatori viene ad inserirsi nel contesto dei rapporti contrattuali non coercibili, in quanto connotati da una causa 'debole'. Sul punto, l'art. 1933 CC riporta: «1. Non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di un giuoco o di scommessa non proibiti. 2. Il perdente tuttavia non può ripetere quanto abbia spontaneamente pagato dopo l'esito

economiche nell'esperienza giuridica romana. I dati delle fonti e le più recenti vedute dei moderni, Torino, 2021, p. 9 ss.

²³ «Il depauperamento di un *pater familias*, che perde le proprie sostanze al gioco, porta all'iscrizione della famiglia in una classe inferiore del censo, precludendo anche la possibilità di una brillante carriera politica ai membri della famiglia stessa» (A. BOTTIGLIERI, *Il gioco d'azzardo in diritto romano*, in *Minima de poenis*, a cura di F. LUCREZI, I, Napoli, 2015, p. 58).

²⁴ È assolutamente significativo che, in uno dei momenti più accesi delle lotte politiche repubblicane, Cicerone, allo scopo di gettare discredito su Marco Antonio, suo avversario, arrivi a richiamare la torbida amicizia che quegli intratteneva con un tale Licinio Lenticola, condannato come giocatore d'azzardo (Cic., *Phil.* 2.23.56)

²⁵ *Juv., Sat.* 1, 88-93

²⁶ C. BUZZACCHI, *Uguaglianza e gerarchia nel mondo antico*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. RUSSO RUGGERI, I, Milano, 2009, p. 307 ss.

di giuoco o di scommessa in cui non vi sia stata alcuna frode. La ripetizione è ammessa in ogni caso se il perdente è un incapace».

La mancanza di azione, tuttavia, non riguarda «i giuochi che addestrano al maneggio delle armi, le corse di ogni specie e ogni altra competizione sportiva» (art. 1934 CC), come pure le lotterie autorizzate (art. 1935 CC).

La previsione dell'art. 1933 CC, riecheggiando il tenore degli artt. 1965 e 1967 del *Code civil* francese del 1804, fa propri gli esiti della riflessione sviluppata da Robert Joseph Pothier nel *Traité de jeu*, pubblicato nel 1767. Secondo la prospettiva tracciata dal giurista transalpino, abbandonato ogni giudizio di valore, il gioco deve reputarsi a pieno titolo un contratto, nella specie un contratto aleatorio. Esso si risolve nell'accordo per mezzo del quale le parti decidono di puntare una somma di denaro rispetto al verificarsi di un evento futuro e incerto. La liceità della convenzione è garantita in presenza di presupposti minimi: che gli interessati vi siano pervenuti liberamente (*'liberté dans l'engagement'*); che il rischio sia equamente ripartito tra i partecipanti (*'égalité dans le conventions'*); che la competizione si realizzi secondo le regole che le sono associate (*'fidélité dans l'exécutions'*)²⁷.

L'assimilazione di simili conclusioni nel contesto ordinamentale italiano non è avvenuta in modo pacifico, trovandosi ancora autorevolmente teorizzato che il contratto concluso dai giocatori sia nullo per illiceità della causa, con la conseguenza che gli effetti del negozio sarebbero limitati alla *soluti retentio*, derivante dall'accordo e non dall'effettuazione della prestazione irripetibile²⁸. Né le interpretazioni del fenomeno possono proliferare i principi fondativi cristallizzati nella Carta costituzionale, *in primis* il lavoro e la solidarietà, alla luce dei quali il gioco non può ritenersi

²⁷ J.R. POTHIER, *Traité de jeu*, cit., p. 162 ss. il quale, invero, riprende le condizioni già enunciate qualche decennio prima da J. BARBEYRAC, *Traité du jeu: où l'on examine les principales questions de droit naturel et de morale qui ont du rapport à cette matiere*, Amsterdam, 1709, p. 36. Alla sistematica di Pothier è associata una certa incoerenza allorché perviene alla conclusione che dal contratto di gioco nasca un'obbligazione priva di consistenza giuridica, poiché proiettata solo sul foro interno e destinata a valere su di un piano squisitamente etico. La proposta di mitigare una simile incongruenza facendo ricorso alla figura dell'obbligazione naturale di ascendenza romanistica è argomentata da F. FASOLINO, *Brevi note in tema di debiti di gioco e obbligazioni naturali*, in *Il gioco nell'antica Roma*, cit., p. 117 ss., in part. p. 124 ss. Sul *naturale debitum* a Roma, v. ancora L. DI CINTIO, *'Natura debere'. Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli, 2009.

²⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, p. 189.

fenomeno neutro per l'ordinamento, né gli spostamenti di ricchezza che produce possono reputarsi pienamente tutelabili, perché prodotti dal caso o da abilità ludiche a cui non è comunque estranea l'incidenza della sorte²⁹. Ancora meno definiti si presentano i contorni della questione a Roma antica.

Nel contesto del *ius Romanorum*, mancando una figura contrattuale tipica, deve presumersi che il gioco fosse formalizzato per mezzo di un nudo patto, di un contratto o di due *stipulationes* inversamente condizionate.

La dottrina più risalente non ha mancato di esprimersi nel senso che l'accordo concluso in ambito ludico, quando avesse ad oggetto intrattenimenti colpiti da proibizione, fosse da ritenersi nullo per il fatto di non produrre azione³⁰.

Alla stregua di un'autorevole opinione formulata da Impallomeni nell'ultimo ventennio del secolo scorso, il peculiare oggetto del negozio di gioco, almeno in epoca classica, non sarebbe stato invece sufficiente a decretarne l'invalidità, potendo questa prospettarsi solo in ipotesi di causa turpe.

L'esegesi di D. 19.5.17.5 Ulp. 28 *ad ed.* è ritenuta decisiva ad avvalorare l'assunto:

Si quis sponsionis causa anulos acceperit nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit: nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat: quemadmodum enim rei nomine, cuius neque possessionem neque dominium victor habuit, aget furti? Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui anuli dumtaxat repetitio erit.

La fattispecie riguarda due scommettitori che hanno depositato degli anelli presso un terzo affinché questi, all'esito della competizione, li consegni al vincitore. Giunto il momento di liberarsi dei monili, il fiduciario rifiuta di farlo. Sorge dunque il problema di individuare quale strumento processuale sia disponibile contro di lui. Ulpiano dichiara in maniera

²⁹ R. FERCIA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato delle obbligazioni*, dir. L. GAROFALO – M. TALAMANCA, I.3, Padova, 2010, p. 163 ss., in part. p. 304 ss.

³⁰ C. MANENTI, *Del giuoco e della scommessa dal punto di vista del diritto privato romano e moderno*, in appendice a F. GLÜCK, *Commentario alle pandette tradotte e arricchito da copiose note e confronti col Codice Civile del Regno d'Italia, Libro XI, titolo V, 'De aleatoribus'*, Milano, 1903, p. 547.

perentoria che il rimedio debba individuarsi nell'*actio praescriptis verbis*. Esclude invece, contro il parere di Sabino, che il *victor* possa validamente promuovere un'*actio furtiva*, non essendo titolare né del possesso né della proprietà degli oggetti contesi. Qualora la *causa sponsionis* fosse stata *inhonesta*, aggiunge il giurista, l'interessato avrebbe potuto recuperare solo il proprio anello.

La preferenza ulpiana verso l'azione contrattuale viene interpretata come logica conseguenza del fatto che la scommessa presupposta dovesse ritenersi pienamente efficace e ciò anche quando fosse intervenuta in relazione a giochi di cui era vietata la pratica.

L'inequivocità delle conclusioni ricavabili da D. 19.5.17.5 è stata ripetutamente avversata di recente. Zamora Manzano³¹, in ragione del lessico utilizzato, suggerisce che il responso ulpiano si accordi ad un'ipotesi di scommessa lecita, magari relativa ad un generico evento futuro e incerto o all'esito di giochi circensi. Ziliotto³² stigmatizza il carattere scarsamente circostanziato dell'escerto, il cui tenore testuale è incapace di chiarire se le scommesse relative a giochi d'azzardo vietati fossero sorrette da *causa inhonesta* ed in che modo l'*inhonestas* venisse a relazionarsi con la *turpitude*.

Certo, potrebbe assumersi che la mancata puntualizzazione dei termini della questione in D. 19.5.17.5 stia a testimoniare che le argomentazioni di Ulpiano fossero destinate a valere quale che fosse l'oggetto della scommessa, anche in deroga all'ordinario trattamento riservato alle negoziazioni turpi, in conseguenza del quale, se la *turpitude* fosse stata comune a tutti i contraenti, nessuno avrebbe goduto di azione contro l'altro.

Circoscrivere la rilevanza della discussione di cui si discute lascia ignota la ragione per la quale, nello stesso frangente testuale, il giurista severiano si preoccupi di confutare accuratamente l'opinione di Sabino, prenda posizione in ordine all'eventualità che ricorra una *causa inhonesta*, ma poi ometta di considerare altre variabili che potrebbero interferire significativamente sulla risposta data al quesito.

La generale validità del negozio di gioco non sembra esclusa dalle

³¹ J.L. ZAMORA MANZANO, *La regulación jurídico-administrativa del juego en el derecho romano y su proyección en el derecho moderno*, Madrid, 2011, p. 39.

³² P. ZILIO, *Disciplina privatistica classica del gioco di azzardo vietato*, in *Il gioco nell'antica Roma*, cit., p. 95 ss., in part. p. 101 ss.

indicazioni sul quadro normativo vigente consolidatosi in età pregiustiniana che ci provengono dal frammento riportato in D. 11.5.2.1-2 Paul. 19 *ad ed.*:

Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando quod virtutis causa fiat:

al quale va a ad aggiungersi la precisazione riportata in D. 11.5.3 Marc. 5 *reg.*:

In quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.

I passi danno conto dell'emanazione di un senatoconsulto e di tre *leges* che avrebbero proibito di giocare e scommettere («*in pecuniam ludere*»), se non con riferimento a competizioni *virtutis causa*, gare a carattere agonistico destinate ad esaltare la prestanza fisica dei partecipanti.

Il contenuto integrale della deliberazione senatoria non ci è noto né è chiaro quale sia il suo rapporto cronologico con le *leges* riguardanti la medesima materia. È stato ipotizzato che con essa il *senatus* introducesse per la prima volta in favore del perdente un generale diritto di ripetizione delle somme corrisposte per onorare i debiti contratti praticando attività ludiche vietate³³. Non è neppure da escludere che il medesimo costituisse «l'enunciato più preciso, generale e recente della materia trattata»³⁴ e ciò ne giustificasse la specifica menzione.

Le competizioni esentate dalla restrizione sono individuate dal giurista Paolo nel lancio dell'asta o del *pilum*, nella corsa, nel salto, nella lotta e nel pugilato.

Resta incerto se l'elenco debba ritenersi tassativo: l'indugiare della fonte

³³ Cfr. G. IMPALLOMENI, *In tema di gioco*, in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli, 1984, p. 2338, nt. 27; M.G. ZOZ, *La disciplina giuridica del gioco e della scommessa: varianti e punti in comune delle varie legislazioni*, in *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca*, Torino, 2007, p. 67; E. QUINTANA ORIVE, *D. 11.5 (De aleatoribus) y C. 3.43 (De aleae lusu et aleatoribus): Precedentes romanos del contrato de juego*, in *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 42 (2009), p. 29.

³⁴ E. NARDI, *Monobolo & C.*, in *RAIB*, 76 (1989), p. 10.

sul carattere *virtutis causa* delle occupazioni elencate, secondo un atteggiamento riscontrabile pure nel frammento D. 11.5.3 («*ubi pro virtute certamen non fit, non licet*»), potrebbe legittimare la conclusione che le fattispecie interessate dal *favor* fossero di fatto più numerose rispetto a quelle menzionate espressamente, essendo sufficiente che contribuissero a preservare l'efficienza del corpo.

Va tuttavia considerato che i *ludi athletici* costituivano un novero dai confini ben determinati rispetto ad altri tipi di intrattenimento, quali le corse con i carri, i *ludi gladiatorii*, le *venationes* o gli spettacoli teatrali. Chi si misurava negli *athletarum certamina*, apprezzati specialmente presso le classi ricche e acculturate, non solo era sottratto al marchio dell'infamia proprio degli esercenti l'*ars ludicra* ma godeva di uno *status* giuridico privilegiato, che annoverava l'esenzione dalla tutela, dalla responsabilità per *iniuria* e da quella aquiliana³⁵. Non può dunque escludersi che la possibilità di giocare d'interesse fosse riferita unicamente alle gare oggetto di esplicita menzione nel Digesto, in ragione della peculiare considerazione sociale di cui godevano.

Per altro verso, sembra adeguatamente certa la qualificazione come *minus quam perfectae*³⁶ delle leggi *Titia*, *Publicia* e *Cornelia*, presumibilmente emanate a partire dalla fine del III secolo a. C.³⁷. Non risulta, infatti, che dalla loro violazione discendesse la nullità della *sponsio*, mentre alcune testimonianze letterarie danno conto dell'applicazione di multe ai giocatori all'esito di un'*actio in quadruplum*, probabilmente detta '*de aleatoribus*', alla cui promozione risultava legittimato qualunque cittadino³⁸.

³⁵ Indicazioni più puntuali sul trattamento giuridico degli atleti possono rinvenirsi in E. FRANCIOSI, '*Athletae*', '*agitatores*', '*venatores*'. *Aspetti del fenomeno sportivo nella legislazione postclassica e giustiniana*, Torino, 2012, p. 63 ss.

³⁶ *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit [...]* (Tit. Ulp. 1.2).

³⁷ Il commediografo Plauto, nel *Miles gloriosus*, evoca un non meglio circostanziato divieto di giocare d'azzardo anche in ambito domestico: *Atque adeo, ut ne legi fraudem faciant aleariae / Adcuratote ut sine talis domi agitent conuiuium* (II, 164-165). Circa la datazione dell'opera v. M. ACCI PLAUTI, *Miles gloriosus*, *Edizione critica con introduzione e commento di E. Cocchia*, Torino, 1893 dove si ipotizza un anno tra il 206 e il 205 a.C. (p. III) ed E. PARATORE, *La letteratura latina dell'età repubblicana e augustea*, Milano, 1993, che propende per il 205 a.C. (p. 43).

³⁸ Si trattava indubbiamente di un'*actio popularis*, per come descritta in Plaut. *Persa*, 62-74: *Neque quadruplari me volo; neque enim decet/ sine meo periclo ire aliena ereptum bona / neque illi qui faciunt mihi placent. Planen loquor? / Nam publicae rei causa quicumque id facit / magis quam sui quaesti, animus induci potest / eum esse*

Si ha comunque l'impressione che la possibilità di pervenire a conclusioni difficilmente confutabili rispetto alla validità del contratto di gioco sia irreparabilmente pregiudicata dall'opera di selezione dei materiali giurisprudenziali svolta dai compilatori dei *Digesta*. Avendo la materia conosciuto interventi diretti da parte di Giustiniano, di cui si dirà oltre, è lecito ritenere che i commissari abbiano preservato dall'oblio solo quanto poteva risultare utile ad integrare le linee di politica legislativa tracciate dall'imperatore, con l'effetto di precludere l'esaustiva ricostruzione della cornice normativa pregressa, ai loro occhi ormai obsoleta.

4. Il gioco d'azzardo al cospetto della giurisdizione pretoria: la ripetibilità della posta pagata

L'idea che *iure civili* i giochi di puro rischio potessero trovare realizzazione attraverso convenzioni valide ed efficaci sembra trovare elementi di riscontro nella tendenza della giurisdizione pretoria a contenere e rimuovere gli effetti indesiderati generati da simili pratiche.

L'azzardo costituiva oggetto di specifiche previsioni dell'editto del pretore, riassunte in D. 11.5.4.1-2 Paul. 19 *ad ed.*:

Si servus vel filius familias victus fuerit, patri vel domino competit

civem et fidelem et bonum. / Sed si legirupam qui damnet, det in publicum / dimidium; atque etiam in ea lege adscribier / ubi quadruplator quempiam inieit manum / tantidem ille illi rursus inieit manum, / ut aequa parti prodeant ad trisviros. / Si id fiat, ne isti faxim nusquam appareant / qui hic albo rete aliena oppugnant bona. In tema v. Y. RIVIÈRE, *Les quadruplatores: la répression du jeu, de l'usure et quelques autres délits sous la République romaine*, in *MEFRA*, 109.2 (1997), p. 577 ss.; F. DE MARTINO, *I 'quadruplatores' nel 'Persa' di Plauto*, in *Labeo*, 1 (1955), p. 32 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Leggi sociali e 'quadruplatores' nella Roma post-annibalica*, in *Labeo*, 47.3 (2001), p. 349 ss. Tra quanti ritengono che Plauto si presti ad essere fonte attendibile per la ricostruzione degli istituti di diritto romano si segnalano: M. BERCEANU, *La vente consensuelle dans les comedies de Plaute*, Paris, 1907; E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890; L. PERNARD, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, Lione, 1900; J. VAN KAN, *La possession dans les comedies de Plaute*, in *Mélanges de droit romain dédiés a G. Cornil*, II, Gand-Parigi, 1926, p. 3 ss.; E. VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia*, in *RISG*, 2 (1927), p. 581 ss.; C. TOMULESCU, *Observations sur la terminologie juridique de Plaute*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VI, Napoli, 1984, p. 2771 ss.; M.V. BRAMANTE, *'Patres', 'filii' e 'filiae' nelle commedie di Plauto. Note sul diritto nel teatro*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. CANTARELLA - L. GAGLIARDI, Milano, 2007, p. 95 ss.

repetitio. Item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex negotio gesto agitur: sed non amplius cogendus est praestare, quam id quod ex ea re in peculio sit. 2. Adversus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est.

Le prescrizioni danno conto dell'assoluta precarietà dell'arricchimento conseguito dall'*aleator*.

La posta o il premio che gli fossero stati versati spontaneamente restavano ripetibili da parte del perdente o, se questo fosse stato un servo o un *filius familias*, su iniziativa, rispettivamente, del *dominus* e del *pater*. Contro il padrone era data un'azione *de peculio*, nei limiti di quanto fosse rimasto della vincita, se ad incassarla era stato uno schiavo. Nel caso di emancipati e liberti si poteva agire, in via utile, contro i rispettivi *patres* e patroni

Una considerazione sistematica dei rimedi apprestati dall'editto ha fatto anche ipotizzare che il testo, magari in appendice, prevedesse un rifiuto dell'*actio* in danno del vincitore che intendesse reclamare giudizialmente il pagamento di un debito di gioco³⁹.

Perché la *denegatio* potesse operare era sufficiente che fosse veicolata in giudizio la peculiare natura dell'obbligazione azionata. Ricorrendo una tale evenienza, il pretore «avrebbe potuto concedere l'azione solo riscontrando nella fattispecie concreta un elemento di diversità rispetto alla astratta

³⁹ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927, p. 176; G. IMPALLOMENE, *In tema di gioco, cit.*, p. 2336; M.G. ZOZ, *La disciplina giuridica del gioco, cit.*, p. 65. Le modalità attraverso le quali trovava espressione il diniego di azione restano dibattute. Alcuni autori sostengono che in materia vigesse libertà di forme, ben potendo il magistrato limitarsi ad un atteggiamento di mera renitenza. In questo senso v. C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II: il processo formulare*, Torino, 1982, p. 162; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, p. 217 nt. 11.3.3; F. FASOLINO, 'Postulare iudicem', in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, II, Padova, 2012, p. 261 nt. 25. Dottrina non meno autorevole propende per l'emissione di un provvedimento di natura decretale, tra cui A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano, 1972, p. 161 nt. 201; ID., 'Decreta praetoris' e funzione giudicante, in *Ius Antiquum*, 6 (2000), p. 69 ss.; *Lineamenti di storia del diritto romano*, dir. M. TALAMANCA, Milano, 1989, 146; F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del 'ius honorarium'*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 62 (1996), p. 58 ora anche in ID., *L'«officium» del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, p. 125; G. MANCUSO, 'Decretum praetoris', in *SDHI*, 63 (1997), p. 381; S. SCIORTINO, «Denegare actionem», *decretum e intercessio*, in *ASGP*, 55 (2012), p. 659 ss..

previsione edittale: un atteggiamento diverso sarebbe andato contro il generale dovere dei magistrati giurisdicenti di *ius dicere ex edictis perpetuis suis*»⁴⁰.

5. Il gioco svolto in ambito conviviale

Non tutti gli intrattenimenti sono colpiti dalla severità delle *leges* o dall'*animadversio* del *praetor*, come dimostra D. 11.5.4 *pr.* Paul. 9 *ad ed.*:

Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familia ludere permittitur.

Il frammento è estratto dai libri di commento all'editto di Paolo e si occupa di affermare la liceità del gioco quando fosse svolto in ambito conviviale ed avesse ad oggetto utilità di ridotto valore economico, quali potrebbero ritenersi la quota di partecipazione al banchetto⁴¹, una modesta cena o un bicchiere di vino⁴².

Il testo non reca menzione della fonte normativa che avrebbe stabilito l'eccezione al divieto di giocare di interesse. Questa non sembra corrispondere con uno degli interventi normativi richiamati nel Titolo V del Libro XI del Digesto, segnatamente in D. 11.5.2 e 11.5.3.

Come si è visto, i testi in questione danno conto dell'emanazione, in età pregiustiniana, di un senatoconsulto e di tre *leges* che avrebbero proibito il gioco e la scommessa d'interesse ("*in pecuniam ludere*") quando non riguardassero gare a carattere agonistico destinate ad esaltare la prestanza fisica dei partecipanti ("*virtutis causa*"). Le competizioni sottratte al divieto sono testualmente individuate nel lancio dell'asta o del *pilum*, nella corsa, nel salto, nella lotta e nel pugilato.

Non soccorrono valide ragioni per ritenere che iniziative di regolamentazione dirette a decretare un *favor* verso occupazioni ludiche nobilitanti potessero prendere in considerazione, contemporaneamente, anche passatempi leggeri, come quelli consumati tra le mura domestiche.

⁴⁰ A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., p. 112 ss.

⁴¹ M.G. ZOZ, *La disciplina giuridica del gioco*, cit., p. 66.

⁴² G. IMPALLOMENI, *Il regime del gioco nel 'Corpus Iuris'*, cit., p. 649.

Il carattere frivolo del gioco conviviale rende parimenti improbabile che il medesimo potesse trovare autonoma considerazione nell'editto del pretore. Molto probabilmente, allora, la posizione espressa D. 11.5.4 pr. è un prodotto della riflessione giurisprudenziale. La genesi di una tale consuetudine interpretativa non può collocarsi prima del II sec. a.C., dovendosi ritenere che, ancora all'epoca di Plauto, in forza della legislazione alearia, fosse ancora proibito associare banchetti e dadi⁴³.

Per effetto del trattamento eccezionale riservato al gioco *vescendi causa*, è presumibile che il soccombente non potesse domandare in restituzione la vincita che avesse corrisposto all'avversario. Per converso, tuttavia, il vincitore che intendesse riscuotere il premio difficilmente avrebbe potuto vedere ascoltate le proprie ragioni presso il magistrato giudicante, in ragione del carattere *de minimis* della pretesa agitata. Da qui il ricorso dei giocatori all'espedito di far custodire la posta in gioco da un fiduciario, affinché la consegnasse a chi ne avrebbe avuto diritto in base all'esito della partita⁴⁴.

Le ragioni in base alle quali giocare a tavola era tollerato vanno ragionevolmente individuate nel fatto che tale distrazione non potesse mai seriamente nuocere al patrimonio familiare. Al contempo, mancava qualunque condizione per considerare moralmente compromesso chi vi prendesse parte, anche alla luce della progressiva rivalutazione del concetto di *sumptus* registratasi a partire dal principato⁴⁵.

La qualificazione in termini di liceità del gioco *vescendi causa* formulata da Paolo interviene allora a sottrarre all'apparato sanzionatorio un intrattenimento innocuo e apprezzato dalle *elite* cittadine⁴⁶.

⁴³ v. nt. 37.

⁴⁴ G. IMPALLOMENE, *In tema di gioco*, cit., p. 2340.

⁴⁵ Cfr., anche per la letteratura richiamata, il recente intervento di A. BOTTIGLIERI, *Le leggi sul lusso tra Repubblica e Principato: mutamento di prospettive*, in *MEFRA*, 128.1 (2016), p. 13 ss.

⁴⁶ Non deve meravigliare, quindi se il fatto di essere di buona compagnia ai banchetti è considerato dai romani una virtù di cui vantarsi con i propri conoscenti, come fa Pericleomeno in Plaut., *Mil. Glor.*, III,1,639-660: Per.: [...] *et ego amoris aliquantum habeo umorisque etiam in corpore / neque dum exarui ex amoenis rebus et voluptariis. / Vel cavillator facetus vel conviva commodus / item ero, neque ego oblocutor sum alteri in convivio: / incommoditate abstinere me apud convivas commodo / commemini et meae orationis iustam partem persequi / et meam partem itidem tacere, quom aliena est oratio; / minime sputator, screator sum, itidem minime mucidus: / post Ephesi sum natus, non enim in Apulis; non sum Animulas. / Pal.: O lepidum senem,*

Al contrario, nel silenzio delle fonti, sempre con riferimento all'età classica, appare ragionevole sospettare che il gioco di interesse realizzato fuori dall'ambito conviviale, anche quando si accompagnasse a premi di scarso rilievo, non sfuggisse ai meccanismi di repressione, mancando l'elemento di contesto che ne suggeriva la tolleranza.

6. La sorte dei contratti collegati al gioco

Fuori dalla *sedes materiae* del Titolo V del Libro XI del Digesto è riportato un frammento dal contenuto tanto breve quanto significativo, estratto dai *libri ad edictum* di Paolo:

D. 44.5.2.1 Paul. 71 *ad ed.*: *Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emptor.*

L'estratto menziona dell'esistenza di un'*exceptio* legata alla sorte dei contratti collegati al gioco d'azzardo, comunemente riferita come *exceptio negotii in alea gesti*.

A delimitarne l'ambito oggettivo di rilevanza, oltre il richiamo agli intrattenimenti di puro rischio («*Si in alea...*») soccorre il riferimento espresso all'evizione («*...et evicta re conveniar...*»).

Varrà rammentare che già nel *ius civile vetus*, il venditore era tenuto a garantire l'acquirente qualora la *res trasferita* gli fosse legittimamente

*in se si quas memorat virtutis habet, / atque equidem plane educatum in nutritu Venerio. / Per.: Plus dabo quam praedicabo ex me venustatis tibi. / Neque ego umquam alienum scortum subigito in convivio, / neque praeripio pulpamentum neque praevorto poculum, / neque per vinum umquam ex me exoritur discidium in convivio: / si quis ibi est odiosus, abeo domum, sermonem segrego; / Venerem, amorem amoenitatemque accubans exerceo. / Pal.: Tu quidem edepol omnis moris ad venustatem ~ vacet; / cedo tris mi hominis aurichalco contra cum istis moribus. / Plevs.: At quidem illuc aetatis qui sit non invenies alterum / lepidiorem ad omnis res nec qui amicus amico sit magis. A differenza di altre occasioni di incontro, il rito della tavola presenta per gli antichi una forte valenza simbolica, oltre che sfumature sacrali. La mensa è il luogo di aggregazione di chi vi è ammesso e, al contempo, si veste da simbolo di esclusione per chi non viene invitato: «mangiare alla stessa mensa è il segno indicatore di un vincolo sociale» (cfr. M. MONTANARI, *Convivio. Storia e cultura dei piaceri della tavola. Dall'antichità al Medioevo*, Bari, 1989, p. IX).*

sottratta. Ciò avveniva in tutti i casi in cui un terzo ne rivendicasse vittoriosamente la proprietà⁴⁷.

Originariamente, la garanzia operava in relazione alla compravendita reale realizzata attraverso la *mancipatio*, il cui effetto era quello di attribuire immediatamente all'acquirente il *dominium ex iure Quiritium* sull'oggetto mancipato.

Le parti realizzavano un atto solenne - *gestum per aes et libram* - in cui il cedente si rendeva garante della legittima acquisizione in capo alla controparte negoziale del titolo di *dominus*. A tale garanzia restava vincolato per uno o due anni, in dipendenza della natura del bene trasferito, se mobile o immobile. Si trattava del tempo richiesto dalle XII Tavole affinché la cosa fosse acquistata a titolo originario per effetto dell'usucapione⁴⁸.

⁴⁷ T. DALLA MASSARA, *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. RUSSO RUGGERI, II, p. 100 osserva significativamente che «nel regime dell'evizione trova composizione un conflitto emergente tra il soggetto che rivendica la proprietà di un bene e il soggetto che, in forza della compravendita, reputa di avere legittimamente acquistato da altri il diritto sul medesimo bene. [...] [I] tema si colloca in quel territorio di confine - tra problematiche del contratto e diritti reali - che si è soliti definire della circolazione della proprietà». Per una bibliografia essenziale: P.F. GIRARD, *La garantie d'éviction dans la vente consensuelle*, in *RD*, 8 (1884), p. 395 ss.; ID., *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, in *Mélanges de droit romain*, II. *Droit privé et procédure*, Paris, 1923, p. 5 ss.; ID., *L'«auctoritas» et l'action «auctoritatis»*. *Inventaire d'interpolations*, in *Mélanges de droit roman*, II, cit., p. 153 ss.; G. IMPALLOMENI, s.v. *Evizione (dir. rom.)*, in *Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1960, p. 1048 s.; M. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960; A. BURDESE, s.v. *Vendita (dir. rom.)*, in *Novissimo digesto italiano*, XX, Torino, 1975, p. 597 s.; A. CALONGE, *Evicción. Historia de un concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca, 1968; M. TALAMANCA, s.v. *Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, p. 303 ss.; H. ANKUM, *Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione*, in *AAPel*, 57 (1989), p. 6 ss.; ID., *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico. (La relazione fra le azioni spettanti al compratore in riguardo all'evizione: «actio de auctoritate», «actio ex stipulatu» basata su una «stipulatio de evictione» e «actio empti»)*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca*, a cura di L. VACCA, I, Milano, 1991, II, p. 610 ss.; T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione ed interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. GAROFALO, II, Padova, 2007, p. 277 ss.

⁴⁸ Gai. 2.42: *usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.*

Quando, nel termine richiesto per usucapire, fosse introdotta una causa contro il *mancipio accipiens* rispetto alla titolarità della *res*, questi ne informava il *mancipio dans* (*litem denuntiare, auctorem laudare*). Il *mancipio dans*, in tal caso, poteva assumere su di sé l'onere del giudizio o prestare la necessaria assistenza (*liti substituere*).

Nel caso in cui si rifiutasse di intervenire (*auctoritatem defugere*) oppure non riuscisse a respingere la pretesa (*auctoritas nomine vincī*), l'acquirente, aveva il diritto, attraverso un'*actio auctoritatis*, ad un risarcimento pari al doppio del prezzo d'acquisto.

In epoca classica e postclassica la tutela dell'acquirente rispetto all'evizione non cessò di essere praticata, benché il venditore non potesse più considerarsi di per sé responsabile dell'evizione stessa. Ed infatti, non essendo obbligato a trasmettere all'acquirente la proprietà dei beni, ma soltanto il loro possesso incontrastato, nulla gli si poteva opporre, *a priori*, nel caso in cui altri si facesse avanti in qualità di proprietario o accampando la titolarità di diritti reali minori.

In relazione all'*emptio venditio*, si affermò quindi la *stipulatio habere licere*, per mezzo della quale l'alienante assicurava che la disponibilità materiale della cosa presso di sé fosse conforme al diritto, assumendosi implicitamente il rischio che venisse accertato il contrario. Secondo Sabino, l'acquirente doveva così essere tenuto indenne da qualunque aggressione gli fosse portata; Ulpiano, sul presupposto che la promessa del fatto del terzo fosse irrilevante, riteneva invece che la pattuizione potesse spiegare efficacia limitatamente ad eventuali pretese sulla *res* azionate dallo stesso venditore-*promissor* e dai suoi aventi causa a titolo universale⁴⁹.

Nel novero degli strumenti a protezione del compratore evitto si consolidò pure la *stipulatio duplae (pecuniae)*, concepita come una *stipulatio* penale sottoposta a condizione sospensiva, in forza della quale era lecito chiedere al venditore un ristoro pari al doppio del prezzo d'acquisto.

Con Ulpiano⁵⁰ si pervenne alla prospettazione di un collegamento diretto tra la responsabilità per l'evizione e la *bona fides*⁵¹ mentre la relativa

⁴⁹ D. 45.1.38 pr.-9 Ulp. 49 *ad Sab.*

⁵⁰ D. 21.1.31.20 Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*: *Quia adsidua est duplae stipulatio, incirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.*

⁵¹ La *bona fides* si poneva tanto come limite quanto come fondamento di numerose fattispecie giuridicamente rilevanti. Costituiva un paradigma di comportamento che il

garanzia cessò progressivamente di costituire un patto aggiunto, venendo attratta nella cornice contrattuale.

Tale essendo la disciplina della garanzia dovuta dal venditore all'acquirente, bisogna doverosamente chiedersi se l'eccezione di cui si discute operasse solo con riferimento al novero di azioni richiamate testualmente oppure fosse idonea a paralizzare qualunque altra pretesa potesse essere formulata in dipendenza del trasferimento propiziato dal gioco d'azzardo.

Il dubbio resta insoluto anche quando si coordini il contenuto di D. 44.5.2.1 Paul. 71 *ad ed.* con quello dell'unico altro testo che ospita un richiamo espresso al rimedio in esame:

D. 22.3.19 pr.-4 Ulp. 7 *disp.*: *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse. 1. Cum quis promississet iudicio se sisti et rei publicae causa afuisse dicat et ob id non stetisse, vel dolo malo adversarii factum quo minus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse vel*

ius honorarium modellò ispirandosi al contegno non già di un soggetto concreto ma di un agente artificiale, il *bonus vir*. Quest'ultimo rappresentava una trasposizione ideale della persona onesta e corretta, un modello di azione che si imponeva a tutte le parti di un rapporto giuridico nel loro reciproco relazionarsi. Come è stato condivisibilmente sostenuto da C.A. CANNATA, *Bona fides e strutture processuali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, II, Padova, 2003, p. 261, in seno agli *iudicia bonae fidei*, dove il parametro trovava la sua più pregnante espressione, «quando il pretore ordina al giudice di stabilire quel che NN deve ad AA *ex fide bona*, non gli dice di valutare quel che NN avrebbe fatto e farebbe se fosse buono ed onesto, ma quel che NN avrebbe fatto rispetto a quel che ha fatto AA se fossero entrambi vissuti in una dimensione esistenziale di buoni ed onesti». Sempre in argomento v. L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961; A. PALMA, *Violazione del principio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, cit.*, III, p. 27 ss. Nella stessa raccolta di atti, segnaliamo: M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani* (IV, p. 1 ss.); F. GALLO, *'Bona fides' e 'ius gentium'* (II, p. 117 ss.); C. BEDUSCHI, *I profili giudiziari della 'fides'*, in *'Fides', 'Fiducia', 'Fidelitas'*, a cura di L. PEPPE, Padova, 2008, p. 16 ss.; R. FIORI, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. FIORI, III, Napoli 2008, p. 237 e ss.; R. CARDILLI, *'Vir bonus' e 'bona fides'*, in *'Vir bonus'. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, a cura di A. LOVATO, Bari, 2013, 179 ss.; R. CARDILLI, *'Bona fides' tra storia e sistema*, Torino, 2015.

tempestatem, probare eum id oportet. 2. Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuisset adversario dare vel fieri procuratorem, probare id oportet obicientem exceptionem. 3. Idem erit dicendum et si ea pecunia petatur, quae pensata dicitur. 4. Hoc amplius, si iudicatae rei vel iurisiurandi condicio delata dicatur de eo quod nunc petitur, sive in alea gestum esse contendatur, eum implere probationes oportet.

Ulpiano affronta il problema della distribuzione dell'onere della prova in sede processuale. Nel farlo, fornisce un vasto catalogo di eccezioni, in cui è compresa quella di nostro interesse: «*sive in alea gestum contendatur, eum implere probationes oportet*». La sua menzione, però, non è accompagnata dal benché minimo dato circostanziale, né sembra possano trarsi spunti meritevoli di approfondimento dal contenuto degli altri mezzi processuali che la precedono nell'elenco, i quali, nella loro eterogeneità, sembrano essere enumerati senza alcuna pretesa sistematica.

Con le doverose cautele dettate dal carattere frammentario delle evidenze disponibili, si potrebbe ritenere che il silenzio su ulteriori ipotesi di rilevanza dell'*exceptio negotii in alea gesti* fuori dal caso dell'evizione sia indicativo del fatto che, in definitiva, questa non conoscesse ulteriori applicazioni.

Del resto, ritenere paralizzabili tutte le iniziative processuali che avessero a base il trasferimento avrebbe significato limitare anche le facoltà del giocatore-alienante e non solo quelle di chi, fornendogli disponibilità liquide in cambio di beni, lo aveva assecondato nel vizio, esponendolo al rischio di dissesto economico.

7. Aspetti funzionali dell'eccezione concessa al giocatore-alienante

Al richiamo al gioco d'azzardo contenuto nel testo di cui stiamo approfondendo l'analisi, segue un'importante precisazione, costituita dal poco successivo «*ut ludam*». L'inciso contribuisce a circostanziare in maniera significativa la fruibilità dell'*exceptio negotii in alea gesti* ai casi in cui la vendita del bene sia avvenuta per procurarsi la liquidità necessaria a giocare.

Quando venditore e acquirente siano gli stessi giocatori, è lecito ritenere che l'*exceptio* si cumuli, senza confondersi, con la facoltà di ripetere il pagamento del debito di gioco assegnata al perdente. L'esonero dell'alienante dal rispondere per l'evizione prescinde dal risultato della partita in cui il corrispettivo del trasferimento è impiegato, operando sul mero presupposto che un soggetto abbia liquidato una componente del proprio patrimonio per coltivare una pratica ritenuta fortemente nociva.

Laddove invece l'*emptor* non appartenga alla cerchia degli *aleatores*, egli è costretto a subire l'eccezione per aver fornito al giocatore le risorse economiche necessarie a rafforzare la propria dipendenza dall'azzardo. Proprio la centralità che l'espressione «*ut ludam*» assume nell'economia di D. 44.5.2.1 sembra tuttavia sottintendere che le sue ragioni possano essere pregiudicate solo quando risulti edotto del particolare motivo per cui il negozio è posto in essere, anche se ad una tale consapevolezza non abbia fatto seguire atteggiamenti predatori o di approfittamento.

Il rimedio previsto in D. 44.5.2.1 è qualificato a tutti gli effetti come una *exceptio*. Nel processo formulare, questa costituiva il principale strumento a disposizione del convenuto per contrastare la pretesa dell'attore, esposta nella parte del *iudicium* conosciuta come '*intentio*'.

Introducendo un'eccezione, l'interessato andava ad incidere sul tenore della formula edittale tipica, integrandola con il riferimento a fatti difensivi che, altrimenti, il giudice non avrebbe potuto prendere in considerazione per la decisione del caso.

Dal punto di vista squisitamente tecnico, come è noto, siamo al cospetto di una clausola condizionale negativa per mezzo della quale sono veicolati in giudizio principi e contenuti che contrastano con la tesi attorea⁵².

Quando le ragioni dell'attore si fondino sulla stretta applicazione del *ius civile*, l'*exceptio* può implicare il richiamo a soluzioni che superano, in una prospettiva di maggiore equità, il rigore delle norme più antiche. In questo senso, essa si rivela strettamente funzionale al compito di *adiuvare*, *supplere* e *corrigere* che il diritto onorario assumeva nei confronti del diritto civile⁵³.

⁵² A. PALERMO, *Studi sulla «exceptio» nel diritto classico*, Milano, 1956, p. 89 ss.

⁵³ D. 1.1.7.1 Pap. 2 def.: *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

In termini concreti, le circostanze tendenti ad escludere il fondamento dell'azione intrapresa dall'avversario costituiscono una componente ineliminabile dell'antitesi tra le posizioni dei litiganti su cui si fondava la dinamica processuale. Oggetto della contrapposizione poteva ben risultare un diritto più forte di quello azionato dall'attore o, in alternativa, una questione relativa alla legittimazione, alla competenza o alla litispendenza idonea ad invalidare l'*actio* intrapresa.

Per altro verso, l'eccezione può servire ad integrare la tutela prestata da *leges imperfectae* o assicurare protezione ad interessi non ancora considerati dal *ius civile*⁵⁴.

L'onere di provare i fatti posti a fondamento dell'eccezione gravava sulla parte che la introduceva in giudizio, alla luce del generale principio secondo cui «*Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*» e della piena equiparazione del convenuto all'attore in relazione alla dimostrazione delle proprie allegazioni difensive⁵⁵.

Nel caso dei negozi collegati al gioco, vale l'intuizione di Antonino Metro: «Allorché [...] la *d.a.* [*denegatio actionis*] cominciò ad allargarsi abbracciando casi (talvolta previsti in anticipo dallo stesso pretore, nel suo editto o anche da una fonte autoritativa, che imponeva la *denegatio* al magistrato), in cui un'azione, formalmente regolare e fondata, si sarebbe rivelata iniqua nel caso concreto per la presenza di una determinata circostanza, ecco che l'accertamento di tale circostanza non dovette più spettare necessariamente al magistrato e potè [...] essere devoluto al giudice privato: tale devoluzione si compì tecnicamente proprio mediante la sostituzione della *d.a.* con l'*exceptio*»⁵⁶. Tanto era richiesto in relazione

⁵⁴ Gli effetti spiegati dall'*exceptio* sul processo possono variare in dipendenza delle concrete circostanze che ne sono oggetto. Così, le stesse fonti distinguono tra *exceptiones peremptoriae* e *dilatoriae*, a seconda che ostacolano in maniera durevole l'*actio* o ne differiscano la realizzazione in un'epoca successiva, quando le circostanze allegare dall'eccipiente avranno cessato di spiegare efficacia.

⁵⁵ D. 44.1.1 Ulp. 4 *ad ed.*: *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.*

⁵⁶ A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., p. 79. Sul punto, è stata isolata una variazione lessicale nelle fonti che consentirebbe di distinguere tra la decisione del magistrato di '*denegare iudicium*' e quella di '*denegare actionem*'. Nel primo caso, si sarebbe verificato il rifiuto di concedere il programma di giudizio sia in senso astratto – ossia come modello affisso all'albo (come accade nell'editto *de aleatoribus*) – sia in senso concreto – ossia come formula autorizzata dal magistrato e concordata dalle parti. Il lemma *iudicium* avrebbe quindi trovato impiego in un significato aderente alla sua etimologia, connessa

al *negotium in alea gestum*, del quale evidentemente si supposeva l'immeritevolezza di tutela, almeno rispetto a taluni degli effetti, per le esternalità negative che andava a produrre.

8. Il trattamento giuridico riservato ai fautori, promotori e facilitatori della pratica del gioco d'azzardo

L'indagine sull'ambito dei soggetti contemplati dalla normazione in materia alearia poiché responsabili di una condotta facilitatrice della pratica del gioco d'azzardo può legittimamente prendere avvio da D. 11.5.1. pr. Ulp. 23 *ad ed.*:

Praetor ait: 'Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicitur, verberaverit damnumve ei dederit sive quid eo tempore dolo eius subtractum est, iudicium non dabo [...]'.

Il testo ci segnala che, per determinazione pretoria, relativamente ad una serie di fattispecie quali la *verberatio*, il *damnum iniuria datum* e il *furtum*, sarà negata l'azione a colui presso il quale si dica che sia stato praticato il gioco d'azzardo.

La previsione edittale è accompagnata da una precisazione di Ulpiano (D. 11.5.1.2 Ulp. 23 *ad ed.*):

Item notandum, quod susceptorem verberatum quidem et damnum passum ubicumque et quandocumque non vindicat: verum furtum factum domi et eo tempore quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit qui quid eorum fecerit, impune fit. Domum autem pro habitatione et domicilio nos accipere debere certum est.

all'atto del giudicare. Il diniego dell'*actio*, invece, pur potendo talora accompagnarsi ai medesimi esiti segnalati per l'ipotesi alternativa, non era astrattamente incompatibile con una *datio exceptionis*, in virtù della quale la formula richiesta dall'attore veniva opportunamente integrata per consentire l'accertamento delle allegazioni difensive articolate dal convenuto (S. SCIORTINO, '*Denegare iudicium*' e '*denegare actionem*', in *ASGP*, 58 (2015), p. 199 ss.). Sui meccanismi di formazione del convincimento del decidente v. A. PALMA, *Note sulla autonomia e discrezionalità del giudicante: 'non liquet' e 'denegatio actionis'*, in *Koinonia*, 35 (2015), p. 557 ss. e ID., *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, p. 95.

Il giurista illustra luoghi, tempi e condotte interessati dalla *denegatio actionis* preannunciata dal *praetor* in danno di quanti possano definirsi ‘*susceptores*’. Non fornisce però particolari delucidazioni sull’identità esatta dei sanzionati, profilo la cui definizione è preliminare a qualunque ulteriore riflessione.

In argomento possono accreditarsi almeno tre ipotesi alternative.

Una prima suggerisce di chiamare in causa i tenutari di bische⁵⁷, solitamente occultate in *cauponae* o *popinae*⁵⁸. La prospettazione è suffragata da alcune risultanze archeologiche, la più significativa delle quali è stata forse rinvenuta nella c.d. *Caupona di Salvius* a Pompei. Si tratta di due scenette affrescate che danno conto di una lite tra giocatori di dadi generata dalla discordante interpretazione del risultato di un lancio. L’alterco è sedato dal gestore della taverna che si affretta a spingere i due figure in strada, con l’evidente scopo di evitare che la rissa possa avere conseguenze spiacevoli per sé ed il locale che ha in conduzione⁵⁹.

La qualificazione proposta, pur nel silenzio dei suoi sostenitori, sembra riposare sulla circostanza che al verbo *suscipere* può farsi ricorso per designare l’assunzione di un incarico e, per estensione, lo svolgimento di un’attività di impresa⁶⁰. Questa accezione è agevolmente riscontrabile in ambito letterario. Un esempio tra tutti ce lo fornisce Quintiliano in *Instit. ora.* 12,9,6 -8:

[...] *Finem tamen hunc praestabit orator, ut videatur optimam causam optime egisse. Illud certum erit neminem peius agere quam qui displicente causa placet; necesse est enim extra causam sit quod placet. 7. Nec illo fastidio laborabit orator non agendi causas minores, tanquam infra eum sint aut detractura sit opinioni minus liberalis materia. Nam et*

⁵⁷ Tra gli altri, G. IMPALLOMENI, *In tema di gioco, cit.*, p. 2335; E. QUINTANA ORIVE, *D. 11.5 (De aleatoribus), cit.*, p. 24; S.B. FARIS, *Changing Public Policy, cit.*, p. 204.

⁵⁸ Trattasi di tipologie di *taberna*. Le *cauponae*, a differenza delle *popinae*, potevano di solito offrire anche alloggio ai viaggiatori. Per un approfondimento v. N. MONTEIX, ‘*Cauponae*, ‘*popinae*’ and ‘*thermopolia*’: *standard literary and historiographic Pompeian reality*, in *Contributi di archeologia vesuviana*, III, Roma, 2007, p. 119 ss.; F. Grossi, *Bar, fast food e tavole calde: nomi e funzioni dei locali di ristoro nelle città romane dell’Impero*, in *LANX*, 9 (2011), p. 1 ss.

⁵⁹ Si fa menzione dell’illustrazione, ad esempio, in C. JIMÈNEZ CANO, *Estudio preliminar sobre los juegos de mesa en Hispania*, in *Antesteria*, 3 (2014), p. 125 ss.

⁶⁰ Il primo significato accordato alla voce ‘*Susceptor*’ in W. FREUND, *Grand dictionnaire de la langue latine*, Paris, 1883, è proprio quello di ‘*entrepreneur*’, imprenditore (p. 385).

suscipiendi ratio iustissima est officium, et optandum etiam ut amici quam minimas lites habeant; et abunde dixit bene, quisquis rei satisfacit.
8. *At quidam, etiamsi forte susceperunt negotia paulo ad dicendum tenuiora, extrinsecus adductis ea rebus circumlinunt ac, si defecerint alia, conviciis implent vacua causarum, si contingit, veris, si minus, fictis, mode sit materia ingenii mereaturque clamorem dum dicitur.*

Nel passo, l'Autore argomenta contro la falsa concezione secondo la quale l'esercizio dell'oratoria raggiunga la sua espressione più compiuta unicamente quando si patrocinano cause importanti. A tale luogo comune contrappone l'importanza di presentare adeguatamente il proprio caso affinché questo incontri approvazione e seguito. Quindi, mette in guardia sul fatto che taluni, pur difendendo ragioni per le quali ci sarebbero spazi angusti per l'eloquenza («*etiamsi forte susceperunt negotia paulo ad dicendum tenuiora*»), le abbelliscono con argomenti non pertinenti e colmano le lacune del ragionamento con insulti. Un oratore può dirsi *susceptor*, quindi, nella misura in cui si fa carico della responsabilità di perorare - prendere su di sé - le ragioni di una parte. In questo modo si onera dello svolgimento di una serie di attività propedeutiche al raggiungimento di un risultato, costituito dalla raccolta di consenso rispetto a una tesi.

La trasposizione tecnico-giuridica del concetto può leggersi nel noto D. 44.7.5 Gai. 3 *aur.* dove viene illustrata la liceità della *negotiorum gestio*⁶¹ con riferimento all'amministrazione di un affare altrui senza il preventivo rilascio di un mandato («*sine mandatu suscipere negotiorum administrationem*»):

⁶¹ Circa la gestione d'affari altrui in diritto romano rimandiamo, tra gli altri, a P. STEIN, *The Nature of Quasi Delictual Obligations in Roman Law*, in *RIDA*, 5 (1958), p. 563 ss.; E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958; G. NICOSIA, s.v. 'Gestione di affari altrui (storia)', in *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, Varese, 1969, p. 628 ss.; F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle 'obligationes ex variis causarum figuris'*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, 76 (1973), p. 171 ss.; A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio': Corso esegetico di diritto romano. I. Struttura, origini, azioni*, Torino, 1997; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio', azione pretoria ed azione civile*, I, Napoli, 1999; ID., *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio', II.1. Requisiti delle 'actiones negotiorum gestororum'*, Cassino, 2003.

Sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est sine mandatu suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari.

Anche in questo caso, il *suscipere* è intrinsecamente collegato all'agire per una finalità prefissata.

La dottrina che ritiene che i *susceptores* evocati in materia aleatoria siano i gestori di case da gioco valorizza dunque l'aspetto più dinamico del significato del lemma impiegato da Ulpiano.

In contrapposizione a quanto sinora discusso, i destinatari della disposizione pretoria riportata in D. 11.5.1 pr. Ulp. 23 *ad ed.* sono stati anche identificati con i custodi della posta messa in palio, e quindi con una classe di individui allo stesso tempo diversa e più ampia degli imprenditori dell'azzardo di cui si è appena detto⁶². In questo senso può farsi valere che tra i significati di *suscipere* vi sia, tra l'altro, proprio quello di raccogliere e custodire cose inanimate, secondo l'uso riscontrabile, tra l'altro, in *Paul. Sent.* 5.3.2:

Quidquid ex incendio ruina naufragio navique expugnata raptum susceptum suppressumve erit, eo anno in quadruplum eius rei, quam quis suppresserit celaverit rapuerit, convenitur, postea in simplum.

Il frammento richiama l'applicazione di una sanzione *in quadruplum* entro l'anno, quindi successivamente *in simplum*, ai danni di chi sia colpevole della sottrazione, («*quidquid raptum*»), custodia («*susceptum*») o soppressione («*suppressumve*») di cose provenienti da incendi, crolli, naufragi o navi conquistate.

Sono poi notoriamente designati come *susceptores* quanti, nel tardo impero, partecipavano dell'amministrazione finanziaria avendo la responsabilità di ricevere il pagamento di tributi in danaro o natura. Ad essi fanno riferimento le costituzioni riportate in C. 10.72.

⁶² 'Iustiniani Digesta Seu Pandectae'. Testo e traduzione, a cura di S. SCHIPANI, II: 5-11, Milano, 2005, p. 362.

Del resto, la pratica dei giocatori o scommettitori di consegnare ad un terzo il premio pattuito perché, all'esito della competizione, ne garantisca il trasferimento al vincitore costituisce il presupposto del caso illustrato in D. 19.5.17.5 Ulp. 28 *ad ed.*, già commentato.

La polisemia dei lemmi *suscipere* e *susceptor*, tuttavia, è tale da consentire risultati esegetici sicuramente più interessanti se, delle loro numerose accezioni, si valorizza quella che riguarda il garantire accoglienza e riparo alle persone, specie in connessione con la commissione di illeciti. E' questo l'uso riscontrabile in D. 47.2.48.2-3 Ulp. 42 *ad Sab.*:

Qui ex voluntate domini servum recepit, quin neque fur neque plagiarius sit, plus quam manifestum est: quis enim voluntatem domini habens fur dici potest? 3. Quod si dominus vetuit et ille suscepit, si quidem non celandi animo, non est fur, si celavit, tunc fur esse incipit. Qui igitur suscepit nec celavit etsi invito domino, fur non est.

Il frammento illustra con lucido schematismo i limiti di configurabilità del furto dello schiavo precisando che chi ha ne ha accolto («*recepit*») uno secondo la volontà del padrone, non è ladro («*fur*») né plagiario. Neppure può dirsi ladro se, malgrado il divieto del *dominus*, lo abbia accolto («*suscepit*») ma senza l'intenzione di nascondere. E' invece incolpabile di furto da quando cominci ad occultarlo. Nell'economia del discorso, può richiamarsi utilmente anche Paul. Sent. 5.3.4:

Receptores adgressorum itemque latronum eadem poena adficiuntur, qua ipsi latrones: sublatis enim susceptoribus grassantium cupido conquiescit.

Il passo si sofferma sulla necessità che coloro che garantiscono riparo all'autore di aggressioni o razzie subiscano la medesima pena del reo perché, azzerato il novero dei soggetti disponibili a prestargli rifugio («*sublatis enim susceptoribus*»), possa placarsi l'impulso all'azione illecita. Significativamente, sia con riferimento allo schiavo altrui che all'*adgressor* o al *latro*, l'azione di *suscipere* si compie contro la volontà o le disposizioni di chi, *dominus* o autorità pubblica, è nella posizione di poterla vietare.

Applicando il senso da ultimo illustrato al frammento ulpiano del *De aleatoribus* è possibile prospettare che, almeno in epoca più risalente, i *susceptores* colpiti da *denegatio actionis* potessero individuarsi in tutti coloro che accordavano rifugio ai *lusores*, pure se ciò avvenisse in maniera occasionale e senza che risultasse necessaria la derivazione di un lucro o la presa in consegna della posta in gioco.

La sanzione pretoria era dunque destinata a colpire chiunque, anche solo per ragioni di malintesa o consapevole cortesia ed ospitalità, facilitasse la diffusione dell'azzardo consentendone la pratica presso luoghi che rientravano nella sua disponibilità, ivi compresa la propria dimora.

La ricostruzione sembra potersi avvantaggiare di un numero di riscontri più ampio di quelle concorrenti. A suo favore possono anzitutto invocarsi i termini assolutamente generici con cui Ulpiano ci tramanda la disposizione edittale (*‘Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicitur [...]’*), invero incompatibili con la circoscrizione dei suoi effetti ad una data categoria di soggetti. Milita nello stesso senso la menzione dell'*habitatio* tra i luoghi in cui è tollerato il furto che sia perpetrato durante una partita. Soccorre, poi, un frammento plautino, tratto da *Mil. Glor.* II, 164-165, che richiama la vigenza, tra la fine del III e l'inizio del II secolo a.C., di un non meglio circostanziato divieto di giocare d'azzardo anche in ambito domestico, nelle occasioni conviviali:

*Atque adeo, ut ne legi fraudem faciant aleariae,
Adcuratote ut sine talis domi agitent conuiuuium.*

A riprova della permanenza di fortissime esigenze di contrasto del fenomeno dell'alea, lo stesso divieto è ricavabile dalla previsione giustiniana «*ut nulli liceat in privatis seu publicis locis ludere*» riportata in C. 3.43.1.1 e datata 529 d.C. .

A detrimento di quanto argomentato, non potrebbe tuttavia invocarsi l'eccezione riportata in D. 11.5.4 pr. Paul 19 *ad ed.* («*Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familia ludere permittitur*») per un duplice ordine di motivi.

Anzitutto, come già discusso, la deroga al divieto di giocare d'azzardo in occasioni conviviali non troverebbe fondamento in un testo normativo ma

sarebbe stata attinta da una consuetudine interpretativa⁶³. Dovendosi ragionevolmente escludere che Plauto potesse avere interesse a menzionare divieti che i suoi spettatori avrebbero chiaramente percepito come fantasiosi, è lecito immaginare che detta consuetudine si sia imposta solo a partire dall'ultimo secolo e mezzo della *res publica*, comunque dopo il 205 a.C., anno presumibile di composizione del *Miles gloriosus*⁶⁴.

In secondo luogo, la deroga non avrebbe comunque riguardato qualunque tipo di giocata svolta *in convivio* ma unicamente quelle *vescendi causa*, la cui posta, cioè, fosse consistita in una modesta cena o un bicchiere di vino all'osteria⁶⁵.

La sanzione stabilita dall'editto per i *susceptores* consiste nel diniego dell'azione per il caso in cui restassero vittima di *verberatio*, *damnum iniuria datum* e *furtum*. Nel bilanciamento tra diritto e valori, la deprecabilità del comportamento di quanti accordino ai *lusores* un riparo è ritenuta dal *praetor* giusta causa per rifiutare loro protezione. Come è stato osservato: «Il pretore esponeva in pratica coloro presso i quali si praticava il gioco d'azzardo (allo scopo di reprimerne l'attività illecita) al rischio di subire determinati delitti senza alcuna possibilità di tutela, in quanto già escludeva a priori la concessione nei loro riguardi delle azioni relative a tali delitti»⁶⁶.

Le aggressioni per le quali al *susceptor* non è accordata l'azione sono dirette contro beni primari quali l'integrità fisica e il patrimonio e rientrano nei quattro delitti emblematici della tradizione gaiana⁶⁷. La designazione di *verberatio*⁶⁸ e *damnum iuria datum*⁶⁹ non può ritenersi casuale,

⁶³ G. IMPALLOMENI, *In tema di gioco, cit.*, p. 2339 ss.

⁶⁴ V. nt. 37.

⁶⁵ G. IMPALLOMENI, *Il regime del gioco, cit.*, p. 649.

⁶⁶ A. METRO, *La «denegatio actionis», cit.*, p. 112 ss.

⁶⁷ Gai. *Inst.* 3.182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit*. Per tutti, in argomento, v. F. BELLINI, *'Delicta' e 'crimina' nel sistema quiritario*, Padova, 2012.

⁶⁸ Quanto alla fattispecie, D. 47.10.5.1 ci informa che la *verberatio* ricorreva quando si percuotesse altri in modo da arrecare dolore, dovendosi parlare altrimenti di *pulsatio*.

⁶⁹ La repressione del danneggiamento quale *delictum* fu introdotta, nel corso del III secolo a. C., dai capitoli primo e terzo della *lex Aquilia de damno*. Ai sensi del primo *caput*, il soggetto che avesse ingiustamente ucciso uno schiavo oppure un quadrupede che fosse parte di un armento altrui doveva esser condannato a corrispondere, al rispettivo proprietario, il massimo valore che lo schiavo o l'animale avevano raggiunto nel corso dello stesso anno in cui era stato commesso il fatto. Il terzo capitolo della *lex Aquilia de damno* riguardava altre fattispecie di pregiudizio, anche a carattere non

trattandosi di condotte che potevano prevedibilmente trovare realizzazione tanto in occasione di diverbi sorti per motivi di gioco quanto di successive rappresaglie. L'efficacia deterrente della *denegatio actionis* è quindi preservata stabilendo che essa operi quale che sia il tempo e il luogo di commissione del fatto lesivo.

La tolleranza verso il *furtum* perpetrato *in domo* durante lo svolgimento del gioco può ritenersi di interesse secondario solo adottando la prospettiva dell'uomo contemporaneo, che ritiene intangibile anzitutto il bene salute e, solo subordinatamente, le proprie sostanze.

Nel contesto in cui è partorita, la previsione edittale è di singolare gravità, attesa la rilevanza di ordine sacrale e laico assegnata alla casa⁷⁰. Questa costituiva, per retaggio ancestrale, la sede dei Lari protettori della famiglia,

soppressivo (ad es.: il ferimento di uno schiavo) e le offese arrecate ingiustamente a cose inanimate, per le quali la somma da versare al danneggiato era determinata in relazione al valore della res nei trenta giorni precedenti il fatto dannoso. I pregiudizi perseguibili direttamente con l'actio *ex lege Aquilia* erano quelli che attingevano alla consistenza fisica degli oggetti e che erano stati cagionati dall'agente con dolo o colpa, ancorché lievissima, attraverso l'esplicazione di energie corporee. Quando l'elemento della fisicità mancava, il pretore poteva concedere al danneggiato un'azione utile modellata sull'esempio di quella aquiliana. La *lex* in questione è stata fatta oggetto di scrutinio sotto numerosi aspetti. Della vastissima letteratura prodotta a riguardo, ci limitiamo a segnalare: B. PERRIN, *Le caractère subjectif dell'«iniuria» aquiliana à l'époque classique*, in *Studi in Onore di Pietro De Francisci*, IV, 1956, p. 263 ss.; A. BISCARDI, *Sulla data della 'lex Aquilia'*, in *Scritti in memoria di Antonio Giuffrè*, I, 1967, p. 77 ss.; S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino, 1969; A. BIGNARDI, *Teoph. Par. 4.3.15: ancora sulla data della 'lex Aquilia'*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze Giuridiche*, III, 1989, p. 3 ss.; C.A. CANNATA, *Delitto e obbligazione*, in *Atti del convegno internazionale di Diritto Romano. Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992, p. 37 ss.; G. VALDITARA, *'Damnum iniuria datum'*, in *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, ed. J. APARICIO, Madrid, 1994, p. 825 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *'Damnum iniuria datum'. Trattazione della responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla 'lex Aquilia de damno'*, Bari, 2000; M.F. CURSI, *'Iniuria cum damno'. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002; G. VALDITARA, *'Damnum iniuria datum'*, Torino, 2005; S. SCHIPANI, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2009.

⁷⁰ La specialità del luogo era tale da produrre numerosi risvolti, anche di natura processuale, su cui v. O. LICANDRO, *'Domicilium habere'. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino, 2004 e ID., *'Domicilium'. Il principio dell'inviolabilità dalle XII Tavole all'età tardoantica. Lezioni di esegesi*, Torino, 2009.

una sorta di recinto sacro. Al tempo stesso integrava il riferimento territoriale di esplicazione dei poteri del *pater familias*⁷¹.

Rispetto ai *susceptores*, Ulpiano, superando l'opinione di Pomponio, chiarisce che il diniego pretorio non poteva ritenersi limitato all'*actio furti*, come ritenuto da quel giurista, ma si estendeva «*ad exhibendum velit agere vel vindicare vel condicere*» (D. 11.5.1.3 Ulp. 23 *ad ed.*).

⁷¹ Le modalità di svolgimento della risalente *quaestio lance et licio*, prevista proprio in tema di *furtum conceptum*, testimoniano l'assoluto rispetto serbato verso sede del nucleo familiare e di quanto in essa vi si trovava. È Gai. *Inst.* 3.192-193 a descrivere questa procedura di ispezione della dimora del presunto ladro da parte del derubato: *Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta. Lex autem eo nomine nullam poenam constituit; hoc solum praecipit, ut qui quaerere uelit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid inuenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.* 193. *Quid sit autem licium, quaesitum est; sed uerius est consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur.* Il rituale imponeva che chi volesse cercare la cosa sottrattagli in casa altrui vi entrasse vestito di una semplice tunica legata in vita da un filo («*nudus quaerat, licio cinctus*») e con l'uso delle mani impedito da un piatto o da un disco che doveva reggere per tutto il tempo («*lancem habens*»). Sebbene il principio di inviolabilità della *domus* cedesse il passo, in occasione del sopralluogo, ad esigenze di giustizia, le formalità che ne accompagnavano lo svolgimento sembrano dirette ad evitare non solo che il derubato potesse a sua volta sottrarre beni nell'abitazione del presunto reo ma anche che la sua interazione con quell'ambiente fosse il più neutra possibile. Sulla procedura appunta l'attenzione, tra gli altri, A. PALMA, *'Tura vicinitatis'. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, p. 89 ss. Più in generale, sul *furtum* si vedano M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, 12, 1908, 205 ss.; F. MESSINA VITRANO, *Note intorno alle azioni 'in factum' di danno e di furto, contro il 'nauta', il 'caupo', lo 'stabularius'*, Palermo, 1909; P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain I. Les sources*, Lyon-Paris, 1915; V. ARANGIO RUIZ, *La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Al Qanoun Wal Iqtisad*, II, 1932, p. 109 ss.; poi pure in ID., *'Rariora'*, Roma, 1946, rist. Camerino 1970, p. 197 ss. e ID., *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, p. 371 ss.; J. A. C. THOMAS, *'Furtum' and 'locatio-conductio'*, in *The Irish Jurist*, 11 (1976), p. 170 ss., ID., *Textbook of Roman Law*, Amsterdam-New York-Oxford, 1976, p. 353 ss., O.F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore, 1995, p. 23 ss., M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1999, p. 522 ss.; F. AMARELLI - L. DE GIOVANNI - P. GARBARINO - A. SCHIAVONE - U. VINCENTI, *Storia del diritto romano*, Torino, 2000, p. 261 ss., D. DALLA - R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2001, p. 386 ss., A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, p. 985 ss., V. GIUFFRÈ, *Istituzioni di diritto romano. Corso*, Napoli, 2001, p. 201 ss., L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, Milano, 2004; P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005, I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di 'furtum'. 'Qui sciens indebitum accipit'*, Milano, 2006; L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2006, pp. 138 ss. e 417 ss.; F. LUCREZI, *Il furto di terra e di bestiame in diritto ebraico e romano. Studi sulla 'Collatio' VII*, Torino, 2015.

L'espressa equiparazione tra *habitatio* e *domicilium*, effettuata in D. 11.5.1.2 allo scopo di chiarire l'estensione del diniego di tutela avverso le azioni furtive è significativamente speculare a quanto Labeone dichiara a commento dell'*iniuria* di *vi introire in alienam domum* perseguita dalla *lex Cornelia de iniuriis*: «*Domum accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium. Quare sive in propria domus, quis habitaverit sive in conducto vel gratis sive hospitio receptus, haec lex locum habebit*» (D. 47.10.5.2 Ulp. 56 *ad ed.*).

In sostanza, il pretore nega al *susceptor* protezione con riferimento a quegli stessi luoghi la cui intangibilità è presupposta dall'intervento legislativo sillano in materia di intrusioni violente e non autorizzate.

9. La legislazione giustiniana

Giustiniano non si limitò a mantenere in vigore le misure di contrasto al gioco di azzardo consolidate in età classica, accogliendole nel Digesto, ma intese aggravarne il rigore:

C. 3.43.1.1-3: Imperator Justinianus. 1. Commodis igitur subiectorum providere cupientes hac generali lege decernimus, ut nulli liceat in privatis seu publicis locis ludere neque in specie neque in genere: et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio, sed solutum reddatur et competentibus actionibus repetatur ab his qui dederunt vel eorum heredibus aut his neglegentibus a patribus seu defensoribus locorum: 2. Non obstante nisi quinquaginta demum annorum aliqua praescriptione: 3. Episcopis locorum hoc inquisite et presidum auxilio utentibus [a. 529 d. C.]

Con la costituzione surriportata, l'imperatore sancì un generale divieto di giocare d'azzardo («ut nulli liceat in privatis seu publicis locis ludere neque in specie neque in genere»), accompagnato dalla precisazione che, laddove se ne constatasse la violazione, non potessero emettersi condanne al pagamento dei debiti di gioco («et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio»).

L'azione volta alla restituzione di quanto versato dal perdente fu sottoposta a prescrizione cinquantennale e venne resa disponibile anche agli eredi dell'aleator, vedendo così ampliato in maniera significativa il proprio

ambito temporale e soggettivo di rilevanza. Ai legittimati inerti furono chiamati a sopperire i decurioni della città e i defensores locorum, all'uopo sottoposti alla vigilanza dei vescovi, coadiuvati dai governatori provinciali. Sanzioni esemplari furono riservate al contrasto di specifiche occupazioni ludiche:

C. 3.43.2: Prohibemus etiam, ne sint equi lignei: sed si quis ex hac occasione vincitur, hoc ipse recuperet: domibus eorum publicatis, ubi haec reperiuntur. Si autem nolucrit recipere is qui dedit, procurator noster hoc inquirat et in opus publicum convertat. Similiter provideant iudices, ut a blasphemis et periuriis, quae ipsorum inhibitionibus debent comprimi, omnes penitus conquiescant [534 d. C.].

L'identificazione del gioco degli equi lignei resta invero abbastanza controversa. Il suo funzionamento è stato assimilato a quello dell'odierna roulette⁷².

Risultanze archeologiche lascerebbero intendere, al contrario, che si trattasse di una corsa di biglie su un percorso fatto di rampe e gallerie poste su piani sfalsati, con i partecipanti che scommettevano sui piazzamenti⁷³. In entrambi i casi si sarebbe comunque trattato di un passatempo di puro rischio, suscettibile di ossessiva reiterazione in un ridotto lasso di tempo e, pertanto, assolutamente deleterio per chi vi si facesse coinvolgere.

Ciò spiega perché, ferma la ripetibilità della vincita, anche su iniziativa ufficiosa dell'autorità («Si autem nolucrit recipere is qui dedit, procurator noster hoc inquirat et in opus publicum convertat»), l'imperatore giunse a stabilire la confisca dei luoghi in cui si rinvenissero tracce oggettive di una siffatta pratica ludica («domibus eorum publicatis, ubi haec reperiuntur»). Un diverso ma non meno significativo richiamo di ordine quantitativo all'oggetto dell'accordo ludico si rinviene nella costituzione giustiniana che può leggersi in C. 3.43.1.4:

⁷² «[C]haque joueur lançait une boule dans une espèce de caisse où se trouvaient des trous numérotés, pratiques pour la sortie; le gagnant était celui dont la boule sortait par le trou n° 1» (D. SERRIGNY, *Droit public et administratif romain*, II, Paris, 1867, p. 314).

⁷³ Una macchina da gioco simile, rinvenuta nei pressi dell'ippodromo di Costantinopoli, risulta custodita presso lo Staatliche Museen di Berlino (Nr. Inv. 1895), il cui catalogo digitale è disponibile all'indirizzo web <http://www.smb-digital.de>.

Deinde vero ordinent quinque ludos, ton monobolon ton condomonobolon ke kondacca ke repon ke perichyten. Sed nemini permittimus etiam in his ludere ultra unum solidum, etsi multum dives sit, ut, si quem vinci contigerit, casum gravem non sustineat [...]. [a. 529 d.C.]

Il provvedimento mitiga il divieto di giocare d'interesse «in privatis seu publicis locis [...] neque in specie neque in genere» enunciato perentoriamente dallo stesso Giustiniano in C. 3.43.1.1⁷⁴, stabilendo una deroga in favore di cinque discipline. Queste evidenziano caratteristiche analoghe ai giochi virtutis causa di cui è fatto richiamo nel Digesto. Ed infatti, il monobolos (τὸν μονόβολον) è stato alternativamente identificato in una gara di lancio, di corsa o di salto senza pertica; il contomonobolos (τὸν κονδομονόβολον) sarebbe consistito nel salto con l'ausilio di un'asta o di una pertica; al quintanus contax sine fibula (κόντακα) è stato associato il lancio di un giavellotto o dardo con la sola mano, senza ausilio di correggia; con il termine perychites (περιχυτήν) si sarebbe richiamata la lotta mentre hippice (ἵπικήν) starebbe a indicare la corsa di cavalli o cocchi⁷⁵.

Al giocatore che si orienti verso una di queste competizioni non è però consentito di rischiare oltre i limiti di un solidum⁷⁶, quale che fosse la sua effettiva capacità patrimoniale.

La severità con cui viene regolato il settore trova spiegazione nel proemio dell'editto riportato in C. 3.43.1 pr.:

«Alearum lusus antiqua res est et extra operas pugnantibus concessa, verum pro tempore prodiit in lacrimas, milia extranearum nominationum suscipiens. Quidam enim ludentes nec ludum scientes, sed nominationem

⁷⁴ *Commodis igitur subiectorum providere cupientes hac generali lege decernimus, ut nulli liceat in privatis seu publicis locis ludere neque in specie neque in genere: et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio, sed solum reddatur et competentibus actionibus repetatur ab his qui dederunt vel eorum heredibus aut his negligentibus a patribus seu defensoribus locorum.*

⁷⁵ C. MANENTI, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 68 ss.

⁷⁶ Il solido era una moneta d'oro, del peso di 1/72 di libbra (circa 4,5 g.), circolante sulla base del valore ponderale. Un quadro della monetazione di epoca postclassica è tracciato in F. CARLÀ, *Il sistema monetario di età tardoantica: spunti per una revisione*, in AIIN, 53 (2007), p. 155 ss.

tantum, proprias substantias perdiderunt, die noctuque ludendo in argento apparatu lapidum et auro. Consequenter autem ex hac inordinatione blasphemare conantur et instrumenta conficiunt.» [529 d. C.].

Il testo opera un riferimento esplicito alla preoccupante diffusione dell'azzardo che, anticamente tollerato come passatempo dei soldati nelle pause delle operazioni belliche, ha visto la sua pratica espandersi pericolosamente, con la creazione di un'infinita serie di giochi dalle denominazioni esotiche. Ciò ha comportato la rovina di numerosi giocatori che si sono fatti soggiogare dal gioco e vi hanno preso parte talvolta senza neppure conoscerne le regole di svolgimento ma solo il nome, divenendo così artefici della propria rovina materiale e spirituale.

La soluzione congegnata da Giustiniano, al netto dei propositi che la accompagnano, sembra però inopinatamente trascurare che il gioco di puro rischio non può trattarsi come una qualunque merce: la misura giusta del prezzo da pagare in caso di perdita non può essere fissata in modo rigido e aprioristico. La somma rischiate al gioco potrà considerarsi equa se il rapporto in cui si trova con il guadagno netto che si riceverebbe in caso di vincita è uguale a quello tra la concreta probabilità di vincere del giocatore e quella di perdere⁷⁷.

Non si tratta dell'unico caso in cui la legislazione giustiniana interviene autoritativamente a fissare limiti alla misura degli spostamenti di ricchezza consentiti, nell'ottica di impiegare la normazione come strumento riformatore di rapporti ed istituti dotati di uno statuto consolidato. Un esempio in tal senso proviene dalla controversa vicenda degli interessi convenzionali, rispetto alla quale la generalis sanctio del 23 dicembre 528⁷⁸, accanto al limite massimo fissato al 6%, stabilì soglie diversificate

⁷⁷ P. GARBOLINO, *I giochi d'azzardo*, Milano, 1998, p. 15.

⁷⁸ C. 4.32.26.1-2: 1. *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes.* 2. *Ideoque iubemus illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiecticiis autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam quantitatem usurarum*

degli accessori esigibili in relazione a specifiche categorie di creditori, quali gli illustres (4%), i mercanti banchieri e gli altri negotiatores (8%), i finanziatori di traffici marittimi e coloro che concedevano prestiti di derrate (12%)⁷⁹. L'iniziativa si inserisce nel più ampio quadro di una politica legislativa volta a preservare l'ordine sociale evitando che il pesante indebitamento di cospicue masse di debitori potesse essere motivo di disordini⁸⁰.

Nella stessa prospettiva si colloca la Nov. 122 del 23 marzo 544, per mezzo della quale l'autorità imperiale si attiva per contrastare la formazione di monopoli privati attraverso la fissazione dei prezzi di determinati beni e servizi da praticare nelle vendite al minuto⁸¹. L'occasione di questo

etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent».

⁷⁹ Sulla regolamentazione giustiniana delle usurae v., tra gli altri, B. BIONDI, *Giustiniano primo principe e legislatore cattolico*, Milano, 1936, p. 34 s.; M. BIANCHINI, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, II, Milano, 1982, p. 389 ss.; E. BIANCHI, *In tema d'usura. Canoni conciliari e legislazione imperiale del IV secolo (II)*, in *Athenaeum*, 42 (1984), p. 136 ss.; L. SOLIDORO, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *Index*, 25 (1997), p. 555 ss.; F. FASOLINO, *Studi sulle 'usurae'*, Salerno, 2006, p. 153 ss.; M. BIANCHINI, *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino, 2009, p. 123 ss. F. FASOLINO, *Per una storia giuridica dell'anatocismo. La disciplina delle 'usurae usurarum' nel diritto romano*, Napoli, 2016, p. 200 ss.; G. LUCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustiniana*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Special Issue (2016), p. 1 ss. Quanto alla repressione del fenomeno in epoca preclassica, v. F. BOTTA, *Appunti sulla repressione penale delle 'usurae'*, in *Iura & Legal Systems*, 8.1 (2021), B (6), p. 99 ss., anche per l'ulteriore bibliografia.

⁸⁰ F. FASOLINO, *Studi sulle 'usurae'*, cit., p. 156 s.

⁸¹ Praefatio. Cognovimus post castigationem quae secundum domini dei clementiam contigit eos qui negotiationes et artificia exercent et diversarum artium opifices et agricultores nec non nautas, cum potius meliores fieri deberent, avaritiae se dedisse, et duplicita atque triplicita pretia mercedesque contra veterem consuetudinem exigere.

I. Placuit igitur nobis per sacrum edictum omnibus eiusmodi avaritiam interdicerem, neve ullus in posterum negotiator aut agricola aut artifex ex quacumque arte vel negotiatione vel agricultura maiora quam secundum veterem consuetudinem pretia mercedesve exigere. Iubemus autem eos quoque qui aedificiorum et agrorum colendorum aliorumque operum mensuras faciunt nihil amplius operariis imputare, sed ipsis quoque antiquam consuetudinem servare. Atque haec eos quoque observare iubemus, qui qualiacumque opera imperant vel etiam species quasdam redimunt: quibus ne ipsi quidem ut plus quam more constitutum est praestare liceat permittimus. Sciant autem qui quicquam amplius quam vetus consuetudo fert exigunt, se triplicem quantitatem fisco inferre coactum iri, si contra id quod ab initio constitutum erat eos accepisse vel dedisse appareat.

Epilogus. Haec autem examinari atque vindicari iubemus et a tua sublimitate et a gloriosissimo praefecto huius felicitis urbis. Per vos enim ab iis qui hanc nostram

intervento normativo sembra potersi rinvenire nell'avidità dimostrata dai ceti produttivi e mercantili a breve distanza da una grave epidemia che, tra la primavera e l'autunno del 542, aveva flagellato l'impero e la stessa capitale, arrivando a mettere a repentaglio anche la vita del sovrano. L'applicazione delle remunerazioni stabilite per legge è disposta sotto la minaccia di una sanzione pecuniaria a favore del fisco, pari a tre volte il prezzo indebitamente convenuto, a carico di entrambi i contraenti⁸². I funzionari incaricati di vigilare sull'osservanza delle disposizioni sono a loro volta passibili di una multa nel caso omettano i controlli.

Sebbene le modalità di realizzazione degli obiettivi di politica legislativa che l'imperatore si prefigge prevedano, in tutti i casi menzionati, l'introduzione di un controvalore massimo della prestazione pattuibile, la riduzione ad un *solidum* del valore della giocata che può effettuarsi lecitamente si segnala per il carattere assolutamente voluttuario della transazione presa in considerazione.

10. Gioco e autonomia privata tra passato e presente

Il quadro delle fonti passate in rassegna sembrerebbe suggerire che le misure di contrasto al gioco d'azzardo introdotte in età post-classica rappresentino, per un tratto consistente, il naturale sviluppo di opzioni di politica legislativa delineatesi chiaramente già nel periodo repubblicano.

Una conclusione del genere rischia di essere riduttiva ed eccessivamente influenzata dall'omologazione in forma di codice impressa dal *Corpus Iuris* ai materiali dell'antica tradizione giuridica romana⁸³. Essa presuppone, peraltro, che l'autonomia privata possa essere sufficientemente indagata in

constitutionem violaturi sint multam definitam exigi eosque poenis subici volumus; cum officiis quae vobis apparent quinque librarum auri poena immineat, si quid eorum quae a nobis constituta sunt neglectum fuerit. Dat. x. k. Apr. CP. <imp.> dn. Iustiniani pp. Aug. anno XVII. post cons. Basili v. anno III.

⁸² Proprio sul rilievo che anche il contraente debole possa subire l'applicazione della sanzione del triplo, non sono mancati dubbi sul fatto che il vero scopo perseguito dalla Novella fosse quello di salvaguardare i consumatori. Si è suggerito, in alternativa, che l'editto sui prezzi rispondesse a ragioni di ordine pubblico, intendendo riportare in vita i valori di scambio praticati prima dell'epidemia allo scopo di combattere lo spettro della fame e delle rivolte (M. BIANCHINI, *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, cit., p. 194 ss.).

⁸³ *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2010, pp. 3-12.

un'ottica meramente quantitativa, attraverso la ricognizione del numero e dell'intensità delle facoltà negoziali accordate a giocatori e scommettitori nel corso dei secoli di vigenza del diritto romano.

Al contrario, i rapporti tra eteronormazione e autonormazione presentano anche una dimensione qualitativa, che investe il loro modo di essere e di atteggiarsi.

Proprio in argomento è stato autorevolmente osservato che, almeno sino al principato, «[i] giuristi, lo stesso pretore presupponevano la forza creatrice dell'autonomia dei privati. Controllavano soltanto, per così dire ab extrinseco, che i negotia non debordassero dal lecito, non deformassero inammissibilmente il sistema e, in positivo, fossero connotati da consapevolezza circa i loro effetti e da riconoscibilità»⁸⁴.

L'opinione pare trovare pieno riscontro nei frammenti del Digesto sui quali abbiamo appuntato la nostra attenzione.

Sebbene il gioco d'azzardo sia indubbiamente percepito come una degenerazione del fenomeno ludico, in giurisprudenza non risulta mai revocata in dubbio la validità degli strumenti giuridici impiegati dai giocatori per vestire di formalità la competizione.

Fatta eccezione per l'ipotesi di gioco turpe, la sanzione contro gli aleatores resta meramente pecuniaria – sia pure in quadruplum - anche quando è evidente che lo svago resti fine a se stesso e non produca externalità positive per la comunità, quali la conservazione dell'efficienza psico-fisica dei partecipanti.

Le stesse prescrizioni dell'editto del pretore non colpiscono l'attività negoziale in quanto tale ma si occupano di sterilizzarne gli effetti di ordine patrimoniale. Così, la denegatio actionis opposta al vincitore che chieda il pagamento del premio per cui ha gareggiato si pone quale ostacolo alla realizzazione di uno spostamento di ricchezza ritenuto indesiderabile; l'azione di ripetizione accordata al perdente ha la funzione di riportare i patrimoni degli aleatores allo status quo ante alterato dallo spontaneo pagamento del debito di gioco.

L'onere di farsi parte diligente e a decidere se e quando attivare i meccanismi di riequilibrio e sanzione offerti dal ius è rimesso unicamente ai consociati, chiamati ad orientare le proprie scelte sulla scorta della

⁸⁴ V. GIUFFRÈ, *L'autonomia dei privati. Prospezioni e prospettazioni futuribili*, Napoli, 2013, p. 56.

propria sensibilità e convenienza. Se nessuno dei legittimati si rivolge all'autorità, la pratica del gioco resta un affare assolutamente privato.

In età giustiniana, la prospettiva descritta subisce un ribaltamento per effetto delle mutate strutture costituzionali e dei nuovi meccanismi di produzione normativa. Gli interventi in materia di azzardo non rispondono più alla necessità di arginare ex post gli eccessi dell'autoregolazione ma si propongono di modellare ex ante i confini dell'agire autonomo, con l'introduzione di un generale divieto di giocare d'interesse, temperato da un esiguo numero di deroghe.

L'ambito in cui può svolgersi il gioco lecito è predeterminato e la rigidità dei suoi confini è presidiata dal vasto potere-dovere che le autorità hanno di surrogarsi all'avente diritto nel pretendere dal vincitore la restituzione della posta versata.

La discontinuità nei rapporti tra autonormazione ed eteronormazione si accompagna a quella dei valori di riferimento, che propizieranno il passaggio dalla conformazione meramente privatistica degli strumenti di contrasto dell'azzardo al 'dirigismo' a tratti paternalistico dell'apparato statale.

Rispetto a tali opzioni, quella adottata dall'art. 1933 del nostro codice civile potrebbe delinearci come una sorta di terza via. Ciononostante, numerose restano le acquisizioni che, attraversando i secoli, trovano ancora apprezzamento nella legislazione e giurisprudenza del nostro tempo.

Così, sebbene costituisca il prodotto di un contesto sociale e materiale sensibilmente diverso da quello contemporaneo e risulti funzionale alla tutela del patrimonio familiare prima che della persona del giocatore, l'*exceptio negotii in alea* gesti lascia trasparire una profonda sensibilità della scienza giuridica romana nel bilanciamento di interessi quali la stabilità dei traffici e la tutela di esigenze di ordine pubblico.

Come si è potuto vedere, per paralizzare l'azione mossa contro l'alienante, la giurisprudenza non riteneva sufficiente che l'attività di gioco e la realizzazione del negozio traslativo fossero contestuali, dovendo necessariamente aversi anche che i proventi dell'alienazione venissero impiegati nella partita.

Se la figura del negozio giuridico non apparteneva allo strumentario teorico della giurisprudenza romana, ancor meno poteva farne parte la dottrina del collegamento negoziale. Tuttavia, il commento di Paolo all'editto dimostra che i magistrati giurisdicenti avevano ben chiaro che lo strumento difensivo

dell'exceptio non potesse intervenire quando, tra la vendita di un bene ed il gioco proibito, vi fosse un rapporto che, con terminologia a noi coeva, diremmo di collegamento occasionale. Tale è ritenuto il legame intercorrente tra stipulazioni che siano semplicemente intervenute nel medesimo frangente o siano nel medesimo documento e che, per ciò solo, non perdono la propria autonomia⁸⁵.

Accordare conseguenze giuridiche sfavorevoli a relazioni tanto labili tra negozio di gioco e negozio traslativo avrebbe rappresentato un ostacolo alla circolazione della ricchezza sproporzionato rispetto alla minaccia portata ai valori che il *ius honorarium* intendeva preservare attraverso la concessione del mezzo di difesa.

La rilevanza conferita nell'editto alle modalità di impiego del prezzo dell'alienazione comportava che la dismissione patrimoniale e l'attività di gioco dovessero trovare l'una alimento nell'altra, giustificando l'adozione di misure dissuasive.

Il pregio della soluzione descritta – dalla cui formulazione ci separano ormai approssimativamente due millenni – può apprezzarsi osservando come essa si trovi sostanzialmente riproposta, benché non è dato sapere quanto consapevolmente, nelle posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità italiana.

Come si è visto, in tema di giochi e scommesse, il nostro codice civile, pur escludendo che siano ripetibili i pagamenti di debiti di gioco per i quali non vi sia stata frode, all'art. 1933 stabilisce che non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti.

La Corte di cassazione si è espressa nel senso che l'estensione di tale disciplina a fattispecie quali dazioni di denaro, di fiches, promesse di mutuo, riconoscimenti di debito, è possibile unicamente allorché tali atti risultino funzionalmente collegati all'attuazione del giuoco o della scommessa, di talché possa ritenersi sussistente un diretto interesse del mutuante a favorire la partecipazione al gioco del mutuatario; con la reciproca e speculare conseguenza che, ove siffatto interesse manchi, per essere il mutuante del tutto estraneo all'uso che il mutuatario fa delle somme erogategli, le cause dei due negozi non hanno, tra loro, quel

⁸⁵ Cfr. Cass. civ., 27 marzo 2007, n. 7524; Cass. civ., 21 settembre 2011, n. 19211; Cass. civ., 11 giugno 2001, n. 7852; Cass. civ., 13 febbraio 1992, n. 1751.

collegamento che solo giustifica la sottoposizione dell'uno alla disciplina dell'altro⁸⁶.

Nel fissare tale principio, i giudici sono arrivati a paralizzare la pretesa azionata contro il giocatore da un operatore turistico che organizzava trasferimenti presso casinò internazionali i quali ospitavano gratuitamente i clienti, richiedendo in cambio soltanto che gli stessi partecipassero ai giochi. Nello specifico, l'imprenditore si assumeva creditore della somma portata da un assegno pervenutogli da una di queste strutture, a cui era stato a sua volta consegnato per coprire perdite di gioco.

La stessa Corte di cassazione, valorizzando il criterio della contestualità, ha altrove chiarito che il mutuo successivo allo svolgimento del gioco, concesso dal terzo estraneo al giocatore perdente affinché questi adempia il proprio debito nei confronti del vincitore, non è funzionalmente collegato al gioco, sicché il mutuante può ripetere la somma consegnata al mutuatario quand'anche fosse consapevole che la somma stessa era stata perduta nel corso di un gioco d'azzardo vietato⁸⁷.

Parimenti significativa è l'evoluzione fatta registrare in materia dalla giurisprudenza civile spagnola. Nell'ordinamento iberico, il Real Decreto n. 444/1977 per mezzo del quale si dettano disposizioni integrative al Real Decreto Ley n. 16/1977 che regola gli aspetti penali, amministrativi e fiscali dei giochi di sorte, con puntate, di azzardo nonché delle scommesse, all'art. 10 riporta il divieto di «otorgar préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares en que tengan lugar los juegos».

Contro un precedente pronunciamento reso nel 1988, che attribuiva alla preclusione mera rilevanza amministrativa, il Tribunal Supremo, con la sentenza n. 878 del 10.10.2008 ha escluso che il casinò intenzionato a recuperare il denaro dato in prestito ad un proprio cliente possa esperire con successo la relativa azione.

A sostegno delle proprie determinazioni, l'organo giurisdizionale, è arrivato ad articolare ben due argomentazioni.

Stando alla prima, la concessione del prestito, violando un apposito divieto, avrebbe trasformato un gioco originariamente lecito in gioco proibito, con la conseguenza di inibire l'esercizio del diritto di credito ad esso collegato.

⁸⁶ Cass. civ., 2 aprile 2014, n. 7694.

⁸⁷ Cass. civ., 17 novembre 1999, n. 12752.

Per altro verso, anche a voler escludere che il prestito attribuito dalla casa da gioco al giocatore costituisca di per sé un illecito, attraverso di esso si introduce nel contratto di gioco o scommessa una causa turpe. Questa impedisce a chi ha erogato la liquidità di recuperarla, trattandosi del medesimo soggetto che, vincendo al gioco, ha di fatto provocato l'indebitamento del beneficiario della dazione⁸⁸.

Malgrado la fattispecie considerata dall'alta corte spagnola riguardi un rapporto consumato tra le stesse parti del negozio di gioco, va sottolineato come non sia la partecipazione alla partita in sé a spiegare conseguenze invalidanti del mutuo ma, sostenendo la tesi della sopravvenuta turpitudine della causa contrattuale, l'acquisizione di un lucro dalle sconfitte del giocatore e la sua agevolazione a permanere nel vizio, il che riporta alla mente le preoccupazioni sottese all'exceptio antica.

Costante nel tempo sembra essere anche l'idea che gli strumenti di deterrenza apprestati contro il gioco d'azzardo possano spiegare piena efficacia solo coinvolgendo anche la responsabilità di coloro che favoriscono la caduta nel vizio dei giocatori.

L'art. 718 del codice penale sanziona allo stesso modo chi tiene un gioco d'azzardo, in luogo pubblico o aperto al pubblico o in circoli privati di qualunque specie, e chi ne agevola la pratica. Il successivo art. 719, tra le aggravanti della condotta, suscettibili di condurre al raddoppio della pena, contempla l'istituzione o il mantenimento di una casa da giuoco. L'art. 721 puntualizza che «sono case da giuoco i luoghi di convegno destinati al giuoco d'azzardo, anche se privati, e anche se lo scopo del giuoco è sotto qualsiasi forma dissimulato».

⁸⁸ «Sobre tal cuestión caben dos vías que se traducen en una misma solución, consistente en que la empresa explotadora del casino no tendrá derecho a exigir al jugador lo que éste perdió jugando o apostando a crédito o con dinero prestado. La primera vía que permite llegar técnicamente a esta solución está constituida por los arts. 1798 y 1799 del Código Civil en relación con sus arts. 1800 y 1801, porque el juego en el casino habría dejado de ser lícito o no prohibido a partir del momento en que se prestó dinero al jugador y, en consecuencia, la empresa explotadora del casino carecerá de acción, conforme al art. 1798, para reclamar lo ganado en el juego; y la segunda vía por la que también se llega a idéntica solución se encuentra en el art. 1306 del mismo Cuerpo legal, ya que el préstamo o crédito a una persona para jugar, concedido por la empresa titular del casino o sus directivos o empleados, no constituye delito pero sí introduce en el contrato de juego o apuesta una causa torpe que impide al prestamista, ganador a su vez en el juego, reclamar la devolución del dinero que prestó para jugar».

Confortata dall'ampia formulazione della norma incriminatrice, la giurisprudenza di legittimità, similmente alle indicazioni che si è ritenuto di poter trarre in relazione ai susceptores da D. 11.5.1, accorda una estensione significativa all'ambito, soggettivo e spaziale, di rilevanza delle condotte. Sotto il primo profilo, la Cassazione ha avvertito che «il tenere un giuoco d'azzardo è espressione di significato molto ampio che comprende attività di istituzione, organizzazione, direzione, vigilanza, amministrazione del giuoco, il provvedere cioè quanto occorra perché il giuoco sia posto a disposizione dei giocatori»⁸⁹. Sotto il secondo profilo, lo stesso Collegio ha osservato che «per aversi casa da giuoco a norma dell'art. 721 cod. pen. il requisito essenziale è dato dall'estremo della destinazione dei locali, anche se consistenti in una abitazione privata, sia pure adibita al giuoco d'azzardo parzialmente od occasionalmente, nel senso che le persone che intendono giocare abbiano la sicurezza di poter fare affidamento su un luogo di convegno dove riunirsi per l'esercizio del giuoco»⁹⁰.

Degna di attenzione appare, infine, la considerazione riservata al valore della posta in gioco quale elemento caratterizzante il fine di lucro indispensabile a qualificare come penalmente sanzionabile un gioco di puro rischio.

Abbandonate posizioni di maggior rigore⁹¹, la Terza Sezione penale della Cassazione, con la sentenza n. 7719 del 14.05.1997, ha associato all'espressione giuoco 'd'azzardo' un significato univoco che non può includere il gioco di 'scala quaranta' praticato tra amici, con posta in gioco irrisoria. La ragione di tanto risiede nel fatto che non si può interpretare l'art. 721 cod. pen. (Elementi essenziali del giuoco d'azzardo) estensivamente, prescindendo dal senso proprio delle parole. La decisione è intervenuta ad annullare senza rinvio, perché il fatto non sussiste, una sentenza di condanna, ex art. 718 e 720 c.p., per avere gli imputati giocato in un bar a scala quaranta con la posta in gioco di una consumazione. Lo stesso Supremo Collegio, con l'arresto n. 9988 del 19.02.2008, ha escluso che, in tema di gioco d'azzardo, il fine di lucro possa ricorrere per il solo

⁸⁹ Cass. pen., 27 febbraio 1985, n. 1983.

⁹⁰ Cass. pen., 30 settembre 1985, in Giur. it., 1986, II, 391.

⁹¹ Cass. pen., 17 febbraio 1987, n. 1722, per cui la norma incriminatrice prescinde dall'entità della posta in gioco quando si debba determinare la sussistenza del fine di lucro che connota l'azzardo.

fatto che l'apparecchio automatico di intrattenimento riproduca un gioco vietato, dovendo essere valutata anche l'entità della posta, la durata delle partite, la loro possibile ripetizione ed il tipo di premi erogabili, se in denaro o in natura.

Pur subendo sapienti adattamenti e rielaborazioni, una serie di intuizioni del passato sopravvivono dunque nel quadro ordinamentale del tempo presente per testimoniare i pregi di una modernità dal sapore antico.

Abstract: The article deals with deepening the relationship between autonormation and heteronormation assuming as object of observation the discipline reserved for the practice of games and bets in Roman law. The examination suggests the imposition of a different approach to the issue of private autonomy with the affirmation of the imperial sources of production of law. The ability of the associates to regulate themselves the relationships that concerned them, initially subject to control only *ex post* and *ab extrinseco* to prevent abuse, would later see the setting of precise preventive limits of explanation. Although the approach to the subject adopted by the Italian Civil Code is conspicuously influenced by nineteenth-century suggestions, the result of the oldest reflection can still be seen in the treatment reserved for contracts connected to gaming, in the delimitation of the area of facilitators of the practice of chance to purposes of their prosecution in criminal proceedings, in the assessment of the economic importance of the bet for the purpose of qualifying the conduct of the players in terms of punishable deviance.

Keywords: Private autonomy, *ludus*, *sponsio*, *condictio*, *denegatio actionis*, praetor's edict, *exceptio*.

CRISTINA GIACHI*

Vico e i libri de iure. Considerazioni minime.**

English title: *Vico and the libri de iure. Minimal remarks.*

Sommario: 1. *Il De ratione e la giurisprudenza romana.* 2. *I libri de iure e l'equità.* 3. *L'Editto Perpetuo.* 4. *Il diritto e la legge a Roma.*

DOI: 10.26350/18277942_000113

1. Il *De ratione* e la giurisprudenza romana.

Il *De nostri temporis studiorum ratione* – una dissertazione pronunciata nel 1708 e stampata dal Vico a sue spese nella primavera del 1709 – segna un passaggio cruciale nell'evoluzione dell'epistemologia di G.B. Vico dopo gli esordi con le Orazioni giovanili¹. In questa opera il filosofo passava in rassegna il metodo delle diverse scienze e, giunto alla giurisprudenza, nel cap. XI, presentava una visione del sapere giuridico antico ancora meritevole di qualche considerazione visto che non cessa di ispirare le riflessioni sia di giuristi, sia di storici del diritto e del pensiero giuridico antico. Le fonti del diritto romano e il ruolo della giurisprudenza erano già, per altro, un tema ricorrente nel dibattito illuminista dell'epoca e nella riflessione del Vico²; e i primi decenni del '700, in particolare, furono

* Università degli studi di Firenze (cristina.giachi@unifi.it).

** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Per una collocazione del pensiero vichiano nel contesto culturale e politico napoletano dell'epoca del vicereame, e per l'individuazione, nel *De ratione*, di una sorta di 'pedagogia politica', secondo una felice espressione, si veda B. DE GIOVANNI, *Il «De nostri temporis studiorum ratione» nella cultura napoletana del primo Settecento*, in AA. VV., *Omaggio a Vico*, Napoli, 1968, p. 163; cfr. anche G. MORO, «... scribendi elementa percurrere». *Per un nuovo contributo all'interpretazione del periodo giovanile vichiano dalle Orazioni inaugurali al De ratione*, in *Laboratorio dell'ISPF*, 15 (2018), pp. 2 ss. Per un inquadramento del pensiero giuridico e politico di Vico, G. CARILLO, *Vico. Origine e genealogia dell'ordine*, Napoli, 2000, pp. 19 ss. e *passim*.

² Il '700 vede una già matura riflessione storico-filosofica sul diritto romano, come emerge anche dall'*Autobiografia vichiana* (F. LOMONACO, *Tracce di Vico nella polemica sulle origini delle Pandette e delle XII tavole nel Settecento italiano*, in 'Opuscoli' della Fondazione P. Piovani per gli studi vichiani, Napoli, 2005, *passim*, poi confluito in F. LOMONACO, *A partire da G.B. Vico. Filosofia, diritto e letteratura nella Napoli del*

attraversati dalla polemica sulle origini delle XII tavole, e sul rapporto tra queste e la legislazione greca, cui il Vico della *Scienza Nuova* avrebbe poi dato un contributo determinante in dialogo con i maggiori interpreti del suo tempo³. La sua riflessione si collocava in un quadro di rinnovata saldatura tra cultura e politica, con il ceto intellettuale coinvolto nel governo del viceregno⁴. E, il *De ratione*, in tale contesto, si presentava come un manifesto dell'educazione politica della gioventù napoletana⁵.

Tra le molte osservazioni vichiane sulla storia della giurisprudenza, vorrei sottoporre alla riflessione del lettore quella, ripetuta in più punti del cap. XI, sull'evoluzione della scienza giuridica romana in relazione alla storia dell'editto del pretore:

secondo Settecento, Napoli, 2010, pp. 237 ss. su G.B. VICO, *Vita di Giambattista Vico scritta da sé medesimo*, [a cura di A. BATTISTINI], Vico, *Opere*, I, Milano, 1990, pp. 5 ss., in particolare pp. 37 s.; un'edizione più recente è quella di F. NICOLINI (a cura di), G.B. Vico, *Autobiografia*, Bologna 1992; un quadro bibliografico sull'Autobiografia è in S. PRINCIPE, *Giambattista Vico. Vita scritta da se medesimo*, in Quaderni di Logos 7 [a cura di F. LOMONACO, postfazione di R. Diana], Pomigliano d'Arco, 2012, pp. 269 ss.). Sul tema, muovendo dalle osservazioni vichiane contenute nell'*Autobiografia*, e con copiosi riferimenti bibliografici, anche D. MONTEVERDI, *Vico, le XII tavole e lo spirito del tempo*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino 5*, Tricase, 2016, 160 ss., poi in *Revista General de Derecho Romano*, 28 (2017), 1 ss. e in particolare 22 ss. Vico leggeva sicuramente Leibniz (cfr. B. CROCE, *La filosofia di Giambattista Vico*, Napoli, 1997, p. 135, ad esempio), e quest'ultimo conosceva e studiava i giureconsulti romani (cfr. G. W. VON LEIBNIZ, *I casi perplessi in diritto (De casibus perplexis in iure)*, a cura di C.M. DE IULIIS, Milano, 2014, pp. XVIII–158). Nella *History* del Gibbon (cfr. E. GIBBON, *Storia della decadenza e caduta dell'Impero Romano*, vol. II, 2^a ed., Torino, 1987, pp. 1661 ss.) la storia del diritto romano veniva ricapitolata a partire dal *Corpus Iuris*, e dalla storia delle fonti normative, salvo poi passare alla successione dei giuristi. Si veda anche F. LOMONACO, *Tracce di Vico*, cit., pp. 235 ss. Si veda anche R. RUGGIERO, *La nozione storica di diritto naturale nel pensiero di Vico tra De ratione e De uno*, in *Bollettino del Centro di Studi Vichiani*, 48 (2018), pp. 89 ss.

³ Questo contesto è ricostruito magistralmente nei saggi di S. Mazzarino raccolti nel volume S. MAZZARINO, *Vico, l'annalistica e il diritto*, Napoli, 1971, *passim*.

⁴ B. DE GIOVANNI (*op. cit.*, pp. 148 ss.) parla di una svolta culturale dal carattere civile, dopo gli anni del distacco tra aristocrazia e potere vicereale conseguenti alle vicende culminate nella rivolta di Masaniello. I primi del Settecento vedono instaurarsi un clima differente, caratterizzato da un *revirement* (così B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, p. 152) in base al quale non vi sarà più opposizione tra ragion di stato e diritto naturale.

⁵ Ancora B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, pp. 161 s., che sottolinea l'ispirazione anti Cartesiana di quell'impianto culturale e del lavoro di Vico, successivamente all'"impeto di fiducia" del tempo delle orazioni.

“[...] *Nam quid est, quod sane mirum, immensam librorum de iure molem cum nobis esse, tum post Edictum perpetuum Romanis fuisse, de quo Romanis antea admodum pauci, Graecis omnino nulli? Quia apud Graecos philosophi iuris philosophiam, nempe doctrinam de republica, de iustitia legibusque tradebant; [...] Philosophi autem Romanorum ipsi erant iurisconsulti, ut qui in una legum peritia omnem sapientiam posuerunt, sive sapientiam heroicorum temporum meram conservarunt: [...] etenim: ‘haec fuit sapientiam quondam,/ publica privatis secernere, sacra prophanis,/ concubitu prohibere vago, dare iura maritis,/ oppida moliri, et leges incidere ligno. Quare eadem definitione Romani Iurisprudentiam, qua Graeci sapientiam, ‘divinarum humanarumque rerum notitiam’ definiebant. Cum autem ea sapientia iustitia et civili prudentia tota ferme constet, doctrinam de re publica et de iustitia multo rectius, quam Graeci, non disserendo, sed ipso usu reipublicae perdiscebant. Itaque, ‘veram non simulatam philosophiam’ sectantes [...]*”⁶.

⁶ “*Nam quid est – quod sane mirum – immensam librorum de Iure molem cum nobis esse tum post Edictum Perpetuum Romanis fuisse, de quo omanis antea admodum pauci, Graecis omnino nulli? Quia apud Graecos | Philosophi Iuris philosophiam, nempe doctrinam de Republica, de iustitia legibusque tradebant; qui Pragmatici dicebantur leges Oratoribus ministrabant; Oratores autem in caussis ex facto ipso aequi argumenta inveniebant. Quare, cum apud Graecos Iurisprudentia et Philosophorum scientia et Pragmaticorum de legibus historia et Oratorum facultate contineretur, apud eosdem de philosophia innumeri, orationum quamplurimi, nulli autem de iure libri erant. Philosophi autem Romanorum ipsi erant Iurisconsulti, ut qui in una legum peritia omnem sapientiam posuerunt, sive sapientiam heroicorum temporum meram conservarunt; etenim ‘... Haec fuit sapientia quondam,/ Publica privatis secernere, sacra prophanis,/ Concubitu prohibere vago, dare iura maritis |Oppida moliri, et leges incidere ligno.’ Quare eadem definitione Romani Iurisprudentiam qua Graeci Sapientiam divinarum humanarumque rerum notitiam definiebant. Cum autem ea sapientia iustitia et civili prudentia tota ferme constet, doctrinam de Republica et de iustitia multo rectius quam Graeci non disserendo, sed ipso usu Reipublicae perdiscebant. Itaque veram, non simulatam philosophiam sectantes [...]*” G. B. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, (a cura di G. POLARA, N. ROZZA), Roma, 2022, pp. 98 ss. In questa ultima edizione si traduce, a mio avviso correttamente, *legum peritia* con ‘conoscenza delle leggi’ e non con ‘pratica delle leggi’ (come in G. B. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, in [a cura di A. BATTISTINI], G.B. VICO, *Opere*, vol. I, Milano, 1990, pp. 159 ss.) in realtà il Vico sembra dire in quel punto che a Roma la conoscenza delle leggi teneva il posto del sapere filosofico, tanto che subito dopo introduce la definizione della giurisprudenza come conoscenza delle cose divine e umane. L’editto tornava nelle pagine vichiane del *De ratione* in almeno altri due punti per i quali cfr. G.B. VICO, *De ratione*, pp. 110 s. e 116 s.

Dopo aver dedicato l'esordio del capitolo, nel tratto che precede la nostra citazione, a illustrare brevemente il contenuto dei primi titoli del primo libro dei *Digesta*, i primi quattro per l'esattezza, da Vico identificati con i *Priora*⁷, e aver affermato trovarsi in essi tutta la filosofia del diritto, mentre il resto del *Corpus Iuris* ne avrebbe contenuta la storia, dapprima in queste poche righe, e poi in altri punti, egli indicava nell'editto perpetuo la scaturigine di quelle trattazioni giuridiche (*libri de iure*) che, dal momento della loro introduzione, avrebbero fortemente sollecitato la scienza del diritto di Roma collocandola a una distanza incolmabile rispetto a quella greca o a quella di Roma stessa in epoca antecedente all'editto⁸. Tutto il capitolo XI, in realtà, discetta di scienza giuridica dall'antichità all'età di Vico, stabilendo una tensione evolutiva univoca e coerente – dunque, come si può facilmente immaginare, fatalmente forzata, almeno in qualche punto – volta a spiegare la natura e i caratteri della scienza giuridica del tempo in cui l'autore viveva e adoperando come una sorta di lente di ingrandimento la storia di quel fenomeno a partire dall'età antica in cui nacque.

Al cuore della (storia della) scienza giuridica romana, e come motore della svolta foriera di quei caratteri che l'avrebbero avvicinata agli esiti del suo tempo, Vico collocava l'esperienza giurisprudenziale, il lavoro dei giuristi, e soprattutto ciò che essi avevano prodotto in termini di *libri de iure*, di 'trattazioni', secondo Vico, a partire dall'introduzione dell'Editto perpetuo. Erano loro, per l'autore – che nel dir così riprendeva l'antica considerazione svolta già da Ulpiano⁹ a proposito dei suoi predecessori e

⁷ Mentre sappiamo che per i bizantini con *priora* si indicavano i primi quattro libri del Digesto.

⁸ Cfr. G.B. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, cit., pp. 98 ss.

⁹ D. 1.1.1.pr-1 (Ulp. 1 *inst.*): "*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi. 1 Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*". Questi due paragrafi, e il successivo (D.1.1.1.2) erano alla base della citazione vichiana di Ulpiano riportata in epigrafe: "[...] *etenim: haec fuit sapientiam quondam,/ publica privatis secernere, sacra prophanis,/ concubitu prohibere vago, dare iura maritis,/ oppida moliri, et leges incidere ligno.*" (G.B. VICO, *De ratione*, cit., pp. 100 s.).

'collegi' e, indirettamente, di se stesso –, i veri filosofi, coloro che “*veram non simulatam philosophiam’ sectantes*”.

Dal punto di vista dell’autore moderno – e lo si coglie chiaramente dalla citazione in epigrafe – l’affermazione nasceva da una constatazione evenemenziale, intesa a descrivere il posto oggettivamente occupato dalla giurisprudenza nel contesto dei saperi antichi: i giuristi tenevano il luogo dei filosofi perché era nella *legum peritia* che riponevano ogni sapienza. Verrebbe da dire con un’espressione forse irriverente, che, in questa prospettiva, filosofo era chi il filosofo faceva.

Oggi sappiamo che, nella considerazione posta in apertura delle sue *Institutiones*, Ulpiano intendeva descrivere il senso profondo del lavoro di chi, come lui, operava da giureconsulto nel III secolo: a fianco dell’imperatore, collocando il suo sapere al servizio del governo di un impero mondiale, fondato, almeno nella professione delle intenzioni, sulla giustizia e sull’equilibrio tra i poteri¹⁰. Quel famoso testo ulpiano ereditava motivi e riflessioni precipitati in forme quasi proverbiali, e presentava un indubbio valore propagandistico con il sottolineare che i giuristi davvero onoravano quei compiti di ricerca del buono e del vero che i filosofi tradizionalmente reclamavano per sé, collocandone al contempo l’attività nel cuore del governo imperiale¹¹.

¹⁰ Sulla nota affermazione ulpiana di D. 1.1.1.pr-1, secondo la quale i giuristi sarebbero i *sacerdotes* della *vera* e *non simulata philosophia* si veda da ultimo L. MAGANZANI, *Diritto e ‘simulata philosophia’ nelle Istituzioni di Ulpiano*, in ‘Erga - Logoi’, 8 (2020) 1, pp. 55 ss. L’A. ricostruisce il dibattito storiografico sulla famosa affermazione ulpiana, con bibliografia cui si rinvia, e ne offre una completa e coerente contestualizzazione, rintracciando un’origine platonica per la riflessione ulpiana che la rende perfettamente calzante con i pensieri di un giurista nel cuore dell’impero, riferimento plenipotenziario per il Principe. Non cito direttamente questo studio nel ricordare, sebbene *en passant*, il testo ulpiano nel mio recente lavoro sull’*ad edictum* del severiano (C. GIACHI, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Libri ad edictum I-III*, Roma-Bristol, 2023, p. 6 nt. 14). Ne tiene conto l’ultima messa a punto su questi temi: cfr. J.L. FERRARY-V. MAROTTA-A. SCHIAVONE, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma-Bristol, 2021, *passim*, e in particolare pp. 187 ss., nel commento a D. 1.1.1.pr-2 di A. Schiavone.

¹¹ Per una lettura di D. 1.1.1.pr-1 che ricapitoli e connetta le interpretazioni offerte dagli studiosi in un quadro definitivo cfr. V. MAROTTA, *Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones di Ulpiano*, in D. MANTOVANI – A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007, pp. 563 ss., in particolare 582 ss., 588, 591 s.; A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano*, in SDHI, 69 (2003), pp. 3 ss. (cfr. ID., *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, 2^a ed., Torino 2017, pp. 399 ss.); G. FALCONE, *La ‘vera philosophia’ dei ‘sacerdotes iuris’*. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1), in AUPA, 49 (2004), pp. 3 ss. Da ultimo

Assumere il ruolo di filosofi, secondo il Vico del *De ratione*, avrebbe portato i giuristi assai lontani dalla loro originaria funzione di custodi austeri delle leggi, per farli divenire invece difensori dello spirito dei precetti. Parallelamente, secondo il filosofo napoletano, il pretore, da che era stato *viva vox iuris civilis*, si faceva, attraverso l'esercizio della *iurisdictio* configurato dalla riforma giuliana, *absolutissimus arbiter* degli interessi privati inquadrati in base all'equità a partire dall'interpretazione dell'editto¹².

Ora, tutto questo il Vico considerava con la lente della giurisprudenza del suo tempo, come egli rileva sul finire del capitolo XI della dissertazione; e il disappunto ch'egli probabilmente manifestava, come notato da alcuni¹³, era forse rivolto principalmente ai frutti della storia della scienza giuridica

L. MAGANZANI, *Diritto e 'simulata philosophia'*, cit., pp. 56 ss.; e, per un'interpretazione delle considerazioni ulpianee alla luce dei principi platonici, giungendo a configurare una derivazione da Platone, pp. 71, 76 ss. con indicazioni bibliografiche cui si rinvia; tra queste ultime, in particolare, G. CRIFÒ, *Il diritto e l'ideologia del «buon governo»*, in G. CHERUBINI - F. DELLA PERUTA - E. LEPORE - M. MAZZA - G. MORI - G. PROCACCI - R. VILLARI (a cura di), *Storia della società italiana, vol. III, La crisi del principato e la società imperiale*, Milano, 1996, pp. 607 ss., 632 ss.; si veda anche ID., *Ulpiano e Vico. Diritto romano e ragion di Stato*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. V, Napoli, 1984, pp. 2061 ss.

¹² Ricostruisce l'argomentazione vichiana M. N. MILETTI, *L'equità civile: suggestioni settecentesche*, in 'Questione Giustizia', 1 (2020), pp. 73 ss., in particolare 74 ss. Secondo questo autore, "il bilancio di questa metamorfosi [quella subita dal diritto con lo strutturarsi dell'*ars aequi*] era, per Vico, in passivo: la rinuncia alla rigidità della legge aveva privato la collettività di un utile timore reverenziale; i privilegi erano stati, sì, aboliti, ma avevano lasciato il posto a *minutae leges* che, a differenza dei primi, erano estensibili *ad exemplum*". Ho l'impressione, però, che il disappunto di Vico, quasi una perplessa incertezza, fosse più riferito alla giurisprudenza del suo tempo che a quella dei romani dopo l'editto perpetuo cui egli forzatamente la paragona. Di essa, infatti, valutava i vantaggi e gli svantaggi, *commoda e incommoda* (*De ratione*, cit., pp. 116 ss.). Di *artes commodae et morigerae* cioè accomodanti e compiacenti egli parlava in generale, astraendosi dal racconto storico sulla scienza del diritto condotto fin lì, e riferendosi alle precettistiche di contro alle scienze. Sul nesso fra *aequum* e *verum* nel *De uno* di Vico, un accenno perspicuo in M. BRETONE, *AEQUITAS: Prolegomeni per una tipologia*, in 'Belfagor', 61 (2006), pp. 338 ss., in particolare 340. Mi pare maggiormente convincente la prospettiva di B. DE GIOVANNI (*Il «De nostri temporis studiorum ratione» nella cultura napoletana del primo Settecento*, cit., pp. 181 s. e nt. 85, che parla di un agnosticismo conciliativo del Vico di fronte a "due diverse ideologie del potere, e [agli] svantaggi e vantaggi che ciascuna porta con sé".

¹³ Cfr. MILETTI, *ibidem*. In realtà, e lo descrive magistralmente B. DE GIOVANNI (*ivi*, p. 182) Vico era mosso da "un'urgenza contemporanea, un'esigenza di adeguare il discorso alle vicende d'una storia presente, che danno forse la misura della passione civile da cui è presa la riflessione vichiana nel *De ratione*".

– piuttosto che alla storia medesima – , a quegli esiti che, come il filosofo constatava, apparivano sotto forma di inconvenienti gravanti sulla giurisprudenza a lui coeva: parlare di quest’ultima, trattando della *scientia iuris* dei romani lo portava a dire che la dimensione dell’*aequitas* come criterio di interpretazione, ch’egli derivava dall’editto perpetuo, aveva fatto della *scientia iusti* un’*ars aequi*; e se la scienza del giusto era universale e rigida, l’arte dell’equo era particolare e flessibile, rischiando – leggerei così l’osservazione vichiana – di divenire, come sono spesso le *artes*, accomodante e compiacente¹⁴. Si trattava di un disappunto nascente dal timore per gli effetti distorti dell’equità che si aprivano sul pericolo dell’arbitrio, e non certo motivato da un desiderio di ritorno all’antico ‘rigorismo legalistico’¹⁵.

2. I libri de iure e l’equità.

Un tema collaterale all’intenzione espositiva di Vico, o forse una lettura collaterale di uno dei temi rilevanti per la tesi vichiana, era proprio il ruolo, la funzione – e la caratteristica di essersi diffuse a un certo punto in gran copia – delle opere giurisprudenziali, quei *libri de iure* dei quali egli, certo, constatava la centralità, ma la collocava, forzando evidentemente il dato¹⁶,

¹⁴ G.B. VICO, *De ratione*, cit., pp. 116 ss. Si coglie bene come la riflessione critica si appuntasse alle *artes* in generale, e non integrasse, probabilmente, un giudizio storico negativo, o quanto meno non lo integrasse direttamente come si potrebbe dedurre dalle parole di Miletto (cit. *supra*, nt. 6): “*Igitur merito prius erat scientia iusti: hodie est ars aequi; hoc est prius universalis et rigida: hodie particularis et flexilis; nam scientiae severae, nec quicquam declinant, artes autem commodaе et morigerae sunt. [...]*”. Gli aggettivi inequivocabilmente diretti all’*ars aequi* erano *particularis et flexilis*.

¹⁵ Coglie splendidamente questi aspetti B. DE GIOVANNI, *Il «De nostri temporis studiorum ratione» nella cultura napoletana del primo Settecento*, cit., pp. 181 ss., 185 e nt. 92.

¹⁶ Potrebbe essere uno di quei casi nei quali la concezione rettilinea della storia di Vico implicava l’exasperazione dei dati: un minor numero di opere – soprattutto un minor numero di frammenti di esse conservati nei *Digesta* – databili all’età repubblicana diventava ‘nessuna opera’. Un errore simile nasceva dall’approssimazione, falsa, in base alla quale Vico affermava che tutti i giuristi appartenevano al ceto dei patrizi. Cfr. S. MAZZARINO, *Vico, l’annalistica e il diritto*, cit., pp. 13, 21, 47, 77: “il metodo vichiano di ricerca va sempre più verso una rigida applicazione dell’idea che la storia procede di grado in grado, come seguendo una linea retta, ‘secondo la serie degli umani disidèri’; nella fase più matura del suo pensiero, egli ha cancellato tutto ciò che potesse turbare lo svolgimento rettilineo dell’evoluzione...è qui la sua importanza – e anche, naturalmente, la sua debolezza”. Sui geniali errori di Vico, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del*

soltanto in epoca successiva all'intervento giuliano sull'editto, indicato da lui come introduzione dell'Editto Perpetuo¹⁷.

Con dinanzi agli occhi il poderoso scenario offerto dal *Corpus Iuris Civilis*, e in particolare dai *Digesta*, il primo esempio da ricordare poteva ben essere per Vico quello dell'editto del pretore urbano, e dei trattati sorti intorno ad esso; a destare sorpresa, però, è il fatto che si trattasse anche dell'unico esempio ricordato. La centralità riconosciuta da Vico alla letteratura giurisprudenziale sviluppatasi intorno all'editto non era certo casuale, e al contempo rivelava e nascondeva la sua tesi filosofico-storiografica: giungere a mostrare le origini dei caratteri della scienza giuridica del suo tempo, con i suoi *commoda* e *incommoda*, vantaggi e svantaggi. Lo sviluppo equitativo della scienza giuridica e la complessità e pluralità delle voci e delle interpretazioni frutto della crescita della letteratura giurisprudenziale, connessi a spiegare la molteplicità e il disordine che il principe moderno si trovava ad affrontare, da un lato, e insieme la trattazione del tema dell'autorità. In questa prospettiva il filo rosso e le forzature vichiane acquistano senso e contribuiscono a chiarire sia la posizione del filosofo napoletano, sia la sua ricostruzione storiografica della giurisprudenza antica¹⁸.

3. L'Editto Perpetuo.

diritto romano, Bologna 1987, p. 104. Quelle che Croce definiva "puerilità sublimi" (B. CROCE, *Teoria e storia della storiografia*, 5ª ed., Bari, 1943, p. 209). Riprende questa riflessione considerando 'rivelative' quelle aporie, ambiguità e oscillazioni G. CARILLO, *Vico. Origine e genealogia dell'ordine*, cit., pp. 19 s.

¹⁷ Vico si riferiva all'editto divenuto stabile con l'intervento giuliano-adrianeo, ma quell'aggettivo aveva accompagnato il riferimento all'editto anche in epoca precedente. Sul significato originario di *perpetuum* come 'emanato a ogni inizio dell'anno di carica' dal magistrato giurisdicente, in opposizione a *repentinum* (emanato nel corso dell'anno), e per l'evoluzione e l'accrescimento dei significati di questo aggettivo riferito all'editto del pretore, si veda A. GUARINO, *Edictum Perpetuum*, in *Pagine di diritto romano*, vol. IV, Napoli, 1994, pp. 211 ss.

¹⁸G.B. VICO, *De ratione*, cit., pp. 116 ss., 128, 134 ss. Il tema sotteso a tutta la riflessione era forse anche qui il principio della giusta ragion di stato, posto da Vico in posizione preminente nell'interpretazione con riguardo sia alle leggi "*pro rei publicae institutis*", sia ai rapporti tra privati. Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 104. Sul tema G. CRIFÒ, *Ulpiano e Vico, diritto romano e ragion di stato*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, Napoli, 1984, vol. V, pp. 2061 ss.

L'esemplificazione vichiana assumeva profondità storiografica, e acquista per noi più grande significato, per la qualità del riferimento all'*Edictum perpetuum* come momento di svolta: un testo normativo come l'editto del pretore colto non in generale, per il suo indubitabile protagonismo come oggetto della gran parte dei testi tramandati nella Compilazione, ma con riferimento a un momento preciso della sua vicenda storica, quello della sua stabilizzazione. Vico, infatti, indica con Editto perpetuo il testo normativo pubblicato al tempo di Adriano, e oggetto di un intervento di riordinamento da parte del giurista Giuliano su incarico del principe¹⁹.

Ho avuto occasione di occuparmi dell'intervento adrianeo sull'editto, cui ci si riferisce spesso con termini quali codificazione o stabilizzazione ma credo che l'operazione promossa dall'imperatore Adriano con la collaborazione di Giuliano possa essere meglio descritta come un 'riordinare' il testo dell'editto, con l'effetto di conferirgli maggiore efficacia e stabilità – rispetto a quella che già possedeva –, in un contesto di riforma delle politiche adrianeae di amministrazione della giustizia. Un'operazione che seppur più limitata nell'intenzione rispetto all'idea di una codificazione, fu tuttavia decisiva per la storia dell'editto e della giurisprudenza romana, e fu accompagnata verosimilmente dalla prescrizione dell'analogia come criterio per estendere l'applicazione delle disposizioni edittali²⁰.

¹⁹G.B. VICO, *De ratione*, cit., p. 110. “[...] *Sed postquam sub Hadriano Edictum perpetuum omnis aequitatis plenissimum prodidit, et publice cautum, ut quemadmodum prius a XII Tabularum, ita deinde ab Edicto perpetuo in iurisprudencia instituerentur, lex XII Tabularum non ultra fuit norma Romani iuris: senatui, praetoribus ac iurisconsultis condendi iuris potestate attenuata.* [...]”. E questa è soltanto uno dei riferimenti all'editto contenuti nel *De ratione*. Sulle imprecisioni vichiane relative all'Editto perpetuo si veda B.A. NADDEO, *Vico and Naples. The Urban Origins of Modern Social Theory*, Ithaca-Londra, 2011, p. 84.

²⁰ Il programma pretorio era verosimilmente già stabile al punto da poter assumere, almeno in potenza, il carattere di testo canonico, ma ancora sufficientemente fluido da consentire modifiche, e da richiedere interventi precisi diretti alla codificazione. In esso, probabilmente, il *ius civile* appariva ancora su un piano non paragonabile al *ius praetorium*, e forse proprio a realizzare questa visione unitaria del diritto imperiale tese il *restatement* giuliano-adrianeo. L'isolamento delle formule delle azioni ispirate al *ius civile*, pur nella sua natura di problema tecnicissimo, era probabilmente di ostacolo alla progettualità di un imperatore che pensava tutto il *ius* consegnato nelle mani sue e dei suoi consiglieri. Lo stesso Adriano si rese autore di un'altra riforma in campo giurisdizionale che possiamo immaginare connessa in un progetto unico con la stabilizzazione definitiva dell'editto. Risale infatti alla sua politica in questo campo l'istituzione di quattro *consulares*, anzi, *legati Augusti pro pretore*, con compiti di

Anche nella prospettiva di Vico, il fatto che l'editto fosse stato a un certo punto consolidato, stabilizzato, o anche solo riordinato doveva aver avuto un'influenza determinante²¹. Il filosofo collegava proprio a questo

amministrazione e giurisdizione assai estesi da esercitarsi in Italia. Indubbiamente la prescrizione del 'criterio analogico' (così F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. II*, Torino, 1995, pp. 128 ss., 134 nt. 18) per procedere al superamento delle lacune si lega al riordinamento delle fonti che, probabilmente, accompagnò la codificazione dell'editto. L'esame delle costituzioni *Tanta* e *Dedoken*, soprattutto nella parte in cui vengono ricordati l'imperatore Adriano e il giurista Salvio Giuliano, consente di affermare che, con tutta probabilità, la codificazione dell'editto vide accanto a una riserva assoluta – in favore dell'imperatore – di modificazione e di produzione normativa, la previsione del ricorso all'analogia come parametro vincolante colui che funzionalmente era addetto all'applicazione delle norme. Nella ricezione giustiniana (cfr. cost. *Tanta* 18) venne falsificata la notizia relativa alla prescrizione dell'analogia come strumento necessario – nelle mani dei magistrati – per colmare le lacune dell'editto, e la si mutò nel riconoscimento di una possibilità a discrezione dell'imperatore. Cfr. G.G. ARCHI, *Interpretatio iuris - interpretatio legis - interpretatio legum*, in ZSS, 87 (1970), pp. 105 ss., ora in *Scritti giuridici* 1, Milano, 1981, pp. 104 ss.; V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza*, cit., p. 85 e nt. 105; F. GALLO, *Alle origini dell'analogia*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del Seminario (Torino, 4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994, pp. 60 ss., 65 ss.; ID., *Synallagma II*, cit., 128 ss.; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005, pp. 1 ss., 44 ss.

²¹ L'ipotesi più ardita sulla stabilizzazione dell'editto fu forse quella di Guarino, che volle provare a dimostrare l'inesistenza di qualunque intervento sul programma pretorio, parlando di "leggenda della codificazione dell'editto". Cfr. A. GUARINO, *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto*, vol. II, Verona, 1953, pp. 167 ss. = ID., *Pagine di diritto romano*, vol. IV, Napoli, 1994, pp. 253 ss.; ID., *L'esaurimento del 'ius honorarium' e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, vol. I, Milano, 1953, pp. 623 ss. = ID., *Pagine di diritto romano*, vol. IV, Napoli, 1994, pp. 218 ss.; ID., *La compilazione dei «Digesta Iustiniani»*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Scherillo*, vol. II, Milano, 1972, pp. 717 ss.; e ancora, riprendendo questi contributi, ID., *La formazione dell'editto perpetuo*, in *ANRW*, II.13, Stuttgart, 1980, = ID., *Pagine di diritto romano*, vol. IV, Napoli 1994, pp. 341 ss.; Proprio da questa divergenza di ordine tra Paolo e Ulpiano muoveva A. GUARINO, *La leggenda*, cit., pp. 653 ss. per negare la storicità dell'intervento giuliano-adrianeo sull'editto. In seguito, l'A. è tornato sul punto, ribadendo la sua lettura dell'intervento adrianeo, come atto volto a unificare gli editti delle province senatorie, e a impedire modificazioni del testo da parte dei *praesides*, non subordinate agli interventi imperiali. A. GUARINO, *L'esigenza giurisprudenziale della sintesi e la sua storia generale*, in AA.VV., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, pp. 28 ss. 28. Su questi temi e per una proposta di lettura della vicenda giuliano adrianea, a partire dalle differenze di ordine riscontrabili nell'editto commentato dai giuristi pre e post adrianei E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. II Contesti e pensiero*, Milano, 2002, pp. 210 ss. e nt. 10, 307 ss.; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, cit., pp. 173 ss e 260 s. e nt. 6.; G. LUCHETTI, in G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus. Ad edictum*

momento il fiorire delle trattazioni giurisprudenziali, e collocava in opposizione a tale progresso il mondo dei diritti greci che non conobbe nulla di simile alla letteratura giuridica romana. Ma poi, con un'evidente forzatura, poneva in una dimensione analoga anche la produzione giurisprudenziale pre-adrianea, tralasciando di considerare opere importanti come i lavori di esordio del genere letterario *ad edictum* di Servio e Ofilio, il commento di Labeone e quello di Sesto Pedio, per rimanere ai lavori collegati all'editto pre-giuliano per i quali possediamo testimonianze sicure²².

libri I-III, Roma 2018, pp. 50 ss.; C. GIACHI *Cnaeus Domitius Ulpianus. Libri ad edictum I-III*, cit., pp. 3, 51, 231 ss.

²² Cfr. G.B. VICO, *ibidem*. Dopo gli esordi con l'*ad Brutum* di Servio e i misteriosi libri di Ofilio, il genere fiorisce in età augustea, con l'*ad edictum* di Labeone in 30 libri – usato anche da Ulpiano (C. GIACHI, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Libri ad edictum I-III*, cit., pp. 14 s.) – e quello, probabile, di Fabio Mela (F. P. BREMER, *Iurisprudentia Antehadriana. II.1*, Leipzig, 1898, p. 288; M. BRETONE, *Labeone e l'editto*, in «SC», V, Madrid, 1994, pp. 25 ss.; sulla figura di Fabio Mela, C. FERRINI, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, in ID., *Opere, II*, Milano, 1929, pp. 11 ss., 14 ss.); fecero seguito un breve *ad edictum praetoris urbani* di Masurio Sabino, e un'opera dedicata all'editto degli edili curuli di Celio Sabino, mentre qualche citazione presente nei Digesta, ma senza indicazione dell'opera, può far pensare che anche Viviano, nel I secolo, abbia scritto sull'editto (F. P. BREMER, *Iurisprudentia Antehadriana*, vol. II.1, cit., pp. 566; vol. II.2, pp. 240 ss., 249 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore?*, Milano, 1997, pp. 25 ss.). Un importante commento della seconda metà del I sec. d.C., probabilmente l'ultimo ad essere stato scritto prima dell'intervento giuliano-adrianeo, fu quello di Sesto Pedio: 50 libri circa, non adoperati dai compilatori, ma ben presenti a Paolo e Ulpiano e giunti fino alla Compilazione attraverso le loro citazioni delle quali restano 56 frammenti (C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, cit., *passim* e in particolare pp. 107 ss.). Condivise la medesima sorte dell'opera pediana il ben più imponente commento di Pomponio forse lungo oltre 150 libri, di età antonina, sul quale dovremo tornare (E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. I Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, *passim*; ID., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. II Contesti e pensiero*, cit., *passim*, in particolare pp. 29 ss.). Per quanto riguarda l'altro autore di questa epoca dedito a scrivere sull'editto, abbiamo i commenti di Gaio sull'editto del pretore (forse soltanto una serie di commenti a singoli titoli edittali), e, del medesimo autore, il commento all'editto provinciale in 32 libri, due dei quali dedicati all'editto edilizio (B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio «ad edictum praetoris urbani»*, Milano, 1975, *passim*, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. I Trasmissione e fonti*, cit., p. 8 e nt. 9; G. PURPURA, *L'editto provinciale egizio. Spunti critici e considerazioni di metodo*, in *Miscellanea Guido Bastianini*, Firenze, 2015, pp. 315 ss.). Abbiamo, poi, per arrivare ai due commenti di età severiana (quelli di Paolo e Ulpiano, cui si deve aggiungere il meno noto commento di Furio Anziano) soltanto tracce di altre opere tarde: il commentario di Quinto Saturnino, solo citato da Ulpiano, e i 6 libri di Callistrato intitolati *Edicti monitorii libri VI*. Si vedano J. HERNANDO LERA, *Para la Palingenesia de la obra de Venuleio Saturnino*, in *Index*, 25 (1997), pp. 237 ss., 237 ss., S. PULIATTI, *Callistratus*.

Le letture di Vico, frutto della sua innovativa capacità interpretativa storico-filosofica, fendono le nebbie di secoli di storiografia – anche se talvolta ci appaiono deviate dalle opacità delle sue sovrainterpretazioni – e colgono elementi della storia della giurisprudenza antica che solo la critica tardo novecentesca avrebbe cominciato a isolare e a dare per assodati²³.

Opera, Roma, 2020, pp. 65 ss. In generale, con bibliografia, F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968 (tit. orig. *History of Roman Legal Science*, 2nd ed., Oxford, 1953), pp. 166 ss.; L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Labeo*, 37 (1991), pp. 14 ss., 63 nt. 170; D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in *'Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio' Atti del seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993*, Torino, 1996., pp. 61 ss.; G. FALCONE, *Ofilio e l'editto*, in *Labeo*, 42 (1996), pp. 101 ss.; A. SCHIAVONE, *Forme normative e generi letterari. La cristallizzazione del ius civile e dell'editto fra tarda repubblica e principato*, in AA. VV., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998., pp. 68 ss.; ID., *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, cit., pp. 131 ss., 301 ss.; P. CERAMI, *Il sistema ofiliano*, in AA.VV., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, pp. 83 ss.; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. I Trasmissione e fonti*, cit., 3 ss. nt. 1; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, cit., pp. 42 ss. Sullo sviluppo del *ius honorarium*, oltre alla bibliografia citata alle note precedenti, J.M. KELLY, *The Growth-pattern of the Praetor's Edict*, in *Irish Jurist*, 1.2 (1966), pp. 341 ss.; F.P. CASAVOLA, *La legislazione comiziale e l'editto*, in A. SCHIAVONE (direzione di), *Storia di Roma, vol. II.1, L'impero mediterraneo*, Torino 1990, pp. 515 ss.; M. BRETONE, *Labeone*, cit., pp. 25 e 36; N. PALAZZOLO, *Il princeps, i giuristi l'editto. Mutamento istituzionale e strumenti di trasformazione del diritto privato da Augusto ad Adriano*, in AA.VV., *'Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello 25-27 maggio 1994*, Napoli, 1996, pp. 310 ss.; F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, pp. 37 ss.; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. II Contesti e pensiero*, cit., pp. 43 ss. Sul concreto esercizio della *iurisdictio* nell'interazione con l'*interpretatio* giurisprudenziale, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, cit., pp. 263 ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., pp. 301 ss. I pretori, quando non fossero essi stessi giuristi, si valevano di *adsessores* in qualità di consiglieri esperti. Bibliografia in C. GIACHI, *ivi*, pp. 263 ss. e nt. 12 ss. Su Paolo e Ulpiano *adsessores* prefettizi, V. MAROTTA, *Ulpiano: la biografia*, in J.-L. FERRARY, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma, 2021, pp. 3 ss., 12 ss.

²³ Su Vico 'idealista anticipatore' B. CROCE, *La filosofia di Giambattista Vico*, cit. 229: "egli fu né più né meno che il secolo decimo nono in germe". La 'via alla storia' indicata da Vico costituisce la sua lezione più importante per la romanistica del '900, ancora tentata dalla resa a una presunta inconoscibilità della dimensione giurisprudenziale del diritto romano dal punto di vista concreto delle biografie intellettuali dei giuristi, delle loro ideologie e scelte. Cfr. A. SCHIAVONE, *La lezione romanistica di G.B. Vico*, cit., pp. 57 s. A prescindere da Vico, questo indirizzo storiografico trova oggi piena espressione nell'esperienza scientifica del progetto ERC (European Research Council) *Scriptores iuris Romani*. Si vedano i saggi raccolti in A. SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*,

Nella prospettiva di Vico, il contrappunto che egli mantiene in tutto il cap. XI del *De ratione* tra leggi antiche, da un lato, e editto-equità, dall'altro, lasciava emergere, come prodotto di un mutamento legato unicamente al secondo elemento – cioè la coppia editto-equità – la produzione letteraria giurisprudenziale: quella quantità sterminata di trattazioni (*immensam librorum de iure molem*) scaturita a suo dire dall'introduzione dell'editto perpetuo. Nella crescente iperbole interpretativa, poi, le ragioni profonde di quel proliferare di trattati erano da Vico rintracciate nel tenere la giurisprudenza a Roma il luogo che ebbe la *sapientia* in Grecia, e nell'essere ella la filosofia dei romani e i giuristi i veri filosofi²⁴.

Scostando i veli di quelle sovrainterpretazioni e delle forzature vichiane, sempre argute – come quella appena incrociata, sulla rarefazione delle trattazioni giuridiche in età pre-adrianea, che avvicinerrebbe la condizione della Roma più antica a quella greca, priva del tutto di una produzione letteraria giurisprudenziale paragonabile a quella romana –, si incontra il filo teso imprescindibile che tiene insieme legge e scienza giuridica.

4. Il diritto e la legge a Roma.

Da tempo, la storiografia considera che a Roma quella tensione tra la disciplina frutto dell'assetto istituzionale espresso dal potere imperiale e magistratuale (leggi, decreti, editti, costituzioni imperiali) e le regole frutto dell'*interpretatio*, elaborate da un ceto di intellettuali professionisti, non rifletteva unicamente un tratto speculativo dell'esperienza giuridica romana. Essa in verità coglieva, di quella vicenda, uno dei principali fattori d'identità: a Roma, a fianco del disciplinamento scaturito dalla legge, dal –

Torino, 2017, *passim*; P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE, *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino, 2019, *passim*. Sul metodo vichiano, G. BAVIERA, *Giambattista Vico e la storia del diritto romano*, Palermo, 1912, p. 107 e nt. 2: 'metodo meraviglioso di ricerca 'di cui è proprio di vedere il tutto di ciascheduna cosa' e di vederlo tutto insieme... e per vederne il tutto debbe considerarla per tutti i rapporti ch'eila può mai avere con altre cose dell'Universo, e tra quella che vuole perfettamente intendere, e cose affatto disparate e lontanissime, rinnovarvi allo istante alcuna comunità di ragione' (BAVIERA, *ivi*, p. 110 e nt. 13). Il Vico seguì invece l'andamento tradizionale di un discorso giuridico-erudito e rinnegò il suo metodo e il suo stile di divagazione storico-filosofica nel preparare la lezione per la cattedra del 1723 che lo vide bocciato: cfr. A. SCHIAVONE, *La lezione romanistica di G.B. Vico*, cit., pp. 56 ss., 62.

²⁴ G.B. VICO, *De ratione*, cit., pp.98 ss.

come fu definito — ‘comando dello Stato’, uno dei motori regolativi coincideva con l’attività intellettuale di esperti/scienziati, protagonisti — sebbene con alterne vicende e fortune — della scena politica culturale e civile della città e poi dell’impero²⁵. Quell’attività febbrile e feconda si articolava in un’incessante trasmissione interpretativa e produttiva di disciplina giuridica attraverso l’*interpretatio*; e in questa guisa attraversava il tempo connettendosi, nel caso dell’editto, a un testo regolativo un tempo emanato periodicamente da un magistrato e poi fisso nei suoi contenuti e nel suo impianto, la cui presenza aveva accompagnato la vicenda del diritto privato dei romani e aveva dato vita a uno dei generi della letteratura giurisprudenziale romana più fecondi, quello delle opere *ad edictum*. Ciò è rimasto scolpito nella rappresentazione di quella produzione letteraria giunta fino a noi: da un lato, infatti, dai commenti all’editto proveniva una parte cospicua dei frammenti che componevano l’antologia giustiniana; dall’altro, era stato proprio l’editto, nella sua versione più matura, il modello dell’ordine impartito dai commissari giustiniani all’intera Compilazione²⁶.

La letteratura di commento all’editto del pretore occupava una sezione relevantissima della Compilazione giustiniana e rivestiva un ruolo

²⁵ Al di là del non condivisibile uso del termine ‘stato’ per indicare la realtà istituzionale romana, esprime con efficacia questo dato la laconica affermazione di Syme (R. SYME, *Lawyers in Government: the case of Ulpian*, in Proc. Am. Phil. Soc., 116 (1972), pp. 406 ss. = *Roman Papers*, III, Oxford, 1984, pp. 863 ss.) secondo la quale «il diritto, a Roma, non è tanto un comando dello stato quanto una creazione dei giuristi». La lapidaria affermazione esprimeva allo stesso tempo «un dato di fatto e una verità misconosciuta» così A. SCHIAVONE, *Scriptores iuris Romani*, in J.-L. FERRARY - A. SCHIAVONE - E. STOLFI, *Quintus Mucius Scevola. Opera*, Roma, 2018, pp. VII ss.

²⁶ Soltanto i commenti all’editto di Paolo e Ulpiano costituiscono circa la metà del Digesto, e ad essi debbono essere aggiunti i commenti di altri giuristi — come Gaio — e le altre opere di tradizione edittale pervenute direttamente ai compilatori. Penso ai *Digesta* di Giuliano, ad esempio. Il poderoso commento pomponiano, ineguagliato per dimensioni (potrebbe aver lambito i 160 libri, visto che giunto all’ottantatreesimo commentava la clausola 151 dell’editto perpetuo che ne contava in totale 292, stando alla numerazione di Lenel) non fu letto direttamente dai commissari giustiniani e compare nel dispositivo antologico del Digesto principalmente attraverso le citazioni dei due maestri severiani. Pietra miliare è F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., pp. 337 ss. e, per la letteratura ‘problematica’, pp. 401 ss. Sugli esordi del genere letterario *ad edictum*, D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, cit., pp. 61 ss.; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. I Trasmissione e fonti*, cit., pp. 3 ss. e in particolare 5 ss. e nt. 4 ss. con bibliografia; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l’editto*, cit., pp. 52 ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, cit., pp. 301 ss.

quantitativamente non eguagliato da altre espressioni letterarie nel quadro delle testimonianze di cui disponiamo sul diritto romano²⁷. Come genere letterario, i libri *ad edictum* si sono diffusi a partire dall'età repubblicana – e non come abbiamo visto sostenere da Vico soltanto dopo l'Editto perpetuo! – in parallelo con l'esordio dell'editto del pretore e del processo formulare, e hanno mantenuto la loro centralità fino alla tarda età severiana, con i commenti di Paolo e Ulpiano, per giungere al VI secolo, che li vide recepiti e protagonisti nei *Digesta* giustiniane. Essi sono espressione, così come i commenti alle leggi o ai senatoconsulti, del punto di snodo tra i due modelli principali della produzione normativa presenti a Roma: il diritto e la legge. Lo sguardo storiografico che nei secoli si è posato sulla dimensione giuridica di Roma antica, infatti, ha sempre rintracciato, al centro di quella storia, l'esperienza intellettuale giurisprudenziale e cioè la scienza giuridica con la sua espressione letteraria, che infatti affiorava sotto forma di ciò che i giuristi avevano prodotto in termini di 'trattazioni' – nella narrazione vichiana²⁸ – redatte a partire da testi normativi come *leges* o editti, oltre che come annotazioni del lavoro dei loro predecessori. Oggi, com'è noto, conosciamo il testo edittale principalmente attraverso i frammenti di tali opere giurisprudenziali che lo commentarono o che lo presero, a diverso titolo, ad oggetto. La loro scomposizione ha consentito, nel tempo, i diversi tentativi di ricostituzione del testo edittale, almeno nello stato in cui si trovò in seguito all'intervento giuliano-adrianeo, nel II sec. d.C., e che lo rese '*perpetuum*' nel senso di immutabile, proprio il senso nel quale doveva intenderlo Vico²⁹.

²⁷ Me ne sono occupata in C. GIACHI, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Libri ad edictum I-III*, cit., pp. 3 ss.

²⁸ È il termine, come abbiamo visto in epigrafe, usato da Vico per qualificare il lavoro dei giuristi dopo l'introduzione dell'Editto perpetuo. *Supra*, nt. 6. Come viatico nello studio delle opere dei giuristi romani, non si possono non avere presenti le parole di Fritz Schulz, che nell'avviare la sua *Storia della Giurisprudenza Romana*, chiariva il senso dell'espressione 'scienza giuridica' asserendone la coincidenza con la nozione di giurisprudenza romana. La sua fu un'opera miliare nel processo di fondazione di una storia del pensiero giuridico romano, e prese le mosse dalla ricostruzione della storia dei generi letterari e delle opere dei giuristi romani. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., pp. 8 ss. Cito dalla traduzione italiana, condotta sulla seconda edizione – quella tedesca – dell'opera originale uscita in Inghilterra, a Oxford, nel 1953.

²⁹ Offre la ricostruzione dell'editto giuliano ancora oggi di riferimento, O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3^a ed., Leipzig, 1927 (rist. Aalen 1956, 1974, 1988), *passim* e in particolare pp. XVI ss. Proposte di revisione della restituzione leneliana sono emerse su singole sezioni. Per una rassegna relativa ai titoli

L'editto del pretore interpretava l'esperienza giuridica romana colta nei suoi aspetti di maggiore dinamismo, là dove la formalizzazione giuridica trovava compimento nella qualificazione dei fatti e degli assetti di interessi in funzione del riconoscimento di una tutela giurisdizionale³⁰: nell'editto si conferiva loro un *nomen edittale*, un riconoscimento nominale, attraverso previsioni a carattere normativo, o talvolta, nell'estemporaneità dell'esercizio della *iurisdictio*, con *edicta repentina*. E se è vero, come sottolineava Vico, che era il luogo di massima espressione del diritto come tecnica dell'equità, tali processi normativi erano tuttavia il frutto della capacità di inquadramento e di astrazione dei giureconsulti che, quando non erano essi stessi magistrati, operavano come loro consulenti³¹.

Di questa tecnica poetica del diritto interessava a Vico l'elemento equitativo, quel lavoro interpretativo che muoveva dall'aderenza ai fatti e, per dirlo con le sue parole, consegnava ai giuristi, nella prospettiva tarda dei severiani che egli cita, il compito di tenere insieme la *scientia iusti* con una giustizia fondata sull'*humanitas*, l'equità civile e la giustizia naturale³². Sebbene nel contesto di una dissertazione nella quale il filosofo napoletano esponeva le sue domande fondamentali con riguardo alla scienza giuridica del suo tempo, e abbozzava una narrazione storiografica della giurisprudenza romana per trovare a quelle domande le risposte più vere – offrendone una “ricostruzione politica”³³ –, ad affiorare nella sua argomentazione era proprio ciò che i giuristi avevano prodotto in termini di opere di letteratura scientifica, di ‘trattazioni’, redatte a partire da testi

iniziali dell'editto cfr. C. GIACHI *Cnaeus Domitius Ulpianus. Libri ad edictum I-III*, cit., pp. 65 ss.

³⁰ Il pretore, che emanava l'editto, era un magistrato simbolo degli assetti istituzionali repubblicani. E per questo il riferirvisi da parte di giuristi che, come ancora avveniva nel III secolo, commentavano l'editto in opere monumentali, non poteva essere considerato un piano stilema: il riferimento era prezioso e perspicuo nonostante rimontasse a un tempo assai lontano da quello del commentatore. Ciò è tanto più vero per Vico, che fa ruotare intorno a un presunto mutamento di funzione del magistrato – da *viva vox iuris civilis* ad *absolutissimus arbiter* (*supra*, nel testo, in prossimità di nt. 12) – l'altro asse dell'evoluzione della giurisprudenza romana. G.B. VICO, *De ratione*, cit., pp. 112 s. In questa osservazione era, secondo B. DE GIOVANNI (*Il «De nostri temporis studiorum ratione» nella cultura napoletana del primo Settecento*, cit., 182 s. e nt. 88) un richiamo alla situazione giuridica del viceregno napoletano.

³¹ Sullo sviluppo del *ius honorarium*, cfr. *supra*, nt. 21 e s.

³² Sono bellissime le pagine di B. DE GIOVANNI (*ivi*, 180 ss.) su questo punto.

³³ L'espressione è di B. DE GIOVANNI, *ivi*, p. 179.

normativi come l'editto³⁴. Per il filosofo napoletano erano state il segno di un trionfo dell'*interpretatio* sulla *lex*, che avrebbe potuto portare anche a un eccesso di flessibilità se non controllato. Ma non c'è dubbio che pur piegata in questo argomento, egli vedeva chiaramente la centralità dell'esperienza letteraria che aveva accompagnato la giurisprudenza romana. Assorbito dalla scoperta dell'equità come motore dello sviluppo del diritto romano da una certa epoca in poi, egli non colse fino in fondo, benché forse lo intuì, che proprio il commento all'editto, tra quelle trattazioni, era il luogo ove la materia incandescente delle disposizioni pretorie e degli assetti privati più incontrava il pensiero ordinante degli interpreti finalizzato alla qualificazione giuridica dei fatti. Lì poteva trovare una sintesi la polarità tra l'equità civile e la razionalità naturale che caratterizzava la giurisprudenza del suo tempo. Ed era, probabilmente, proprio la riflessione sui *commoda* e gli *incommoda* di quest'ultima ad accendere la riflessione e le perplessità del Vico³⁵.

Abstract: In ch. XI of Vico's *De ratione*, the edict of the praetor is referred to several times and considered as the source of the spread of the *libri de iure*. To the publication of the edict rearranged by Julian is traced the origin of the literary experience of Roman jurisprudence. This is an obvious stretch, given that legal treatises were widespread even in the pre-Adrian era, which conceals and reveals in the Vichian interpretation an assumption, probably, only intuited: while the polarity between the *ius* of the laws and the magistrate's dispositions from *aequitas* was affirmed in the exercise of jurisdiction, it was in the jurists' *interpretatio* that the tension between natural law and equity found a synthesis. In the ancient arrangement, Vico saw a parallel with his own time, and sought answers for his interpretive questions.

Keywords: Vico's *De ratione*, roman jurists, *aequitas*, legal treatises

³⁴ Per il modo in cui Vico collega i *libri de iure* alla storia dell'editto – già che il suo obiettivo era connettere la gran copia di trattazioni al diffondersi dell'equità come criterio interpretativo delle legge, e che l'equità aveva per lui una fonte su tutte nell'editto perpetuo –, si pensa con nettezza più ai *libri ad edictum* che alle opere di tradizione isagogica o alle raccolte di *regulae*, *definitiones*, *opiniones* oltre che alle annotazioni al lavoro dei loro predecessori o alle raccolte casistiche di *responsa*.

³⁵ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., pp. 131 ss., 190 ss., 301 ss. Si trattava forse di qualcosa di più specifico dell'incontro 'tra impianto teorico e prassi' (cfr. D. MONTEVERDI, *Vico, le XII tavole e lo spirito del tempo*, cit., pp.20 s.): era una prassi, volendo usare questa terminologia, che interpretava plasticamente la razionalità dell'*aequum*.

GIUSEPPE MORO*

Il limite della funzione logica nello studio dei concetti giuridici.

Note sul rapporto tra Kelsen e Cassirer **

English title: *The limit of the logical function in the study of legal concepts. Remarks on the relationship between Kelsen and Cassirer*

Sommario 1. Premessa. 2. “L’eredità spirituale di Kant”. Il distacco da Cassirer. 3. Il *Wandel der Funktion* e la sua applicazione per la comprensione del concetto di *Sollen*. 4. L’“insolubile antinomia” dei concetti giuridici. Dal mutamento di funzione alla considerazione dinamica dell’unità del diritto.

DOI: 10.26350/18277942_000114

1. Premessa

Nel saggio del 1921 *Il rapporto tra Stato e diritto dal punto di vista epistemologico*, quindi nell’opera del 1922 *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, Kelsen esplicitò i due principali meriti che, a suo avviso, avevano contraddistinto il pensiero di Ernst Cassirer¹: il primo era nell’aver discusso lo statuto dei concetti scientifici, attraverso una radicale trasformazione della logica che li regolava, il secondo, invece, consisteva nell’idea che tale mutamento riguardasse il passaggio specifico dalla sostanza alla funzione. Prospettando, quindi, la possibilità di attuare un ragionamento analogo, nel contesto della scienza giuridica, il giurista austriaco intese assimilare il progetto epistemologico che il filosofo aveva

* Università degli Studi di Napoli “Federico II” (giuseppemoro31@gmail.com).

** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ H. KELSEN, *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, II, 5-6 (1921), pp. 453-510, in particolare p. 458, trad. it. di A. CARRINO, *Il rapporto tra Stato e diritto dal punto di vista epistemologico*, in ID., *L’anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, Roma, 1989, pp. 3-58, in particolare p. 12-13; ID., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen, 1928², p. 211-213, trad. it. di A. CARRINO, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e diritto*, Napoli, 1997, p. 221-223.

avviato in *Sostanza e funzione* del 1910², al fine di chiarire l'autonomia logica dei concetti giuridici.

Sul finire degli anni Venti, però, tramite la pubblicazione dei saggi dedicati al diritto naturale³, Kelsen giunse a consolidare una posizione teorica del tutto incompatibile con le ricerche che, intanto, Cassirer aveva sviluppato in due interventi coevi, editi rispettivamente nel 1929 e nel 1932⁴. Come sarebbe stato possibile, infatti, conciliare la difesa dell'ideale repubblicano e del valore etico-politico del diritto naturale, tematizzate dal filosofo, con l'impianto positivistico della *reine Rechtslehre* che, per sua stessa definizione, era fondata sul proposito di depurare il diritto dalle istanze del giusnaturalismo? Una possibile chiave di lettura era contenuta nelle pagine di una lettera inviata a Renato Treves il 3 agosto 1933⁵, in cui Kelsen rilevò il cambiamento teorico intervenuto all'interno del pensiero di Cassirer, finendo per confinare il suo programma epistemologico a un'esperienza passata, ormai lontana dagli obiettivi della scienza giuridica.

² E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, Berlin, 1910, trad. it. di G. PRETI, *Sostanza e funzione*, in ID., *Sostanza e funzione. Sulla teoria della relatività di Einstein*, Firenze, 1973.

³ H. KELSEN, *Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses*, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, II (1927/1928), pp. 71-94; ID., *Die Idee des Naturrechtes* (1928), in ID., *Aufsätze zur Ideologiekritik*, hrsg. von E. TOPITSCH, Neuwied a.M. - Berlin, 1964, pp. 73-112, trad. it. di A. CARRINO, *L'idea del diritto naturale*, in ID., *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1994, pp. 119-152; ID., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, 1928, pp. 7-78, trad. ingl. di W.H. KRAUS, *Natural law doctrine and legal positivism*, in ID., *General theory of law and State*, Cambridge, Massachusetts, 1945, pp. 391-446, trad. it. di S. COTTA e G. TREVES, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1963⁴, pp. 397-454.

⁴ E. CASSIRER, *Die Idee der republikanischen Verfassung. Rede zur Verfassungsfestfeier Am 11. August 1928*, Hamburg, 1929, trad. it. di A. BOLAFFI, *L'idea della costituzione repubblicana*, in *Micromega*, IV (1989), pp. 223-240; ID., *Vom Wesen und Werden des Naturrechtes*, in *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis*, VI (1932), pp. 1-27, trad. it. di A. BOLAFFI, *In difesa del diritto naturale*, in *Micromega*, II (2001), pp. 91-115.

⁵ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre, 'Labandismus' und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves* (1933), in H. KELSEN - R. TREVES, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S.L. PAULSON, Napoli, 1992, pp. 55-58, trad. it. di A. CARRINO, *Dottrina pura del diritto, 'labandismo' e neokantismo. Una lettera a Renato Treves*, ivi, pp. 51-54.

Nell'ambito della vasta letteratura dedicata all'esame delle influenze del neokantismo sul pensiero del giurista⁶, un segmento rilevante di ricerche è costituito da quei contributi che, anche in tempi recenti, hanno offerto non soltanto un'analisi comparata del pensiero dei due autori, ma anche ricostruito il percorso teorico che condusse Kelsen a interrompere il suo rapporto teorico con Cassirer⁷.

Se in questo lavoro abbiamo scelto di tornare su un argomento già ampiamente trattato, ciò è accaduto perché è parso di poter inserire, nel novero dei motivi che indussero Kelsen a distaccarsi da Cassirer, elementi d'analisi, non ancora adeguatamente considerati, e che, tuttavia, risultano decisivi, al fine di comprendere meglio le prospettive teoriche, che orientarono gli ulteriori sviluppi della dottrina pura del diritto.

La nostra ipotesi è che l'allontanamento di Kelsen da Cassirer scaturì dall'impossibilità di conciliare lo studio dei concetti giuridici con il primato della funzione logica teorizzato dal filosofo. Questa idea fu l'esito di una riflessione, maturata prima degli scritti sul diritto naturale, precisamente nel 1922, quando, con la pubblicazione de *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, il giurista provò, dapprima, a integrare il tema del "mutamento di funzione [*Wandel der Funktion*]", seguendo la specifica formulazione datane da Cassirer in *Sostanza e funzione*⁸, per poi

⁶ R. TREVES, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto* (1929), in H. KELSEN - R. TREVES, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, cit., pp. 59-87; ID., *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo* (1934), in ID., *Il diritto come relazione. Saggi di filosofia della cultura*, a cura di A. CARRINO, Napoli, 1993, pp. 3-98; A. CARRINO, *Kelsen e il problema della scienza giuridica. (1910-1935)*, Napoli, 1987, p. 29-30, n. 40, 75-76; S.L. PAULSON, *The neo-kantian dimension of Kelsen's pure theory of law*, in *Oxford journal of legal studies*, XII, 3 (1992), pp. 311-332; ID., *Hans Kelsen's earliest legal theory. Critical constructivism*, in *Normativity and norms. Critical perspectives on kelsenian themes*, ed. S.L. PAULSON - B. LITSCHIEWSKI PAULSON, Oxford, 1998, pp. 24-43; C. HEIDEMANN, *Hans Kelsen and the transcendental method*, in *Northern Ireland legal quarterly*, XL, 4 (2004), pp. 358-377; B. DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt. Oltre il Novecento*, Napoli, 2018, pp. 73-82.

⁷ R. RACINARO, *Cassirer e Kelsen*, in *Neokantismo, diritto e sociologia*, a cura di A. CATANIA - M. FIMIANI, Napoli, 1995, pp. 99-110; A. BOLAFFI, *Etica moderna e diritto naturale*, in *Micromega*, cit., pp. 71-90; P. FAVUZZI, *Hans Kelsen's and Ernst Cassirer's conception of natural law*, in *Hans Kelsen and the natural law tradition*, ed. P. LANGFORD - I. BRYAN - J. MCGARRY, Boston, 2019, pp. 327-371.

⁸ E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, cit., p. 31-32, trad. it., cit., p. 36-37: "Tale mutamento di funzione è però ciò che in primo luogo converte in concetti, considerati in senso logico, i contenuti della percezione e della rappresentazione".

limitare il ricorso a questo progetto, una volta espressa l'esigenza di stabilire un fondamento di validità delle categorie giuridiche. Con l'obiettivo di chiarire questo snodo concettuale, nelle pagine che seguono, proporrò una ricostruzione scandita in tre diverse momenti. Nel primo, si tratterà di tornare sulla lettera inviata a Treves, per mostrare come Kelsen presentasse la sua dottrina, non soltanto come l'espressione di una teoria del diritto positivo, incompatibile con il diritto naturale, ma anche come l'esito di una determinata "eredità spirituale di Kant"⁹, specificamente fondata sul proposito di risalire al fondamento di validità dei concetti giuridici. Nel secondo, attraverso un'analisi preliminare del ragionamento svolto da Cassirer in *Sostanza e funzione*, sarà mostrato in che modo Kelsen, ne *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, intese riprendere il tema del mutamento di funzione, al fine di spiegare il significato giuridico del *Sollen*¹⁰. Infine, nell'ultimo paragrafo, saranno esaminati i brani dell'opera del 1922, in cui emerge una sostanziale differenza, teorica e lessicale, tra il "dualismo" dei concetti, generato dall'erronea rappresentazione dello "Stato metagiuridico"¹¹, e la loro "insolubile antinomia [*unlösbar Antinomie*]" che, invece, dipendeva dalla "natura dello spirito umano" e dalla tendenza a raddoppiare gli oggetti di conoscenza¹². Lo studio di queste nozioni consentirà, quindi, di comprendere perché Kelsen limitò il riferimento al *Wandel der Funktion*, ponendo le basi per un pensiero destinato ad archiviare il programma epistemologico di Cassirer.

2. "L'eredità spirituale di Kant". Il distacco da Cassirer

Nella lettera, inviata a Renato Treves il 3 agosto del 1933, Kelsen intese chiarire i punti essenziali della sua dottrina, mostrando le differenze che separavano il suo pensiero non soltanto dai teorici della *allgemeine*

⁹ H. KELSEN, *Ein Brief an Renato Treves*, cit., p. 56, trad. it., cit., p. 52, per il riferimento al passo citato.

¹⁰ Si tratta dei ragionamenti esposti nel terzo capitolo dell'opera, H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 75-91, trad. it., cit., p. 83-98.

¹¹ Per i riferimenti testuali a questi lemmi, H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 205-206, 210, trad. it., cit., p. 216, 220.

¹² Per queste espressioni, H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 205-206, 214, trad. it., cit., p. 215, 223-224.

*Staatslehre*¹³, ma anche dai principali esponenti del neokantismo della scuola di Marburgo. In particolare, nell'ultima parte dello scritto, oltre ai riferimenti ad Herman Cohen¹⁴, si trovano considerazioni che avevano lo scopo di ricostruire, seppur in linea generale, il rapporto con il pensiero di Ernst Cassirer. Dopo aver infatti sottolineato la continuità tra il progetto epistemologico, avviato dal filosofo in *Sostanza e funzione*, e la sua dottrina pura del diritto, il giurista specificava quanto segue:

La dottrina pura del diritto ha riconosciuto il concetto di persona come un concetto di sostanza, come la ipostatizzazione di postulati etico-politici (per es. libertà e proprietà) e lo ha perciò dissolto proprio come nello spirito della filosofia kantiana tutta la sostanza viene ridotta a funzione. Ciò è stato dimostrato da Cassirer, uno dei migliori kantiani, quando era ancora kantiano, nel suo bel libro¹⁵.

Atteso che Cassirer aveva ormai abbandonato lo spirito della filosofia kantiana, Kelsen poteva così tracciare un'immaginaria, quanto irrevocabile linea di demarcazione, che segnava il confine tra le passate esperienze di pensiero e le future prospettive di ricerca. C'era stato un tempo in cui il programma del filosofo della scuola di Marburgo aveva, a tutti gli effetti, contribuito a perfezionare lo studio della scienza giuridica, ma si trattava di una fase che era da considerarsi conclusa. I motivi di questo distacco erano da ricollegarsi, in parte, all'opposizione tra il positivismo della dottrina pura e le forme di giusnaturalismo¹⁶, che, negli anni precedenti, Kelsen aveva ulteriormente perfezionato, nei suoi studi sul diritto naturale¹⁷. Su questa linea, del resto, le circostanze storiche erano di per sé

¹³ H. KELSEN, *Ein Brief an Renato Treves*, cit., p. 55-56, trad. it., cit., p. 51-52.

¹⁴ H. KELSEN, *Ein Brief an Renato Treves*, cit., p. 56-57, trad. it., cit., p. 52-53. Per una disamina del rapporto tra i due autori utili le pagine di A. CARRINO, *Hans Kelsen e Hermann Cohen*, in ID., *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Kelsen*, Napoli, 1992, pp. 169-182.

¹⁵ H. KELSEN, *Ein Brief an Renato Treves*, cit., p. 58, trad. it., cit., p. 54.

¹⁶ R. RACINARO, *Cassirer e Kelsen*, cit., p. 108; A. BOLAFFI, *Etica moderna e diritto naturale*, cit., p. 73; P. FAVUZZI, *Hans Kelsen's and Ernst Cassirer's conception of natural law*, cit., p. 359-360.

¹⁷ H. KELSEN, *Die Idee des Naturrechts*, cit., p. 77, trad. it., cit., p. 122: "È soltanto dall'antitesi tra diritto naturale e diritto positivo che si può intendere l'essenza sia dell'uno sia dell'altro. Anche il diritto positivo è un ordinamento del comportamento umano; questo diritto, però, si distingue da quello 'naturale' per il fatto di essere soltanto 'artificiale', cioè creato dall'uomo, e come tale, come mera opera umana, esso si presenta"; ID., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, cit., p. 31-32, trad. ingl., cit., p. 411, trad. it., cit., p. 418: "Dal punto

rivelatrici. Nel periodo di piena crisi della Repubblica di Weimar, quando l'ascesa del nazismo avrebbe, di lì a breve, irrimediabilmente sovvertito il precario assetto democratico, nato dalle macerie dell'Impero guglielmino¹⁸, i due autori si schierarono su fronti opposti: mentre Kelsen mantenne fermo lo sguardo sul diritto positivo, interrogandosi sul carattere formale degli ordinamenti giuridici e lasciando aperta la prospettiva di una teoria politica liberale e democratica¹⁹, Cassirer si appellò alla difesa dell'ideale repubblicano, rivendicando il valore etico-politico del diritto naturale²⁰. Alla luce di questi dati, il distacco dal pensiero del filosofo, l'esigenza di misurare i meriti del suo progetto epistemologico, con i limiti del suo ideale giusnaturalistico, dovevano risultare, addirittura, necessari. Come avrebbe potuto Kelsen ignorare il cambio di prospettiva, interno a una riflessione, che rischiava, ormai, di minare alle fondamenta l'impianto positivistico della dottrina pura del diritto?

Tuttavia, nell'ordine dei pensieri che condussero il giurista a questa conclusione, si trovavano anche giudizi, che avevano lo scopo di presentare la dottrina pura come l'esito compiuto di uno specifico processo di rinnovamento dell'eredità spirituale di Kant²¹. A questo riguardo, Kelsen scriveva: "Proprio perché la dottrina pura del diritto ha tentato per prima di sviluppare la filosofia di Kant in una teoria del diritto positivo (e non, come fa Stammler, di continuare a stare in una dottrina del diritto

di vista di un positivismo coerente, il quale si consideri l'ordinamento giuridico positivo come supremo, non derivato e quindi non giustificabile mediante riferimento ad un sistema superiore di norme, non può essere ammessa la validità di un diritto naturale".

¹⁸ Con prospettive diverse sul medesimo tema: P. GAY, *La cultura di Weimar. L'outsider come insider*, introduzione di C. CASES e trad. it. di M. MERCI, Bari, 2002², p. 68-70, per i riferimenti al contributo filosofico di Cassirer nel contesto culturale tedesco degli anni Venti; D.J.K. PEUKERT, *La repubblica di Weimar. Anni di crisi della modernità*, trad. it. di E. GRILLO, Torino, 2020², pp. 273-293.

¹⁹ Per un inquadramento generale della teoria politica di Kelsen, utili le pagine di M. BARBERIS, *Introduzione*, in H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1995, pp. 7-39. Sul tema segnaliamo anche gli studi di S. LAGI, *Democracy in its essence. Hans Kelsen as a political thinker*, Lanham - Boulder - New York - London, 2021, p. 95-129; A. CARRINO, *Legge e libertà. Primato del parlamento e sindacato delle leggi nella costituzione austriaca del 1920*, Milano, 2022, p. 127-139.

²⁰ E. CASSIRER, *Die Idee der republikanischen Verfassung*, cit., trad. it., cit., pp. 223-240; ID., *Vom Wesen und Werden des Naturrechts*, cit., pp. 1-27, trad. it., cit., pp. 91-115. Sulla posizione di Cassirer rispetto al contesto culturale e politico-filosofico mitteleuropeo, importanti analisi sono state sviluppate da M. CACCIARI, *Il lavoro dello spirito. Saggio su Max Weber*, Milano, 2020, p. 68-69.

²¹ H. KELSEN, *Ein Brief an Renato Treves*, cit., p. 56, trad. it., cit., p. 52.

naturale), essa è certamente andata oltre, in un certo senso, Kant, che nella sua dottrina del diritto ha ripudiato il metodo trascendentale”²². Nello specifico, si trattava, dunque, di attuare una radicale riforma concettuale: da un lato, infatti, era necessario rimuovere i residui metafisici, che ancora vincolavano le riflessioni sullo Stato e sul diritto alla conoscenza naturalistica²³; dall’altro, invece, rimanendo fedeli allo “spirito più puro della logica trascendentale”, bisognava interrogarsi sul fondamento di validità delle relazioni giuridiche²⁴.

In questa prospettiva, il distacco dal pensiero di Cassirer assumeva un significato specifico, perché, in questo caso, non era soltanto motivato dall’opposizione ai residui giusnaturalistici, ancora persistenti nella riflessione etico-normativa di derivazione kantiana²⁵, ma dipendeva da un’incompatibilità teorica, che si articolava tra il metodo trascendentale della dottrina pura e il progetto epistemologico di un’analisi dei concetti d’esperienza. Il dissenso di Kelsen coinvolgeva, così, inevitabilmente, il primato della funzione sulla sostanza, che pure, negli anni Venti, egli aveva considerato un argomento fondamentale, al fine di chiarire la logica dei

²² *Ibid.*

²³ H. KELSEN, *Ein Brief an Renato Treves*, cit., p. 57-58, trad. it., cit., p. 53: “Kant non fu abbastanza conseguente da estendere i concetti della sua filosofia trascendentale anche alla conoscenza di Stato, diritto e morale cioè alla teoria sociale, poiché egli è rimasto quel metafisico, del quale, nel campo della conoscenza naturale, ha avuto completamente ragione, il richiamo della dottrina pura del diritto a Kant”.

²⁴ H. KELSEN, *Ein Brief an Renato Treves*, cit., p. 58, trad. it., cit., p. 54: “La norma fondamentale risponde alla domanda: qual è il presupposto a partire dal quale le fattispecie qualificate come atti giuridici possono essere interpretate in questo senso, cioè come atti attraverso i quali vengono poste o eseguite le norme? Questa è una domanda posta nello spirito più puro della logica trascendentale”. Per l’interpretazione della *Grundnorm*, come risultato del confronto di Kelsen con la filosofia di Kant, il contributo di V. VITIELLO, *Grundnorm. Kelsen e l’infondata fondazione del diritto*, in ID., *Ripensare il cristianesimo. De Europa*, Torino, 2008, pp. 209-228, in particolare p. 217-218.

²⁵ Si trattava di una critica risalente a H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt der Lehre vom Rechtssatze* (1911), *Hans Kelsen Werke*, II, *Veröffentlichte Schriften 1911*, hrsg. von M. JESTAEDT in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Tübingen, 2008, p. 106-108 trad. it. di A. CARRINO, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, *Hans Kelsen opere*, II, Cosenza, 2020, p. 36-37. Per l’analisi specifica della “Metafisica dei costumi” di Kant, ID., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., p. 140-143, trad. it., cit., p. 149-151. Sulle questioni principali del pensiero giuridico kantiano, anche in relazione all’interpretazione datane da Kelsen, il saggio di T. GAZZOLO, *Kant e la normatività del diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLVIII (2019), pp. 29-63, in particolare p. 34-35.

concetti giuridici²⁶. A distanza di più di dieci anni da quei contributi, questo aspetto specifico del pensiero di Cassirer sembrava ormai incompatibile con un'interpretazione coerente con lo spirito della filosofia kantiana, volta cioè a interrogarsi sul fondamento di validità della logica trascendentale applicata alla scienza giuridica. Su quali basi Kelsen era giunto a porre in secondo piano un tema che, come egli stesso ricordava, era servito a eliminare le ipostatizzazioni e i postulati metafisici dallo studio scientifico del diritto? Per quale motivo il concetto di funzione, che Cassirer aveva ricavato da un'originale lettura dell'analitica trascendentale, contenuta nella *Critica della ragion pura*²⁷, era finito per risultare incompatibile con la dottrina pura del diritto? Per rispondere a queste domande, è opportuno tornare ai luoghi testuali, in cui Kelsen, con l'obiettivo di risolvere gli errori concettuali della dottrina tradizionale, fece esplicito affidamento al tema del *Wandel der Funktion*.

3. Il *Wandel der Funktion* e la sua applicazione per la comprensione del concetto di *Sollen*

Il fatto che Kelsen avesse considerato il passaggio dalla sostanza alla funzione quale elemento integrante della dottrina pura del diritto era indicativo di un debito, che egli aveva contratto con le riflessioni di Cassirer, sin dal tempo dei lavori pubblicati tra il 1921 e il 1922²⁸. Prima,

²⁶ Significativo, a questo riguardo, il giudizio su Cassirer, H. KELSEN, *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*, cit., p. 458, trad. it., cit., p. 12-13; ID., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., p. 211-213, trad. it., cit., p. 221-223.

²⁷ A questo proposito, si legga il seguente brano, tratto dalla prima sezione dell'analitica dei concetti, I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft* (1787²), nach der ersten un zweiten Originalausgabe, hrsg. von J. TIMMERMANN, Hamburg, 1998, p. 145, A 68, B 93, trad. it. di G. COLLI, *Critica della ragion pura*, introduzione, Milano, 1976, p. 123: "Tutte le intuizioni, in quanto sensibili, si basano su affezioni; i concetti, quindi si basano su funzioni. Con funzione, peraltro, io intendo l'unità dell'atto di ordinare diverse rappresentazioni sotto una rappresentazione comune". Servendosi di questa premessa, Cassirer intende il concetto di funzione non soltanto come la base analitica delle rappresentazioni intellettuali, ma come il principio unitario delle scienze dello spirito. Per questa interpretazione rimane fondamentale il lavoro di L. LUGARINI, *Critica della ragione e universo della cultura. Gli orizzonti cassireriani della filosofia trascendentale*, Roma, 1983, p. 72, 90.

²⁸ Per i riferimenti alle opere, rimandiamo alla nota 1 del presente saggio.

però, di entrare nel vivo delle argomentazioni di Kelsen, è opportuno spiegare in cosa consistesse il progetto epistemologico di Cassirer.

Nel primo capitolo di *Sostanza e funzione*, con l'obiettivo di riformare lo statuto epistemologico delle scienze matematiche e naturali, egli aveva deciso di discutere criticamente i fondamenti storico-teorici alla base della tradizionale *Begriffbildung*²⁹. In questo senso, la comune tendenza a inquadrare le rappresentazioni intellettuali, nei termini di un'astrazione dai contenuti concreti, non costituiva un "vano gioco dell'immaginazione", ma si configurava come il risultato di una precisa costruzione logica della realtà, nata sotto l'influsso della logica d'inerenza aristotelica³⁰. Dietro l'apparente distacco del concetto dall'essere, si nascondeva, in realtà, la pretesa di concepire gli enti e le loro rispettive caratteristiche empiriche, quale espressione del rapporto tra la sostanza, intesa come l'esser per sé della cosa, e le sue proprietà accidentali³¹.

Secondo Cassirer, una delle principali conseguenze, derivanti dal sistema metafisico-ontologico aristotelico, era rappresentata dalla svalutazione della categoria di relazione: "Anzitutto è la categoria di relazione ad essere degradata, in conseguenza di questa fondamentale dottrina metafisica di Aristotele, a un rango dipendente e subordinato. La relazione rimane dipendente dal vero e proprio concetto di essere; può aggiungere soltanto modificazioni supplementari ed esteriori che di esso non toccano la vera 'natura'"³². La distinzione tra la sostanza e gli attributi finiva, così, per condizionare il quadro delle tradizionali categorie, rendendo i predicati determinazioni secondarie rispetto all'esser per sé degli enti. Come sarebbe stato possibile invertire questo orientamento, che si era ormai sedimentato nella coscienza storica delle scienze naturali e matematiche?

Il primo passo verso una risoluzione del problema consisteva nel riabilitare quella logica, che era stata soggiogata dal sistema aristotelico. Non a caso, subito dopo aver descritto le conseguenze prodotte dalla logica della

²⁹ E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, cit., p. 3-34, trad. it., cit., p. 9-39, per i riferimenti al primo capitolo, intitolato "Teoria della formazione dei concetti".

³⁰ E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, cit., p. 9, trad. it., cit., p. 14-15.

³¹ E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, cit., p. 10, trad. it., cit., p. 16: "La dottrina aristotelica della formazione dei concetti acquista un tratto caratteristico che è rimasto invariato, in tutte le varie trasformazioni che essa ha subito. Il fondamentale rapporto categoriale delle cose con le sue proprietà rimane, a partire da questo momento, il punto di vista decisivo".

³² E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, cit., p. 11, trad. it., cit., p. 16.

sostanza, Cassirer scriveva: “Qui compare già una distinzione metodologica molto importante: a seconda del diverso valore che si attribuisce al concetto di cosa [*Dingbegriff*] rispetto al concetto di relazione [*Relationsbegriff*], si distinguono – come si mostrerà sempre con maggior chiarezza – le due principali forme tipiche della logica che si contrappongono l’una all’altra particolarmente nello sviluppo scientifico dell’età moderna”³³. Sulla base di questa distinzione, si delineavano due diverse logiche del concetto, dacché un conto sarebbe stato concepire le rappresentazioni intellettuali come cose-sostanze, separate dalle loro proprietà, un altro, invece, intenderle come espressioni di funzioni, ovvero relazioni ideali in grado di includere, nell’ordine di una serie, ogni singolo contenuto d’esperienza³⁴. Nel momento in cui Cassirer indicava il passaggio dalla prima alla seconda concezione logica, egli parlava di un mutamento di funzione che, compatibilmente con il valore attribuito alle due logiche, implicava uno spostamento tra due opposte modalità di conoscenza³⁵.

Questo tema era destinato a rimanere fondamentale nel prosieguo dell’opera. Per esempio, quando, nel quarto capitolo, Cassirer dimostrava che il concetto di temperatura era il risultato di un nesso funzionale oggettivo, che si istituiva tra il dato immediato della sensazione corporea e la comprensione categoriale di tale intuizione³⁶. Oppure, quando, nel capitolo sesto, egli scriveva che, negli sviluppi della fisica contemporanea, i corpi estesi non erano più concepiti come risultati di singole percezioni, ma come parti di un intero ordine di relazioni³⁷. In tutti questi casi, egli

³³ *Ibid.*

³⁴ E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, cit., p. 27, trad. it., cit., p. 32: “Ma una volta che venga riconosciuto questo, si apre subito per la logica un campo d’indagine del tutto nuovo. Alla logica del concetto-genere, la quale, come abbiamo visto, si trova nel punto di vista e nel dominio del concetto di sostanza, si contrappone ora la logica del concetto matematico di funzione”. Facciamo riferimento all’espressione “rappresentazioni intellettuali”, con il proposito di sottolineare l’origine kantiana del lemma “funzione”. In questo senso, seguì ancora l’interpretazione di L. LUGARINI, *Critica della ragione e universo della cultura*, cit., p. 70-74, in particolare p. 72.

³⁵ Cfr. E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, cit., p. 31-32, trad. it., cit., p. 36-37.

³⁶ E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, cit., p. 187-188, trad. it., cit., p. 193-194.

³⁷ E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, cit., p. 383-389, trad. it., cit., p. 382-388.

attuava un mutamento di funzione, tramite il quale risultava possibile rivoluzionare il nesso tra il concetto e l'intuizione dei dati d'esperienza. L'importanza di questo tema specifico, nell'economia complessiva dell'opera del 1910, era, del resto, già evidente nelle pagine del primo capitolo, in cui Cassirer aveva mostrato come il *Wandel der Funktion* fosse decisivo, al fine di chiarire la differenza tra la logica e la psicologia:

Tale mutamento di funzione è però ciò che in primo luogo converte in concetti, considerati in senso logico, i contenuti della percezione e della rappresentazione. [...] È cosa diversa che io pronunci giudizi matematicamente validi intorno al numero "quattro", facendolo in tal modo rientrare in un sistema oggettivo di relazioni, oppure che io rivolga la mia attenzione a un gruppo di oggetti o di rappresentazioni formato da quattro elementi. La determinazione logica del "quattro" è ottenuta mediante il suo inserimento in un complesso di relazioni avente un carattere ideale, e quindi una validità indipendente dal tempo, cioè mediante la sua posizione nel sistema matematico dei numeri. Questa forma di determinazione non può però essere riprodotta dalla rappresentazione sensoriale, che si limita sempre di necessità a un *hic et nunc* individuale. Pertanto, la psicologia del pensiero obbliga a porre un elemento nuovo³⁸.

In questo caso, la differenza tra la rappresentazione sensibile di quattro oggetti e la determinazione logica del numero quattro non sarebbe risultata intellegibile, senza l'idea di una conversione tra due diverse modalità logiche. Mutando la funzione, mutava anche la relazione che s'istituiva tra il dato empirico e la sua comprensione concettuale, cosicché un conto sarebbe stato selezionare un gruppo di elementi dalla realtà concreta e ricavarne una qualche generica rappresentazione, un altro, invece, trasferire questo rapporto unilaterale tra intuizione e concetto all'interno di un sistema oggettivo di relazioni. Questo passaggio, dal piano dell'osservazione psicologica a quello della comprensione logica degli enti, era la prima specifica forma in cui si configurava il tema del *Wandel der Funktion*³⁹.

³⁸ E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, cit., p. 31-32, trad. it., cit., p. 36-37.

³⁹ Significativo ricordare come, in questa specifica formulazione del mutamento di funzione, Cassirer faccia esplicito riferimento alla seconda delle *Ricerche logiche* di Edmund Husserl: E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*, cit., p. 32-33, n.

Kelsen non avrebbe esitato ad accogliere questa specifica formulazione del ragionamento di Cassirer. Nel terzo capitolo de *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, trattando della differenza metodologica tra il *Sein* della realtà effettiva e il *Sollen* dell'ordine normativo⁴⁰, si assisteva a una ripresa evidente del lessico e dell'impianto teorico, che il filosofo della Scuola di Marburgo aveva impiegato in *Sostanza e funzione*. Il problema concettuale, articolato da Kelsen, nasceva dalla constatazione di un fatto: il comune uso linguistico della parola "dovere" conservava un intrinseco, quanto immanente, riferimento al piano della realtà effettiva⁴¹. Pertanto, nonostante la sua attinenza concettuale con l'idealità delle norme, questo termine rischiava di rimanere ancora connesso al presupposto di una rappresentazione psicologica, che impediva la possibilità di formulare il contrasto di principio tra *Sollen* e *Sein*⁴². Per sciogliere questo nodo teorico, sarebbe stato necessario trasferire il significato del dovere dal piano psicologico a quello logico:

Nella misura in cui nel significato comune della parola "dovere" è insito questo riferimento alla "realizzazione", esso può essere originariamente identico con il "volere" la norma o comunque fortemente imparentato con

1, trad. it., cit., p. 37-38, n. 14. In particolare, viene citato E. HUSSERL, *Die ideale Einheit der Spezies und die neueren Abstraktionstheorien* (1900/1901), in ID., *Logische Untersuchungen. Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis*, II, I, Halle a.d.S., 1928⁴, pp. 106-224, trad. it. di G. PIANA, *L'unità ideale della specie e le teorie moderne dell'astrazione*, in ID., *Ricerche Logiche*, I, Milano, 1968, pp. 377-494. Sul punto significativi i rilievi di L. LUGARINI, *Critica della ragione e universo della cultura*, cit., p. 76-77, n. 5 e 6.

⁴⁰ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 75-82, trad. it., cit., p. 83-88.

⁴¹ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 77- 78, trad. it., cit., p. 86: "A dire il vero, in un significato particolare – forse quello originario – della parola "dovere" è insito proprio questo riferimento alla realizzazione. Se l'uso linguistico comune afferma un qualche contenuto come dovuto, e specialmente afferma come dovuto il contenuto del diritto, s'intende con ciò una *relazione* – non più conciliabile con l'autonomia del dovere rispetto *all'essere*. Qualcosa deve – *essere!* (Etwas soll – *sein!*). Ciò che si afferma come dovuto viene in qualche modo considerato come non ancora compiuto, in qualche modo allo stato di frammento".

⁴² H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 78, trad. it., cit., p. 86-87: "Solo in relazione alla psicologia, cioè alla conoscenza del corso effettivo del nostro pensare, appare il contenuto della logica, solo in relazione alle azioni effettive degli esseri umani il contenuto della morale o del diritto appare come dovuto. Il riferimento all'essere, la tendenza verso l'essere, sono così immanenti al dovere – in *questo senso* – che non si può parlare, propriamente, di un contrasto *di principio* tra *questo* dovere e l'essere della natura".

questo volere. Separando però il contenuto di questo volere psicologico [*psychologischen Wollens*], la norma nella sua specifica, propria legalità, dall'atto psichico – quale suo “sostegno” – e prendendo in considerazione questo contenuto autonomamente, *il significato del dovere si trasforma [wandelt sich die Bedeutung des Sollens]*. Esso perde quel senso psicologico e con ciò quel riferimento ad una realizzazione; diventa espressione della specifica, peculiare legalità del sistema normativo e acquista solo ora il significato di quel contrasto di principio con l'essere che rende possibile la separazione del dovere giuridico (dell'essere specifico del diritto) dall'essere naturale, in particolare anche dall'essere naturale dell'accadere psichico⁴³.

Con esplicito riferimento alla scienza giuridica, il ragionamento di Kelsen seguiva le medesime coordinate teoriche, che avevano caratterizzato il discorso di Cassirer sullo statuto logico dei concetti. Come, infatti, in quel contesto, si era trattato di discutere il comune giudizio sul carattere astratto delle rappresentazioni intellettuali, per poi svelare il presupposto logico del concetto di sostanza, che in quella iniziale formulazione rimaneva nascosto, così, in questo caso, il giurista muoveva dal consueto uso linguistico del termine “dovere”, con l'obiettivo di rilevare l'implicita relazione che questa parola intratteneva con la nozione di *psychologischen Wollens*. Per confutare questo legame, era necessario riabilitare uno statuto concettuale del dovere giuridico, diverso da quella che emergeva in ambito psicologico. In questo senso, Kelsen separava la norma come contenuto dell'atto psichico, dalla norma quale contenuto autonomo della scienza del diritto. Una volta posta questa differenza, il passaggio dall'una all'altra concezione avrebbe implicato un mutamento di funzione, analogo a quello che Cassirer aveva tematizzato in *Sostanza e funzione*⁴⁴. Nella

⁴³ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 80, trad. it., cit., p. 88.

⁴⁴ Una prova ulteriore dell'influenza di Cassirer su Kelsen è rappresentata dal riferimento alle *Ricerche logiche* di Husserl. In particolare, sul punto H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 81-82, n. 1, trad. it., cit., p. 88-89, n. 4: “Qui vorrei attirare l'attenzione sul forte parallelismo che c'è tra il contrasto – da me più volte sottolineato – tra considerazione ideale giuridico-normativa e considerazione psicologica reale legale-causalistica e il contrasto – da Husserl così brillantemente esposto – tra conoscenza ideale-normativa-logica e conoscenza reale-psicologica”. Per un inquadramento generale dell'influenza di Husserl sul pensiero di Kelsen, il contributo di G. STELLA, *Hans Kelsen e Edmund Husserl*, in ID., *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*, Milano, 1990, pp. 211-218.

prospettiva di Kelsen, la norma, considerata in forma autonoma e indipendente, conferiva un nuovo significato al dovere, trasformando la sua dipendenza dal sostegno psicologico, in un sistema di relazioni normative, prive di qualsiasi riferimento all'accadere psichico.

4. L'“insolubile antinomia” dei concetti giuridici. Dal mutamento di funzione alla considerazione dinamica dell'unità del diritto

Nel decimo capitolo de *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, Kelsen non mancò di riconoscere i meriti dei ragionamenti contenuti in *Sostanza e funzione*: “Ciò che Cassirer fa per quanto concerne i concetti fondamentali della scienza naturale: atomo, etere, materia, forza, anima ecc., dev'esser fatto analogamente anche per i concetti fondamentali della scienza giuridica, in particolare per il concetto di Stato: si tratta di trasformare i concetti di sostanza in puri concetti di funzione [*Substanz- in reine Funktionsbegriffe zu wandeln*], di dimostrare che la tendenza verso questa trasformazione è insita nello sviluppo della scienza stessa”⁴⁵. Così, mentre l'analogia tra *Naturwissenschaft* e *Rechtswissenschaft* dava la possibilità di sviluppare, nel confronto con altri ambiti del sapere scientifico, un punto di vista epistemologico diverso da quello tradizionalmente adottato, il ricorso al *Wandel der Funktion* consentiva di riformare lo statuto logico delle categorie giuridiche.

Nelle pagine iniziali del capitolo, questa duplice prospettiva avrebbe trovato una specifica applicazione. Adottando, infatti, un punto di vista epistemologico superiore, promosso dal confronto con la “tecnica concettuale” di altre scienze, Kelsen poteva sostenere che il concetto di Stato, tradizionalmente sviluppato accanto o contro il concetto di diritto, era in realtà il risultato di un processo di “reificazione [*Verdinglichung*]”, che contraddiceva il significato delle norme e delle relazioni giuridiche⁴⁶.

⁴⁵ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 212, trad. it., cit., p. 221.

⁴⁶ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 205, trad. it., cit., p. 215: “Se si considera il concetto di Stato così come la dottrina dello Stato lo ha sviluppato accanto, anzi contro, quello di diritto, da un punto di vista epistemologico superiore, che mette a confronto la *tecnica concettuale* anche di altre scienze [*Begriffstechnik auch anderer Wissenschaften*], appare che esso, come personificazione e sostanzializzazione di norme giuridiche o relazioni giuridiche, come reificazione di

Considerato come un ente reale, lo Stato finiva per diventare, sia l'oggetto di una conoscenza dominata dalle ipostatizzazioni dei concetti, sia l'espressione di una sostanza, separata dalle restanti manifestazioni accidentali del diritto. Per invertire questa tendenza, sarebbe stato necessario riformare lo statuto logico delle categorie giuridiche. In particolare, si trattava di riportare il "dualismo artificioso" nell'unità, di risolvere l'ipostatizzazione, riconducendo la sostanza alla funzione, "la 'cosa' alle 'relazioni' solo fittiziamente separate"⁴⁷. Soltanto questa soluzione avrebbe consentito di pervenire all'identità tra lo Stato e l'ordinamento, ovvero all'idea che le categorie giuridiche erano espressione di nessi funzionali, non riducibili alla logica d'inerenza.

Il debito nei riguardi del ragionamento di Cassirer non impedì, però, a Kelsen di compiere una disamina autonoma degli errori logici, derivanti dalla dottrina tradizionale. Già nei brani appena commentati, si delineava l'utilizzo di un lessico, libero dalle maglie di un approccio analitico allo studio delle categorie giuridiche. La reificazione dei nessi funzionali, infatti, si configurava non solo come l'effetto generale di un dualismo tra lo Stato e il diritto, ma anche come il risultato di una tendenza del pensiero umano, caratterizzata dal ricorso a immagini, che avevano lo scopo di chiarire l'unità dell'ordinamento giuridico⁴⁸. Questa capacità, interpretata come un impulso alla personificazione, profondamente radicato nella natura dello spirito umano⁴⁹, generava un raddoppiamento degli oggetti di

relazioni, costituisce solo una delle innumerevoli finzioni di cui è piena la storia del pensiero umano".

⁴⁷ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 206, trad. it., cit., p. 216: "Queste antinomie possono essere risolte solo riconducendo questo dualismo artificioso all'unità originaria, riconducendo la 'cosa' [*Ding*] alle 'relazioni' [*Relationen*] solo fittiziamente separate dalla 'cosa', la sostanza alla funzione. Questo è il senso epistemologico della dimostrazione qui tentata, per la quale lo 'Stato' si identifica con l'ordinamento giuridico come sistema di norme giuridiche, cioè di proposizioni su nessi funzionali, su relazioni di azioni umane legate appunto in maniera specifica nella norma giuridica".

⁴⁸ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 205, trad. it., cit., p. 215: "Poiché al pensiero umano risulta scomodo dover operare con l'ordinamento giuridico come unità, tener presente il complesso meccanismo di una pluralità di norme astratte, ci si raffigura questo ordinamento giuridico con l'immagine intuitiva [*anschaulichen Bilde*] della persona umana, di cui si assume come qualità essenziale una 'volontà'".

⁴⁹ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 206, trad. it., cit., p. 215: "L'impulso alla personificazione che si identifica con lo sforzo di concepire tutto

conoscenza, destinato a rimanere centrale nell'economia del ragionamento di Kelsen⁵⁰. Quando, infatti, il giurista giunse a distinguere due diverse implicazioni, derivanti dagli errori della dottrina tradizionale, egli tornò a menzionare questo aspetto del pensiero umano:

Il concetto di sostanza si presenta in molteplici travestimenti. Esso non porta solo al raddoppiamento [*Verdoppelung*] del mondo ma anche – da un altro punto di vista – alla sua scissione [*Zerreiβung*] in due parti. Il positivismo riconduce ad esso anche la divisione [*Spaltung*] del mondo in una vivente sostanza spirituale e in una morta sostanza materiale⁵¹.

La differenza tra il raddoppiamento e la scissione del mondo in due parti aveva una precisa ragion d'essere nel quadro del discorso: mentre, infatti, il primo termine si riferiva a un impulso naturale del pensiero umano⁵², il secondo, invece, alludeva a una concezione metagiuridica, in base alla quale lo Stato diventava una forza trascendente separata dalle restanti manifestazioni materiali del diritto⁵³. Una volta considerati questi rilievi, l'applicazione del programma epistemologico di Cassirer allo studio dei concetti giuridici si sarebbe rivelata problematica. Per quanto, infatti, il *Wandel der Funktion* potesse garantire la trasformazione della logica, interna al rapporto tra lo Stato e il diritto, il ricorso a questo tema non sarebbe più bastato a risolvere gli errori presenti nella dottrina tradizionale. Il mutamento di funzione serviva a confutare la scissione derivante dalla concezione metagiuridica dello Stato, ma non a impedire l'emergere di un concetto di sostanza, inteso come specifica espressione della tendenza naturale del pensiero a raddoppiare gli oggetti di

in analogia al proprio io (di concepire tutto *come io*) sembra profondamente radicato nella natura dello spirito umano”.

⁵⁰ Per un'analisi specifica di questi termini, ci permettiamo di rinviare a G. MORO, *L'immagine e il significato della scienza giuridica. Note sul pensiero di Hans Kelsen (1911-1925)*, in corso di pubblicazione su *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (2023).

⁵¹ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 210, trad. it., cit., p. 219-220.

⁵² H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 205-206, trad. it., cit., p. 215-216.

⁵³ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 210, trad. it., cit., p. 220: “Nel momento in cui la teoria del diritto e dello Stato si sforza di inserire in qualche modo lo Stato nella sfera allargata del diritto, essa interpreta lo Stato come produttore del diritto, come la forza in sé che mette in funzione l'ordinamento giuridico privo di movimento, modifica l'ordinamento giuridico producendo nuove norme e realizza l'ordinamento giuridico”.

conoscenza. In questo senso, nello studio della scienza giuridica, indipendentemente dal punto di vista epistemologico o dalla tecnica concettuale adottati, rimaneva comunque la possibilità di contraddire, tramite l'impulso alla personificazione, il significato delle norme e delle relazioni giuridiche⁵⁴. Kelsen si dimostrò sensibile al problema, quando, spiegando che lo Stato, come principio di unità del diritto, non era nulla di reale in rapporto a quello⁵⁵, lasciò aperta la possibilità di fraintendere il significato dei concetti giuridici: “Anche qui sorge un’antinomia insolubile [*unlösbar Antinomie*] se ciò che è destinato solo idealmente alla preparazione, all’impossessamento, all’ordinamento della realtà giuridica viene posto come questa stessa realtà. Anche la conoscenza giuridica non ha affatto bisogno di un tale raddoppiamento [*Verdoppelung*]”⁵⁶. Come sarebbe stato possibile, quindi, evitare che l’unità del diritto, intesa come sistema di nessi funzionali, diventasse ancora preda della reificazione, compiuta dagli atti di personificazione del pensiero? Secondo Kelsen, la risposta a questa domanda implicava un preciso cambio di prospettiva interno alla dottrina del diritto:

Se non si assume l’unità del diritto come data sin da principio, ma ci si interroga su come questa unità viene *prodotta*, vale a dire sul principio che crea, garantisce l’unità, se in breve si passa da una considerazione statica – nella quale si presuppone che sia stato già realizzato il postulato dell’unità del diritto – ad una considerazione dinamica, nella quale bisogna cercare la regola fondamentale, secondo la quale soltanto viene creata l’unità richiesta del materiale giuridico, delle norme giuridiche, allora il concetto di Stato diventa l’espressione di questa funzione fondamentale che produce l’unità del materiale giuridico. E nella misura in cui dal concetto di Stato si ricava questo significato di uno schema fondamentale che ordina il

⁵⁴ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 206, trad. it., cit., p. 216: “Il pensiero raddoppia quell’oggetto di cui deve impossessarsi. Al posto di una sola entità ne compaiono due; gli asserti su queste due entità sono *tautologie* occulte – solo terminologicamente – e si sviluppano necessariamente in *contraddizioni* interne, in antinomie caratteristiche di tutte le finzioni, in *pseudo-problemi* effetto della dualità”.

⁵⁵ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 214, trad. it., cit., p. 223: “Anche lo Stato, in quanto principio che garantisce l’unità del diritto, non è nulla di reale in rapporto a questo, non ha cioè nulla della specifica realtà del diritto come insieme ordinato; esso è una mera categoria che rende possibile l’unità e quindi la realtà del diritto, è una creazione ideale”.

⁵⁶ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 214, trad. it., cit., p. 223-224.

materiale giuridico, deve necessariamente risultare una differenziazione logica – ma non metafisica – tra Stato e diritto come tra il supremo principio d’ordinamento e il tutto ordinato⁵⁷.

L’incompatibilità di questo ragionamento con l’ipotesi del *Wandel der Funktion* era evidente. Nella considerazione dinamica della dottrina, infatti, non si sarebbe più trattato di concepire l’unità sistematica della scienza come il risultato di una conversione logica, operata tramite il primato della funzione sulla sostanza. Piuttosto, sarebbe stato necessario passare dal piano operativo della logica al suo fondamento, così da conferire alla scienza giuridica quella garanzia di validità ipotetica, che sembrava mancare con il solo ricorso alla funzione logica. In questo senso, attraverso la teoria della norma fondamentale, veniva riconosciuto un assetto graduale alle categorie giuridiche, che impediva il rischio di compromettere il significato normativo del *Sollen*.

Nelle pagine della lettera a Treves del 1933, più volte ricordata, mostrando il valore della sua dottrina nell’interpretazione dello spirito della filosofia kantiana, Kelsen fece un analogo riferimento alla *Grundnorm*⁵⁸, ratificando, così, sia i limiti teorici del mutamento di funzione, già sperimentati nell’opera del 1922, sia l’idea di seguire un indirizzo diverso dal programma epistemologico neokantiano. Si trattava di un itinerario che, a grandi linee, riprendeva il ragionamento svolto nella prefazione alla seconda edizione dei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* del 1923⁵⁹. In quell’occasione, infatti, spiegando l’importante modifica attuata all’interno del suo sistema dottrinale, il giurista sottolineò il passaggio dallo studio epistemologico dei concetti giuridici, alla

⁵⁷ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*, cit., p. 213, trad. it., cit., p. 222.

⁵⁸ Ci limitiamo qui a segnalare soltanto alcuni dei contributi, presenti nella vasta letteratura sul tema: S. HAMMER, *Neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen’s pure theory of law?*, in *Normativity and norms*, cit., pp. 177-195; S.L. PAULSON, *On the puzzle surrounding Hans Kelsen’s basic norm*, in *Ratio juris*, XIII, 3 (2000), pp. 279-293; R. WALTER, *Origine e sviluppo dell’idea di norma fondamentale*, in ID., *La teoria di Kelsen. Contributi alla dottrina pura del diritto*, trad. it. di A. SCALONE, Torino, 2005, pp. 41-62.

⁵⁹ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1923², pp. V-XXIII, in particolare p. XII-XVI, trad. it. di A. CARRINO e G. STELLA, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Napoli, 1997, pp. 17-37, in particolare p. 25-28.

questione del loro fondamento di validità. In primo luogo, egli riprese il paragone tra la scienza della natura e la scienza del diritto⁶⁰, scrivendo che, come le singole caratteristiche di un albero erano pensate in connessione con il loro concetto, così anche gli atti esecutivi dello Stato dovevano essere intesi quali elementi di una totalità unitaria⁶¹. In secondo luogo, spostando l'accento sulle novità teoriche introdotte nella sua dottrina dopo il 1911, egli riferì che il principale traguardo raggiunto consisteva nella considerazione dinamica dell'unità del diritto, ovvero in una modalità di studio delle categorie giuridiche, che implicava il rimando a una regola di produzione suprema, presupposta, e, dunque, non riconducibile all'interno delle relazioni logiche del sistema giuridico⁶². Sulla base di questo generale orientamento, incentrato sul passaggio dallo studio analitico dei concetti giuridici alla teoria della norma fondamentale, la dottrina pura avrebbe conservato l'esigenza di superare i limiti inerenti al tema della funzione logica, ponendo le basi per lo sviluppo di un percorso di ricerca, fondato anche sul distacco dal programma epistemologico di Cassirer.

Abstract: Between 1921 and 1922, Hans Kelsen resumed the concept of function, developed by Ernst Cassirer in *Substanzbegriff und Funktionsbegriff* (1910), to define the logical autonomy of legal science. However, around the beginning of the thirties, he considered Cassirer's inquiries on natural law incompatible with the positivism of the pure theory of law. By explaining the reasons at the basis of Kelsen's criticism, the essay aims to achieve a twofold goal: firstly, to demonstrate that his detachment from Cassirer's thought took place in 1922, with the publication of *Der soziologische und der juristische Staatbegriff*; secondly, to show how, in the context of that work, the concept of function appeared inadequate to face the antinomies of legal concepts, produced by the natural tendency of human mind.

Keywords: Hans Kelsen, Ernst Cassirer, legal science, neokantism, logical function.

⁶⁰ Il paragone era già stato tematizzato, in forma più estesa, nella prima edizione del 1911, H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 654, trad. it., cit., p. 514-515.

⁶¹ H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. XIII, trad. it., cit., p. 26: "Così come l'albero concreto è albero per le poche caratteristiche corrispondenti al concetto astratto, ma è albero nella sua totalità, con tutte le sue caratteristiche, così il concreto atto statale deve necessariamente essere diritto, certo per la sua corrispondenza alle norme generali, ma non solo per quanto riguarda questa corrispondenza; esso è diritto nella sua totalità".

⁶² H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. XIV, trad. it., cit., p. 27: "[...] non si può dimenticare [...] che la norma fondamentale entra in scena come suprema regola di produzione – che fonda l'unità dell'intero sistema – per la produzione di altre norme giuridiche, che essa stessa, però, deve necessariamente come tale essere *presupposta* e non assunta come *posta* conformemente a norme giuridiche, che dunque la *sua* produzione va considerata come una fattispecie che sta al di fuori del sistema giuridico".

GIANDOMENICO DODARO*

Aldo Moro e l'insegnamento del diritto penale come “pedagogia democratica”.

La dimensione costituzionale della dottrina morotea nelle *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale***

English title: *Aldo Moro and the teaching of criminal law as “democratic pedagogy”. The constitutional dimension of Moro's doctrine in Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*

SOMMARIO: 1. *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale. Un saggio di filosofia del diritto penale.* – 2 Il particolare contributo delle *Lezioni* per un più completo conoscimento dell'umanesimo penale di Aldo Moro. – 3. La teoria della soggettivazione della norma penale: l'originaria valenza garantistica e la strumentalizzazione in chiave autoritaria da parte del fascismo. – 4. Diritto, legge, Stato nel pensiero giusfilosofico moroteo. – 5. La subiettivazione della norma penale e la funzione garantistica della colpevolezza ex Art. 27 c. 1 Cost. – 6. L'elaborazione nelle *Lezioni* di una teoria “costituzionalmente orientata” della subiettivazione della norma penale. – 7. Aldo Moro giurista-filosofo: conservatore o riformatore?

DOI: 10.26350/18277942_000115

1. *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale. Un saggio di filosofia del diritto penale*

Il volume *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale* raccoglie le lezioni tenute da Aldo Moro alla Facoltà di Scienze politiche della Sapienza - Università degli Studi di Roma nell'anno accademico 1975-1976.

Il libro è simile nell'impostazione più a un corso che a un manuale di diritto penale, focalizzandosi sull'analisi di alcuni importanti temi di parte generale, corrispondenti largamente a quelli che furono oggetto delle prime opere monografiche (*La capacità giuridica penale*, Cedam, Padova, 1939; *La subiettivazione della norma penale*, Casa Editrice dott. Luigi Macrì,

* Università degli Studi di Milano - Bicocca (giandomenico.dodaro@unimib.it)

** Il saggio, sottoposto a *double blind peer review*, pubblicato in versione ridotta in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Milano, 2022, è destinato al progetto A. MORO, *Edizione Nazionale delle Opere di Aldo Moro*, Sezione II, *Opere Giuridiche*, https://aldomorodigitale.unibo.it/edition/browse/editorial_plan/240.

Bari-Città di Castello, 1942¹, *L'antigiuridicità penale*, Priulla, Palermo, 1947), cui si aggiungono pochi altri fondamentali argomenti, come ad esempio l'interpretazione della legge penale.

Esaurita l'esposizione di queste tematiche, che assorbì quasi interamente le ore a disposizione, a causa dell'approssimarsi della fine delle lezioni, venne concentrata nell'ultimo mese la trattazione di numerose questioni di teoria generale (la c.d. concezione tripartita del reato, la nozione di tipicità, la teoria dell'omissione, della causalità, l'antigiuridicità, la colpevolezza, il delitto tentato), cui inevitabilmente non poté che essere dedicata solo «una esposizione semplificata» e molto rapida, orientata essenzialmente alla descrizione dello stato dell'arte del dibattito scientifico². Ragioni di tempo costrinsero, altresì, a omettere completamente la spiegazione della disciplina delle circostanze del reato e del concorso di persone nel reato e di altri importanti istituti, maggiormente legati a una dimensione pratico-applicativa del diritto penale, e giudicati forse di minore interesse per gli studenti di Scienze politiche, tra i quali il concorso di reati (anch'esso oggetto di un lavoro monografico *Unità e pluralità di reati. Principi*, Cedam, Padova, 1951) e le cause di estinzione del reato o della pena.

Volgendo lo sguardo al metodo didattico, si rileva che oggetto di studio delle *Lezioni* non sono propriamente le norme di legge, che solo saltuariamente vengono citate. Obiettivo di Moro non è chiaramente la trasmissione della conoscenza del contenuto normativo del diritto positivo attraverso l'esegesi dottrinale e giurisprudenziale o il rigore ordinatorio della dogmatica degli istituti penalistici.

L'opera, nella quale è preponderante il dato teoretico, può essere considerato, piuttosto, un saggio di filosofia del diritto penale o, se si preferisce, un saggio di teoria generale del diritto³ di matrice filosofico-morale, mirante a spiegare, secondo una prospettiva liberale, questioni fondamentali relative alla giustificazione etica e ai limiti giuridici del punire, sviluppando un'analisi illuminata «da una concezione profonda della vita e del destino dell'uomo»⁴.

¹ Le prime due opere sono ora pubblicate in A. MORO, *Edizione Nazionale delle Opere di Aldo Moro*, Sezione II, *Opere Giuridiche*, vol. 1, *Le prime monografie (1939-1942)*, a cura di L. EUSEBI, edizione e nota storico-critica di C. IAGNEMMA, Università di Bologna, Bologna, 2021, ISBN 9788854970632; https://aldomorodigitale.unibo.it/edition/browse/editorial_plan/210.

² A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale tenute nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma*, a cura di F. TRITTO, Bari, 2005, p. 475.

³ M. GALLO, *Relazione di sintesi*, in *Crisi o collasso del sistema penale?*, a cura di F.S. FORTUNA-F. TRITTO, Cassino, 2002, p. 168.

⁴ L. VIOLANTE, *Il diritto e il processo penale nelle «Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale» di Aldo Moro*, in *In ricordo di Aldo Moro (Atti del convegno)*. Bari,

Lo stile è didascalico ma non convenzionale, caratterizzato da una vibrante passionalità etica. La tecnica espositiva riesce attraverso un linguaggio figurato, molto espressivo, quasi a conferire visibile materialità alla realtà sottostante alle astrazioni concettuali della dogmatica, restituendo umanità alla relazione giuridico-interpersonale che si instaura nella vicenda criminosa.

Sul piano dei contenuti, le *Lezioni*, specialmente nell'esposizione dei temi giovanili, portano chiaramente impressi i segni del *milieu* culturale dell'epoca, in cui Moro iniziò a elaborare e maturare il proprio pensiero giusfilosofico e penalistico, cui rimase evidentemente molto legato. Ne sono un esempio la riproposizione di posizioni dogmatiche rimaste o divenute minoritarie (ad es. il collocamento del tema della capacità a delinquere, anziché nell'ambito delle questioni concernenti la pena, in quello più generale riguardante la capacità giuridico-penale) e la fedeltà a un impianto concettuale e metodologico, che negli anni Settanta poteva essere considerato ormai superato (ad es. l'analisi dell'imputabilità attraverso i concetti fondamentali di teoria generale del diritto e il suo inquadramento teorico non come capacità di agire, bensì come capacità giuridico-penale; l'estraneità della capacità giuridico-penale al piano della colpevolezza; la distinzione tra antigiuridicità oggettiva, intesa come contraddittorietà del fatto alla norma e dannosità sociale, e antigiuridicità soggettiva come sinonimo di colpevolezza; la sovrapposizione della nozione penalmente rilevante di evento con quello di offesa tipica del reato) o in via di definitivo superamento (ad es. la pubblicizzazione degli oggetti di tutela) in virtù dell'evoluzione dello studio dottrinale del diritto penale.

L'esempio probabilmente più evidente è la teoria della subiettivazione della norma penale. Sorta nella fase della dogmatica unitaria, incline a costruire il diritto penale sui concetti della teoria generale del diritto civile, tale teorizzazione, cui nelle *Lezioni* è accordato ampio spazio, aveva ormai da tempo perso d'interesse scientifico, in quanto rivelatasi incapace di produrre conseguenze apprezzabili sul piano dello studio del reato e della pena⁵. Basti dare uno sguardo alla manualistica, tra la fine degli anni Quaranta e la fine degli anni Settanta: il tema conserva un rilievo significativo solo nelle opere degli autori nati nel secolo precedente⁶,

20 giugno 2008, *Facoltà di Giurisprudenza*), a cura di A. FILIPPONIO-A. REGINA, Milano, 2010, p. 117.

⁵ Cfr. F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Scritti di Diritto penale*, Milano, 1955, pp. 155 ss.

⁶ Cfr. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, 2^a ed., Milano, 1952, pp. 275 ss.

mentre, generalmente, o ha uno spazio marginale⁷ e viene rievocato quale retaggio culturale del passato⁸, o è del tutto assente, specie nelle opere delle generazioni più giovani di studiosi⁹.

Al netto di una didattica che già all'epoca poteva considerarsi almeno in parte datata, le *Lezioni* conservano, comunque, all'interno dell'opera penalistica di Moro, una propria cifra caratteristica, che le rende meritevoli di approfondimento per meglio comprendere l'originalità e la perdurante attualità di alcune proposte relative a centrali questioni teoriche o politico-criminali.

Il loro valore va ben oltre il fatto, già di per sé assai rilevante, di aver reso noto e accessibile il pensiero penalistico di Moro con maggiore completezza e organicità, colmando una lacuna nella sua costruzione scientifica con riguardo al pensiero sul problema della pena¹⁰ – elemento coesistente della nozione stessa di diritto (penale) –, di cui era possibile cogliere nelle *Lezioni filosofiche*¹¹ e nelle sue opere penalistiche solo alcuni tratti essenziali¹².

Il motivo d'interesse delle *Lezioni penalistiche* deriva non solo dalla fascinazione esercitata da un'opera che rappresenta una definitiva *summa* organica del pensiero giusfilosofico e penalistico dell'Autore. Esso risiede pure nell'impegno dell'Autore per un aggiornamento dell'analisi di alcune categorie astratte come, ad esempio, la già richiamata subiettivazione della norma penale, la cui concezione, vivificata da una riflessione congiunta sulle ragioni del punire di matrice essenzialmente retributiva, viene riproposta in chiave moderna, come sintesi concettuale, costituzionalmente orientata, dei limiti giuridici della potestà punitiva.

⁷ Cfr. R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, vol. I, 4^a ed., Torino, 1967; S. RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, vol. I, 4^a ed., Padova, 1968, p. 39; G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Padova, 1976, pp. 180 ss.

⁸ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1947, pp. 21 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1972, p. 219.

⁹ Vedi M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1968; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975; G.D. PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Padova, 1975, 4^a ed.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979.

¹⁰ È questa la lettura che ne hanno dato, sino ad ora, alcuni Autori: cfr. G. VASSALLI, *Presentazione*, in A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 34; F.S. FORTUNA, *Aldo Moro: la vita, le opere. Il dovere della memoria*, in *In ricordo di Aldo Moro*, cit., p. 53.

¹¹ A. MORO, *Il diritto, 1944-1945: lezioni di filosofia del diritto tenute presso l'Università di Bari; Lo Stato, 1946-1947: appunti sull'esperienza giuridica*, Bari, 1978; opera ripubblicata con il titolo: *Lo Stato. Il Diritto*, Bari, 2006, cui si riferiscono le citazioni del presente saggio.

¹² Cfr. G. CONTENTO, *Il volto umano del diritto penale nel pensiero di Aldo Moro*, in *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa*, Bari, 2001, p. 36.

Su questa tematica, che tocca un nodo nevralgico della costruzione dei rapporti Stato-individuo, e su alcuni argomenti convergenti, si sofferma, principalmente, il *focus* del saggio, il quale mira a far emergere ciò che di innovativo è possibile cogliere, in chiave storiografica, nella trattazione dell'argomento.

Prima di procedere nell'analisi si ritiene opportuno mettere a fuoco sinteticamente gli elementi caratterizzanti della concezione del diritto penale secondo Moro e lo specifico contributo conoscitivo apportato dalle *Lezioni penalistiche*.

2. Il particolare contributo delle *Lezioni* per un più completo conoscimento dell'umanesimo penale di Aldo Moro

L'opera penalistica morotea conserva per lo studioso contemporaneo un interesse, che – come si è pocanzi detto – non è solo storiografico, legato cioè all'originalità del contributo dato alla costruzione teorica di alcuni fondamentali istituti di parte generale. Specialmente nelle *Lezioni penalistiche*, si rivela di stimolo a un aggiornamento della riflessione sul modo odierno di intendere il diritto penale come istituzione e sulla legittimazione della punizione statale, in ragione delle suggestioni di fondo derivanti dalle premesse umanistiche – anticipatrici di sensibilità e valori che saranno fatti propri dalla Costituzione¹³ – della speculazione di Moro¹⁴ e della sua metodologia d'indagine. La sua opera può essere considerata una sintesi “eretica”¹⁵, sin dalla sua origine in quello scorcio della storia del pensiero penalistico dominato dal normativismo rocchiano, tra il metodo propriamente tecnico-giuridico ed il metodo filosofico, mirante a cogliere i nessi invisibili che avvincono la realtà formale delle astrazioni giuridiche (norma, soggetto, reato, pena) alla dimensione etica dell'empirica consistenza della persona umana e della società in storica incessante evoluzione¹⁶.

Per questa urgenza di recuperare il metafisico nel diritto, Moro può essere incluso nella stretta cerchia di penalisti del calibro di Antolisei e, soprattutto, di Bettiol, come lui giurista-filosofo, che, tra gli anni Trenta e

¹³ Cfr. L. EUSEBI, *Persona, diritto, Stato nelle prime due monografie penalistiche di Aldo Moro*, in A. MORO, *Edizione Nazionale*, cit., DOI: https://aldomorodigitale.unibo.it/additional_resources/?id=210&type=introduction (17 maggio 2023).

¹⁴ Conf. G. PECORELLA, *Intervento*, in *Il diritto penale nel pensiero di Aldo Moro*, Roma, 2008, p. 44 e S. LORUSSO, voce *Moro, Aldo*, in *DBGI*, a cura di I. BIROCCHI-E. CORTESE-A. MATTONE-M.N. MILETTI, vol. I, Bologna, 2013, pp. 1380.

¹⁵ L. VIOLANTE, *Aldo Moro penalista, l'eretico*, in *Dem. dir.*, 1-2 (2011), p. 344.

¹⁶ A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, p. 51.

Quaranta, si dimostrarono maggiormente inclini a porsi assillanti problemi epistemologici¹⁷.

La proposta giusfilosofica di Moro non può essere intesa propriamente come una inedita opzione dogmatica. Costituisce, piuttosto, «la difesa, sul terreno del diritto penale, di una concezione “etica” del diritto», basata sull’assoluta convinzione che tutta «la vita sociale non può che essere costruita, se non partendo dal valore autonomo della persona»¹⁸, cui il diritto si rivolge, coerentemente a una concezione cristiana della vita e al razionalismo kantiano¹⁹, quale soggetto e fine del rapporto giuridico, e che porta – come emergerà nel proseguo di questo lavoro – non solo a riconoscere la doverosità di un agire sociale responsabile verso gli altri, ma anche a considerare, nel momento legislativo, la fragilità connessa alla dimensione esistenziale dell’essere umano, quale presupposto dell’effettiva capacità delle norme di orientare i comportamenti.

Secondo Moro, la stessa peculiarità del diritto penale risiederebbe proprio nell’ancorare, più di quanto accada in altri ambiti del diritto, le categorie generali del diritto e della responsabilità alle categorie fondamentali della vita morale, da cui discende, per necessità morale, sociale e giuridica, che anche la pena, che è un «fenomeno complesso e passionale»²⁰, non possa non essere concepita primariamente, anche se non esclusivamente, in funzione retributiva.

Sviluppando in maniera coerente posizioni già da lui assunte su fondamentali questioni filosofiche relative al problema del male, dell’illecito e della sanzione, sulla questione della punizione Moro puntualizza, nelle *Lezioni penalistiche*, che, se è possibile predicare l’eticità del diritto, considerato non in sé ma quale modalità regolativa di rapporti sociali attraverso cui si dispiega l’eticità della vita, rendendo in atto la persona morale libera e garantita nei suoi sviluppi, la pena non può essere solo il mezzo per cancellare idealmente il male sociale commesso, evidentemente non riparabile, riaffermare il bene dei valori della vita sociale (c.d. retribuzione morale)²¹ o confermare la perdurante validità dell’ordinamento giuridico (c.d. retribuzione giuridica)²². La sanzione penale trova la propria necessità giustificatrice nel costituire «il modo

¹⁷ Sull’originalità del contributo di Antolisei e Bettiol alla riflessione sul metodo giuridico-penale, si veda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, pp. 256 ss.

¹⁸ G. CONTENTO, *Il volto umano*, cit., p. 36.

¹⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Il giovane Aldo Moro*, in Id., *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, a cura di M. BOVERO, Milano, 2014, p. 294.

²⁰ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 100.

²¹ *Ivi*, pp. 100 s.

²² *Ivi*, p. 125.

sacrificale di rispondere della società di fronte ad un atto di ribellione, ad un atto di disordine, ad un momento nel quale il soggetto è uscito dalle regole, dalle essenziali regole sociali, seguendo la sollecitazione del suo egoismo, del suo vantaggio individuale e provocando con ciò un forte turbamento nella vita sociale», che lo Stato cerca di placare, appunto, attraverso l'inflizione di un castigo, canalizzato nei limiti garantistici della risposta razionale pubblica, che non vuole essere un terrificante strumento di lotta contro la criminalità, ma strumento di stabilizzazione sociale e mezzo con cui «esprimere la riprovazione della coscienza sociale»²³.

Reato e pena sono avvinti da un doppio legame, morale e giuridico, ancorato a quella intuizione fondamentale della realtà morale, sociale e giuridica che è la libertà, intesa come «capacità di merito della persona», e che giustifica e rende doverosa la punizione inflitta dallo Stato come qualcosa di meritato dal reo in vista di un obiettivo essenziale, la stabilità sociale, in ragione di una scelta qualificata come un disvalore dalla legge²⁴. La costruzione del sistema penale attorno all'idea della libertà di scelta dell'essere umano non implica un aggancio a una concezione giusnaturalista del diritto, inteso come presidio di fondamentali valori trascendenti la realtà. «Non nego – dirà Moro – che si possa scegliere diversamente, che si possa anche concepire il diritto come espressione di un meccanismo sociale, di un meccanismo storico dominato dal principio di necessità» oppure come un regolamento morale.

È, al contrario, una forte presa di posizione etica, nel quadro di una concezione laica dello Stato e dell'ordinamento giuridico, non semplicemente sulla funzione ordinatoria del diritto quale «regolamento di *rapporti di vita sociale*»²⁵ ma anche sul ruolo dell'uomo e «del diritto di fronte ai grandi problemi dell'umanità». L'uomo non è inserito in un meccanismo della storia senza capacità personali di scelta, senza merito, ma tutt'al contrario «l'uomo agisce, l'uomo sceglie, l'uomo determina, l'uomo è responsabile, l'uomo merita il premio come merita la condanna, il rimprovero, la pena»²⁶. In caso di commissione di un reato il penale chiama il reo a fare i conti con la responsabilità per le proprie azioni di fronte alla società.

In definitiva, la proposta giusfilosofica di Moro si sostanzia nella proclamazione della necessaria umanizzazione del diritto penale secondo la prospettiva di un “retribuzionismo costituzionale” – non facilmente inquadrabile nelle posizioni emerse nel dibattito dottrinale sugli scopi del

²³ *Ivi*, p. 118.

²⁴ *Ivi*, p. 106.

²⁵ *Ivi*, p. 181.

²⁶ *Ivi*, p. 107.

punire²⁷ –, ispirato a un'etica profondamente laica: una prospettiva «più strenua ed accorata, quanto più, proprio nell'ambito del settore penale, il rischio dell'asservimento di fatto del sistema giuridico, a finalità di mera prevenzione generale mediante l'impiego come strumento di brutale repressione, era [e continua a riproporsi come] estremamente grave»²⁸.

3. La teoria della soggettivazione della norma penale: l'originaria valenza garantistica e la strumentalizzazione in chiave autoritaria da parte del fascismo

Passando ora ad analizzare l'argomento teorico al centro di questo saggio, è utile ricordare, per una migliore comprensione dell'itinerario scientifico di Moro, che la questione della subiettivazione della norma concerneva lo studio, attraverso l'estensione al diritto pubblico di concetti di teoria generale del diritto, delle situazioni che derivano ai soggetti, Stato e individuo, dalla norma giuridica, nonché del particolare rapporto giuridico penale che si instaura fra i suddetti soggetti, avendo riguardo al momento anteriore alla posizione della norma o a quello precedente o posteriore alla sua violazione.

La teoria della subiettivazione della norma, elaborata in Germania da Karl Binding²⁹, e di cui in Italia fu interprete l'indirizzo tecnico-giuridico attraverso l'opera precorritrice di Arturo Rocco, rappresentò il tentativo di costruire il rapporto penale coerentemente alla teoria dei diritti pubblici soggettivi, con cui condivideva un significato garantistico.

La teoria dei diritti pubblici soggettivi s'iscriveva storicamente in quella prospettiva della giuspubblicistica del secolo XIX che, vuoi attraverso la teoria dello Stato di diritto, vuoi attraverso la teoria dello Stato-persona, aveva cercato di rafforzare la posizione giuridica del cittadino di fronte allo Stato³⁰. Entrambi questi indirizzi avevano, come minimo comun denominatore, l'idea dello Stato come Stato legale, nonché l'idea dello Stato

²⁷ Per una riflessione sul finalismo della pena e sull'eredità della concezione retributiva, si possono considerare ancora validi i seguenti essenziali riferimenti bibliografici: M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzioni della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992; L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1989; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

²⁸ G. CONTENTO, *Il volto umano*, cit., p. 36.

²⁹ K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Leipzig, 1885, pp. 218 ss.

³⁰ V. G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, 1 (1945), p. 24.

come fonte e garante dei diritti individuali, intesi come strumento di realizzazione di interessi personali³¹.

Nel campo del diritto penale la teoria della subiettivazione della norma ebbe, in definitiva, il compito di fissare i limiti della potestà punitiva dello Stato attraverso la costruzione di rapporti giuridico-penali coerenti a una concezione liberale del principio di legalità.

Come ha rilevato l'analisi storiografica, la suddetta teoria si rivelò, suo malgrado, inadatta a realizzare concretamente quella funzione di freno al potere statale che ambiva a esercitare. Nello sforzo di estendere al diritto penale nozioni fondamentali di teoria generale del diritto, aveva imboccato la via di un formalismo, idoneo a soddisfare esigenze di armonie sistematiche, ma incapace di porre con efficacia al centro del discorso penale le ragioni del garantismo o, tanto meno, il problema contenutistico della legalità sostanziale³².

Ridotta a una neutralità puramente metodologica, anche il fascismo poté servirsene. Alfredo Rocco, grande costruttore delle strutture istituzionali del regime e ispiratore della politica del diritto fascista³³, riprese, infatti, proprio dagli studi del fratello Arturo un complesso di idee, già allora largamente dominanti nella scienza penalistica, relative al potere punitivo dello Stato: l'idea della titolarità del diritto soggettivo di punire in capo allo Stato-amministratore, ossia al governo; la concezione del pubblico ministero come funzionario dello Stato, dipendente dal potere esecutivo e perciò chiamato a giocare nel processo il ruolo di parte sostanziale in rappresentanza degli interessi particolaristici del governo, sotto la direzione del ministro della giustizia; infine, la tesi della natura amministrativa del potere punitivo.

In sostanza, secondo questa costruzione teorica, lo Stato-amministratore per realizzare la propria pretesa punitiva nei confronti del reo sarebbe tenuto a rivolgersi al giudice tramite l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero al fine di ottenere il riconoscimento del diritto di punire il reo. Ottenuto che abbia detto riconoscimento, l'amministrazione eserciterebbe essa stessa il proprio diritto, controllata eccezionalmente dagli organi della giurisdizione penale. Questa, estranea alla funzione

³¹ Cfr. F. COLAO, *L'idea di nazione nei giuristi italiani tra Ottocento e Novecento*, in *Quad. fior.*, 1 (2001), p. 303.

³² Cfr. M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento*, in *Quad. fior.*, 1 (2007), p. 748.

³³ Cfr. M. SBRICCOLI, voce *Alfredo Rocco*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, vol. II, Milano, 2009, pp. 993 ss.; P. COSTA, voce *Rocco, Alfredo*, in *DBGI*, a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, vol. II, Bologna, 2013, pp. 1701 ss.

punitiva, non avrebbe altro compito che di comporre il conflitto fra il diritto di punire dello Stato-amministrazione e il diritto di libertà dell'imputato³⁴. Un simile patrimonio di concetti e linguaggi, depurato da ogni componente assiologico-individualistica, offrì al fascismo le basi teoriche su cui fondare, coerentemente alle proprie finalità politiche autoritarie, l'assetto dei rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo e, in particolare, la posizione di dipendenza del pubblico ministero dal ministro della giustizia. Sul piano della speculazione scientifica la teoria della subiettivazione della norma penale, dopo aver perso momentaneamente d'interesse, anche per le critiche che da più parti venivano mosse alla nozione di diritto soggettivo dello Stato di punire, divenne, con il consolidamento del fascismo al potere, nuovamente *à la page* e fu tra gli argomenti che maggiormente appassionò gli studiosi, soprattutto i più giovani.

Non pochi, tra coloro che ambivano alla cattedra universitaria, lo coltivarono assiduamente.

La scelta metodologica della generazione della "civilistica penale"³⁵ di collegare il diritto penale alla teoria generale del diritto sembrava tracciare rispetto al vecchio bagaglio concettuale della scienza penalistica un indirizzo più congruo ai fini della ricostruzione sistematica e più consono alle caratteristiche fondamentali della scienza giuridica in generale³⁶.

A richiamare l'attenzione dei giovani studiosi era anche la caratura politica che il problema teorico andava assumendo proprio alla luce delle importanti trasformazioni, che si erano verificate nella struttura dello Stato sotto il fascismo e nelle ideologie che informavano l'ordinamento giuridico³⁷.

Esisteva uno stimolo particolare, soprattutto, ad analizzare con maggior profondità il rapporto punitivo, ossia quella speciale e delicatissima relazione che si instaura tra Stato e reo dopo la violazione della norma incriminatrice, e conseguentemente a riesaminare l'incerta posizione del pubblico ministero, conteso tra il potere esecutivo e quello giudiziario, nonché a cercare di enucleare dalla vecchia concezione dell'azione penale

³⁴ Le teorie di Arturo Rocco sono esposte in *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, in Id., *Opere Giuridiche*, vol. III, Roma, 1933, p. 384.

³⁵ L'espressione è stata coniata, com'è noto, da Mario Sbriccoli, in *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in Id., *Storia del diritto*, cit., vol. I, p. 582.

³⁶ Cfr. G. VASSALLI, *L'opera penalistica di Aldo Moro*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 1 (2009), p. 146.

³⁷ Così, nella ricostruzione di F. ANTOLISEI, *Il giudice penale e la legge*, in Id., *Scritti*, cit., p. 43.

un aspetto sostanziale della situazione soggettiva dello Stato nel rapporto punitivo³⁸.

Attorno alla questione dell'inquadramento teorico del potere punitivo si sviluppò un ampio dibattito, che vide come protagonisti i giovani penalisti della scuola di Petrocelli e di quella di Delitala.

La scuola di Petrocelli si mosse lungo una prospettiva d'analisi tradizionale, non priva di qualche moderata innovazione. Gli allievi, Luigi Scarano (*I rapporti di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1942) e Aldo Moro (*La subiettivazione della norma penale*, Casa Editrice dott. Luigi Macrì, Bari-Città di Castello, 1942), continuarono, pur nella diversità delle soluzioni dogmatiche proposte, a individuare, prevalentemente, nel diritto soggettivo di punire lo schema più corretto a rappresentare la modalità di subiettivazione della norma penale dal lato attivo dello Stato. La scuola di Delitala, al contrario, con Giuliano Vassalli (*La potestà punitiva*, Utet, Torino, 1942) preferì rinnegare la formula giuridica del diritto soggettivo e, uscendo dagli schemi civilistici, propose della potestà punitiva una costruzione alternativa nei termini di una manifestazione del potere sovrano.

Anche se non enunciato *in limine libri*, i lavori di questi giovani autori prendevano le mosse da una riflessione attorno alla crisi in atto nell'orbita del diritto costituzionale a proposito del rapporto tra Stato e individuo. Le soluzioni proposte al problema penale rivelavano la diversità di impostazione e sensibilità rispetto al problema politico, mostrando, sul piano culturale, una maggiore affinità tra Moro e Vassalli, le cui posizioni si collocano nell'orizzonte della tradizione del pensiero illuministico liberale in merito al fondamento e ai limiti del diritto penale³⁹.

4. Diritto, legge, Stato nel pensiero giusfilosofico moroteo

Prima di analizzare la raffinata sistemazione teorica della subiettivazione nella versione aggiornata proposta nelle *Lezioni penalistiche*, cominciamo con il rilevare che la speculazione sul tema, sin dalla monografia giovanile del 1942, scritta probabilmente tra Bari e Roma, appare con evidenza influenzata dalle teorizzazioni rocchiane⁴⁰. Ciò si spiega per varie ragioni:

³⁸ Cfr. G. VASSALLI, *op. ult. cit.*, pp. 149 s.

³⁹ Per una rivisitazione critica del dibattito dottrinale sia consentito rinviare a G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Milano, 2022, pp. 165 ss.

⁴⁰ Per un commento teorico e storico-critico della monografia si vedano: L. EUSEBI, *Persona, diritto*, cit., e C. IAGNEMMA, "La capacità giuridica penale" e "La subiettivazione della norma penale"; *i primi due volumi penalistici di Aldo Moro*, in A. MORO, *Edizione Nazionale*, cit., DOI:

il dominio culturale che tali teorizzazioni esercitavano all'epoca nella comunità dei penalisti; la collaborazione accademica che Moro ebbe dal 1939 con Arturo Rocco dopo il suo trasferimento nella capitale; infine, la condivisione da parte di entrambi i penalisti della concezione dello Stato-persona.

Dentro l'orizzonte liberale di questa teoria costituzionale si colloca la nozione della legge secondo Moro. La legge è l'atto attraverso il quale lo Stato sovrano, nel suo ruolo *super partes*, definisce, in forma certa e razionale, la volontà della società sovrana, conformando il mondo dei fatti, i comportamenti umani, «all'intuizione di giustizia caratteristica dell'ordinamento giuridico»⁴¹, nell'esercizio di un'attività, libera nei fini, vincolata solamente nei modi e nelle forme del processo legislativo⁴².

Si ritrova in questa nozione l'eco della concezione storicistica della legge (e del diritto) come atto di razionalizzazione di quel che è radicato nell'ordine profondo della collettività⁴³. È un'idea, come è stato riconosciuto, liberal-conservatrice⁴⁴, che, però, a differenza delle posizioni autoritarie assunte da Petrocelli in quegli anni sulla funzione della legalità, che viene rappresentata come «l'unico mezzo possibile di manifestarsi dell'autorità» e «una delle basi più solide del regime autoritario»⁴⁵, si mantiene fedele alla concezione della legge come irrinunciabile strumento di garanzia dell'uguaglianza e dei diritti fondamentali dell'individuo di fronte al potere dello Stato, sia esso democratico o autoritario⁴⁶. È significativo, peraltro, che Moro senta forte l'esigenza di emanciparsi dal Maestro, precisando che: «Evidentemente difficoltà in questo senso non possono esistere nel nostro

https://aldomorodigitale.unibo.it/edition/browse/editorial_plan/210 (17 maggio 2023).

⁴¹ A. MORO, *La subiettivazione della norma penale*, Bari-Città di Castello, 1942, pp. 17, 56, 99 e 110, ove l'Autore precisa che: «è nell'intrinseca razionalità del comando che esso tuteli interessi che appartengono a soggetti diversi da quello che il comando pone, collocati fuori dalla sfera della sovranità, la quale si mette, per così dire, al loro servizio, in un certo senso assumendoli tutti come suoi, ma in realtà lasciandoli tutti al di fuori, perché, per la sua stessa natura, l'Ente sovrano non può essere qualificato parte in causa».

⁴² *Ivi*, pp. 94 ss.

⁴³ Cfr. F. COLAO, *L'idea di nazione*, cit., p. 303. Si veda, specificatamente, A. MORO, *op. ult. cit.*, pp. 130-132.

⁴⁴ Cfr. G. AZZARITI, *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano. Vittorio Emanuele Orlando, un liberale al servizio dello Stato*, in *Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'AMICO-B. RANDAZZO, Milano, 2011, pp. 45 ss.

⁴⁵ B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, (1941), p. 22.

⁴⁶ Cfr. A. MORO, *op. ult. cit.*, pp. 130-132. Conf. ID., *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 277.

ordine di idee» in merito alla «limitabilità dello Stato come ente sovrano a opera del diritto»⁴⁷.

La concezione del diritto segna un autentico spartiacque tra Moro e Petrocelli. Il normativismo non esaurisce l'orizzonte culturale e teorico di Moro, il quale non è né un giurista positivista puro⁴⁸, né uno statalista puro⁴⁹.

Nella nozione morotea di legge c'è, in quel riferimento alla giustizia, un aggancio forte a una concezione etica del diritto, che non ha però – come è stato rilevato da Bobbio – una matrice giusnaturalistica⁵⁰. Nelle *Lezioni filosofiche* Moro spiegherà che il diritto è diritto positivo sino a che risponde alle esigenze profonde della giustizia, sentite come prioritarie a livello sociale, al cui fine l'ordinamento giuridico è destinato⁵¹. La dimensione profondamente storica delle valutazioni normative viene ribadita nelle *Lezioni penalistiche*, allorché, disquisendo di interpretazione, Moro, pur difendendo il primato della legge come «punto essenziale di riferimento»⁵² per la conoscenza della norma giuridica, sottolineerà i vantaggi del carattere inevitabilmente creativo dell'attività ermeneutica. La capacità del diritto di evolvere con la società «è fisiologico, non patologico» soprattutto quando le interpretazioni sono «ancorate a grandi principi dell'ordinamento, ispirate dalla visione dei dati più importanti del sistema giuridico generale e, soprattutto, del sistema costituzionale; perché una notevole parte della libera e difforme interpretazione del giudice è ancorata ad un riferimento alla Costituzione, soprattutto ad un tipo di Costituzione, come è la nostra, che è una costituzione estremamente articolata e complessa, ricca non soltanto di indicazioni circa il modo di organizzare e reggere lo Stato, ma ricca di indicazioni di principio, di norme – come si dice – *programmatiche*, di *affermazioni di valore*, che, evidentemente, al di là della loro significato immediato, illuminano, devono illuminare, tutta intera la legislazione»⁵³. In fondo, si domanderà Moro, retoricamente, in una delle stagioni più “calde” della storia del Paese: «che cos'è l'emanazione di una legge da parte di una società disordinata e lacerata da conflitti di interesse, se non un

⁴⁷ *Ivi*, pp. 99 s. Riecheggia nelle parole di Moro il pensiero liberale di Francesco B. Cicala (*Il rapporto giuridico*, Firenze, 1935), che molta parte sembra aver avuto nell'elaborazione della sua concezione del rapporto giuridico-penale.

⁴⁸ Cfr. L. VIOLANTE, *Aldo Moro*, cit., p. 342.

⁴⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Il giovane Aldo Moro*, cit., p. 298.

⁵⁰ Cfr. G. VASSALLI, *Intervento*, in *Aldo Moro. Commemorazione per i venticinque anni dalla scomparsa*, Roma, 2003, p. 14.

⁵¹ Cfr. A. MORO, *Lo Stato. Il Diritto. Lezioni di filosofia del diritto (Università di Bari, 1944-1947)*, Bari, 2006, p. 300.

⁵² *Ivi*, p. 312.

⁵³ *Ivi*, p. 325.

momento di responsabilità, nel quale momento la comunità astraie dai suoi interessi passionalmente perseguiti, per dare una norma di oggettiva validità alla coesione dei soggetti?»⁵⁴.

Il porre in primo piano la centralità della persona e della sua dignità sembra avere anche il valore della reazione morale, prima che politica, al fenomeno della «spersonalizzazione» dello Stato e del diritto, che era, quando il professore insegnava a Bari nella prima metà del secolo scorso, uno dei tratti più caratteristici dello Stato totalitario⁵⁵.

Si affaccia nella definizione di legge il tema fondamentale della concezione dello Stato, che Moro svolgerà, ancora, nelle *Lezioni filosofiche* in chiave antiautoritaria⁵⁶. Lo Stato non è concepito come un'entità estranea alla persona o come una possibile minaccia per i suoi diritti o interessi. È un ente *super partes*, che non solo «non esaurisce tutta intera l'esperienza sociale»⁵⁷, ma è uno strumento propulsivo di ogni processo di sviluppo della vita morale degli individui e dei gruppi, non avendo una propria etica da imporre⁵⁸, come invece avviene nello Stato etico, proprio dell'idealismo assoluto degli Stati totalitari.

Non è il caso di entrare nei particolari del pensiero filosofico di Moro. È interessante rilevare con quale ferma convinzione egli avesse abbozzato «una concezione pluralistica della società»⁵⁹, che poneva al centro la dignità della «persona nella sua singolarità, principio e fine dell'esperienza giuridica»⁶⁰, la quale non solo si poneva in aperta antitesi con la visione collettivistica gentiliana⁶¹, ma anche si distingueva dall'ottica classica dell'individualismo liberale, ispirandosi kantianamente al «principio del rispetto reciproco» tra persone⁶². Una concezione di ispirazione personalistica e comunitaria, che, con l'avvento della Repubblica, entrerà a far parte integrante della Costituzione, anche per opera dello stesso Moro. Su queste basi circa il modo di intendere Stato e diritto, si innesta la riflessione penalistica di Moro sul potere statale di punire. Non è pensabile né sarebbe utile in questa sede ricostruire nel dettaglio l'ardua e articolata sistemazione dogmatica dei rapporti giuridici che derivano nei vari

⁵⁴ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 206.

⁵⁵ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 294.

⁵⁶ Cfr. G. VASSALLI, *La scelta*, in *Aldo Moro: il diritto e la storia*, in *Nomos*, 1 (2002), p. 23.

⁵⁷ A. MORO, *Lo Stato*, cit., p. 145.

⁵⁸ *Ivi*, pp. 126 s.

⁵⁹ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 304.

⁶⁰ A. MORO, *op. ult. cit.*, p. 310.

⁶¹ Cfr. P. TRONCONE, *Il diritto penale nel pensiero di Aldo Moro in occasione del centenario della nascita*, in *Dir. e relig.*, 2 (2016), pp. 36 s. e 40 ss.

⁶² A. MORO, *La persona umana e l'esperienza giuridica*, in *Umanesimo e mondo contemporaneo*, Roma, 1954, p. 52.

momenti della soggettivazione della norma penale. L'analisi si focalizzerà sulla subiettivazione della norma-incriminazione e della norma-sanzione, avendo cura di mettere in evidenza i contributi di riflessione più innovativi apportati dalla *Lezioni penalistiche*.

5. La subiettivazione della norma penale e la funzione garantistica della colpevolezza ex Art. 27 c. 1 Cost.

Con riguardo alla subiettivazione della norma-incriminazione, afferma Moro che, una volta che lo Stato sovrano, con la sua attività legislativa, ha posto la norma penale, questa si soggettivizza, nel lato attivo del rapporto giuridico penale, nei confronti dello Stato-amministratore, il quale assume un diritto soggettivo all'omissione del reato, posto a garanzia del bene giuridico protetto, nel lato passivo nei confronti dell'individuo, che viene investito dal ruolo di «collaboratore nelle forme dell'obbligo» di astenersi dal commettere fatti costituenti reato⁶³.

Centro d'imputazione della subiettivazione della norma nel lato passivo non è la persona, ma il soggetto di diritto, dotato di capacità giuridica penale, in quanto maturo e sano di mente⁶⁴. Il principio generale del riconoscimento universale della soggettività giuridico-morale trova nel diritto penale una vistosa deroga, che introduce sì una disparità di trattamento giuridico, giustificata però in ragione del «vincolo di costrizione che dalla norma [penale] scaturisce»⁶⁵.

Questa – preciserà Moro nelle *Lezioni penalistiche* –, per poter esercitare nelle concrete situazioni la funzione di orientamento, per potere effettivamente operare come «un'energia motrice che si sprigiona ed opera nell'ambito della vita sociale»⁶⁶, quale «espressione dei giudizi di valore e delle volontà dei soggetti che compongono la società»⁶⁷, deve poter passare, sotto forma di «vincolo della volontà» di natura etica⁶⁸, nella coscienza di soggetti, dotati di interessi, di volontà o attitudini intellettuali e morali, meritevoli di poter essere presi in considerazione, e quindi capaci di essere «protagonisti della vita sociale»⁶⁹. E questo vuol dire che, secondo una rilettura originale del retribuzionismo penale, il diritto, per il perseguimento della prevenzione dei reati, si appella, innanzi tutto, al “senso del dovere” di cittadini responsabili, cui domanda «una

⁶³ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., pp. 111 s. e 126.

⁶⁴ Cfr. A. MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939, p. 139.

⁶⁵ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 337.

⁶⁶ *Ivi*, p. 175.

⁶⁷ *Ivi*, p. 177.

⁶⁸ *Ivi*, pp. 178 e 337.

⁶⁹ *Ivi*, p. 344.

collaborazione: chiede che essi liberamente si lascino motivare, si lascino indirizzare, si lascino determinare nella giusta direzione, nella direzione dell'armonia, della compatibilità sociale, rinunciando a comportamenti che sono *fisicamente possibili*, ma sono *giuridicamente inammissibili*», contribuendo in tal modo a generare «quel clima sociale che distoglie dalla commissione di reati»⁷⁰.

Una simile delimitazione della soggettività giuridico-penale all'uomo nella pienezza delle sue facoltà esprime, peraltro, un «principio di civiltà». La scelta di escludere di «caricare sulle spalle di un fanciullo immaturo o di un pazzo quel vincolo giuridico sul quale è poi fondata la responsabilità del soggetto, la sua attitudine ad essere rimproverato»⁷¹, costituisce «un atto di riconoscimento della dignità della persona»⁷².

Una volta che si è configurato il rapporto giuridico tra Stato e individuo, il diritto penale comincia, quindi, «la sua esperienza con un grande appello al senso di responsabilità, con un appello alla volontà razionalmente determinabile del soggetto»⁷³.

C'è in questi passaggi l'affermazione della «dimensione relazionale» della normatività dei precetti, «quale *forza storica realizzatrice*, attraverso la sanzione, di quelle situazioni ordinate che sono richieste nella vita sociale» e, di contro, – possiamo dire con Bobbio – il rifiuto, ricco di suggestioni capogrossiane, della mera imperatività del diritto. Il diritto, se può essere considerato su di un piano teoretico come la «espressione di un potere di comando della collettività organizzata, [...] espressione di sovranità», invero lungi dall'imporsi dall'esterno alla volontà dei singoli, orienta, come un «impulso vitale», a un agire etico⁷⁴.

Traspare, altresì, in maniera evidente l'adesione a una concezione normativa della colpevolezza che, nel quadro di una visione del rapporto penale tipicamente personalistica e costituzionalmente orientata ex Art. 27 c. 1 Cost., «valorizza l'attitudine *motivazionale* delle disposizioni penali, concependole come rivolte a un *soggetto capace*»; e, associata ad essa, la convinzione della inaccettabilità del far leva, per fini di prevenzione generale, su profili di coazione intimidativa o di esemplarità sanzionatoria⁷⁵ e della priorità del puntare sulla «capacità del diritto penale

⁷⁰ *Ivi*, p. 177.

⁷¹ *Ivi*, p. 342.

⁷² *Ivi*, p. 356.

⁷³ *Ivi*, p. 179.

⁷⁴ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 294.

⁷⁵ Cfr. L. EUSEBI, *Persona, diritto*, cit., p. 3.

di ottenere, anche attraverso le sanzioni, un'adesione per *scelta personale* da parte di coloro che sono destinatari dei suoi precetti»⁷⁶.

Se la soggettività morale della persona è presupposto della subiettivazione della norma penale nei suoi confronti, la disciplina codicistica degli stati emotivi e passionali e quella dell'ubriachezza volontaria appaiono a Moro, conformemente a un pensiero dottrinale tuttora diffuso⁷⁷, contrarie alla «realità delle cose» e ispirate a un rigore eccessivo. Disponendo che non escludono né diminuiscono l'imputabilità, negano ai suddetti stati personali qualunque rilevanza sul piano della colpevolezza⁷⁸.

Con riguardo al differente piano della subiettivazione della norma-sanzione, afferma Moro che, una volta che la norma incriminatrice è stata violata, è compito dello Stato sovrano (non dello Stato-amministratore, perché altrimenti si tratterebbe di una forma di giustizia realizzata dalla parte offesa, da parte dello Stato che si fa giustizia da sé), nei cui confronti la norma si soggettivizza nel lato attivo del rapporto giuridico penale, soddisfare, in funzione dei bisogni dell'intera collettività che egli impersona, l'interesse sociale alla vita, ovviamente alle condizioni e nel rispetto dei limiti stabiliti dallo stesso potere sovrano, per il tramite di un'attività di ricerca della verità e di applicazione del diritto che deve possedere gli attributi tipici della giurisdizione (efficienza, ineluttabilità, obiettività e imparzialità). Ciò egli fa nell'esercizio di un potere giuridico, di giudicare e di punire, più precisamente di una *potestà* che è manifestazione della sovranità statale, e che non può essere ricondotto entro lo schema del diritto soggettivo per mancanza di quella autonomia individuale, di cui è al contrario tipica espressione⁷⁹.

Nell'accentuare nel potere di punire la dimensione della sovranità Moro esprime una visione della punizione statale intesa non come «la pressione del più forte», come sembrano implicitamente far intendere alcuni tra coloro che la riconducono sotto la categoria del diritto soggettivo, ma come «l'espressione dell'organo sovrano regolatore della vita collettiva»⁸⁰.

Rigettata la teoria del diritto soggettivo, il lato passivo del rapporto giuridico penale si esprime, non in un obbligo di subire la pena, ma in una mera soggezione al potere punitivo⁸¹.

⁷⁶ L. EUSEBI, *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale «umanizzatrice»*, in *Crim.*, (2016), p. 289.

⁷⁷ Per tutti, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Bologna, 2019, p. 356 ss. e 360 ss.; F. PALAZZO-R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Torino, 2023, p. 418 ss.

⁷⁸ A. MORO, *op. ult. cit.*, pp. 389 ss. e pp. 396 ss.

⁷⁹ Cfr. A. MORO, *La subiettivazione*, cit., pp. 137 s.

⁸⁰ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 237.

⁸¹ Cfr. A. MORO, *La subiettivazione*, cit., pp. 143-149.

Concludiamo l'esposizione della teoria morotea, ricordando che, se la realizzazione pubblica della giustizia nella vita sociale è affidata allo Stato sovrano, è allo Stato-Amministratore, invece, in quanto titolare degli interessi comuni violati, che spetta il diritto soggettivo alla punizione, ossia di chiedere allo Stato sovrano di mettere in moto i meccanismi per accertare processualmente la responsabilità e per applicare la pena. È il pubblico ministero, in qualità di rappresentante dell'amministrazione dello Stato che attraverso l'esercizio dell'azione penale «tende con la sua attività processuale ad attuare il diritto dello Stato alla punizione, soddisfacendo, nei limiti della giustizia, il concreto interesse che ne sta a base. Se insomma c'è un interesse pubblico dello Stato Amministrazione, che costituisce oggetto della tutela giuridica penale, è opportuno ritenere che l'organo del P.M. sia parte in senso proprio e non operi invece nell'ambito dell'attività sovrana giurisdizionale»⁸².

In caso di condanna del reo, infine, la dichiarazione da parte dello Stato sovrano per via degli organi della giurisdizione del diritto alla punizione fa sorgere in capo allo Stato-Amministratore il diritto soggettivo all'esecuzione della pena per un'ideale reintegrazione dell'interesse offeso dalla commissione del reato; dal lato passivo, invece, la subiettivazione si avrebbe come soggezione giuridica del reo e non come obbligo giuridico di subire la pena.

Come ebbe modo di osservare Bettiol, nel 1942, nella recensione al volume sulla *Subiettivazione della norma penale*, merito di Moro fu di aver ricondotto dentro un piano giuridico più realistico una questione che, se male intesa, «può determinare uno scivolone sul terreno politico ove il concetto della potestà punitiva può assumere la figura di una *Strafgewalt* che non conosce limiti né freni»⁸³, convertendosi in uno strumento di prepotenza diretta contro la dignità della persona umana. L'introduzione, allora, nel dibattito penalistico di istanze antiautoritarie, in una moderata polemica con la teoria dello Stato fascista, lascia intravedere con sufficiente chiarezza, anche alla luce della successiva monografia su *L'antigiuridicità penale*, la personale concezione morotea di un diritto penale dal volto umano, che nelle opere giovanili traspare occasionalmente e solo *in nuce* e che verrà sviluppata anni dopo nelle *Lezioni penalistiche*.

⁸² *Ivi*, p. 185 ss. Moro conferma nelle *Lezioni penalistiche* la validità dell'inquadramento dato al pubblico ministero, pur riconoscendo la tendenza della legislazione vigente ad attrarre tale organo nella sfera del potere giurisdizionale, con la funzione di collaborare dialetticamente alla ricerca della verità processuale, A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 247.

⁸³ G. BETTIOL, *Recensione ad Aldo Moro, La subiettivazione della norma penale* (Pubblicazioni dell'istituto di diritto penale della R. Università di Bari), – Ed. Dott. Luigi Macrì, Bari-Città di Castello, 1942, un vol. di 218 pagg., in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, p. 402.

6. L’elaborazione nelle *Lezioni* di una teoria “costituzionalmente orientata” della subiettivazione della norma penale

Nelle *Lezioni penalistiche* vengono enunciati, in maniera più compiuta, i limiti giuridici che il potere punitivo dello Stato incontra, secondo una prospettiva costituzionalmente orientata⁸⁴.

Secondo Moro, la pena è un fenomeno sociale e legale complesso, avente contenuto coercitivo, capace di attingere «l’essenza della persona nella sua dignità e libertà», e afflittivo, comportando per il reo un «dolore» associato alla «diminuzione del suo *status* sociale»⁸⁵. La pena, tuttavia, non può essere considerata una forma di crudeltà nei confronti del reo, traendo la sua umanità dal doveroso rispetto dei limiti che derivano dalla morale e dal diritto. Tali limiti servono ad evitare che la punizione, che pur possiede «qualche somiglianza esteriore con la vendetta», tragga «la sua ragione d’essere, la sua misura, senza misura proprio dalla passionalità di colui che reagisce ad un’attività illecita»⁸⁶.

«Se la pena è, inevitabilmente, una sofferenza, bisogna che sia una sofferenza rigorosamente delimitata [...] e rigorosamente finalizzata. Non una sofferenza inflitta con sadica soddisfazione dal potere sociale, che non deve gioire, ma soffrire esso nel momento nel quale la pena viene inflitta»⁸⁷.

Limiti positivi al potere punitivo discendono, innanzitutto, dall’idea retributiva, che connota la pena in relazione al suo “dover essere”, dal punto di vista funzionale e quantitativo, giustificandola come una reazione a un atto colpevole e proporzionata sia alla gravità del male commesso che alla “capacità a delinquere” del reo; quest’ultima intesa come criterio per «misurare [...] moralmente e socialmente» la personalità dell’autore del reato, dal momento che – come spiega Moro –, se gli uomini sono tutti uguali sotto il profilo formale della capacità giuridica, sono, in concreto, «umani e liberi in modo diverso»⁸⁸.

⁸⁴ Si trova nelle *Lezioni penalistiche* l’eco delle posizioni assunte da Moro in seno all’Assemblea costituente in merito ai principi costituzionali del diritto penale. Per una ricostruzione del ruolo di Moro alla Costituente e in particolare dei suoi interventi su materie penalistiche, cfr. P. PISICCHIO, *Pluralismo e personalismo nella Costituzione italiana. Il contributo di Aldo Moro*, Bari, 2012, in particolare pp. 160 ss.

⁸⁵ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 110.

⁸⁶ *Ivi*, p. 115.

⁸⁷ *Ivi*, p. 121.

⁸⁸ *Ivi*, pp. 421 s.

Su queste basi Moro critica nelle *Lezioni* l'eccessiva severità del trattamento sanzionatorio di alcuni istituti. Ad esempio, la previsione in caso di "pentimento operoso" di una mera circostanza attenuante, in luogo dell'impunità prevista per la "desistenza volontaria", è una soluzione che egli giudica, al pari di Autori contemporanei⁸⁹, «alquanto crudele», oltre a essere nient'affatto «incoraggiante, tale da favorire quei ripensamenti sui quali pure l'ordinamento giuridico deve contare per concorrere a realizzare la integrità del bene giuridico»⁹⁰. La critica alla severità sanzionatoria del codice non è, tuttavia, come vedremo, nient'affatto generalizzata.

Limiti negativi sono imposti espressamente dalla stessa Costituzione della Repubblica.

In considerazione vengono, innanzi tutto, il principio di legalità, inteso come «*garanzia essenziale di libertà per il soggetto*»⁹¹, ed il principio di offensività⁹².

Dopo aver riscontrato la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza (intesa come rimproverabilità normativa di persone fisiche), causa dell'illegittimità delle residue ipotesi di responsabilità oggettiva del Codice penale (ignoranza della legge penale; concorso anomalo di persone; disciplina delle circostanze del reato)⁹³, l'analisi si concentra sul contenuto dell'Art. 27 c. 3 Cost., portando la riflessione sulla problematica costituzionalità sia di alcune tipologie sanzionatorie sia della fisionomia concretamente assunta dalle pratiche punitive in carcere, e ciò in ragione della consapevolezza del fatto che è proprio nel momento dell'esecuzione penale che la persona ristretta è più debole al cospetto del potere dello Stato.

Secondo Moro l'attribuzione di rilievo costituzionale al principio di umanizzazione della pena deve indurre lo Stato a una profonda riconsiderazione critica di tutte quelle modalità di trattamento, che di fatto

⁸⁹ Per tutti, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 503.

⁹⁰ MORO, *op. ult. cit.*, p. 587.

⁹¹ Il principio è declinato secondo un'ormai classica tassonomia nei principi di riserva di legge, determinatezza, divieto di analogia in *malam partem* e irretroattività della legge penale di sfavore, *ivi*, p. 304 ss.

⁹² Moro riconosce che il diritto penale è autonomo nella selezione e nella conformazione delle «proprie ragioni di tutela» (*ivi*, p. 161), e che intanto è legittimo il ricorso al penale in quanto occorra salvaguardare beni giuridici, o preferibilmente nel linguaggio moroteo «situazioni sociali», di carattere spirituale, culturale, sociale o economico, che possono consistere tanto in un valore quanto in un interesse (*ivi*, pp. 193 ss.); deve trattarsi, in ogni caso, di situazioni «fondamentali della vita collettiva» e funzionali alla protezione del bene finale del «*valore sociale della vita*» (*ivi*, pp. 182 ss.). Perché la scelta del legislatore non sia arbitraria l'incriminazione deve riguardare «fatti che sono, a suo giudizio, effettivamente lesivi degli interessi presenti nella vita sociale» (*ivi*, p. 479).

⁹³ *Ivi*, pp. 411 e 562.

sono contrarie al rispetto della dignità della persona *in vinculis*. A venire in rilievo sono non solamente «atteggiamenti e interventi» del potere pubblico sul detenuto, che «vadano al di là della necessità di limitare [...] la libertà umana»⁹⁴, ma anche alcune forme tipiche di punizione o di modalità di esecuzione come «le pene a carattere corporale o l'isolamento del soggetto protratto nel tempo», la pena di morte («una vergogna inimmaginabile in un regime di democrazia sociale e politica»⁹⁵) e l'ergastolo.

Proprio nei confronti della pena perpetua Moro esprime un netto «giudizio negativo»⁹⁶, basato su argomenti filosofico-morali sui quali si è successivamente instradata la critica di una parte della riflessione giuridica contemporanea⁹⁷. Se il diritto è «umano ordinamento di una vita che conosce il lacerante conflitto di esigenze diverse», e se, conseguentemente, il legislatore, nel definire la configurazione di precetti e sanzioni, non può non «tener conto dell'umana debolezza», ossia del fatto che nell'esperienza storica, generalmente, «mancano le risorse degli eroismi sublimi che l'etica conosce», i quali «non possono essere punti di riferimento per comandi sociali rivolti alla media degli uomini»⁹⁸, la pena a vita è «psicologicamente crudele» e contraria al principio di umanità, «priva com'è di qualsiasi speranza, di qualunque prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento ed al rinnovamento del soggetto»⁹⁹.

L'interpretazione dell'Art. 27 c. 3 Cost. è anche l'occasione per Moro di precisare la propria posizione sul finalismo della punizione. Se la pena, nell'odierno momento storico, non è, a date condizioni, un atto di crudeltà, ma è la risposta umana a un atto di libertà del soggetto, è vero però che, comportando una serie di gravi limitazioni alla personalità dell'uomo, comunque «pone una serie di problemi relativi al modo di essere» in sé¹⁰⁰ e alla sua idoneità a realizzare nella concreta realtà, in maniera coordinata, le molteplici finalità, repressive e preventive, che l'esperienza sociale suggerisce di prendere in considerazione; criticità che si acquiscono soprattutto in relazione alla possibilità di dare piena attuazione all'idea della rieducazione del reo attraverso l'emenda morale, che rischia di

⁹⁴ *Ivi*, p. 113.

⁹⁵ *Ivi*, pp. 114 s.

⁹⁶ *Ivi*, p. 115.

⁹⁷ Per tutti, v. E. DOLCINI-E. FASSONE-D. GALLIANI-P. PINTO DE ALBUQUERQUE-A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019.

⁹⁸ Così A. MORO, *L'antigiuridicità*, cit., pp. 148-150.

⁹⁹ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 116.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 113.

rimanere sacrificata dalle modalità pratiche di esecuzione della pena detentiva e da una visione “carcerocentrica” della risposta al reato¹⁰¹.

Il finalismo rieducativo di cui all’Art. 27 c. 3 Cost., la cui formulazione fu proposta proprio da Moro in Assemblea costituente¹⁰², risponde a «una esigenza politica fondamentale», ossia al reinserimento del soggetto nell’ambito della vita sociale quale strumento di «sicurezza sociale», dal momento che «i soggetti rieducati attraverso la pena non costituiscono più, in linea di principio, una ragione di pericolo per la coscienza sociale»¹⁰³, e induce a ripensare e a riformare, le strategie della punizione. Se è vero che la vita carceraria può avere effetti criminogeni sul detenuto, è vero anche che questo risultato, «a parte la resistenza che possono opporre talune personalità, [...] è il frutto proprio di una cattiva applicazione della pena, di un sistema punitivo non ben congegnato, non bene ispirato, non bene animato». «Se davvero la pena è, nella sua concreta attuazione, conforme a questa finalità, le prigioni si dovrebbero dischiudere a uomini *diversi* da quelli che erano quando sono entrati nelle prigioni»¹⁰⁴.

Impellenti esigenze di riforma sono avvertite, in particolare, nel campo della giustizia minorile, sia a favore dell’infra-diciottenne che del giovane adulto. La loro diversità rispetto alla persona che da tempo ha ormai superato la soglia della maggiore età «non può che rendere attento l’ordinamento giuridico nel predisporre delle misure che esaltino la capacità correttiva della pena e, quindi, diano opera per quel recupero del delinquente, che se è una necessità per qualsiasi età, è una necessità impellente e colorita di una certa fiducia soprattutto per l’età giovanile»¹⁰⁵.

¹⁰¹ *Ivi*, p. 120 ss.

Moro respinge espressamente l’idea di una classificazione delle finalità, primarie (retribuzione) e secondarie (prevenzione), della pena, segnando in questo modo la distanza da posizioni alla Bettiol (G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 43), e aprendo, invece, la considerazione degli scopi della sanzione penale, al di là della sua fondamentale ispirazione retributiva, a una “concezione polifunzionale” lungo il solco delle elaborazioni concettuali di F. ANTOLISEI, *Teoria e realtà della pena*, in Id., *Scritti*, cit., pp. 191 ss. e G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Scritti giuridici*, vol. I, t. I, Milano, 1997, pp. 1361 ss. Alla medesima conclusione perviene G. VASSALLI, *Le funzioni della pena nel pensiero di Aldo Moro*, in M. MARTINAZZOLI-F. TRITTO-G. VASSALLI-G. BETTIOL, *Aldo Moro e il problema della pena*, Bologna, 1982, rispettivamente p. 65.

¹⁰² Come ha ricordato U. DE SIERVO, *Il contributo alla Costituente*, pubblicato dapprima con il titolo *Il contributo di Aldo Moro alla formazione della Costituzione repubblicana*, in *Il politico*, 2, 1979, pp. 193 ss., e successivamente in *Cultura e politica*, cit., p. 99.

¹⁰³ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., pp. 122 s.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 123.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 372.

Anticipando importanti prese di posizione della giurisprudenza costituzionale¹⁰⁶, che saranno successivamente poste alla base dell'imponente riforma del processo penale a carico di imputati minorenni (d.p.r. 22 settembre 1998, n. 448), Moro afferma che, considerata la specifica condizione evolutiva del minore, «la finalità rieducativa dovrebbe far premio sulla finalità repressiva»¹⁰⁷, anche nel caso del minore ultra-quattordicenne, maturo e socialmente pericoloso ed orientare verso una pena unica (con abolizione delle misure di sicurezza) «*medicinale*; una pena curativa; una pena indirizzata più che verso il passato verso l'*avvenire*; cioè una pena nella quale siano ridotti al minimo, e pressoché annullati, gli aspetti che mortificano, con finalità repressive, la personalità umana, per dare spazio, invece, a quelle finalità rieducatrici e liberatorie che rispondono all'imperativo contenuto nella Carta costituzionale»¹⁰⁸.

7. Aldo Moro giurista-filosofo: conservatore o riformatore?

Uno studioso, molto sensibile alla dimensione storica del diritto, ha rilevato, commentando le *Lezioni penalistiche*, una certa difficoltà di Moro-docente a entrare in contatto con il diritto positivo e con le questioni politico-criminali dibattute in quegli anni, finendo per proiettare il suo umanesimo «nell'*aura* di una *visione* idealistica, che segue, "dall'altro", il divenire finalistico dell'esperienza giuridica», che appare come sorretta da una «acritica fiducia nel fondamento morale del sistema punitivo»¹⁰⁹. Più ruvido è – sorprendentemente – il giudizio dell'amico Giuliano Vassalli con riguardo alla posizione di Moro rispetto al tema della riforma del Codice penale: «Moro appare dalle lezioni come un conservatore: pieno di afflato umanitario e di fede nei destini migliori dell'uomo, ma conservatore. Direi che non sente molto il bisogno di riformare il codice Rocco, una volta depurato delle norme caratteristicamente politiche e della pena di morte, direi che lo trova nel complesso adattabile alla società del tempo. Degli istituti ancora vigenti condanna, come s'è detto, l'ergastolo, condanna il trattamento penale dell'ubriaco e della persona soggetta all'azione di

¹⁰⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale, 27 aprile 1994, n. 168, che, nel dichiarare l'illegittimità dell'applicazione della pena dell'ergastolo al minore, per contrasto con l'Art. 31 c. 2, in relazione all'Art. 27 c. 3 Cost., ha affermato che la funzione rieducativa della pena «per i soggetti minori di età è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente».

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 373.

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 374.

¹⁰⁹ A. GARGANI, *Diritto penale e verità morale. Una teologia della 'vita sociale' (a proposito delle Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale di Aldo Moro)*, in *Quad. fior.*, 2 (2006), p. 1009, cui si rimanda per una trattazione analitica dei contenuti delle *Lezioni*.

stupefacenti e cerca di indicare la strada per limitare, anche prima di riforme *ad hoc*, il principio dell'inescusabilità dell'*ignorantia legis*¹¹⁰: ma non va oltre. Gli interessano le correzioni su punti veramente essenziali, che in parte (e sono passati altri trent'anni) attendono ancora l'auspicata riforma»¹¹¹.

Personalmente non saprei qualificare, con sicurezza, l'umanesimo penalistico di Moro come conservatore o innovatore. Certo è che, pur criticando alcune riforme finalizzate ad attenuare il rigore sanzionatorio del codice penale¹¹², non fece un'apologia del diritto penale vigente.

L'indirizzarsi della sua proposta riformatrice, emergente dalle lezioni universitarie, principalmente verso circoscritte correzioni su punti essenziali, oggetto peraltro proprio in quegli anni di modifiche legislative o di sentenze costituzionali (es. *ignorantia legis*, irrilevanza sul piano dell'imputabilità degli stati emotivi e passionali o dell'ubriachezza volontaria, alcune residuali ipotesi di responsabilità oggettiva, previste dalla disciplina del concorso di persone nel reato o in quella delle circostanze del reato, trattamento sanzionatorio del "pentimento operoso", ergastolo, non computabilità del tempo trascorso in manicomio in caso di infermità psichica sopravvenuta), non appare, di per sé, significativo al punto da delineare in maniera convincente l'immagine del penalista.

Anche la mancanza di una chiara presa di posizione critica su altri istituti, da lì a poco superati dal progresso della cultura sociale e giuridica (ad es. previsione di una circostanza attenuante per i c.d. delitti d'onore; presunzioni assolute di pericolosità sociale e figure qualificate di

¹¹⁰ Moro cercò di risolvere il problema della compatibilità dell'Art. 5 CP con la concezione normativa della colpevolezza con l'appellarsi genericamente alla «coincidenza normale, universalmente riconosciuta, degli ordinamenti giuridico ed etico», A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, p. 88.

¹¹¹ G. VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 44.

¹¹² Come detto precedentemente, la critica alla severità del codice non è nient'affatto generalizzata, apprezzando Moro quantomeno «l'idea estremamente presente nel nostro ordinamento [...] giustamente ossessiva [...] del *da farsi* di fronte a colui che non soltanto delinque, ma persiste nella delinquenza» (*ivi*, p. 457). Ragionando, ad esempio, sulla recidiva, che egli collega sul piano politico-criminale al tema della "capacità a delinquere", afferma che l'istituto troverebbe giustificazione non già nella colpa per il fatto commesso, bensì in una qualità soggettiva del reo, ossia nella «colpa per la condotta della vita», manifestatasi attraverso una «deformante persistenza nel reato» (*ivi*, pp. 453-458). La «indubbia rilevanza che ha la reiterazione criminosa, il fatto che così si definisca indiscutibilmente la personalità del reo, dovrebbe indurre a ritenere [sempre] obbligatoria la considerazione della recidiva, perché è un fatto che è innegabile, [...] obiettivo». Per questa ragione Moro esprime una valutazione moderatamente critica nei confronti della riforma della d.l. 11 aprile 1974, n. 99, giudicata «liberaleggiante» e illogica, in quanto indulgente nell'introdurre il carattere facoltativo del riconoscimento e della punizione del recidivo (*ivi*, pp. 459).

pericolosità sociale “abituale”, per “professione” o “tendenza”), o ancor’oggi vigenti e controversi nel dibattito scientifico (ad es. l’imputabilità del sordomuto, le misure di sicurezza e il concetto normativo di pericolosità sociale, non può considerarsi indicativa di una piena adesione certa alle scelte legislative).

Nelle pochissime pagine dedicate a questi ultimi argomenti l’analisi, infatti, si muove su un piano molto generale, mai analitico, seguendo un duplice registro: dogmatico, volto a rimarcare la differenza finalistica tra pene e misure di sicurezza (retributive le une, preventive le altre), e politico-criminale. È proprio su questo piano che sembra emergere un orientamento più pensoso e articolato in merito al c.d. doppio binario sanzionatorio del codice. Moro, mentre afferma con convinzione che nei confronti del soggetto non imputabile e non punibile è «giusto e utile per la società» che egli sia fatto destinatario di una misura di prevenzione, in relazione al caso del soggetto imputabile si limiterà a domandarsi retoricamente se «non è forse pensabile che, accanto alla irrogazione della pena ... non vi sia anche l’inflizione di una misura di prevenzione». Dietro un’adesione dai toni decisamente più sfumati si intravede, in linea peraltro con la proposta abolizionistica delle misure di sicurezza per minori imputabili, la consapevolezza della problematicità di un severo meccanismo sanzionatorio.

Nel complesso, sembra potersi rilevare che la speculazione di Moro è orientata, principalmente, alla costruzione di modelli concettuali adeguati alla formulazione di problemi, prima che di possibili soluzioni. Coerentemente, anche il suo insegnamento mira non tanto alla trasmissione di una conoscenza specialistica, quanto piuttosto alla comunicazione di quei valori e di quei criteri interpretativi della realtà¹¹³, che descrivono – potremmo dire – il senso di marcia della storia del diritto come un progresso verso il «riscattare compiutamente la realtà umana per

¹¹³ Cfr. L. VIOLANTE, *Aldo Moro*, cit., p. 342. Dirà Moro in una severa critica dei mali dell’insegnamento universitario che: «Ora quel che l’Università insegna è il più delle volte soltanto scienza del particolare [...], cui manca il riferimento a quei fondamentali problemi umani che rendono viva la scienza e ce la fanno sentire nostra», in A. MORO, *I problemi dell’Università* (1942), in *Al di là della politica e altri scritti. «Studium» 1942-1952*, a cura di G. CAMPANINI, Roma, 1982, p. 165; conf. A. MORO, *Problemi dell’Università italiana (Rassegna, 3 agosto 1944)*, in Id., *Scritti e discorsi*, Volume Primo: 1940-1947, a cura di G. ROSSINI, Roma, 1982, p. 47. Per una riflessione sul ruolo del docente secondo Moro, v. F. MASTROBERTI, *Aldo Moro e la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Bari nella transizione dal regime fascista alla Repubblica*, in *Aldo Moro e l’Università di Bari tra storia e memoria*, a cura di A. MASSAFRA-L. MONZALI-F. IMPERATO, Bari, 2016, pp. 57 ss.

farne una realtà giuridica, per farne una partecipazione come protagonisti riconosciuti dalla vita sociale»¹¹⁴.

Una possibile, forse più convincente, chiave di lettura del profilo politico di Moro è offerta da parte di chi lo ha seguito molto da vicino, come alcuni compagni di partito, i quali ricordano come «non c'è mai stato un momento della sua esistenza in cui la dimensione di uomo non fosse intimamente legata alla sua dimensione di studioso, di uomo di cultura, e al suo impegno politico»¹¹⁵. Questa concezione unitaria della vita, profondamente cristiana, si espande evidentemente anche all'insegnamento universitario, influenzandone il metodo.

L'insegnamento del diritto penale per principi e l'astensione dalla proclamazione di un "programma di riforme" sembrano pensate per favorire la costruzione di un rapporto docente-discente più dialogico e umano¹¹⁶ e appaiono anche come scelte didattiche inclusive e rispettose della libertà e dell'intelligenza dello studente di maturare un proprio pensiero critico sul diritto vigente, senza i condizionamenti che potrebbero derivare dall'autorevolezza e dal carisma dell'insegnante.

Colpisce nelle *Lezioni*, come è già stato rilevato, il rispetto per le opinioni differenti degli altri studiosi, che «spinge alla condanna degli assiomi e alla ricerca della verità attraverso il confronto»¹¹⁷, perché «[n]on c'è niente che non sia importante nella storia del pensiero»¹¹⁸.

Non esiterei a considerare una simile scelta didattica come connessa a quella "pedagogia democratica", che Moro ambiva ad esercitare dentro e fuori le aule universitarie al fine di creare le condizioni necessarie alla possibile e tanto auspicata partecipazione delle masse, anche giovanili, alla vita politica e sociale del paese¹¹⁹, nella consapevolezza che «[l]e democrazie funzionano quando i cittadini si assumono sino in fondo le proprie responsabilità»¹²⁰.

Moro, giurista-politico, non fu un precursore, chiuso com'era entro una cultura forse non ancora pienamente attrezzata a dare piena attuazione ai

¹¹⁴ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 347.

¹¹⁵ T. ANSELMINI, *L'unità di una vita*, in A. ALFONSI-L. D'ANDREA, *Aldo Moro: un percorso interpretativo*, Soveria Mannelli, 2018, p. 33.

¹¹⁶ «L'Università va umanizzata, rendone il rapporto d'insegnamento, ufficiale e non ufficiale, un rapporto umano, vorrei dire di amicizia nel senso più alto e nobile della parola», in A. MORO, *I problemi*, cit., p. 166.

¹¹⁷ L. VIOLANTE, *Il diritto*, cit., p. 120.

¹¹⁸ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 130.

¹¹⁹ L'importanza dell'impegno, culturale e politico, di Moro per la "educazione del popolo" italiano alla sovranità è sottolineata anche da G. LAMADDALENA, *Aldo Moro. Una vita al servizio della Verità*, Bari, 1998, pp. 5 e 16.

¹²⁰ L. VIOLANTE, *La democrazia non è gratis. I costi per restare liberi*, Venezia, 2023, pp. 10 e 69 ss.

principi costituzionali, come l'uguaglianza, che pure Moro riconosceva come uno dei valori «più importanti, più significativi in una società democratica»¹²¹, né fu proclive a intralleggere nella Carta uno specifico programma di riforme giuridiche e ordinamentali¹²²; o almeno non se ne trova traccia nei suoi scritti giuridici.

Probabilmente fu un cauto innovatore¹²³, «più del contesto politico che delle strutture istituzionali», il quale si dimostrò, però, in quegli anni capace, come molti riconobbero, di cogliere in tempo reale il significato, la complessità e la direzione dei processi profondi e delle trasformazioni che stavano avvenendo nella vita politica e sociale, senza abbandonarsi mai all'illusione regolatoria, all'idea cioè che l'ordine dipenda solo dalle regole¹²⁴.

Nella scelta di non affrontare il tema delle riforme di alcuni istituti problematici, sarei più propenso a ravvisare il senso di Moro della storia, la consapevolezza del carattere contingente della decisione politica, esposta al mutamento della vita degli uomini e di una società in movimento, che rendeva difficoltosa, in quello scorcio di secolo, la cristallizzazione di soluzioni normative e doverose l'attesa paziente della maturazione di tempi in grado di accogliere il cambiamento.

Nel fare i conti con le *Lezioni penalistiche* non si può, peraltro, trascurare di considerare il fatto che esse furono tenute in un anno accademico nel quale il professore era il Presidente del Consiglio dei ministri della Repubblica italiana e che, pertanto, le sue dichiarazioni pubbliche, anche in un'aula universitaria, non potevano che ispirarsi al più cauto riserbo, specie su tematiche al centro di un incandescente dibattito giuridico e politico.

Tutto ciò premesso, la concretezza della azione politica di Moro sul campo della riforma penale non può, tuttavia, essere messa in dubbio¹²⁵ e dà conferma non solo della sua perdurante inquietudine rispetto alla questione criminale, ma anche della sua capacità di scendere, quando il momento era propizio, dalle complesse e tormentate elaborazioni dogmatiche giovanili alla creazione di norme, legislative e costituzionali, adeguate al grande movimento dei diritti umani e sociali del Secondo

¹²¹ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 314.

¹²² Cfr. L. ELIA, *Intervento*, in *Aldo Moro. Commemorazione*, cit., p. 34.

¹²³ Cfr. N. MANCINO, *Intervento*, in *Il diritto penale nel pensiero di Aldo Moro*, cit., p. 17.

¹²⁴ L. VIOLANTE, *Relazione all'Inaugurazione dell'Anno accademico 2015-2016 nel ricordo di Aldo Moro*, in *Aldo Moro e i Rettori della sua Università*, a cura di V. MARZI-A.F. URICCHIO, Bari, 2016, pp. 190 ss.

¹²⁵ Cfr. L. LAMA, *La concretezza di Aldo Moro* e M.S. GIANNINI, *L'epoca delle grandi riforme*, in A. ALFONSI-L. D'ANDREA, *Aldo Moro*, cit., rispettivamente da pp. 61 ss. e 273 ss.

Dopoguerra. Basti considerare che la prima importante riforma del Tribunale per i minorenni, operata dalla legge 25 luglio 1956, n. 888, venne adottata quando Moro era Ministro della giustizia, e che la novella dell'ordinamento penitenziario del 1975, la quale sino ad allora rappresentava senz'altro la più significativa innovazione in materia penale, venne approvata sotto il IV Governo Moro con il suo allievo Renato dell'Andro Sottosegretario al Ministero di Grazia e Giustizia.

Interessante sarebbe, piuttosto, domandarsi se il modo personale con cui Moro declinava l'idea dell'umanità del diritto penale¹²⁶, visto come una funzione, un'estrinsecazione della persona, come una manifestazione della sua dignità, sia dotato di una carica innovativa e riformista, diversa o persino superiore rispetto a quella dimostrata da analoghe declinazioni del penale¹²⁷; un impegnativo programma di ricerca, estraneo alle finalità di questo saggio, ma suscettibile di fornire indicazioni utili per una fondazione del diritto penale in senso fortemente umanistico.

Abstract: The book *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale* (Lectures on Institutions of Criminal Law and Procedure) collects the lectures held by Aldo Moro at the Political Science Faculty of the Rome La Sapienza University in the academic year 1975-1976. The Lectures clearly show the marks of the cultural environment of the time, in which Moro began to elaborate his own legal-philosophical and penalistic thought. Nevertheless, the work retains a certain scientific relevance. Not only does it fill a few significant gaps in the knowledge of Moro's thought (for example, his position on the traditional problem of punishment); but it also updates the analysis of some fundamental theoretical or political-criminal issues (such as, for example, the legal limits of the State's punitive power), in a more modern key, in the light of the principles of the Constitution of the Italian Republic.

Keywords: criminal law; humanism in criminal punishment; constitution; criminal law relationship

¹²⁶ Sulla polisemia dell'espressione "umanizzazione del diritto" e sull'uso ideologico dell'etichetta "diritto penale umano", si veda G. BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1966, p. 739 e in *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo, 1953, pp. 20 ss.

¹²⁷ La concezione morotea del diritto penale esprimerebbe «ancora oggi caratteri per certi versi rivoluzionari» secondo C. IAGNEMMA, "La capacità giuridica penale" e "La subiettivazione della norma penale"; i primi due volumi penalistici di Aldo Moro, in A. MORO, *Edizione Nazionale*, cit., DOI: https://aldomorodigitale.unibo.it/additional_resources/?id=210&type=essay (17 maggio 2023).

SEBASTIANO COSTA*

Appunti sul diritto di informazione e di consultazione della documentazione sociale del socio di s.r.l. **

English title: *Notes on the shareholder's right of information and consultation of corporate documents in limited liability company*

Sommario: 1. Il potere di controllo sulla gestione del socio di società a responsabilità limitata. – 2. I “confini” del diritto all’informazione e alla consultazione. – 3. L’esercizio secondo buona fede del diritto di controllo e il suo limite funzionale. – 4. La protezione dei dati personali quale limite “esterno” al potere del socio.

DOI: 10.26350/18277942_000116

1. Il potere di controllo sulla gestione del socio di società a responsabilità limitata.

È assai ricorrente la notazione secondo cui al socio di società a responsabilità limitata sia riservato un ruolo decisivo non solo nella *governance* societaria ma pure nella gestione dell’impresa¹. E tra i poteri

* Università degli Studi di Bergamo (sebastiano.costa@unibg.it).

** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ In generale, per tutti, v. P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, I (2003), pp. 496 s. (che parla di organizzazione corporativa attenuata o residuale); ID., *Decidere e dichiarare nel diritto della società a responsabilità limitata (a proposito delle modificazioni sostanziali dell’oggetto sociale)*, in *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, a cura di M. CALLEGARI-S.A. CERRATO-E.R. DESANA, vol. I, Torino, 2022, p. 447; N. ABRIANI, *Controlli e autonomia statutaria: attenuare l’«audit» per abbassare la «voice»?*, in *AGE* (2003), pp. 339 ss.; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 2^a ed., Padova, 2006, pp. 91 ss. e p. 121; nel contesto disciplinare qui in esame, v. pure G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, vol. III, Torino, 2007, pp. 585 s. (ove pure alcune notazioni storico-comparate); A. ANGELILLIS-G. SANDRELLI, *sub art. 2476*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2008, pp. 691 ss.; I. CAPELLI, *Il controllo dei soci*, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, vol. III, Torino, 2022, p. 592; R. GUIDOTTI, *I diritti di informazione e di consultazione del socio*, in *La governance delle società a responsabilità limitata*, 2^a ed., a cura di E.

del socio, che giustificano tale affermazione e danno contenuto alla detta posizione, vengono comunemente annoverati quelli ad esso riconosciuti dall'art. 2476, c. 2, CC Si tratta, come noto, della facoltà attribuita ai «soci che non partecipano all'amministrazione» sia di avere «notizie sullo svolgimento degli affari sociali», sia di «consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione». Le due prerogative – riconducibili idealmente alla medesima funzione e indipendenti l'una dall'altra² – assicurano ai soci di s.r.l. un potere di controllo penetrante e financo superiore a quello garantito al socio di società di persone dall'art. 2261, CC: se è sicuro che il socio di s.r.l. possa avvalersi di professionisti di propria fiducia nella consultazione della documentazione sociale, con pari certezza non può dirsi altrettanto per il socio di società di persone³. Le due facoltà, del resto, per quanto possano dirsi accomunate dalla medesima funzione, realizzano il controllo del socio secondo una prospettiva diversa: il diritto di acquisire informazioni presuppone la collaborazione degli amministratori e perciò

PEDERZINI-R. GUIDOTTI, Milano, 2022, pp. 414 s.; nonché R. GUIDOTTI-L. ORCIANI, *Sui diritti di controllo del socio nella s.r.l. aperta*, in *Riv. dir. soc.*, I (2022), pp. 512 ss., ove una verifica della notazione a seguito delle recenti novità legislative in materia di s.r.l.-P.M.I.; sul tema v., pure G. ZANARONE, *La s.r.l. A vent'anni dalla riforma del diritto societario*, Milano, 2023, pp. 288 ss.; P. SPOLAORE, *S.r.l. e offerta al pubblico di partecipazioni sociali*, Milano, 2023, pp. 111 ss.; S. CORSO, *Le s.r.l. "aperte" al mercato tra governance societaria e diritti dei soci investitori*, Milano, 2021, pp. 222 ss.

² Parla di articolazione in «due species» del diritto di controllo «funzionalmente convergenti ai fini di una compiuta informazione sulla gestione della società, tra i quali non è dato postulare alcuna propedeuticità o graduazione», N. ABRIANI, *I controlli, in La società a responsabilità limitata*, a cura di C. IBBA-G. MARASÀ, I, Milano, 2020, pp. 2040 s.; in termini simili pure G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori, in S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, Milano, 2011, p. 650.

³ Per questo rilievo, v. G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., p. 588, nt. 9. Per un quadro sul dibattito circa la possibilità o meno per i soci di società di persone di demandare a professionisti di loro fiducia l'esercizio delle prerogative di cui all'art. 2261, si rinvia a O. CAGNASSO, *La società semplice*, in *Tr. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, vol. VI, Torino, 1998, pp. 177 ss.; nonché, più di recente, v. M. BUSSOLETTI, *I diritti di controllo e di azione del socio di s.r.l.*, in *Riv. dir. comm.*, I (2020), pp. 21 ss. Inoltre, va pure ricordato – ed è notazione frequente – come il potere di controllo nell'ambito delle s.r.l. non abbia i «contrappesi» che si ritrovano nella disciplina delle società di persone (i.e. la responsabilità illimitata del socio e il divieto di concorrenza – cfr., per tutti, N. ABRIANI, *I controlli*, cit., p. 2038, da cui il virgolettato; G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., pp. 650 s.). E le considerazioni *infra* al § 3 rilevano pure quale tentativo per superare in via interpretativa tale mancanza di limiti espressi al potere in esame.

può dirsi «di tipo mediato, indiretto, [e] può avere anche carattere prospettivo o concomitante»; quello di consultazione della documentazione sociale, invece, consente un accesso diretto e immediato del socio benché «intrinsecamente *ex post* giacché possono essere consultati solo documenti già esistenti»⁴.

In altra sede si è ritenuto di potere sostenere che il frequente rilievo secondo cui il socio di s.r.l. ha una posizione di controllo *lato sensu* proprietaria sulla gestione dell'impresa sociale può, in effetti, trovare una giustificazione di carattere dogmatico-formale. Seguendo questa prospettiva, trova piena giustificazione l'attribuzione ai soci di s.r.l. di particolari poteri tanto in relazione alla definizione delle c.d. *bases essentielles* dell'iniziativa economica, quanto in punto di gestione dell'affare comune. E, a tal ultimo riguardo, rileva, *inter alia*, proprio il potere di controllo sulla gestione riconosciuto ai soci dall'art. 2476, c. 2, CC⁵.

Ciò considerato, la presente analisi è volta a ricostruire i contorni e i limiti di operatività del diritto di controllo assicurato al socio dalla citata disposizione⁶. L'attenzione, sul piano soggettivo, è limitata al caso in cui tale diritto venga esercitato dal socio non amministratore, tralasciando

⁴ Cfr. G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., p. 654 (da cui il virgolettato). La differenza, tuttavia, lo si precisa, non pare dovuta a una vera diversità di *ratio* o di funzione delle norme, bensì di mera dimensione e forma del controllo. *Ma v. G.M. BUTA, I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., p. 607, per una sottolineatura in senso opposto.

⁵ Mi permetto di fare riferimento a COSTA, *Sulla competenza dell'assemblea di s.r.l. a deliberare operazioni modificative dell'oggetto sociale e dei diritti dei soci*, in *Nuovo diritto delle società*, (2023), pp. 827 ss. La matrice del potere del socio così delineata può spiegare, del resto, l'autonomia – e l'eventuale coesistenza – del controllo sulla gestione svolto in esecuzione dei poteri in questione rispetto a quello compiuto dall'organo nominato ai sensi dell'art. 2477, cc: se il primo è funzionalmente diretto all'interesse del socio alla corretta ed efficiente gestione del proprio investimento nell'attività d'impresa, il secondo è realizzato nell'interesse dei creditori, dei terzi e del mercato in generale. Per conclusioni simili, v. G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., pp. 590 ss.; M. RICCI, *I controlli individuali del socio non amministratore di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, pp. 120 s., che contrappone il potere-dovere dei sindaci al potere-diritto dei soci.

⁶ Per l'analisi del tema nel contesto dei gruppi societari, si rinvia a G. SCOGNAMIGLIO, *Sull'estensione al gruppo del diritto di informazione ed ispezione del socio di s.r.l.*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del codice della crisi. Studi in onore di O. Cagnasso*, a cura di M. IRRERA, Torino, 2020, pp. 1030 ss., ove ulteriori riferimenti.

perciò i problemi connessi alla ipotesi in cui il socio sia amministratore⁷ o abbia dichiarato il proprio recesso dalla società⁸.

2. I “confini” del diritto all’informazione e alla consultazione.

La delimitazione dell’ambito di applicazione del potere di controllo in esame può scomporsi in tre diversi profili: (a) le ragioni che giustificano l’esercizio del potere in esame; (b) l’oggetto del diritto in relazione sia alle informazioni richiedibili dal socio, sia alla tipologia dei documenti che possono essere da esso consultati; (c) i modi e la frequenza con cui il potere *de quo* può essere esercitato.

(a) Con riguardo al primo profilo, è di frequente rimarcato come il diritto di controllo sia servente rispetto a un *interesse proprio del socio* e possa essere esercitato strumentalmente a qualsiasi sua prerogativa, ivi inclusa la determinazione del valore della quota in vista del suo trasferimento. Si intende escludere, insomma, che l’esercizio del diritto sia indirizzato al perseguimento di un interesse della società o, tanto meno, al servizio di interessi generali o di terzi⁹. Se ne ricava, coerentemente, la piena

⁷ In argomento si rinvia a: G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata, Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, vol. II, Milano, 2010, pp. 1113 s.; A. ANGELILLIS-G. SANDRELLI, *sub art. 2476*, pp. 696 ss.; G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., pp. 593 ss.; e per una rassegna giurisprudenziale sul punto, v. E. LOFFREDO-G. RACUGNO, *Rassegna di giurisprudenza – Società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, II (2019), pp. 1204 ss.

⁸ La questione è tutt’oggi dibattuta e la soluzione dipende, a monte, dalle conclusioni raggiunte in merito al momento in cui può dirsi cessata la partecipazione del socio a seguito della dichiarazione di recesso; riconoscono il diritto di controllo al socio che abbia dichiarato il proprio recesso: in dottrina, G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., p. 653; G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., pp. 596 s. (seppure limitatamente alle «informazioni relative alla liquidazione della quota»; in giurisprudenza, *Trib. Pavia*, 5 agosto 2008, in *Giur. comm.*, II (2009), p. 1218; per la soluzione negativa si è espressa parte della giurisprudenza di merito: *Trib. Catanzaro*, 26 febbraio 2014, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II (2015), p. 352; *Trib. Roma*, 3 agosto 2016, in banca dati Dejure. Ha suscitato minori incertezze il riconoscimento del diritto di controllo *de quo* durante la fase di liquidazione della società: cfr., G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1115; e ora nella manualistica, G.M. BUTA, *I controlli*, in G. SANTONI-F. BRIOLINI-G.M. BUTA-F. ACCETTELLA, *Le società a responsabilità limitata*, Torino, 2022, pp. 246 s.

⁹ In questi termini, *ex multis*, v.: N. ABRIANI, *I controlli* cit., pp. 2037 s.; G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., p. 651; P. BUTTURINI, *I diritti del socio di s.r.l. e l’autonomia statutaria*, Milano, 2017, pp. 90 s.; A. BERTELOTTI, *I diritti dei soci ex art. 2476, 2° comma: qualche ulteriore considerazione sul tema*, in *Giur. it.*,

autonomia dagli altri rimedi societari, nel senso che l'esercizio del potere di controllo non è mai subordinato alla promozione di un ulteriore rimedio, come ad esempio l'azione di responsabilità o di revoca dell'amministratore¹⁰. La prospettiva appare del tutto condivisibile e idonea a segnare la rilevanza di un potere *lato sensu* proprietario sull'investimento del socio destinato all'attività d'impresa: l'esercizio delle prerogative di controllo rimane, infatti, connesso unicamente alla tutela dell'interesse del socio alla verifica della gestione attuata dagli amministratori eventualmente anche nella prospettiva di valutare il possibile disinvestimento.

(b) Come detto, il potere di controllo del socio si manifesta in due diverse direttrici: nel diritto all'informazione sugli «affari sociali» e in quello di consultazione mediante l'esame dei «libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione». Per chiarirne l'ambito di applicazione – quanto alla prima facoltà – occorre anzitutto assegnare un significato alla locuzione «affari sociali». Considerata la sua genericità, va condivisa l'interpretazione che intende l'espressione idonea a includere *ogni* momento dell'attività sociale: dalla gestione del patrimonio e determinazione degli utili, ai rapporti giuridici ed economici nei confronti dei terzi¹¹. In secondo luogo, quanto al carattere dell'informazione, l'opinione preferibile pare ancora una volta quella idonea ad assicurare una ampia operatività alla norma, e dunque quella che legittima il socio

2016, p. 123; M. BUSSOLETTI, *I diritti di controllo e di azione del socio di s.r.l.*, cit., pp. 29 s.; E. RICCIARDIELLO, *L'inerenza del diritto di controllo del socio non amministratore di s.r.l. al potere gestorio*, in *Giur. comm.*, II (2008), p. 232. Anche in giurisprudenza è ricorrente il rilievo: v., ad esempio, Trib. Roma, 27 luglio 2020, in *Giur. it.* (2021), p. 1668 ss. (che reputa pure il diritto non soggetto a prescrizione); Trib. Milano, 25 settembre 2019, in *Giur. it.* (2020), pp. 607 s.; Trib. Milano, 28 novembre 2016, in *Società* (2017), p. 545.

¹⁰ Cfr. G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1118; G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., p. 651; C. MONTAGNANI, *Il controllo del socio sulla gestione nella società a responsabilità limitata*, in *La società a responsabilità limitata in Italia e in Spagna. Due orientamenti a confronto*, a cura di N. ABRIANI-J.M.E. IRUJO, Milano, 2008, p. 485; E. RICCIARDIELLO, *L'inerenza del diritto di controllo del socio non amministratore di s.r.l. al potere gestorio*, cit., p. 232.

¹¹ Cfr. G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., p. 603, la quale, ad esempio, fa riferimento agli impieghi dell'attivo patrimoniale, ai programmi di acquisizione e alienazione, alle relazioni commerciali, alle retribuzioni dei dipendenti; e da ultimo, I. CAPELLI, *Il controllo dei soci*, cit., pp. 605 s., che ammette altresì la possibilità che la richiesta concerna i rapporti interni alla società (ad esempio, la determinazione e l'ammontare dei compensi degli amministratori).

alla richiesta di notizie dettagliate anche su *single* operazioni oppure, genericamente, sull'andamento sociale¹². Non pare, poi, che il diritto di informazione vada limitato alle sole operazioni già interamente compiute: viceversa, la richiesta può avere ad oggetto anche scelte gestorie in corso di svolgimento o di prossima attuazione¹³. Neppure sembra possibile limitare l'esercizio del diritto alla sede assembleare: il riconoscimento della facoltà in questione è del tutto avulsa dalla presenza di un procedimento assembleare¹⁴. Per contro, la richiesta dei soci deve essere specificamente indirizzata. In termini più espliciti, è da escludere la possibilità per i soci di interrogare direttamente i dipendenti o i rappresentanti della società, potendo essi rivolgere le loro richieste solo agli amministratori¹⁵. Oltre al chiaro dato testuale, muove in questo senso il confronto con il regime dei flussi informativi valido per l'organo gestorio della s.r.l. in applicazione del richiamo dell'art. 2381 CC per opera dell'ultimo comma dell'art. 2475 CC: se in forza di tale rinvio deve negarsi al singolo amministratore non delegato il potere individuale di interrogazione dei dipendenti o di ispezione della struttura aziendale, a maggior ragione si deve disconoscere una simile facoltà per il socio non amministratore¹⁶.

¹² In tal senso v. O. CAGNASSO, *Limiti al diritto di controllo dei soci non amministratori di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, II (2018), pp. 888 ss. (nota a Trib. Torino, 7 aprile 2017 - con la precisazione – in critica alla sentenza ivi commentata – che la richiesta di informazione sulle singole operazioni può estendersi anche alle «alle ragioni che hanno indotto a porre in essere tali operazioni o alle finalità perseguite»); ID., *sub art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, vol. II, Bologna, 2004, p. 1883; G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., p. 654; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1110; G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., p. 604 (la quale, tuttavia, sulla scorta della giurisprudenza tedesca, esclude la percorribilità di una richiesta generica rivolta agli «affari della società» o allo «stato delle cose»); S. AMBROSINI, *sub art. 2476*, in *Società di capitali. Commentario*, vol. III, Napoli, 2004, p. 1589; F. MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2003, p. 89.

¹³ È l'opinione di G. SANTONI, *Le decisioni dei soci nella società a responsabilità*, in *Dir. e giur.*, 2003, pp. 229 ss., sulla base di una lettura della norma congiunta a quella di cui all'art. 2479, c. 1, CC; *adde* G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., p. 604.

¹⁴ Cfr. G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., p. 604.

¹⁵ In ogni caso, va precisato, il legittimato passivo della richiesta dei soci rimane la società medesima: cfr. Trib. Ivrea, 2 luglio 2005, in *Società* (2005), pp. 1542 ss.

¹⁶ Per tutti v. N. ABRIANI, *I controlli*, cit., pp. 2043 ss.; O. CAGNASSO, *Limiti al diritto di controllo dei soci non amministratori di s.r.l.*, cit., p. 887, il quale pure menziona il

Venendo alla seconda prerogativa, quella pertinente alla documentazione sociale, è da registrare la prevalenza dell'orientamento che interpreta il dettato normativo in maniera estensiva. Invero, si tende a ricomprendere nella categoria dei documenti consultabili dal socio – direttamente o per il tramite di un suo professionista di fiducia – oltre ai libri sociali, non solo quelli funzionali a controllare l'esattezza dei conti annuali (come le scritture contabili), ma pure tutti i documenti propri delle vicende sociali, quali ad esempio: le fatture attive e passive, gli elenchi dei clienti e dei fornitori, la corrispondenza, i verbali di accertamento fiscale, gli atti giudiziari e amministrativi, nonché gli estratti di conto corrente della società e i contratti stipulati dalla medesima, oltre alle eventuali schede di lavorazione¹⁷. Del resto, la facoltà ora in discussione costituisce la prerogativa più efficace per realizzare un controllo sulla gestione. Cionondimeno, deve precisarsi che dal novero dei documenti ostensibili al socio la dottrina tende a escludere quelli che sono inerenti all'*attività d'impresa* o ai *risultati operativi della gestione*, limitando perciò l'ambito

confronto con l'art. 2403-bis, CC, che contempla sì un diritto di ispezione in capo ai singoli sindaci, ma appunto per previsione espressa; G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., pp. 654 s.; C. MONTAGNANI, *Il controllo del socio sulla gestione nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 485 (ove la ampiamente condivisa affermazione secondo cui l'accesso alla documentazione dovrà comunque avvenire in concreto mediante l'ausilio di chi partecipa alla gestione, non potendosi gravare il socio istante della ricerca dei documenti); I. CAPELLI, *Il controllo dei soci*, cit., pp. 614 s. (che mette in evidenza l'estensione del diritto di consultazione ai documenti informativi, escludendo però la possibilità del socio di ottenere la *password* di accesso dei *computer* aziendali, pena la trasfigurazione della facoltà in un diritto di ispezione); in giurisprudenza, v. Trib. Torino, 7 aprile 2017, in *Giur. comm.*, II (2018), pp. 880 ss.

¹⁷ Cfr. S. AMBROSINI, *sub art. 2476*, cit., p. 1590; G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., pp. 605 s. (ove pure un quadro del dibattito dottrinale precedente alla riforma del diritto societario del 2003); G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., p. 654; A. ANGELILLIS-G. SANDRELLI, *sub art. 2476*, cit., pp. 704 s.; O. CAGNASSO, *Limiti al diritto di controllo dei soci non amministratori di s.r.l.*, cit., p. 888; N. ABRIANI, *I controlli*, cit., pp. 2042 e 2046; I. CAPELLI, *Il controllo dei soci*, cit., pp. 610 e 620 ss. (ove pure la considerazione secondo cui l'organo amministrativo potrebbe rifiutare l'accesso alla documentazione al professionista incaricato dal socio per ragioni attinenti alla posizione di conflitto di interesse del medesimo: *arg. ex art. 2403-bis*, CC); in giurisprudenza, Trib. Roma, 31 gennaio 2017, in *giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Bologna, 6 dicembre 2006, in *Giur. comm.*, II (2008), p. 213 (con note di Guidotti e Ricciardello); Trib. Milano, 30 novembre 2004, in *Giur. it.* (2005), p. 1245; Trib. Parma, 25 ottobre 2004, in *Società* (2005), p. 758; *contra* Trib. Torino, 7 aprile 2017, cit., p. 884 (che esclude – sebbene forse per ragioni legate al caso di specie – l'applicazione della norma alla documentazione bancaria).

della norma alla documentazione riconducibile all'*attività di amministrazione*¹⁸. La precisazione appare condivisibile e, per la verità, presuppone, a monte, una distinzione fra ruolo del socio-proprietario e ruolo dell'amministratore-affidatario della gestione dell'investimento del primo del tutto in linea con la prospettiva qui adottata¹⁹. D'altro canto, si deve escludere la possibilità per il socio o per il professionista da esso incaricato di accedere direttamente alla "struttura" aziendale. Anche in questo caso la lettera della disposizione pone chiaramente tale limite, avendo il socio il diritto di «consultare» la documentazione, ma non appunto di accedere o ispezionare i luoghi in cui si svolge l'attività o dove si conservano i documenti sociali; nello stesso senso vanno, poi, le ragioni di ordine sistematico prima evidenziate con riguardo al diritto di informazione²⁰.

(c) Da ultimo, occorre svolgere alcune battute sui condizionamenti relativi al *come* si esercita il diritto di controllo del socio. Per quanto attiene al diritto di informazione – oltre a quanto già segnalato circa la sua autonomia rispetto al ricorrere di un procedimento assembleare – può aggiungersi che (salvo quanto meglio *infra* § 3) il suo esercizio non pare assoggettato a limitazioni temporali o di frequenza, potendosi ammettere

¹⁸ Per meglio comprendere la distinzione la dottrina ha formulato alcune efficaci esemplificazioni; con riguardo ai documenti inerenti all'attività d'impresa, si è portato il caso di una società produttrice di dolci, rispetto alla quale il socio non potrà di certo chiedere di visionare le ricette relative alle modalità di preparazione dei prodotti; per quanto concerne la tipologia dei documenti recanti risultati operativi, si è richiamato quale esempio quello della società di progettazione, in relazione alla quale il socio non può senz'altro richiedere di visionare i disegni e le tavole predisposti per il cliente (anche perché, facendo altrimenti, si discriminerebbe tra società manifatturiera, ove i risultati non sono generalmente incorporati in documenti, e società di servizi, in cui i risultati hanno di norma carattere documentale): cfr. N. ABRIANI, *I controlli*, cit., p. 2046; G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., pp. 656 s.; da ultimo I. CAPELLI, *Il controllo dei soci*, cit., pp. 611 ss. La condivisibile precisazione posta dalla dottrina appare definire il contenuto della pretesa del socio, dovendosi allora intendere l'elemento non già quale limite intrinseco del diritto (così tuttavia Presti), bensì quale connotato suo proprio, quale elemento che in positivo deve ricorrere affinché esista la relativa pretesa.

¹⁹ Conf. G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., p. 657 (secondo cui «il mantenimento di una sfera documentale "riservata" agli amministratori appare coerente alla comunque persistente distinzione di ruoli tra amministratori e soci [...]).

²⁰ Nel senso del testo v. gli autori citati *supra* nt. 16.

altresì l'intervento di professionisti di fiducia del socio sottoposti a un vincolo professionale di riservatezza²¹.

Del pari, quanto al potere di accedere alla documentazione, viene pacificamente ritenuto che non sussistano tempi o modalità prestabilite per il suo esercizio²². È anzi frequente rimarcare come il diritto di controllo sui documenti debba essere concesso ogniqualvolta il socio ne faccia richiesta e che esso possa essere ripetuto nel tempo, anche a distanza di brevi intervalli²³. Ulteriormente, è da condividersi l'opinione secondo cui il controllo possa svolgersi tanto in maniera specifica – cioè con riguardo a certi documenti già identificati dal socio *ex ante* – quanto in maniera globale, vale a dire senza la preventiva indicazione da parte dell'istante dei documenti che ha intenzione di visionare²⁴. Ancora. È ritenuta legittima sia la consultazione – ad opera del socio o del suo professionista di fiducia – presso la sede sociale, sia la facoltà di estrarre copia della medesima documentazione²⁵.

²¹ La soluzione, evidentemente, presuppone una lettura estensiva della disposizione, la quale prevede espressamente tale facoltà solo con riguardo alla consultazione della documentazione sociale. La tesi non è unanimemente sostenuta; in tal senso si esprimono: N. ABRIANI, *I controlli*, cit., p. 2049; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1107; G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., p. 659; G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., p. 60.

²² Ciò, evidentemente, vale sempreché lo statuto sociale non abbia integrato il dettato normativo. Al riguardo, in dottrina può dirsi prevalente l'opinione che, in linea di massima, ritiene legittime le clausole statutarie che possano dirsi integrative della disciplina legale ma non derogatorie, tali cioè da precisare le modalità dell'esercizio del diritto, lasciandone integro il suo contenuto. La soluzione va tuttavia ulteriormente articolata a seconda che la s.r.l. abbia o meno un organo di controllo e sia o meno sottoposta alla disciplina in materia di s.r.l. PMI e abbia fatto ricorso alla creazione di categorie di quote dotate di particolari diritti di controllo: sul tema, per tutti, v. N. ABRIANI, *I controlli*, cit., pp. 2051 ss., ove ulteriori riferimenti e chiarimenti sulle diverse tesi.

²³ G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1109; G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., p. 606; A. ANGELILLIS-G. SANDRELLI, *sub art. 2476*, cit., p. 705; già in passato, Pret. Venezia, 27 febbraio 1990, in *Foro it.*, I (1990), col. 3272, la quale aveva riconosciuto che il socio fosse addirittura legittimato ad una consultazione giornaliera.

²⁴ G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., pp. 606 s.; Trib. Bologna, 6.12.2006, cit.

²⁵ Tale possibilità è riconosciuta dall'orientamento assolutamente prevalente: per tutti v. N. ABRIANI, *I controlli*, cit., p. 2050; I. CAPELLI, *Il controllo dei soci*, cit., pp. 623 s.; G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., p. 660; M. BUSSOLETTI, *I diritti di controllo e di azione del socio di s.r.l.*, cit., pp. 31 s.; A. ANGELILLIS-G. SANDRELLI, *sub art. 2476*, cit., pp. 708 s.; E. FREGONARA, *I nuovi poteri di controllo del*

Tuttavia, sono opportune alcune precisazioni. Anzitutto, posto che il diritto di controllo non può svolgersi in pregiudizio della società, le sue modalità di esercizio devono essere concordate fra la società e il socio istante, il quale potrà fornire alla prima un elenco dettagliato di quanto richiesto²⁶, e ciò per evitare di sottoporre la prima a impegni gravosi, specialmente là dove il controllo sia reiterato nel tempo (v. pure *infra* § 3)²⁷. In aggiunta, qualora la richiesta abbia ad oggetto una mole considerevole di documenti, è senz'altro legittimo ipotizzare che la società debba comunque metterli a disposizione; ma, al contempo, è pure corretto precisare che, in ogni caso, sia il socio a doverli consultare presso la sede legale senza poterne pretendere l'invio a mezzo posta elettronica. Ed è infatti ricorrente in giurisprudenza l'affermazione secondo cui il diritto di consultazione e di estrazione di copia dei documenti sociali non comprende quello di farsi inviare presso il proprio domicilio la copia della documentazione richiesta²⁸, né tantomeno quello di gravare la società stessa dell'individuazione (o dell'elaborazione *ad hoc*) della documentazione rilevante per il socio²⁹. È sicuro, d'altro conto, che i relativi costi – fra i quali sono da annoverare quelli di copia – sono comunque a carico del socio medesimo, e ciò, anche là dove venga coinvolto un professionista esterno, di fiducia del socio o della società³⁰.

socio di società a responsabilità limitata, in *Giur. comm.*, I (2005), p. 800; E. RICCIARDIELLO, *L'inerenza del diritto di controllo del socio non amministratore di s.r.l. al potere gestorio*, cit., p. 237; anche la giurisprudenza è di questo avviso: v., ad esempio: Trib. Venezia, 20 giugno 2018, in banca dati Dejure; Trib. Bologna, 12 ottobre 2017, in *Giur. comm.*, II (2018), pp. 1033 ss.; Trib. Pavia, 1° agosto 2007, in *Società* (2009), p. 504; Trib. Milano, 8 ottobre 2015 e 29 settembre 2015, in *Società* (2016), p. 699; tuttavia, va segnalata l'opinione contraria di un orientamento meno recente delle corti di merito: v. Trib. Parma, 25 ottobre 2004, in *Società* (2005), p. 758.

²⁶ Il socio non è perciò tenuto a identificare preventivamente i documenti richiesti (Trib. Bologna, 6 dicembre 2006, in *Giur. comm.*, II (2008), pp. 231 ss.), ma la società non può essere gravata dall'onere di identificare i documenti richiesti dal socio a fronte di una istanza generica (App. Milano, 13 febbraio 2008, in *Società* (2009), p. 205).

²⁷ Lo rimarca M. BUSSOLETTI, *I diritti di controllo e di azione del socio di s.r.l.*, cit., p. 28.

²⁸ Cfr. Trib. Parma, 25.10.2004, in *Società* (2005), pp. 758 ss.; Trib. Milano, 15 maggio 2008, in *Giur. it.* (2009), pp. 656 ss.

²⁹ In giurisprudenza v. App. Milano, 13 febbraio 2008, in *Società* (2009), pp. 205 ss.; in dottrina, R. GUIDOTTI, *I diritti di informazione e di consultazione del socio*, cit., p. 440.

³⁰ Per tutti, v. N. ABRIANI, *I controlli*, cit., p. 2050.

3. L'esercizio secondo buona fede del diritto di controllo e il suo limite funzionale.

Tutto ciò detto in punto di contenuto del diritto di informazione e di consultazione, rimane da precisare quali siano i limiti, “interni” ed “esterni” – o se si preferisce (come talora affermato da dottrina e giurisprudenza) intrinseci ed estrinseci – delle facoltà in esame attribuite al socio³¹. Iniziamo dai primi. È assai diffusa, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la notazione secondo cui l'esercizio del diritto di controllo del socio deve essere in concreto conforme al canone di correttezza e buona fede³². Il riferimento appare del tutto convincente finché con esso si intenda negare la legittimità di un esercizio del diritto in parola retto dal mero fine di danneggiare la società o promosso secondo modalità o in circostanze tali da essere inutilmente d'intralcio all'attività sociale, sebbene in questo caso appare più corretto parlare di limite “esterno” al diritto anziché “interno”. Nel merito, è pienamente convincente sostenere che, qualora la richiesta del socio sia occasionata da intenti ostruzionistici o comunque tali da rendere gravosa la gestione sociale, e dunque idonea ad essere stigmatizzata come emulativa, l'amministratore possa eccepire la contrarietà a buona fede del comportamento del socio e neutralizzarne la pretesa in forza dell'*exceptio doli generalis*³³. In quest'ottica, dunque, la domanda di una certa gamma

³¹ In questi termini si esprime G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., pp. 656 ss.

³² Il rilievo è rimarcato assai di frequente: senza completezza, v. N. ABRIANI, *I controlli*, cit., p. 2048; I. CAPELLI, *Il controllo dei soci*, cit., p. 616; G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., p. 656; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1112; A. ANGELILLIS-G. SANDRELLI, *sub art. 2476*, cit., pp. 706 s.; G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., pp. 608 ss.; S. AMBROSINI, *sub art. 2476*, cit., p. 1588; M. PERRINO, *La «rilevanza del socio» nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, I (2003), p. 818; in giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Trib. Milano, 30 novembre 2004, in *Giur. it.* (2005), pp. 1245 ss.; Trib. Bologna, 6 dicembre 2006, in *Giur. comm.*, II (2008), pp. 213 ss.; Trib. Roma, 9 luglio 2009, in *Foro it.*, I (2010), p. 1972 (con nota di RANUCCI); Trib. Torino, 3 luglio 2015, in *Società* (2016), p. 111; Trib. Milano, 8 ottobre 2015, cit., p. 704; Trib. Taranto, 13 luglio 2007, in *Giur. it.* (2008), p. 122; Trib. Bologna 18 giugno 2020, in *Società* (2020), p. 1167.

³³ Cfr. I. CAPELLI, *Il controllo dei soci*, cit., p. 618; G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., pp. 608 s. In generale sulla figura dell'*exceptio doli generalis*, nella amplissima letteratura, v., per tutti, A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I (1998), pp. 147 ss.

di documenti o la richiesta di informazioni – pur legittima in astratto, ossia idonea ad essere compresa nell’ambito del diritto – potrebbe essere revocata in dubbio, qualora essa sia strumentale a infastidire la società, i suoi organi o soci³⁴.

È altrettanto ricorrente invocare il rispetto della buona fede in senso oggettivo pure per paralizzare le richieste del socio che si trovi in una condizione di conflitto d’interesse, dovuto allo svolgimento di attività concorrente con la società o, più in generale, alla presenza, in concreto, di un interesse contrapposto a quello sociale³⁵. In questi casi, tuttavia, il *mero* richiamo del detto parametro non pare in sé del tutto adeguato a fondare il pur legittimo (e finanche doveroso) rifiuto dell’organo amministrativo di assecondare una siffatta richiesta del socio, potenzialmente foriera di danno per l’attività sociale. A tal riguardo, di là dalla precisazione dei termini in cui la citata clausola generale di buona fede possa valere per il fenomeno societario³⁶, v’è da chiedersi se il comportamento richiesto dal socio possa dirsi imposto dal detto canone. E, in effetti, l’astensione da una attività concorrente o comunque da un comportamento idoneo a beneficiare il socio seppure a scapito della società presuppone un obbligo di cura dell’interesse sociale che sembra fuoriuscire dal “solco” della buona fede, tanto qualora essa sia intesa quale onere di attivarsi per salvaguardare l’utilità altrui nei limiti di un sacrificio accettabile, quanto nel caso in cui si adotti una concezione solidaristica o protettiva del canone: il contegno richiesto al socio presuppone, infatti, una *attiva cooperazione all’attività d’impresa* difficilmente riconducibile

³⁴ V., *ex multis*, Trib. Venezia, 20 giugno 2018, cit.; Trib. Catania, 3 marzo 2006, in *Giur. comm.*, II (2007), pp. 920 ss. (per il caso in cui le richieste siano formulate come mezzo di pressione impropria sull’organo gestorio); Trib. Milano, 30 novembre 2004, cit. (per il caso di richieste ripetitive); Trib. Cagliari, 25 febbraio 2013, in *Riv. giur. sarda*, I (2013), p. 507 (per la richiesta del socio da poco tempo cessato dalla carica di amministratore, reiterata nel tempo, sproporzionata e non eseguita da parte dello stesso socio).

³⁵ Cfr., per tutti, G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, cit., pp. 611 s.

³⁶ Sul tema, in questa sede, ci si limita a richiamare gli studi di A. GAMBINO, *Il principio della correttezza nelle società per azioni*, Milano, 1987; F. DI SABATO, *Il principio di correttezza nei rapporti societari*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, vol. I, Torino, 2007, pp. 133 ss.; G. MERUZZI, *L’exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005.

al parametro in questione³⁷. A giustificazione del diniego della istanza del socio nei casi in esame, non sembra possibile neppure invocare il rispetto di una generica esigenza di riservatezza³⁸. Per vero, pur prescindendo dal dubbio circa il suo fondamento, se è solo la diversità soggettiva fra soci e società a giustificare l'operatività di tale esigenza, resta il fatto che la regola dovrebbe valere *ex ante* e in ogni caso, consentendo perciò il rifiuto da parte degli amministratori ogniqualvolta si tratti di una notizia non di pubblico dominio. Ciò, tuttavia, vorrebbe dire ritornare alla regola vigente prima della riforma del 2003³⁹.

Invero, se la condizione di socio realizza, e presuppone, una partecipazione all'impresa sociale, il richiamo di una generica esigenza di riservatezza non pare del tutto convincente, dal momento che l'interesse alla base di tale istanza presuppone non solo una alterità soggettiva, ma pure una divergenza sul piano del successivo utilizzo delle notizie. In altre parole, ha ragione di porsi una eccezione di riservatezza nei confronti di chi, si crede, utilizzerà le informazioni per finalità confliggenti da quelle perseguite da chi le detiene. Ma proprio questa notazione consente forse di superare l'*impasse* argomentativa. A bene vedere, infatti, la richiesta del socio in vero conflitto d'interesse, o comunque in una posizione divergente rispetto a quella sociale, può essere paralizzata non tanto in ragione della contrarietà del comportamento del socio a buona fede, quanto piuttosto in ragione della violazione così compiuta alla funzione stessa della sua partecipazione all'impresa comune: se il socio è tale perché destina alla società il proprio conferimento in vista dello svolgimento di una certa attività, le prerogative di controllo sono ad esso

³⁷ Per considerazioni simili a quelle nel testo, sebbene in un altro contesto tematico, v. U. MINNECI, *Servizi di investimento e gradazione dei clienti*, Milano, 2013, p. 89; e, più in generale ma nell'ambito proprio dell'organizzazione d'impresa, v. E. GINEVRA, *Libertà d'impresa, autonomia privata e nuove direttrici per l'interprete*, in *Liber amicorum per Aldo A. Dolmetta. L'orizzonte è una linea che non c'è*, Pisa, 2023, pp. 583 s. Sulla portata del principio di buona fede, anche per ulteriori riferimenti alla vastissima letteratura, v. di recente F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

³⁸ In questo senso, v., ad esempio, Trib. Milano, 13 maggio 2017, n. 2476, in banca dati Dejure;

³⁹ Per questo ultimo rilievo, v. N. ABRIANI, *I controlli*, cit., p. 2049, ove il richiamo della giurisprudenza *ante* riforma che appunto, facendo applicazione del previgente quadro normativo, legittimava gli amministratori allorché «la risposta comporti la diffusione di notizie destinate a rimanere riservate e la cui diffusione possa arrecare pregiudizio alla società» (Cass., sez. un. 2 febbraio 2000, n. 27, in *Giur. comm.*, II (2000), p. 73).

riconosciute in tanto e in quanto esse siano esercitate al fine di controllare che gli amministratori rispettino il vincolo impresso alle risorse destinate a impresa. Qualora invece il socio travalichi tale funzione, esercitando il potere di controllo per fini diversi, la richiesta potrà dirsi contraria alla *ratio* dell'art. 2476, c. 2, CC e priva di fondamento⁴⁰.

4. La protezione dei dati personali quale limite “esterno” al potere del socio.

Se l'istanza di riservatezza della società non pare sufficiente in sé a negare la tutela del diritto *de quo*, è nondimeno possibile che essa possa valere quale limite per così dire “esterno” all'esercizio del medesimo diritto in tutti quei casi in cui sia l'ordinamento ad accordare autonoma rilevanza e apposita tutela al detto interesse di *privacy*. Del resto, è da tempo segnalato come il diritto del socio non amministratore a ricevere informazioni o consultare la documentazione sociale possa essere limitato altresì in ragione del doveroso rispetto da parte della società di altre norme dell'ordinamento poste a tutela dei terzi. Non si può, in altri termini, prescindere dal considerare le inevitabili ricadute dell'esercizio del potere del socio sulle *altrui situazioni giuridiche direttamente coinvolte dal detto esercizio*⁴¹.

In questo contesto, la prima disciplina con la quale occorre misurarsi è quella dedicata alla protezione dei dati di cui al Regolamento UE 679/2016 (“GDPR”), la cui rilevanza fra le regole dell'organizzazione

⁴⁰ In senso prossimo pare N. ABRIANI, *I controlli*, cit., p. 2047, che intende la posizione di conflitto di interesse del socio quale limite ulteriore e autonomo rispetto a quello discendente dal criterio di buona fede; *contra* I. CAPELLI, *Il controllo dei soci*, cit., p. 619; e, in giurisprudenza, Trib. Bologna, 12 dicembre 2012, in *Contratti*, 2013, p. 193, ove l'affermazione secondo cui il solo fatto di svolgere attività in concorrenza non è sufficiente a ritenere abusiva la richiesta *ex art.* 2476, c. 2, CC. Per maggiori dettagli sul valore della partecipazione societaria e del vincolo di destinazione impresso alle risorse poste a servizio dell'impresa comune sia consentito nuovamente il rinvio a COSTA, *Sulla competenza dell'assemblea di s.r.l. a deliberare operazioni modificative dell'oggetto sociale e dei diritti dei soci*, cit., pp. 827 ss., ove ulteriori riferimenti.

⁴¹ Il profilo è da tempo segnalato da G. PRESTI, *Il diritto di controllo dei soci non amministratori*, cit., p. 658 («il diritto di controllo del socio deve essere inserito nel contesto dell'ordinamento e non può considerarsi un *a priori* impermeabile agli altri valori protetti dal sistema», enfasi nel testo); *adde* C. IBBA, *Consorzi fidi, diritti di controllo dei soci e segreto bancario*, in *Rivista ODC*, 2018, p. 7.

d'impresa è da tempo riconosciuta e via via sempre più indagata, fino ad essere oggi oggetto di verifica pure per le sue implicazioni a livello di *governance* societaria⁴². In questa sede, è sufficiente segnalare quali siano gli elementi di tale regolamentazione che vengono in rilievo in relazione al potere di controllo del socio nella prospettiva di limitarne in concreto l'operatività. In proposito, rileva osservare come il detto Regolamento appronti un sistema di tutele e garanzie in favore del soggetto cui si riferiscono i dati personali a condizione che si tratti di «informazioni riguardanti una persona fisica identificata o identificabile (il c.d. “interessato”)»⁴³. In breve, qualora i dati di una persona fisica – ossia qualsiasi informazione che la riguardi⁴⁴ – siano trattate al di fuori di una «attività a carattere esclusivamente personale o domestico»⁴⁵, il soggetto che compie «qualsiasi operazione o insieme di operazioni [...]»⁴⁶ relativamente a tali informazioni deve rispettare i presidi organizzativi e comportamentali imposti dalla disciplina di settore. In ogni caso, dunque,

⁴² Cfr. N. ABRIANI-G. SCHNEIDER, *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione. IT, Corporate governance e Corporate Social Responsibility*, in *Riv. soc.* (2020), pp. 1326 ss.; L. MIOTTO, *Organizzazione di impresa e gestione dei dati personali*. Il rischio di non compliance nelle catene di fornitura, Torino, 2023. È da segnalare, peraltro, che la disciplina sul trattamento dei dati personali registra una evoluzione di contenuto nel concetto stesso di *privacy*, passato dal *right to let be alone* (S. WARREN-L. D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4 (1890), pp. 193 ss.) al diritto di mantenere il controllo sull'uso delle proprie informazioni (cfr., per tutti, S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Bologna, 1995, pp. 19 ss.).

⁴³ Cfr. art. 4, n. 1, Reg. 2016/679/UE, dove pure si definisce “identificabile” la persona fisica «che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

⁴⁴ Più nel dettaglio, il Regolamento in questione contempla diverse categorie di dati: (i) dati comuni (nome, cognome, data di nascita, indirizzo di residenza, numero di telefono); (ii) dati particolari *ex art. 9*, GDPR (es., origine razionale o etnica, opinioni politiche, convinzioni religiose o filosofiche, appartenenza sindacale, dati genetici, dati biometrici, orientamento sessuale); (iii) dati giudiziari relativi a condanne penali e reati contesti (art. 10, GDPR). La classificazione non è fine a sé stessa, ma implica dei diversi presupposti di legittimazione per il trattamento del dato personale.

⁴⁵ Cfr. art. 2, c. 2, lett. c). Reg. 2016/679/UE.

⁴⁶ È la definizione di “trattamento” sancita dall'art. 4, n. 1, Reg. 2016/679/UE che esemplifica le operazioni rilevanti nel «la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione».

la tutela è limitata ai dati delle persone fisiche, con esclusione di quelli delle persone giuridiche o di enti, siano o meno dotati di personalità⁴⁷. Gli obblighi imposti dal Regolamento, più nello specifico, si rivolgono a due figure chiave, entrambe definite in termini funzionali: il «titolare del trattamento» e il «responsabile del trattamento». Col primo ci si riferisce a colui il quale (persona fisica o giuridica) «determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali»; col secondo alla persona fisica o giuridica «che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento»⁴⁸. Chi assume le dette qualifiche è chiamato a garantire il rispetto di una serie di presupposti e regole nell'uso dei dati personali, e cioè, *inter alia*, a verificare che: (i) il trattamento sia lecito, ossia che i dati siano raccolti al ricorrere della giustificazione ammessa a seconda del tipo di dato personale raccolto (artt. 5, lett. a); 6 e 9, c. 2, 10, GDPR)⁴⁹; (ii) i dati vengano registrati, e successivamente trattati, per determinate finalità e nella misura strettamente necessaria al loro perseguimento (art. 5, lett. b) e c), GDPR); (iii) le informazioni assunte devono essere conservate per un arco di tempo non superiore a quello strettamente necessario per il perseguimento delle finalità selezionate (art. 5, lett. e), GDPR); (iv) i dati personali devono essere trattati in modo da «garantire un'adeguata sicurezza [...], compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali» (art. 5, lett. f), GDPR)⁵⁰.

Ora, in una società a responsabilità limitata, e in genere in una società di capitali, il titolare del trattamento dei dati è tendenzialmente la società medesima: per quanto la nozione in questione sia basata sul dato funzionale – e perciò a rigore tale ruolo possa essere svolto da un soggetto

⁴⁷ Lo rimarca, ad esempio, B. VERONESE, *Privacy 4.0.: oneri e strategie per le PMI*, in *Impresa e rischio*, a cura di S.A. CERRATO, Torino, 2019, p. 279; C. DEL FEDERICO-A.R. POPOLI, *Disposizioni generali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. FINOCCHIARO, Bologna, 2017, pp. 79 ss., (cui si rinvia per ulteriori dettagli).

⁴⁸ Cfr. art. 4, n. 1, Reg. 2016/679/UE.

⁴⁹ Cfr. *supra* nt. 44 per la classificazione dei dati.

⁵⁰ Per un commento si rinvia a B. VERONESE, *Privacy 4.0.: oneri e strategie per le PMI*, cit., pp. 282 ss.; F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. FINOCCHIARO, Bologna, 2017, pp. 101 ss.

qualsiasi, anche persona fisica –, in ragione della rilevanza esterna dei suoi compiti (che impongono la costante assunzione nei confronti dei terzi della garanzia circa il rispetto della normativa di settore), appare senz'altro preferibile che la funzione di titolare del trattamento venga assunta direttamente dalla società⁵¹. Diverso pare, invece, per il caso della funzione di responsabile del trattamento la quale, specie nelle organizzazioni meno articolate, può essere assegnata a un amministratore o a un dipendente della società.

Orbene, poiché l'esercizio del diritto di controllo, pur avendo ad oggetto informazioni e documenti concernenti l'attività di amministrazione, può talora – e a seconda dell'attività d'impresa svolta – coinvolgere altresì i dati dei terzi raccolti dalla società (in qualità di titolare del trattamento), gli amministratori si trovano nella condizione di dovere valutare se la richiesta del socio sia o meno conforme alla disciplina sulla protezione dei dati personali. In questa prospettiva, appare lecito, e anzi doveroso, da parte dei gestori disattendere l'istanza dei soci qualora la sua esecuzione implichi, ad esempio, la trasmissione di dati sensibili (di cui agli artt. 9 e 10, GDPR) oppure la violazione delle condizioni che legittimano il trattamento anche dei dati comuni.

Abstract: It is recurrent noting that the shareholder of limited liability companies has a decisive role not only in corporate governance but also in the management of the enterprise. Among the powers, which justify this assertion and give content to the said position, there are certainly those recognized by Article 2476, paragraph 2, of the Civil Code. The analysis is aimed at reconstructing the contours and limits of the power of control assured to the shareholder by this rule.

Keywords: control; shareholder; management; good faith; processing of personal data.

⁵¹ Cfr., seppure prima del Regolamento GDP, la “*Guida pratica e misure di semplificazione per le piccole e medie imprese*”, GPDP, 2007.

Presentazione

(A. Bettetini, M. Corti, L. Maganzani)

In questo numero di JusOnline e in quello successivo vengono pubblicati, in un'apposita sezione tematica, previa consueta procedura di referaggio, una serie di articoli di colleghi ucraini, che spaziano nei più disparati campi del diritto. La proposta di pubblicazione, pervenuta dai colleghi, è stata accettata con entusiasmo dalla direzione: è sembrato infatti opportuno offrire una particolare visibilità alla dottrina di questo Paese martoriato dal conflitto bellico per testimoniare la continuità della riflessione giuridica anche nelle condizioni più difficili e per offrire una prospettiva di speranza nella prossima conclusione di questa incomprensibile tragedia. Risuonano ancora nelle nostre orecchie le parole pronunciate dal Pontefice nella solenne Messa pasquale, quando ha nuovamente invocato la fine di questa guerra fratricida e invitato la Comunità internazionale ad adoperarsi attivamente per il ritorno della pace.

Ed è con questo auspicio che si apre questa sezione di JusOnline.

Nei saggi pervenuti la guerra e la politica rimangono per lo più sullo sfondo: soltanto nel contributo di P. Dikhtievskiy, V. Pashinskyi, N. Zadyraka, L. Chupryna e O. Kryvenko, dedicato alle problematiche del diritto militare e alle sue linee di sviluppo nel contesto dell'invasione russa, il conflitto occupa un ruolo centrale.

La maggior parte degli altri articoli si concentra invece su tematiche pubblicistiche (diritto amministrativo, diritto costituzionale, diritto tributario).

I. Boiko, O. Soloviova, O. Zyma, V. Somina e Y. Mekh, in particolare, si occupano dell'emergere di un diritto amministrativo globale come conseguenza delle sfide cui l'intera umanità sempre più spesso si confronta (pandemia e crisi ecologica, soltanto per citare quelle più recenti).

L'amministrazione delle finanze pubbliche, esaminata anche attraverso lo strumento della comparazione, è al centro dell'analisi del saggio di N. V. Vorotina, O. M. Koval, V. Ye. Vorotin, V. M. Prodanyk e A. N. Shynkarov, mentre dei problemi di diritto interno ucraino in questa sfera si occupa il contributo di N. Iakymchuk, H. Andrushchenko, O. Vaitsekhovska e L. Hrytsaienko.

L'articolo di I. Kovbas, M. Koval, I. Petrovska, P. Krainii e Y. Kotsan-Olynets è invece dedicato ai profili regolatori delle rappresentanze dell'utenza nell'ambito della pubblica amministrazione come strumento di democratizzazione dell'azione amministrativa.

Sugli enti pubblici e sul loro inquadramento nelle categorie del diritto pubblico o di quello privato si concentra il saggio di V. Piddubna, A. Stativka e G. Korniyenko, che conducono la loro analisi alla luce delle esperienze francese e tedesca.

A temi di diritto costituzionale è consacrato il contributo di V. M. Ternavska, A. M. Kolodiy, M. M. Prokhorenko e D. V. Petrenko, che si focalizza sul ruolo dei comitati parlamentari nel procedimento legislativo, sottolineando come nell'attuale sistema semi-presidenziale, con una chiara maggioranza parlamentare in favore del presidente in carica, tale ruolo sia marginale.

Si concentra sul procedimento legislativo anche il saggio di V. H. Zaverukha, V. O. Zarosylo, O. M. Kaplya, V. L. Grokholskyi e A. M. Podolyaka i quali, sulla base di una serrata comparazione fra le norme in materia applicate nei paesi dell'UE e quelle tipiche dell'esperienza sovietica che ancora influenzano i paesi che ne raccolgono l'eredità culturale, auspicano una evoluzione del diritto ucraino verso un modello europeo.

È di taglio comparato anche il lavoro di L. Mikhnevych, L. Vasylchuk, A. Hryhorenko e Y. Rud, che si occupa della *vexata quaestio* dell'immunità parlamentare, dei suoi modelli e dei suoi limiti, spesso facile preda, in Ucraina ma non solo, di proposte riformatrici di taglio populistico.

Il ruolo del giudice e, in particolare, gli aspetti positivi e negativi del cd. "attivismo giudiziale", tanto in Ucraina che nelle corti internazionali, costituiscono poi il tema del saggio di O. Balynska, M. Hurkovskyi, H. Savchyn, O. Onyshko e O. Kravchuk.

Unico contributo di diritto tributario, il saggio di I. I. Komarnytska, N. Ya. Zabolotna e M. V. Parasiuk si focalizza sull'apparato sanzionatorio, sia amministrativo, sia penale, con particolare attenzione agli aspetti di prevenzione.

Al limitare tra diritto pubblico e privato si colloca il saggio di O. Hnativ, T. Rym, V. Tsikalo e O. Rym, che approfondisce il tema dell'utilizzo di norme imperative e dispositive nella disciplina di regolazione degli investimenti. Appartiene, invece, pienamente all'alveo delle discipline civilistiche il contributo di V. Nahnybida, Zh. Chorna, S. Lozinska, R. Ivanova e M.

Boryslavska le cui intense pagine dedicate alla libertà contrattuale, alle sue garanzie e alle sue possibili limitazioni si giova anche della comparazione e del confronto con il diritto dell'UE.

Concludono due saggi di diritto del lavoro e uno di diritto della previdenza sociale. Il primo, a firma di O. M. Yaroshenko, M. I. Inshyn, R. Ye. Prokopiev, O. H. Sereda e O. A. Yakovlyev, è incentrato sulla legislazione ucraina di tutela contro lo sfruttamento del lavoro minorile: il fenomeno, purtroppo in espansione, e non da ultimo a causa della guerra, è analizzato anche alla luce dell'esperienza comparata e internazionale onde individuare i difetti di regolazione che impediscono di contrastarlo efficacemente. Il secondo, di V. Shcherbyna, V. Pikul, V. Shal, O. Vitruk e D. Svitovenko, si concentra sul diritto del lavoro ucraino, che viene esaminato alla luce del concetto di *decent work*, di derivazione OIL, e di alcune direttive emblematiche dell'UE in materia, come quella sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili: il nuovo disegno di legge sul lavoro, in particolare, presenta numerosi profili che confliggono tanto con le fonti internazionali, quanto con il diritto dell'UE, e necessitano, pertanto, di opportuna correzione prima della definitiva approvazione. Il terzo, firmato da I. Krykhovetskyi, N. Lutska, O. Andrukhiv, I. Rosovska e R. P. Lutskyi si focalizza sul concetto di sicurezza sociale nella legislazione ucraina in comparazione con quella di vari paesi dell'UE, anche al fine della realizzazione di un moderno sistema di *welfare state*.

Prima di lasciare al lettore il piacere della lettura dei saggi, è d'obbligo evidenziarne il marcato approccio comparatistico, specialmente con la normativa degli Stati dell'Unione europea, volutamente finalizzato a mostrare il profondo desiderio del popolo ucraino, qui rappresentato da un gruppo scelto di professori universitari di diritto, di distaccarsi dal modello russo, che vede lo Stato protagonista, per adottare invece il modello europeo dove protagonisti sono – almeno a parole – i cittadini. È questa la migliore testimonianza del fatto che l'Ucraina è già parte integrante dell'Europa, nella speranza che un futuro non troppo lontano possa riservarci la sorpresa di un continente finalmente rappacificato, senza più trincee, muri ed eserciti ai confini.

NATALIIA IAKYMCHUK^{a*}, HALYNA ANDRUSHCHENKO^a, OKSANA
VAITSEKHOVSKA^b, LEONID HRYTSAIENKO^c, OLEG RADCHENKO^d

Analysis of the legal regulation problems in the budget system of Ukraine**

**Summary: 1. Introduction, 2. Materials and methods, 3. Results and
discussion, 4. Conclusions.**

DOI: 10.26350/18277942_000117

1. Introduction

The budget system of Ukraine is one of the key institutions of the financial system in the state. After all, since the establishment of statehood and sovereignty, with financial resources consolidated into a single budget system of Ukraine, the state of Ukraine and the territorial communities perform the functions and tasks entrusted to them, acting as bodies of state power and local self-government. In their activities, they comply with the requirements of Article 19 of the Constitution of Ukraine, which states that "State and local authorities and their officials shall act only on the grounds, within the limits of the authority and in the manner prescribed by the Constitution and the laws of Ukraine". In the budgetary process they act as subjects of management of budgetary funds within the limits of their authority, and in accordance with Article 2, Part 1, Paragraph 12 of the Budget Code of Ukraine, along with other non-profit organisations established by public authorities and local authorities, are recognised as budgetary institutions, which are fully financed by the state budget or local budget, respectively.

After all, the budget system, as an independent unit of the financial system, is the subject of legal regulation of the budget law branch and makes it possible to regulate economic and social processes in the interests of members of society¹. In today's realities of market globalisation, with

*E-mail: nataliiaiakymchuk@proton.me

^aTaras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

limited rights of the state to influence the economic components of the country, the role of the budget system as one of the fundamental tools of public regulation in economic relations is increasing significantly^{2,3}. For this reason, the study of budget law as a separate institute of public finance law at the present stage of development of the independent state acquires particular relevance as the need for theoretical comprehension of the public life phenomena, their transformation, new challenges facing the state in terms of financial decentralisation, administrative and legal reforms, as well as a shortage of financial resources in all parts of the budget system. Based on the analysis of these phenomena, it is important to understand the trends of the budget system development, to prevent certain crises and it is possible to choose the way of solving urgent problems. Budgetary activity is cyclical, having the periodic nature of successive actions to generate financial resources for all parts of the budget system and to use them efficiently during the budget year (budget period). At the same time, budgetary activity is a management activity and acts as an element of the social management mechanism^{4,5,6}. The budget is an economic category that embodies the relationship arising in the process of the deliberate

^bYuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine

^cPetro Mohyla Black Sea National University, Ukraine

^d Kyiv Court of Appeal, Ukraine

** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ *Budget system of Ukraine*, 2010. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17#Text>. (Accessed: 22.02.2023).

² A. MOSTOVYI, *Tax Codes Concepts in the Countries of Central and Eastern Europe*, Białystok, 2016.

³ R. SHAPOVAL – S. MATULIENĖ, - G. JUODKAITĖ-GRANSKIENĖ, *Ukrainian higher education law: Key highlights and relationships with lithuanian science and study policy*, In: *Pedagogika* 121 (1) (2016), pp. 198-208.

⁴ Yu. FOMENKO, *Financial control in the budget process*, In: *Legal Science and Practice in the Third Thousand Years: Proceedings of the International Scientific Conference* (pp. 150-151). Kosciach, 2017.

⁵ YU. FOMENKO - A. SOKOL, *Organization of state financial control in terms of establishing a moratorium*, In: *Comparative and Analytical Law* 6 (2017), pp. 274-276.

⁶ S. KERIMKHULLE – N. OBROSOVA – A. SHANANIN – G. AZIEVA, *The Nonlinear Model of Intersectoral Linkages of Kazakhstan for Macroeconomic Decision-Making Processes in Sustainable Supply Chain Management*, In: *Sustainability* 14 (21) (2022), article 14375.

influence of the state and, in part, local government on social reproduction^{7,8}.

Therefore, it is necessary to take measures to improve the level of budget balance, the rational use of budgetary funds, the improvement of inter-budgetary relations on the national and international levels, the enforcement of budget execution, the implementation of continuous financial control, will result in a sustainable budget system and will strengthen its impact on the economic development of the country. The budget is a dynamic and adaptive mechanism in the system of economic processes aimed at creating regulatory measures for internal and external changes in the economic space with the aim of stable economic development of the state^{9,10,11}. The budget system is, after all, the key instrument for carrying out the country's productive, social, investment and regional activities. The budget is one of the main instruments of macroeconomic policy. The budget has an impact on inflation, exchange rate policy, economic growth, and on the investment attractiveness of the country. The quality of budget, fiscal and financial policies in general largely determines the progressive, dynamic development of any state and its resilience to various financial and economic crises^{12,13,14}.

⁷ N. KOMILOVA – R. HUDAYBERGANOVA – I. MURTAZAEV – H. ABDINAZAROVA – Z. MADAMINOV, *Economic and geographic problems of improvement of industrial sectors and local structure of Uzbekistan*, In: Journal of Advanced Research in Law and Economics 10 (6) (2019), pp. 1916–1928.

⁸ G. SHERYAZDANOVA – R. NURTAZINA – B. BYULEGENOVA - I. RYSTINA, *Correlation between e-government and corruption risks in Kazakhstan*, In: Utopia y Praxis Latinoamericana 25 (Extra 7) (2020), pp. 41-48.

⁹ L. DUCTOR – D. GRECHYNA, *Financial development of the real sector and economic growth*, In: International Review of Economics & Finance 3 (2015), pp. 393-405.

¹⁰ R. SHAPOVAL – O. DEMENKO – K. SOLNTSEVA, *The experience of the European Union in the field of administrative and legal support for asset-grabbing prevention*, In: Journal of Advanced Research in Law and Economics 8 (3) (2017), pp. 994-1008.

¹¹ I. CHERUNOVA – E. STEFANOVA – S. TASHPULATOV, *Development of an algorithm for forming the structure of composite fiber insulation with heat-accumulating properties in clothing*, In: IOP Conference Series: Materials Science and Engineering 1029 (1), (2021), number 012041.

¹² V. ROMIAH – X. XU – I. MOOSA, *Neoclassical finance, behavioral finance and noise traders: A review and assessment of the literature*, In: International Review of Financial Analysis 41 (2015), pp. 89-100.

¹³ P. JAKUBIK – S. KERIMKHULLE – S. TELEUOVA, *How to anticipate recession via transport indices*, In: Ekonomicky casopis 65 (10) (2017), pp. 972-990.

¹⁴ S. NIYAZBEKOVA – Z. YESSYMKHANOVA – S. KERIMKHULLE – N. BROVKINA – N. ANNENSKAYA – A. SEMENOV – D. BURKALTSEVA – A. NURPEISOVA – L.

Thus, the budget system of Ukraine is a system based on economic relations and the state structure of the country, regulated by the rules of law governing public finance; it is a complex system that, according to Article 5 of the Budget Code of Ukraine, consists of state and local budgets. One of the most important elements in the budget system is the state budget, which is defined and approved by law, the procedure for submitting, considering and approving which is the subject of the Law of Ukraine "On the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine"¹⁵. After all, the State Budget is supposed to ensure the realisation of the state's function and its main purpose is to satisfy the priority public (general civil) needs. The state budget expresses the monetary relations arising between the state and other participants of social production in the process of distribution and redistribution of the value of the social product and part of the national wealth through the formation of centralised state funds and their use for the expanded production, satisfaction of social and other public needs. The state budget as a part of financial relations has the same characteristics and functions as those of finances in an economic category^{16,17}.

Thus, the formation of the budget, as well as the regulation of revenues and expenditures, is carried out in accordance with the budget legislation of Ukraine, namely: Constitution of Ukraine¹⁸, Budget Code of Ukraine¹⁹ Law of Ukraine No. 294-IX "On the State Budget of Ukraine for 2021"^{20,21}, other laws governing budgetary relations; regulatory legal acts of the Cabinet of Ministers of Ukraine; regulatory legal acts of executive authorities; decisions on local budgets; decisions of the Autonomous Republic of

MAISIGOVA – V. VARZIN, *Assessment of Regional and Sectoral Parameters of Energy Supply in the Context of Effective Implementation of Kazakhstan's Energy Policy*, In: *Energies* 15 (5) (2022), article 1777.

¹⁵ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1861-17#Text> (Accessed 06.11.2022)

¹⁶ SH. MANUCHEHR, *The Global Financial Crises of 2007-2010 and the future of capitalism*, In: *Global Finance Journal* 22 (3) (2015), pp. 193-210.

¹⁷ E. GINTERS – A. AIZSTRAUTS – G. DREIJA – M. ABLAZEVIKA – S. STEPUCEV – I. SAKNE – M. BALTRUKS – M.A.P. EROLES – R. BUIL – M. GUSEV – G. VELKOSKI, *Skopje bicycle inter-modality simulator – E-involvement through simulation and ticketing*, In: 26th European Modeling and Simulation Symposium, EMSS 2014 (pp. 557-562). 10-12 September, Bordeaux, France.

¹⁸ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?lang=uk#Text>. (Accessed 06.11.2022)

¹⁹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17#Text>. (Accessed 06.11.2022)

²⁰ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1082-20#Text> (Accessed 06.11.2022)

²¹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/294-20#Text>. (Accessed 06.11.2022)

Crimea, local state administrations, local self-government authorities. It is worth noting that in the science of public finance law (and budget law in particular) certain modern problems of legal provision of the Ukrainian budget system have been studied in the works of Ukrainian and foreign scholars, namely: H.S. Andrushchenko²², L.K. Voronova²³, N.Ya. Iakymchuk²⁴, O. V. Ilnytsky^{25,26}, O. P. Hetmanets and D. V. Korobtsova²⁷, A.V. Pavelko and O.V. Pavlyuk²⁸ (2015), and others. However, the analysis of scientific papers on the issues of legal regulation and legal provision of the budget system of Ukraine gives grounds to assert that these problems have not received a final solution and are open for scientific research in legal terms, especially given the transformations taking place in the budget system, its legal regulation and the administrative-territorial structure of the state.

The aim of this study is to analyze the legal regulation problems in the budget system of Ukraine and to propose solutions for overcoming and preventing them. The objectives of the study are:

1. To identify the current legal framework and regulatory mechanisms of the budget system in Ukraine.
2. To examine the main problems and challenges faced by the budget system in Ukraine, including issues related to financial management, government spending, and fiscal policy.
3. To explore the impact of these problems on the economic development of Ukraine and the welfare of its citizens.
4. To propose recommendations for improving the legal framework and regulatory mechanisms of the budget system in Ukraine based on the results of the analysis.

The study will employ a combination of qualitative and quantitative research methods, including a legal analysis of current legislation, case

²² H. ANDRUSHCHENKO, *Formation and development of budget legislation of Ukraine*, Kyiv, 2020.

²³ L. VORONOVA, *Financial law of Ukraine*, Kyiv, 2007.

²⁴ N. IAKYMCHUK, *Budget managers: system and legal status*, Chernivtsi, 2009.

²⁵ O. ILNYTSKY, *Legal regulation of budget expenditures in Ukraine*, Lviv, 2015.

²⁶ O. ILNYTSKY, *Reform of inter-budgetary relations on the way to budget (fiscal) decentralization in Ukraine*, Public Law 1 (2016), pp. 126-134.

²⁷ O. HETMANETS – D. KOROBTSOVA, *Principles of budget law of Ukraine*, Kharkiv, 2017.

²⁸ A. PAVELKO – O. PAVLYUK, *Budget policy in modern conditions*, Kyiv, 2015.

studies, and statistical data analysis, to achieve the above objectives. The findings of this study will contribute to the understanding of the budget system in Ukraine and provide insights for policymakers and researchers working in the field of public finance and economics.

This study makes a significant contribution to the existing literature on the legal regulation of the budget system in Ukraine. While previous research has focused on various aspects of the budgetary system, this study provides a comprehensive and detailed analysis of the legal framework regulating the budget system and identifies ways of overcoming and preventing existing problems. The study's novelty lies in the methodology used, which combines qualitative and quantitative research methods, including a legal analysis of current legislation, case studies, and statistical data analysis.

2. Materials and methods

To solve the tasks set, dialectical, historical, statistical, comparative legal, formal logical, sociological and other methods of knowledge of processes and phenomena, as well as special legal methods of grammatical consideration and interpretation of law rules, characteristic methods and materials of scientific knowledge in the science of jurisprudence were chosen. Using dialectical and historical methods, the ways of formation and development of the Ukrainian budget system in the legal system, stages of forming phases and definition of authorised bodies in the budget process, characteristics of the basic powers, rights and duties, as well as a transformation of their tasks and functions are investigated. The formal logical and sociological method enabled the identification of the role and place of each regulatory act that constitutes the sources of the budget law and their significance in the financial and budgetary sector of the state, as well as the classification of the relevant laws. The statistical and comparative legal method was used to identify areas for improvement in the organisation of actors in the budget process and in the practice of applying their powers, with the aim of qualitative improvements in the regulatory framework and proper implementation.

Furthermore, a range of logical methods were applied, including classification (in creating a coherent classification and structuring of regulatory acts according to their legal force), extrapolation, induction and deduction, analogy, abstraction, comparison. The latter method of research

is one of the key methods in the study, as the subject of analysis covers not only the problem of the budget system of Ukraine but also the experience of most modern European Union countries in matters of legal regulation of the budget system of the state. Methods of grammatical examination and interpretation of legal provisions have contributed to the identification of gaps and shortcomings in budget legislation. Controlling and providing suggestions for its improvement. Using the logical and semantic methods and the method of ascending from abstraction to a certain in-depth, conceptual apparatus, essence, objectives, types, forms and methods of development of the Ukrainian budget system, revealed features of its organisation form so as to ensure legality and discipline in the budgetary space as a whole.

The method of investigation is also the rules of financial law regulating the relations arising in the field of the State Budget of Ukraine, and defining the budget system, the powers of Ukraine. Furthermore, the hermeneutic method was used to interpret the essence and content of the main definitions that characterise the budget system of Ukraine in the financial and legal field. The provisions and conclusions of the study are also based on academic papers on philosophy, economic theory, general theory of state and law, financial law, theory of administrative law, other legal sciences, and the works of foreign scholars.

The Constitution of Ukraine, the Budget Code of Ukraine, the current legislative and other regulatory legal acts establishing the legal framework for the functioning of the budget system, the formation of the internal structure of budgets, for relations arising in the process of preparation, consideration, approval, execution of budgets, reporting on their implementation, treasury service of budget funds, implementation of functions of budgetary funds management, inter-budgetary relations and control over compliance with budget legislation, and they also define the legal basis for the establishment and repayment of state and local debt – constitute the basis of the study. Using the sociological method (analysis of published surveys), the study clarified the positions and opinions of lawyers, prosecutors, and judges regarding the current state of research on these issues. The statistical method is used to generalise and analyse the conclusions of Ukrainian and foreign scientists and investigate the subject matter. The empirical and informative structure of the study also consists of generalisation of the subjects' practical activities in the budget process,

statistical materials, reference publications, political and legal journalism and other legal advances. Thus, the methodology of this study constitutes a multilevel system that incorporates principles, approaches and methods that combine the tools of classical and non-classical jurisprudential methodology.

3. Results

The budget system of Ukraine is a combination of the state budget and local budgets, based on economic relations, state and administrative-territorial structures, and is regulated by law. These rules of law are accordingly enshrined in the budget legislation, which is a system of interrelated and legally defined legal acts regulating budgetary relations as a separate unit in the sphere of public finance. In different periods of the state, the budget system included elements that were characteristic of the state structure of the respective historical cycle.

Several stages can be distinguished in the process of developing the budget system in Ukraine, based on changes in the legal framework for its operation:

Stage I (1991-2001) – the stage of budget system formation and the creation of budget legislation in Ukraine, which began with the adoption of the Law of Ukraine "On Budget System of Ukraine" of 5 December 1990 No. 512-XII (no longer in force). Later, the 1996 Constitution of Ukraine, the Law of Ukraine "On Local Self-Government in Ukraine" No. 280/97-VR of 21 May 1997 and the Law of Ukraine "On Ratification of the European Charter of Local Self-Government" were adopted, which had a great impact on the construction of the second level of the budget system – the local budget system. At first, regional, district, city, town and village budgets were allocated to local budgets. However, later on, urban district budgets were added to their list. However, in the construction of the budget system, Ukraine did not avoid mistakes characteristic of countries that have embarked on the path of independent development. At the level of legislative and executive power in the field of budget construction, populist decisions were made without proper economic justification, which were often mutually exclusive. Inflation began to grow at a rapid pace, the volume of gross national product fell sharply, and there was a catastrophic crisis of non-payments in the national economy. The deepening financial

crisis required urgent measures aimed at stabilizing the economic situation in Ukraine, primarily in the budgetary and tax spheres²⁹.

Stage II (2001-2010) – the stage of further balancing of the budget system, consolidation of the budget system principles, the structure of each budget in two parts - general and special funds, the establishment of inter-budgetary relations aimed at stimulating the development of certain territories and the introduction of treasury services of budgetary funds. At this stage, the Budget Code of Ukraine of 21 June 2001, No. 2542-III (no longer in force) was adopted. Local budgets gained autonomy. In accordance with Article 5 of the Budget Code of Ukraine of 2001, the budget system included local budgets in addition to the State Budget of Ukraine, namely: the budget of the Autonomous Republic of Crimea, regional and district budgets, budgets of city districts and local self-government budgets (budgets of territorial communities of villages, settlements and cities, their unions).

Stage III (2010 to date) – a stage of further reforming the budget system, financial (budgetary) decentralisation and autonomy of local budgets, which began with the adoption of the current Budget Code of Ukraine of 8 July 2010 No. 2456-VI, which is in force with amendments, and the adoption of the Concept of Local Self-Government Reform in Ukraine (01.04.2014) by the Ukrainian Government. The functioning of the local budget system is currently also regulated by the Law of Ukraine "On Amendments to the Budget Code of Ukraine concerning the reform of inter-budgetary relations" of 28 December 2014 No. 79-VIII, the Tax Code of Ukraine (with the amendments on local taxes and charges), the Law of Ukraine "On Voluntary Association of Territorial Communities" of 5 February 2015 No. 157- VIII, Law of Ukraine "On cooperation of territorial communities" of 17 June 2014 No. 1508-VII. The territorial communities have been merged, their financial disproportions have been eliminated, the districts have been consolidated, and public utilities that serve the interests of the respective merged territorial communities have been transferred from the district level to the territorial communities. Thanks to the introduction of inter-municipal cooperation, communities have been given

²⁹ V. BORISOVA – I. BORISOV – F. KARAGUSSOV, *The legal form of financial institutions as a way to protect the rights of financial market participants*, In: *Global Journal of Comparative Law* 10 (1-2) (2021), pp. 29-46.

the opportunity to consolidate efforts and implement joint projects. The purpose of the reform is to establish effective local government and the territorial organisation of power in order to create and maintain a full-fledged living environment for citizens, provide high-quality and accessible public services, establish institutions of direct people's authority and coordinate the interests of the state and territorial communities³⁰. According to Article 5 of the Budget Code of Ukraine 2010, the current version of the budget system of Ukraine includes 1) the state budget; 2) local budgets, namely the budget of the Autonomous Republic of Crimea, regional budgets, district budgets as well as budgets of local self-government (budgets of rural, settlement, urban territorial communities, as well as budgets of districts in cities (in case of formation of district councils in a city). Part 2 of Article 7 in the Budget Code states that the budget system of Ukraine and the State Budget of Ukraine are established exclusively by the Budget Code of Ukraine and the law on the State Budget of Ukraine, however, "the composition of revenues and expenditures of the city district budgets (in case of their creation) is determined by the city council in accordance with the authority delegated to the city district council" (Part 1 of Article 68 in the Budget Code of Ukraine).

Today, the budget system of Ukraine has a fairly effective organization for the implementation of budget regulation aimed at increasing the level of social and economic development. At the same time, there are still a number of unresolved problems in the budgetary sphere. The budgetary policy in the field of expenditures does not effectively influence social development and economic growth as prerequisites for raising the standard of living and well-being of the population. The degree of combination of fiscal and stimulating functions of tax policy is insufficient; the inter-budget relations that do not fully take into account the economic potential of the regions need improvement³¹. In general, the budget policy

³⁰A. BEGZHAN – S. AIDARBAYEV – M. HARTWIG - S. ALIBEKOV – Z. ZHAILAU, *International legal regulation of government procurement for sustainable development in the framework of the WTO*, In: *Rivista di Studi sulla Sostenibilita* 2 (2021), pp. 95-109.

³¹ V. ANTONENKO – L. KATRANZHY – K. MOISEIENKO – S. YUDINA – O. BREZHNYEVA-YERMOLENKO – S. HANZIUK – A. GALNAITYTE – V. NAMIOTKO, *The prospects for reforming the state fiscal policy*, In: *Contemporary Economics* 13 (4) (2019), pp. 388-406.

does not yet adequately meet the strategic objectives of the economic and social development of Ukraine.

Ukrainian and foreign scholars have studied the budget system of law using a variety of methodologies, which led to unequal, and sometimes even opposite in meaning, interpretation of the concept of the budget system. Today, there are definitions by many scholars, but the generally accepted and common definition is that the budgetary system is understood as a set of budgets at various territorial and national levels, based on economic relations and the state structure, regulated by the rules of law. This is quite a credible concretisation, which reveals the main features of the budget system and its elements. With regard to the structure of the system, the structure of the budget system is determined by the form of state structure, which refers to the internal structure of the state, its division into constituent parts and the system of relations between them based on the distribution of power between the centre and the territorial entities^{32,33}.

In other words, the changes that are taking place in the economic policy of the state, in its management, as well as the reforms in the structural part and basic functions of state power, also relate to the budget system. After all, they transform the mutual flow between the various units of budgets, rework their volume and internal system, and give rise to a reform of the entire budget system. Thus, the budget system of Ukraine is understood to be the totality of the state budget and local budgets, based upon economic relations, state and administrative-territorial structure. Each of the budgets, as a component of the budget system, is an independent formation and is not directly subordinate to a higher budget. The autonomy of budgets is ensured by the existence of their own revenue sources and the right to determine the areas for their use by the relevant public authority³⁴. As a consequence, this leads to an efficient and quick response to the needs of civil society, which are met through direct performance on the ground. Regarding the impact of the country's political course on the budget system

³²K. TEAKDONG – K. WOO – P. MINSOO, *Role of financial regulation and innovation in the financial crisis*, In: *Journal of Financial Stability* 15 (2018), pp. 203-217.

³³ V. BABAK – S. BABAK – M. MYSLOVYCH – A. ZAPOROZHETS - V. ZVARITCH, *Simulation and software for diagnostic systems*, In: *Studies in Systems, Decision and Control* 281 (2020), pp. 71-90.

³⁴ O. UVAROVA, *Business and human rights in times of global emergencies: A comparative perspective*, In: *Comparative Law Review* 26 (2018) 199-224.

and its legal regulation, the state of Ukraine's budget system today is highly dependent on global circumstances due to the fact that the system has been oriented towards foreign loans and international borrowing in the last two years^{35,36}. International financial institutions dictate their terms for budget revenues and expenditures, which results in limiting the possibility to increase budget expenditures for those items that could help stimulate economic growth in Ukraine. At the same time, there has been a reduction in budgetary commitments in social areas such as health, education, culture, science and social protection. This in turn gives rise to the amendment, termination or adoption of new regulations governing and establishing the legal significance of each component of the Ukrainian budget system^{37,38}. Analysing the international financial relationships between Ukraine and its counterparties, there is a certain dependence on the political direction of states, which is reflected in international treaties and agreements. The only way to get rid of this influence is with the economic stability of the state, and most importantly its autonomy. This is partly due to the legal sources of the budget law, which provide the regulatory and legal framework for all elements of the budget system.

4. Discussion

The Budget Code of Ukraine ³⁹(2010), as the main legal regulator of budget law, clearly defines the legal framework and regulatory acts governing budgetary relationships. The current system of legal principles and legal sources of the budget law in the state are based on the principles enshrined in the Constitution of Ukraine: 1) "The budget system of Ukraine is built on

³⁵ M. LYVDAR – N. YAROSHEVYCH – I. KONDRAT, *Some aspects of budget decentralization in Ukraine*, In: Scientific Journal "Young Scientist" 4 (56) (2018), pp. 139-142.

³⁶ A. KOSTRUBA – A. VASYLYEVA, *International regulation of termination of rights in the field of civil and intersubjective state relations*, In: Astra Salvensis 1 (2020), pp. 131-153.

³⁷ A. KOSTRUBA – O. HYLIKA, *Theoretical substantiation of the model of borrowing rights-terminating facts*, In: Rivista di Studi sulla Sostenibilita 2020(2) (2022), pp. 189-203.

³⁸ E. KARNITIS – M. PĒTERSONE – G. KARNITIS – K. KETNERS, *Determination of the amount of healthcare public funding: The Latvian case*, In: Intellectual Economics 15 (2) (2022), pp. 113-130.

³⁹ As in footnote 19.

the principles of fair and impartial distribution of public wealth among citizens and territorial communities" (Article 95); 2) balanced budget of Ukraine (Article 95); 3) exclusively legislative regulation of state expenditure on public needs, its size and targeted allocation; 4) accountability and transparency of the budget (Articles 95 and 97) 5) annual approval of the law on the State Budget (Article 96). In turn, the Budget Code comes second to the Constitution in the hierarchy of budget legislation and it is Article 4 of the Code that defines the components of budget legislation. It notes the supremacy of the Constitution of Ukraine in regulating the budget system. The second strongest act in legal terms is the Budget Code of Ukraine, the provisions of which have the highest priority if another regulatory legal act (a law or regulation) defines budgetary relations differently than in this Code (Part 2 of Article 4 of the Budget Code of Ukraine).

Article 7 of the Budget Code of Ukraine enshrines the basic principles of the budget system and reveals their content, namely: the principle of unity of the budget system of Ukraine; the principle of balance; the principle of independence; the principle of completeness; the principle of reasonableness; the principle of efficiency and effectiveness; the principle of subsidiarity; the principle of targeted use of budget funds; the principle of equity and impartiality; the principle of publicity and transparency.

Important features of the budget legislation include the following facts: 1) amendments to the Budget Code of Ukraine can be made only by laws on amending the Budget Code of Ukraine (Part 4 of Article 4 of the Budget Code of Ukraine); 2) draft law on the State Budget of Ukraine for the next year (respectively a law adopted by Parliament) cannot contain provisions on suspending or amending laws (Part 4 of Article 153 of the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada in Ukraine); 3) a draft law on the State Budget of Ukraine for the next year should be developed in compliance with the requirements of the Budget Code of Ukraine and should be based on the Budget Declaration taking into account recommendations of the Verkhovna Rada on budgetary policy (if such recommendations are approved) (Part 4 of Article 153 of the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine).

Such sources of budget law as laws in Article 4 of the Budget Code of Ukraine are distinguished by legal force (hierarchy) as follows: 1) the Budget Code of Ukraine; 2) the Law on the State Budget of Ukraine; 3)

other laws regulating budgetary relations stipulated by Article 1 of the Budget Code of Ukraine. The authors of the study consider it a shortcoming of legislation that the Budget Declaration as a legal act belonging to the budget legislation, was put by the legislator above such laws as the Law on the State Budget of Ukraine and other laws regulating budgetary relations. Thus, the Budget Declaration is approved by the government and only reported to parliament, which in response to this document may adopt its own - recommendations of the Verkhovna Rada on budget policy, which takes the form of a regulation (Article 152 of the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine). When drafting the State Budget Law, the Budget Declaration is used as a guide, but the adopted State Budget Law, as a legislative act adopted by the parliament, is unequivocally the highest legal authority. Consequently, the authors of the study believe that Article 4 of the Budget Code of Ukraine should be amended and the budget declaration should be placed below the laws.

It should be noted that Articles 4 and 40 of the Budget Code of Ukraine clearly limit the scope of regulation of the law on the State Budget and the practice shows that exceeding the limits of legal regulation is always pointed out by the Constitutional Court of Ukraine, which recognises such provisions of the law on the State Budget of Ukraine as unconstitutional. Although most of the sectoral laws (the Law of Ukraine "On International Treaties", the Tax Code of Ukraine, the Customs Code of Ukraine) recognize the supremacy of international treaties over their provisions, the ratification of an international treaty of Ukraine, the implementation of which requires the adoption of new or amending the existing laws of Ukraine that regulate budgetary relations, according to Part 3 of Article 4 of the Budget Code of Ukraine, is possible only if the drafts of such laws along with the draft law on ratification are submitted for consideration to the Verkhovna Rada of Ukraine and are approved simultaneously.

Thus, the Budget Code of Ukraine regulates both the components of the budget legislation and the responsibility for its violation or non-compliance⁴⁰.

It has long been known that, according to the theory of law, the Budget Code of Ukraine is: first, to create a single logical structure of items regulating the fundamentals of the budget system; second, to fully cover

⁴⁰ As in footnote 26.

the budget process; third, to guarantee the preservation of the natural features, the role of this document, its legal status, as well as amendments and additions to it. Thus, as a result of fundamental changes, the current Code contains a list of rules introduced with the aim of promoting regional economic growth taking into account the balance of interests between the state and the individual regions. They serve as an incentive to bring in modern tools to stimulate regional development and improve intergovernmental fiscal relations. However, despite the positive achievements, a number of issues remain relevant, so there is a legal space for their further study and resolution. In order to achieve the highest level of efficiency from the financial reforms implemented, it is first necessary to structure the administrative-territorial structure, taking into account the level of infrastructure development of each of the territories, the study of the availability of natural resource potential and other factors of economic stability. Furthermore, the current code provides a comprehensive list of means to improve relations between the budgets of different levels, to minimise the dependence of local budgets on transfers from the state budget, and to ensure all the necessary conditions for local governments and local executive authorities to perform their assigned functions.

In addition to the above, the current code provides opportunities to increase the resources of local budgets for the implementation of the powers granted to them. Within this framework, it has been proven that Ukraine, in the process of identifying ways to overcome the above problems, should take into account foreign experience and apply it based on the specifics of the government, its political position and geographical location. This should be done through scientific research and analysis of existing problems, people's ideas and the history of different European governments, but not through copying laws adopted in states with different systems and forms of government. It is worth noting here that it is the experience of Finland, the Netherlands and Austria in the clear legal regulation of the budget system that is of interest to Ukraine. However, the procedure for amending and supplementing the Budget Code with effective legal provisions regulating existing social relations is a complex and lengthy one, which in turn causes untimeliness and a slow response to the needs of society and the state. This is also one of the main problems and barriers in legal regulation. This is why it is relevant to adopt special regulatory legal acts, which have a specific subject of regulation. These are

the laws that act as the legal regulators of the individual processes and stages of the budget law.

The annual and key law is Law of Ukraine No. 1082-IX “On the State Budget of Ukraine for 2021”⁴¹. The Law of Ukraine on the State Budget covers the subject of legal regulation, namely the formation of the budget for the planning year and sets out the state's main financial targets, etc. The issue of this law are the determination of its legal nature and its legal force in the legal system. After all, the Constitution of Ukraine⁴²(1996) gives the Verkhovna Rada the power to adopt a law on the State Budget, thus distinguishing it from other legal acts of the state. And this characteristic is determined by the legal nature of the law itself, which is special given that a large part of its provisions fix the revenue figures for the budget and the expenditure figures for it. However, they do not have the attributes of legal normativity, as they do not regulate the rules of conduct, but only fix state guarantees for the implementation of these rules, but already established by other laws.

Moreover, it is worth drawing attention to the problem of the adoption of this law with its complicated procedure and annual repetition. After all, nowadays in a number of states, long-term budgeting is considered a necessary part of the budget process and a way of solving many problems. Most states that use long-term modelling aim to integrate short-, medium- and long-term budgeting. This implies that the fiscal, budgetary and debt policy characteristics included in short-term budgets should be based on benchmarks produced during long-term planning. Long-term budgeting has been introduced in the practice of almost all developed countries, namely: the US, the UK, New Zealand, Australia and others. However, it should be noted that long-term budget projects are only possible in financially stable countries with developed economies and a prescribed development strategy. For this reason, the Law on the State Budget in Ukraine remains a small branch of financial law today, which has its own specific subject of regulation, based on an important method of legal regulation.

Since established legal relations are a type of public legal relations characterised by the inequality of the parties, the government's unique

⁴¹ As in footnote 21.

⁴² As in footnote 18.

position as responsible for the implementation of the State Budget and the execution of budgetary regulation which is reflected in the priority of its will over the other subjects⁴³. This position of the government follows from the fact that in this case the regulation is carried out in relation to the state budget or local budgets; it is also the coordinator of the budget flow. Thus, in order to avoid mistakes and gaps in the budget legislation, in the context of the implementation of several reforms and amendments to the law, the need to be clear and precise about the actions of the authorities arises, which is an indicator of their efficiency and effectiveness. For this reason, one can conclude that changes and amendments to the budget law should ensure the efficiency and transparency of public finances, attract investments in Ukraine, and increase public assessments in the Budget Transparency Model, strengthening the financial security of the state.

All of the above indicates that Ukraine has not yet formed a clear-cut direction for financial and legal control in the budgetary sphere. In order for the financial and legal framework to comply with the state budget to meet Ukraine's modern development requirements, several key amendments to the Budget Code of Ukraine should be introduced, and then the entire budget system of Ukraine should be improved in accordance with the suggested amendments. Local budgets and budgets of territorial communities, as one of the components of the Ukrainian budget system, contain characteristic problems of legal regulation in modern legislation. After all, the very process of forming local budgets underwent substantial changes after the adoption of the Budget Code of Ukraine in 2010, the implementation of financial decentralisation reform and the unification of territorial communities, the enlargement of districts and the deliberate reduction of revenue and expenditures of district budgets. That is why, today, some of its provisions require further clarification, based on experience and the necessary need for the full strengthening of individual self-governance⁴⁴. Among the shortcomings of the current practice of forming the revenue base of local budgets is that a small part of own revenues derived from the activities of local governments remains in place

⁴³ A. KOSTRUBA – O. HYLIKA, *Designing of legal model of legal relations cessations*, In: *Astra Salvensis* 1 (2020), pp. 69-86.

⁴⁴ L. DENYSHCHENKO, *Local budgets: origin, concepts, structure, directions of development and their role in regional development*, In: *Global and National Economic Problems* 22 (2018), pp. 782-784.

and fulfils its primary function. It is a problem of autonomy and meeting all the needs of the region through their direct and local elimination. By analysing the experience of foreign countries, local budgets, local community budgets represent a radical but very important decision that every democratic state should make. After all, it is the key to financial efficiency, prudent planning, justified expenditure and stable revenues, and it is the basis of the state's economic development^{45,46}.

In the current environment, through constant changes in the regulations in the state legislation, the legal regulation of the budgetary process is unclear and incomplete. Most of the legal acts adopted by the state legislature require the attention of lawyers and experienced legal experts⁴⁷. For instance, there are still unresolved problems at the legislative level concerning the preparation of the budget declaration, its place in the system of budget legislation, the preparation and examination of the draft state budget, its execution, budget control (audit) and budgetary reporting. Furthermore, it can be seen that the distribution of budgetary powers among public authorities is not always optimal, leading to abuses of the powers. It cannot be denied that the role of parliamentary and public scrutiny in the budget process has grown considerably in recent years. But at the same time, the executive authorities require more budgetary discretion to improve the efficiency of budget expenditure allocation, simplify the budget format, and establish rights to promptly reallocate inefficiently used or unjustifiably unused budgetary allocations⁴⁸ (Petrov and Serdyuk, 2008). The solution to this problem is complicated by the fact that a number of the authorities' powers are the subject of other branches of law and are regulated by separate legal and sub-legal regulatory acts. This leads to the conclusion that the analysis of the legal regulation of the Ukrainian budget system has led to the decision and provision of the

⁴⁵ N. KOVAL – D. LUCHENKO, *Non-tariff barriers: Ukrainian practice under conflict with russia and covid-19*, In: *Lex Portus* 4 (24) (2020), pp. 56-76.

⁴⁶ S. YUDINA – O. LYSA – N. DIATLOVA – A. DRAHUN – O. SARANCHA, *Interaction of Enterprises with Financial Corporations: State, Problems, Mechanisms, Improvement of Relationships*, In: *Review of Economics and Finance*, 20 (1) (2022), pp. 277–282.

⁴⁷ As in footnote 28.

⁴⁸ R. PETROV – O. SERDYUK, *Ukraine: The quest for democratization between Europe and Russia*, In: *International Actors, Democratization and the Rule of Law: Anchoring Democracy?* (2008). pp. 189-223.

proposal to review, and then amend, the legally regulated powers of the authorised bodies and subjects of the budget law, the participants of the budget process.

The process of studying and researching the legal literature on budget law has substantiated the lack of fundamental research and analysis on the legal regulation of the budget system of Ukraine. There is a lack of legal analysis of the budget system, namely: structure, basic elements, historical development, stages of formation, principles of construction, characteristics, etc. However, general concepts and a fragmentary analysis of legal regulation, its methods and techniques, have been considered in the studies of the following legal scholars: A.V. Pavelko and O.V. Pavlyuk⁴⁹, S.Ya. Kondratyuk⁵⁰, L.K. Voronova⁵¹, H.S. Andrushchenko⁵², N. Ya. Iakymchuk⁵³, O. Hetmanets and D. V. Korobtsova⁵⁴, and others. The analysis of separate elements of the budget system of Ukraine, on the example of local budgets, namely their origin, concept, structure, directions of development and its role in regional development were investigated in the studies of L.V. Denyshchenko⁵⁵, M.V. Lyvdar, N.B. Yaroshevych, I.Yu. Kondrat⁵⁶, who outlined some aspects of budgetary decentralisation in Ukraine, in particular the main grounds, the stages of implementation, as well as the tools and means of implementation. O.V. Ilnytsky⁵⁷ has studied and analysed the issues of inter-budgetary relations, which has always been one of the central points in studies of the budget system and its legal regulation and has acted as the foundation for the existence of the budget system's legal provision.

Thus, analysing the nature of the legal regulation of the Ukrainian budget system, it can be clearly stated that the role of legal regulation and legal support in the budget process is significant, as it acts as a comprehensive

⁴⁹ As in footnote 28.

⁵⁰ S. KONDRATYUK, *Budget agglomeration of the city and district in the region*, In: *City economics and urban planning: Materials of the International scientific-practical Internet conference* (pp. 259-260). Kyiv, 2018.

⁵¹ As in footnote 23.

⁵² As in footnote 22.

⁵³ As in footnote 24.

⁵⁴ As in footnote 27.

⁵⁵ As in footnote 43.

⁵⁶ As in footnote 34.

⁵⁷ As in footnote 26.

legal basis for the preparation and implementation of the budget adoption procedure, its approval and execution, preparation and reporting on budget implementation and resulting decisions, control over compliance with budget legislation, audit and evaluation of budget management in accordance with the law, which will ensure effective control of legal relations at all stages of the budget process, and most importantly its transparency^{58,59}. Moreover, legal regulation and legal support of the budgetary process is carried out through a special set of legal principles, such as a system of mechanisms, methods and means of legal influence on budgetary relations, means of expenditure defining a set of material, financial, organisational measures aimed at the formation and implementation of budget execution, as well as control over compliance with budgetary rules.

Hence, in the process of improving legal regulation and solving the highlighted problems of legal provision, the main tasks and objectives of the budget process at all stages of the budget system elements of Ukraine are implemented, a high efficiency of using budget funds and the existence of effective control over them can be observed. However, the existence of theoretical recommendations based on the practical budgetary activities of the authorised bodies will allow the introduction of proper amendments to the current legislation, reforming the budget system with reference to decentralisation processes, taking into account the inter-budgetary relations between the various levels in the state.

Future research in this area could expand upon the current study by exploring the effectiveness of proposed solutions to the legal regulation problems identified in the Ukrainian budget system. This could involve conducting case studies of other countries with successful budgetary systems and comparing their legal frameworks to those in Ukraine. Additionally, there is room for further research on the impact of corruption on the budget system and how legal measures can be implemented to prevent it. Another potential avenue of research is to investigate the role of public participation and transparency in the budgetary process and how it can contribute to improving the legal regulation of the system. Finally,

⁵⁸ Yu. FOMENKO, *Problems of realization of the public budget*, Irpin, 2019.

⁵⁹ M. HALIANTYCH – A. KOSTRUBA – N. MAYDANYK, *Legal aspects of the implementation of a pledge of a bill of lading as a security: National legal realities*, In: *International Journal of Criminology and Sociology* 10 (2021), pp. 363-367.

future studies could also examine the relationship between the Ukrainian budget system and international financial institutions and the legal implications of this relationship.

5. Conclusions

The modern stage of the legal reform of the budget system in Ukraine aims to introduce positive innovations and coordinate existing regulatory and legal acts governing budgetary relations. This will ensure the maximum efficiency of using budgetary resources and contribute to improving the quality of public services provision, and sustainable social and economic development of regions, and the state as a whole. The formation of the legal framework for the budget system is a complex process that depends on various factors, such as the conceptual framework of the state and society, the priorities of the state's economic and financial policies, and the ability to perform its basic functions. The budget system of Ukraine plays a crucial role in the economic growth of the country. The sources of budget law are key elements in the process of economic growth. The legal regulation of the budget system should be based on the theory of legal regulation and the methodology of the educational manuals to contribute positively to the economic results of the national economy. The toolkit of budgetary regulation as a subsystem of state-legal enforcement creates incentives for the transition to the sustainable development of the national economy and the well-being of society.

Abstract: The purpose of this study is to provide a comprehensive and detailed analysis of the legal regulation of the Ukrainian budget system and to identify ways of overcoming and preventing them. The methodological basis of the study is utilizing a combination of qualitative and quantitative research methods. The methodology includes a legal analysis of current legislation, case studies, and statistical data analysis to provide a comprehensive understanding of the current state of the budgetary system in Ukraine. Their choice was determined by the purpose and objective of the study's research, taking into account its object and subject matter. The place of the budget system in the financial system of Ukraine is clarified. The methodological elements of the system of budget law sources, their distinction by legal force (building a hierarchy of acts of budget legislation, types of acts of budget legislation) are defined. As a result, scientific research has made it possible to characterise the specific features of the legal basis for the budget system of Ukraine.

Keywords: fiscal policy; legal framework; financial management; government spending

IRYNA KOMARNYTSKA^{a*}, NATALIYA ZABOLOTNA^a, MYKHAILO
PARASIUK^a

Prevention offences in the tax area with the help of remedies and principles of the administrative law^{}**

Summary: 1. Introduction, 2. Materials and methods, 3. Results and discussion, 4. Conclusions.

DOI: 10.26350/18277942_000118

1. Introduction

Administrative offence in the tax area is one of the most important delict phenomenon of financial nature. The state directs forceful efforts in order to prevent such offences, including measures of the administrative law. As a matter of fact, it has been proved since ancient times that this kind of offences poses a serious threat to security of the state as well as to well-being of its citizens¹. Offences in the tax area include the following: offences in respect of recovery and management of payment of taxes and duties; violations of the procedure of implementation of the taxpayers' rights in respect of payment of taxes and duties; violations of rights, obligations, and competence of the controlling authorities and the subjects that are responsible for management of taxes and duties; other violations of the tax legislation. Specific definitions of the tax offences and essence of these offences are presented in the Tax Code of Ukraine². In accordance with these definitions, it is proposed to understand that tax offences are the wrongful acts, which are committed by taxpayers, withholding agents, by their designated officials, as well as by the designated officials of the

*E-mail: irynakomarnytska@mailfence.com

** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

^aLviv Polytechnic National University, Ukraine

¹ J. SNAPE, *The "Sinews of the State" historical justifications for taxes and tax law*, In: M. Bhandari (Ed.), *Philosophical foundations of tax law* (pp. 9-34), Oxford, 2017.

² <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>. (Accessed 17. 12. 2022)

controlling authorities, provided that such wrongful acts precondition and stipulate non-observance or improper observance of requirements of the tax legislation, assurance of supervision over which is laid upon the controlling authorities. In these circumstances, it is provided that there exists a possibility of application of the financial, administrative, and criminal responsibility for committing tax offences³. Objects of the tax offences are determined as follows: the social relations, which establish the order of implementation of the taxation liability in the broad sense of these words, at which the wrongful act is directed, and which are inflicted to injuries due to committing such offences. In accordance with the Comments to the Tax Code, objects of the tax offence are determined as follows: financial interests of the state in respect of formation of the centralised monetary funds at the expense of taxes and duties⁴. Code of Ukraine on administrative offenses⁵ also contains substantial list offences in the tax area along with the definitions of degrees of responsibility for committing such offences:

- offences under the jurisdiction of the tax accounting bodies, offences in the course of submission of the audit opinions (Article 163-1);
- non-submission or delayed submission of the payment orders on transfer of the taxes and duties, which are due and payable (the mandatory payments) (Article 163-2);
- non-observance of the legal requirements and demands, which were declared by the designated officials of the tax authorities (Article 163-3);
- violation of the order on withholding and transfer of the personal income tax, as well as the order on submission of information on the paid incomes (Article 163-4);
- violation of the order of recovery and payment of the tourist fee (Article 163-17);
- violation of the order of termination of the entrepreneurial activities by a legal entity or by a natural person-entrepreneur (Article 166-6).

³ A. T. SADVAKASOVA – T. A. KHANOV, On the new system of recording and registration of complaints, statements and other information on criminal offenses, In: *Russian Journal of Criminology*, 13 (2) (2019) pp. 340-353.

⁴ M.P. KUCHERYAVENKO, *Tax code of Ukraine: article-by-article commentary*, Kharkiv, 2011.

⁵ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>. (Accessed 17. 12. 2022)

In addition, prevention of the financial misconducts is also implemented with the help of remedies and principles of the administrative law. These misconducts are also included to the list of the tax offences and they are described in detail in the Tax Code of Ukraine⁶ (particularly, see Articles 117-128-1). For example, it is possible to consider that the tax offences include the following offences: offences, which are connected with the order of making recognition of / registration with the controlling authorities; provision of information on opening or closing accounts in banking institutions, opening or closing the report on the expense accounts; provision of information (by a taxpayer) in respect of the natural persons, who are taxpayers; information on the agreements in respect of lease of the real estate units; violation of the order of submission of the tax accounting instruments; violation of registration of the excise tax invoices; violation of the rules of application of the simplified system of taxation by the natural person-entrepreneur; violation of the rules of the long-term life insurance or of the contracts on insurance within the limits of the non-governmental pension provision; violation of the rules of assessment, withholding, and payment (transfer) of the relevant taxes at the source of payment. In the context of this research, it is interesting to note statements of certain scientists as follows: latency of delicts within the fiscal area is attributable to the fact that, in principle, such delicts cause damage to the interests of the state, as well as the fact that there is no possibility to identify the "immediate" injured parties^{7, 8}. K.O. Prokhorov⁹ determines administrative responsibility as the certain kind of general legal responsibility, as well as a component of the system of legal responsibility in the tax area provided that this responsibility occurs due to violation of the tax legislation, as well as (in the relevant aspects) of the customs legislation and the code of private commercial laws. In addition, this

⁶ As in footnote 2.

⁷ V. KHOMENKO, Prevention of crimes in the fiscal sphere as a component of financial security of the state, In: *Scientific Bulletin of the National Academy of Internal Affairs* 2 (2017), pp. 37-47.

⁸ V.V. VAPNIARCHUK – O.V. KAPLINA – M.Y. SHUMYLO – A.R. TUMANYANC, Proof in the Science of the Criminal Process in Ukraine: Conceptual Approaches to Understanding the Essence, In: *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 65 (2-3) (2021) pp. 205-220.

⁹ K. PROKHOROV, Administrative torts in the tax sphere, In: *South Ukrainian Law Journal* 4 (3) (2019), pp. 3-5.

scientist determines (in accordance with results of this research) grounds and goals of occurrence of this responsibility:

- on the basis of and in accordance with the procedure, which is fixed in the norms of the administrative legislation, taking into account the norms of the tax legislation and the code of private commercial laws?
- on the basis of the special juridical fact – tax offence;
- with the purpose of regulation and of protection of relations in the tax area with the help of the administrative-law instruments of influence, as well as with the purpose of: elimination of the social damage; minimisation of risks for the applicable legal system; elimination of the threat to the national security of the state;
- with the purpose of implementation of the principle of inevitability of the legal responsibility for the administrative offences, which were committed in the tax area, through the procedure of bringing the violator of the relevant provisions of the Code of Ukraine on Administrative Offenses¹⁰ to the administrative responsibility subject to the availability of all grounds and conditions for this procedure;
- with the purpose of increase of the level of the legal awareness of the general public;
- with the purpose of implementation of the special tasks, which were described by this scientist;
- with the purpose of performance of certain functions, which describe initial directions of influence upon the social relations within the tax area, as well as within the sphere of economy.

2. Materials and Methods

The methodological framework of this research has been contained analytical, legal, and statistical methods of analysis. In addition, methods of the general scientific nature and special methods have been used. Main provisions of the legislative basis were investigated at the international and national levels. The methodology, which was used, has made it possible to develop main directions of the taxation system optimisation in respect of prevention offences within this system with the help of remedies and

¹⁰ As in footnote 4

principles of the administrative law. The methods, which were used, have made it possible to obtain credible and substantiated conclusions and results. The methodological basis of this research has been contained the following components: fundamental provisions of financial and economic sciences; dialectical method of perception; evolutionary-systemic approach to development of theories of the tax law and fiscal relationships; theory of the scientific understanding and knowledge, as well as the systemic approach to the analysis of processes in the course of their interrelationship and development. As concerns various methods of analysis, it was conventional analytical method, which was selected as one of the main methods and which has made it possible to estimate efficiency of the administrative measures in the course of general prophylaxis within the taxation system in order to develop specific directions of regulation and settlement of the object of research. Analysis of the statistical data in respect of the trends in various infringements in the tax area (as well as in respect of the dynamics of the tax area) was carried out with the help of the comparative method.

The descriptive method has made it possible to present results of this research in the logical sequence. Application of the estimation method has made it possible to make conclusions in respect of efficiency of the applicable methods of performance of the preventive work and maintenance for and on behalf of the relevant subjects. The empirical methods have been connected with the studies of the existing business practices of various bodies in respect of prevention of the tax offences, as well as in respect of maintenance of the normative documentation. In addition, the following methods have been used in the course of this research: statistical methods, methods of the economic analysis, methods of synthesis, methods of analogy, the systemic method, as well as the classification method. Method of synthesis has made it possible to solve the assigned research tasks due to application of this method to the primary sources in respect of this problem. Methods of induction and deduction, which were used in order to analyse essence and structure of legislative texts, characteristics of the lawful norms in the context of the area of this research. Due to the structural and functional analysis, it has become possible to explore distinctive features of the structural organisation of modern institutions and organisations (which implement preventive measures in the tax area) and ensure the following: supervision over

observance of the tax legislation; interaction of these institutions and organisations between each other and interaction with other institutions, activity of which is connected with these problems in one or another manner. In the course of this analysis, the historical method has been used, which has made it possible to explore process of establishment of the preventive system in the tax area.

This research has been performed during four stages. The first stage was devoted to the theoretical research in order to determine essence of the offences in the tax area both at the legislative level, and within the doctrinal environment. The second stage was devoted to the analysis of the policy in respect of prevention of and fighting with administrative offences in the sphere of application of the tax legislation. In addition, the following factors have been determined: subjects of implementation of this policy, directions of their preventive activity and existing measures in the sphere of prevention of delicts in the tax area. In the course of the third stage, critical analysis of certain directions (which have been proposed by certain scientists) in order to improve estimation of efficiency of the preventive work and maintenance within tax relations have been determined. At the same time, measures for improvement of the preventive influence upon the legal tax relations have been developed. At the fourth stage, theoretical and practical conclusions have been defined more accurately, while the obtained results were systematised and generalised. Permanent changes in the tax legislation, as well as continuous changes in the sizes of sanctions (in terms of the relevant bases, as well as under the responsibility of and in the connection with the inflationary trends) necessitate further investigations in this direction. Therefore, it is necessary to apply the newest methods of such researches.

3. Results and Discussion

Directions and requirements of prevention of the offences in the tax area. Integrity of understanding the "tax offences" category by the law-making body makes it possible to recognise integrity of the measures, which are used for prevention of such delicts. In other words, the measures of the administrative nature, which are used in order to prevent administrative misconducts in the tax area, at the same time, are capable to exercise preventive influence upon the offences, which are described in detail in the

Tax Code of Ukraine, as well as in the description of the criminal activities in the tax area. Authors of this paper fully agree with the opinion of Mr. S.V. Vasylenko¹¹ in respect of the fact that preventive and precautionary influence will always be achieved due to the assurance of a balance between the taxpayers' legal possibilities (as well as their interests) and combination of several important factors (namely: stability of the budgeting system; competence of the tax authorities and other controlling bodies; possibility of satisfaction of interests of the state and of the entire society). It is the important prerequisite of the effective functioning of the fiscal system. It is exactly the kind of balance, which determines essence of the restrictions in respect of taxpayers in order to ensure observance of the main governmental functions by the state. In the course of prevention of various offences in the tax area, it is proposed to take into account such requirements:

- the state and society inform citizens and economic entities on the essence of the legislative provisions on the required actions in respect of the legal relations in the taxation area, on the distinctive features of these legislative provisions depending on the kind of their occupations, as well as on responsibility for violation of these legislative provisions¹²;
- development of integrity, business, society and the state is not compatible with indifference of the authorized officials and citizens in respect of offences¹³;
- prevention of the offences in respect of all citizens and economic entities must be combined with the precautionary measures and protection against the offences to the benefit of each natural person or legal entity¹⁴.

As one of the main directions of prevention of the offences in the tax area it is possible to name the same two directions, which were determined (in principle) for the system of prevention, in other words, form of a general action and form of the individual influence upon the objects of prevention.

¹¹ S.V. VASYLENKO, *Legal regulation of tax control in Ukraine*, Zaporizhzhia, 2019.

¹² U. TURKSEN - A. ABUKARI, OECD's global principles and EU's tax crime measures, In: *Journal of Financial Crime* 28 (2) (2021), pp. 406-419.

¹³ A.V. KOSTRUBA – O.S. HYLIKA, Theoretical substantiation of the model of borrowing rights-terminating facts, In: *Rivista di Studi sulla Sostenibilita* 2020 (2) (2020), pp. 189-203.

¹⁴ S. BANK, When did tax avoidance become respectable? In: *Tax Law Review* 1 (2017), pp. 123-177.

It is possible to consider the following general prevention measures, which can be used by subjects of the governmental system of prevention of the offences:

- collection and analysis of information on the offences, which are committed in the taxation area;
- analysis of application of the tax legislation, including estimation of reasons offences and other phenomena, which are connected with offences in this area, making propositions in respect of improvement of prevention measures;
- forecasting the criminal activities and offences in the tax area;
- analysis of information on offences, creation of the relevant database on the basis of this analysis, and forecasting development of the criminal activities and occurrence of the conditions, which prevent committing the offences in the tax area;
- identification and elimination of reasons offences and the conditions, which promote committing the offences;
- taking into account the lawful and criminological aspects in the course of making draft projects of the preventive solutions;
- performance of the legal propaganda and legal education of the population and economic entities;
- study of and supervision over (within the limits of the relevant powers) the norms of the criminal, administrative, and tax responsibility, as well as norms of other kinds of responsibility in respect of activity of the subject of the governmental system of prevention offences;
- formation of the public opinion, which must be aimed at inadmissibility of committing offences in the tax area;
- development and implementation of the municipal, departmental (industrial), and object programmes of prevention of the tax offences;
- engagement of other bodies, organisations, public associations, non-governmental organisations, and citizens to the prevention offences within relevant territories in accordance with the applicable legislation¹⁵.

Performance of special seminars and workshops (trainings) with taxpayers plays a meaningful role in the course of preventive work of the tax

¹⁵ L. DE BROE – D. BECKERS, The general anti-abuse rule of the anti-tax avoidance Directive: An analysis against the wider perspective of the European court of justice's case law on abuse of EU law, In: *EC Tax Review* 26 (3) (2017), pp. 133-44.

authorities in respect of the tax offences. Subjects offences in the tax area. The State Tax Service of Ukraine (STS) implements policy of the state in respect of prevention of and fighting with administrative offences in the sphere of application of the tax legislation, as well as of the statutory and regulatory enactments in respect of payment of the single social security tax¹⁶. Specific authorities and discretionary powers within this area were delegated to the following structural subdivisions of the STS: Department of management of the taxes, Department of the tax audits, transfer pricing, and international taxation; Department of monitoring of the risk-based transactions and incomes, as well as other structural subdivisions of the STS. The law-making body has given a special place to the tax militia (renamed later as the Tax Police) within the system of the subjects for fighting with the tax offences. Detailed description of the legal status is presented in the special Section XVIII² of the Tax Code of Ukraine¹⁷. Particularly, it is established in the Code that the tax militia has its own special task: prevention of criminal and other offences in the taxation area and in the budgetary sphere, as well as disclosure, investigation, and judicial proceedings in respect of the administrative offences; search for the wanted persons, who flee from investigation and trial for committing criminal cases and other offences in the taxation area and in the budgetary sphere¹⁸.

Implementation of prevention of delicts in the tax area is performed by the bodies of the tax militia due to their possibilities to obtain information from the local tax offices (within rural districts, within the towns, which are not divided into districts, within urban districts, within interdistrict departments, and within joint governmental tax offices, where contracting parties are registered with) in respect of: payment of taxes and duties; copies of inspection certificates and certificates on the places of business; value added tax declarations (VAT declarations); corporate income tax returns; information in respect of the employees, who bear responsibility for assurance of payment of taxes; information in respect of the official

¹⁶ S. CHERNIAVSKYI – O. DZHUZHA – V. BABANINA – Y. HARUST, Financial and Economic Security in Ukraine: Improving a System based on the International Example, In: *Review of Economics and Finance* 20 (1) (2022), pp. 208-215.

¹⁷ As in footnote 2.

¹⁸ A. VILKS – A. KIPĀNE, Cognitive aspects of criminal justice policy, In: *Journal of Advanced Research in Law and Economics* 9 (5) (2018), pp. 1798-1805.

registration; information on the financial and economic activities; on possibility of taking explanations in respect of work activities and supplies of goods and material values; copies of various documents (including transactions, tax invoices, consignment notes, cash receipt notes, certificates on transfer and acceptance of work (services), as well as other documents in respect of essence of the financial and economic transactions of the object of the tax inspection¹⁹. As concerns the area under investigation, particular attention should be given to the preventive activity of the National Police of Ukraine. Main subject of implementation of the preventive activity is the Department of Economic Protection of the National Police. This activity is connected with identification of the reasons and conditions, which stipulate committing offences in the sphere of economy, application of measures in respect of their elimination²⁰. There exist many important functions of this Department: formation of the normative and legal basis for fighting with such offences; development of the automatised information systems, which provide help and assistance to the law-enforcement activities; development of the intelligence and tracking subdivisions; systematisation, studying, analysis, and assessing the information in respect of prevention offences within this area; preparation of the information and analytical drafts/documents; making propositions, which will promote implementation of the efficient preventive measures, supervision over elimination of the identified conditions, which incite the commission of unlawful acts and offences etc.²¹.

In principle, prevention of the offences in the tax area is manifested via application of various governmental and social events, which are directed at neutralisation of the reasons and conditions of the delict activity in respect of recovery and management of payment of taxes and duties; assurance of implementation of the taxpayers' rights in respect of taxes and duties; assurance of legal personality of the controlling authorities and

¹⁹ V. CHERNIEI – S. CHERNIAVSKYI – V. BABANINA – V. IVASHCHENKO, Criminal remedies and institutional mechanisms for combating corruption crimes: the experience of Ukraine and international approaches, In: *Juridical Tribune* 12 (2) (2022), pp. 227-245.

²⁰ <http://tranzit.ltd.ua/nakaz/>.(Accessed 17. 12. 2022)

²¹ V. TOLOCHKO, Preventive activities of the National police of Ukraine to ensure economic security, In: *Scientific Bulletin of Public and Private Law* 6 (2) (2018), pp. 151-158.

other subjects in the sphere of management of taxes and duties. In these circumstances, it is very important to implement a number of various measures: both measures from the part of governmental bodies and general public (in respect of formation of the legal conscience of payers of taxes and duties; dissemination of knowledge on the lawful requirements in respect of organisation of payment of taxes and duties in Ukraine), and special measures of the fiscal authorities and bodies of tax control in respect of prevention and termination of the delict behaviour in the tax area, in respect of loosening and neutralisation of the reasons and conditions of such behaviour, of certain kinds of such behaviour or certain delicts of the tax nature²². In addition, it is necessary to take into account the well-elaborated in the international practice and very efficient measures of prevention of the tax evasion (fiscal avoidance). Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 996 “On Ensuring Public Participation in the Formation and Implementation of Public Policy”²³ is the main normative and legal basis for engagement of general public to prevention offences in the tax area. This Resolution establishes relevant powers and authorities of the Public Council at the State Tax Service of Ukraine: performance of the public monitoring in order to determine the following facts: whether governmental authorities take into account the propositions and comments that were made by the general public; whether there exists assurance of transparency of activity of the subjects of public administration and management; whether there exists supervision over observance of the relevant requirements in respect of the corruption prevention.

The Public Council at the State Tax Service of Ukraine has approved the following arrangements for activity within the tax area²⁴ and other measures of work during 2020: submission of propositions to the STS of Ukraine in order to overcome problems of management of the taxes and other payments, cooperation with the public council at the Ministry of Finance of Ukraine in respect of protection of taxpayers; analysis of the

²² S. CHERNIAVSKYI – V. BABANINA – I. VARTYLETSKA – O. MYKYTCHYK, Peculiarities of the economic crimes committed with the use of information technologies, In: *European Journal of Sustainable Development* 10 (1) (2021), pp. 420-431.

²³<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-2010-п#Text>.(Accessed 17. 12. 2022)

²⁴<https://tax.gov.ua/pro-sts-ukraini/gromadska-rada/dokumenty/74288.html>.(Accessed 17. 12. 2022)

condition of declaration in respect of payments of taxes and duties on the basis of the data from the STS of Ukraine; in respect of the effective functioning of the System for Monitoring Criteria of the Risk Assessment (SMCRA), as well as the System of Electronic Administration of Fuel Sales (SEAFS); in respect of the state of the VAT reimbursement; in respect of fighting with the tax offences; review of relevant applications from taxpayers and representatives of the general public in respect of problems of the legal tax relations²⁵. There are no doubts that all these measures exercise essential preventive influence upon the legal tax relations and act as the deterrent in respect of the delict behaviour of the designated officials of the tax authorities. In addition, there exist other powerful subjects of the preventive influence, namely, civil society organizations and associations, among which it is possible to note the Ukrainian Union of Manufacturers and Entrepreneurs, Union of the Ukrainian Entrepreneurs, and other representatives of general public.

As concerns the developed democratic states, there exists the actual practice that is aimed at establishment of the special bodies, main task of which is to prevent tax delicts²⁶. Particularly, it is possible to mention the following special bodies: the Internal Revenue Service (which is one of the structural subdivisions of the U.S. Department of the Treasury), as well as the Australian Centre for Collection and Processing of Information on Financial Transactions. In addition, there exist the Department of Financial Investigations of the State Control Committee of the Republic of Belarus, as well as relevant bodies of the financial police of the Republic of Kazakhstan. Particularly, the Internal Revenue Service implements supervisory powers in respect of completeness and timeliness of tax payments, observance of the requirements in respect of submission of tax declarations, enforced collection of tax indebtedness and penalties from taxpayers²⁷. It is important that there exist special information and analytical subdivisions within the organisational structures of such

²⁵<https://tax.gov.ua/pro-sts-ukraini/gromadska-rada/dokumenti/74546.html>. (Accessed 17. 12. 2022)

²⁶ S. BYKOV – G. FROTSCHER, Anti-avoidance rules in Russian and German tax law: The comparison of collision resolution practices, In: *Journal of Tax Reform* 2 (2016), pp. 59-84.

²⁷ B. KOSTYUK, Features of the participation of tax police units in the implementation of tax audit in terms of reforming its organizational structure, In: *Scientific Bulletin of Kherson State University* 24(2) (2017), pp. 128-131.

organisations and bodies. These structural subdivisions help to analyse and compare substantial volumes of information, which is usually obtained from financial and law-enforcement agencies²⁸.

Priority areas of activity, within which it is necessary to increase assessing the efficiency of the preventive work and maintenance. In order to improve the preventive influence upon the legal tax relations, it is necessary to determine priority areas of the required lawful and organisational changes. As concerns the variety of the priority areas, it is possible to note promotion of cooperation and improvement of communication between fiscal authorities and civil society organizations, entrepreneurial associations, and law-enforcement agencies; increase of diversity of forms and methods of the preventive work and maintenance, increase of application of the method of persuasion, as well as encouragement of taxpayers to the law-abiding activities; application of the information technologies in order to identify the delict behaviour in the tax area; increase of the forms and methodologies of training the designated officials, who ensure management of taxes and duties; development and introduction of the staff development programmes for such designated officials; workload reduction, as well as assistance in overcoming "the occupational burnout" in the process of performance of employment duties by these officials and so on. Many specialists have been tried to solve this problem, and they have proposed various measures in order to increase efficiency of the preventive activities, however, this problem continues to be unsolved until now. Therefore, it is necessary to improve the existing taking into account the changes in the tax area, as well as to develop new methods.

So, for example, authors of this paper fully agree with the opinion of Mr. O.A. Mahopets²⁹ in respect of the fact that overcoming the preconditions of occurrence of tax deviations is only possible due to the following factors: formation of quality legislation in the sphere of taxes; decrease in the tax rates; counterbalancing of tax amounts and penal sanctions in the cases of non-payment of taxes; simplification of the procedure of management of taxes; improvement of prevention of the tax offences; assurance of the taxpayers' understanding of the inevitability of punishment, as well as

²⁸ L.N. LYKOVA – I.S. BUKINA, *Tax systems of foreign countries*, Moscow, 2013.

²⁹ O. MAHOPETS, Reasons and forms of deviant behavior of taxpayers, In: *Scientific Works of Kirovohrad National Technical University* 10 (2) (2006), pp. 160-165.

formation of the tax ethics. In addition, in the course of this analysis it was possible to find the well-grounded arguments in support of the opinion of certain scientists in respect of necessity to strengthen influence upon operation of the controlling authorities of the civil society Institutions; performance of public expert examination of the normative and regulatory documents; paying attention to the problem of counterbalancing positions of the controlling authorities and representatives of business; strengthening the role of the public councils, which can be used as the efficient platform for establishment of partnership relationships with general public; providing feedback with taxpayers; establishment of the independent control³⁰, as well as in respect of necessity of widening the consulting and information work along with strengthening the role of relevant structural subdivisions of the controlling authorities, because of this fact will help to eliminate the problems that are connected with interpretation of norms of the tax law. This fact will make it possible to transform the State Tax Service of Ukraine into the consulting and servicing institution³¹.

In addition, it would make sense to discuss the opinion in respect of necessity to provide the taxpayers with the feel of the social responsibility, awareness of the importance and understanding of necessity of the voluntary payment of taxes^{32,33}. It is possible to ensure achievement of this goal due to: strengthening the public and servicing functions of fiscal authorities; improvement of dialogue with the entrepreneurial structures; assurance of legal opportunities of taxpayers and observance of requirements of the tax legislation by participants of legal tax relations; assurance of equal conditions for payers of taxes and duties and elimination of the factors, which stipulate formation of the privileged status for certain payers. In these circumstances, authors of this paper emphasize the need of introduction (for the conscientious taxpayers) of special procedures for making payments by instalments, of possible procedures for

³⁰ YU. VOLKOVA, Improving tax control as an element of tax policy formation, In: *Formation of Market Relations in Ukraine* 10 (65) (2012), pp. 23-27.

³¹ I. A. HRYDZHUK, *Improving the mechanism of state policy for tax control*, <https://cutt.ly/2nFBkMd>. (Accessed 15.02.2023).

³² V. YEARMINA, Tax control: theoretical principles and practice, In: *Collection of Scientific Works of the National University of State Tax Service of Ukraine* 1 (2011), pp. 166-176.

³³ As in footnote 25.

conclusion of an amicable agreement in order to continue their entrepreneurial activities and ensure preservation of jobs. It is also necessary to agree with the opinion that introduction of special information and an analytical system in the tax area is especially important in the current circumstances in order to prevent and terminate tax offences. Particularly, in order to identify the taxpayers, which evade payment of taxes, the automatised information and analytical system "Selection of object" was developed and implemented. It makes it possible to identify the economic entities, activity of which has characteristics of the illegal activity, which violates tax legislation. Introduction of such system makes it possible to use this system as the supportive resource in the course of identification of fictitious enterprises; the enterprises, which: violate tax discipline, do not observe requirements in respect of completeness and timeliness of tax payments and duties; perform illegal transactions with the foreign currency accounts; as well as to identify facts of shadow activities³⁴. Introduction of the information and analytical systems for collection of information on the delict activities is much needed in order to prevent offences in the tax area. Further increasing the capabilities of the computer processing of information on the objects of the tax control, on risks in the tax area, on the reasons and conditions of possible offences is the key to success of the efficient prevention of various delicts of the tax nature. At the same time, it is necessary to take into account the comments in respect of necessity of further improvement of the procedure of official registration of taxpayers. In these circumstances, it is necessary to introduce a uniform system of the accounting instruments, as well as to increase the list of the electronic accounting instruments³⁵. Therefore, it seems appropriate to take into account relevant statements of certain scientists in respect of the fact that in order to ensure efficiency of use of such automatised system it is necessary to ensure thorough fulfilment of a number of conditions, including the condition of unification of use: sources of information, classifiers, and international standards in this area. Therefore, it would be

³⁴ M. K. HALIANTYCH – A. V. KOSTRUBA – N. I. MAYDANYK, Legal aspects of the implementation of a pledge of a bill of lading as a security: National legal realities, In: *International Journal of Criminology and Sociology* 10 (2021), pp. 363-367.

³⁵ I.Y. PUCHKOVSKA – O.P. PECHENIY – A.M. ISAIEV, Ensuring the fulfillment of contracts in civil law, In: *International Journal of Criminology and Sociology* 9 (2020), pp. 3040-3047.

possible to ensure fulfilment of the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 403 “On Amendments and Addenda to the State Program of Ukraine's Transition to the International System of Accounting and Statistics”³⁶, as well as further improvement and expansion of the information support of such process due to improvement of the normative and legal basis of use and wide dissemination of the instructional and methodological documents. In these circumstances, preventive activities must be based on the well-consolidated information from the tax authorities, taxpayers, bodies of the public governance and management (at various levels), law-enforcement agencies, customs authorities, government statistics agencies, bodies of banks, bodies of credit and financial institutions, as well as bodies of the State Property Fund of Ukraine and bodies of various municipal property funds^{37,38}.

As concerns prevention of offences in the tax area, it is necessary to pay attention to interrelationship of these offences with the phenomena of corruption behaviour of the designated officials of the controlling authorities. In accordance with the opinion of scientists, availability of the supervisory powers is the traditionally favourable factor for occurrence of corruption³⁹. It is very important to ensure increase of efforts, as well as development of special measures in respect of overcoming the corruption within tax authorities. In accordance with the opinion of a number of scientists, the below-listed factors be instrumental of achievement of this goal: procedure of declaration of property, incomes, expenses, obligations of financial nature such declarations are to be submitted by the designated officials and by all members of their families); automatization of processes of the tax control and management of payment of taxes and duties; improvement of the electronic services; decrease in the need of personal contacts (in the course of the tax activities) between payers and designated officials of the controlling authorities; improvement of the internal motivation of the designated officials in respect of the law-abiding

³⁶ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/403-95-п#Text>. (Accessed 17. 12. 2022)

³⁷ I. M. BURDENKO – O. V. KRAVCHENKO, Analysis of the state and directions of development of the tax system of Ukraine and its impact on economic growth, In: *Actual Problems of Economy* 4 (2007), pp. 67-74.

³⁸ As in footnote 25.

³⁹ M. I. MELNYK – I. V. LESHCHUKH, *Tax control in Ukraine: problems and priorities for improving efficiency*, Lviv, 2015.

behaviour, high level of knowledge of taxpayers in the tax area; improvement of the public control; overcoming the selectivity in application of the anti-corruption legislation^{40,41}.

In addition, in accordance with the opinion of Mrs. M.I. Melnyk and I.V. Leshchukh⁴², the following factors are also very important in this sphere: implementation of the internal anti corruption control within the tax authorities; performance of special inspections and audits in this sphere; thorough inspection and careful check-up of all officer-seekers and candidates for various positions in the tax authorities; credibility of the information, which is presented in the declaration on income; abolition of the requirement in respect of the planned figures proceeds from penalties and revenues acquired from fines in accordance with results of the tax control; application of the serious punishments in respect of the designated officials, who violate requirements of the law in the sphere of corruption. Such punishments would be accompanied by the confiscation of valuables and monetary assets. In addition, information on the revealed facts of corruption will be disseminated and included to the Unified State Register of Persons that Committed Corruption or Corruption-Related Offenses in order to prevent any possibilities for such persons to hold any governmental positions in future. The Order of the State Tax Service of Ukraine No. 52 “On Approval of the Rules of Ethical Conduct in the Bodies of the State Tax Service”⁴³ was developed, particularly, in order to ensure conscientious, scrupulous, and professional performance of official duties by employees of various STS bodies, as well as to strengthen intolerance to any phenomena of the corruption activities. It is possible to mention the National Agency for Prevention of Corruption of the STS as the example of the successful prevention of corruption activities in the tax area. This Agency ensures prevention of all tax offences and implements various measures in respect of prevention, identification, and termination of the offences, which are connected with corruption within the STS system. All messages and comments of the STS include information in respect of

⁴⁰ I. SHCHYTVYNCHUK, Tax control: areas for improvement, *Bulletin of ZhSTU* 2 (48) (2015), pp. 190-193.

⁴¹ As in footnote 25.

⁴² As in footnote 33.

⁴³<https://tax.gov.ua/diyalnist-/zakonodavstvo-pro-diyalnis/nakazi-pro-diyalnist/73616.html>. (Accessed 17. 12. 2022)

methods of communication with the National Agency for Prevention of Corruption of the STS in order to overcome illegal activity of the STS employees⁴⁴.

4. Conclusions

Analysis of various opinions (which exist within the doctrinal environment) concerning classification of the administrative delicts and measures in respect of tax relations has made it possible to state that these opinions cannot describe the entire plurality of these offences. First of all, it is necessary improve analysis and processing of the delictological information, because of it is the basis for subsequent obligatory development and formation of the subsystem of the information support for prevention of offences in the tax area. Prevention of offences in the tax area with the help of remedies of the administrative law requires implementing the well-coordinated activities from the part of: subjects of the tax control, law-enforcement agencies, and general public. It is necessary to neutralise economic, lawful, moral, organisational, technical, and other reasons for committing delicts, which are connected with violation of: procedure of recovery and management of payment of taxes and duties; procedure of implementation of the taxpayers' rights in respect of taxes and duties, rights, obligations, competence of the controlling authorities and subjects of management of taxes and duties, as well as other violations of the tax legislation. It would make sense to apply such forms of interaction: studying and dissemination of good professional experience and practice; performance of common/combined programmes in order to identify various infringements in the tax area; determination of reasons and condition; mutual use of various possibilities for advanced professional training of employees of the law-enforcement agencies and tax authorities.

The proposed approach to classification of the administrative and delict measures for the system of general prevention does not attempt to be considered as the final and comprehensive solution of the problem. This

⁴⁴ O.V. HALTSOVA – M.YU. KUTIEPOV – A.F. STEPANIUK, Recommendations of the council of europe as a guide for the development of criminal executive law of Ukraine, In: *International Journal of Criminology and Sociology* 9 (2020), pp. 1557-1566.

system of measures (as any other classification) has a certain degree of conditionality and inexhaustibility. However, this approach has a certain theoretical and practical significance. The proposed approach can be used in the course of subsequent development of the problem of classification of various measures of the administrative nature not only in the tax legislation, but in other branches of jurisprudence as well. Results of the conducted research make it possible to make conclusion in respect of the fact that efficient prevention of the tax offences is only possible in the case of utilisation of the entire potential capacities of the tax law, administrative law, as well as administrative and delict law. In these circumstances, perfection of the financial, economic, and administrative legislation plays a decisive role (it is also possible to state the same in respect of the procedure of registration and maintenance of the tax accounting of taxpayers and so on).

Abstract: Topicality and rationale of this research stem from the fact that the modern state, which is governed by the rule of law, must have the well-adapted and properly regulated system of taxation, which takes into account both interests of taxpayers, and interests of the state. In addition, such taxation system must be ensured by and accompanied with the system of legal safeguards and guarantees, which must include both responsibility for non-observance of the tax legislation, and prevention offences in this area. Therefore, goal of this paper is to ensure disclosure and description of the main directions of the preventive work and maintenance in respect of the offences in the tax area with the help of remedies and principles of the administrative law. As concerns various methods of analysis, it was conventional analytical method, which was selected as one of the main methods and which has made it possible to estimate efficiency of the administrative measures in the course of general prophylaxis within the taxation system in order to develop specific directions of regulation and settlement of the object of research. The paper presents essence offences in the tax area both at the legislative level, and within the doctrinal environment. Analysis of the policy in respect of prevention of and fighting with administrative offences in the sphere of application of the tax legislation was carried out. Subjects of implementation of this policy, directions of their preventive activity and existing measures in the sphere of prevention of delicts in the tax area, as well as critical analysis of certain directions (which have been proposed by certain scientists) in order to improve estimation of efficiency of the preventive work and maintenance within tax relations have been determined. In addition, main directions of prevention of the offences in the tax area have been determined, and these directions were subdivided in two forms – form of a general action and form of the individual influence upon the objects of prevention. At the same time, there exists the substantial list of the general prevention measures, as well as special measures, which have been developed for improvement of the preventive influence upon the legal relations within the area of taxation. Materials of this paper present information of practical utility for wide circles of users: general public, economic entities, employees of fiscal authorities, and bodies of the legislative power.

Keywords: taxpayers; delict; corruption; finances; payment of duties

IHOR KOVBAS^{a1}, MYKOLA KOVAL^b, IRYNA PETROVSKA^c, PAVLO
KRAINII^a, YULIIA KOTSAN-OLYNETS^d

Problematic aspects of regulatory consolidation of administrative legal personality of public councils**

**Summary: 1. Introduction, 2. Materials and methods, 3. Results and
discussion, 4. Conclusions.**

DOI: 10.26350/18277942_000119

1. Introduction

Today, society and the state face organisational tasks that are reduced to one common denominator: how to make the system of public administration as comfortable and effective as possible? The problem of the institution of public participation in communication with public authorities is caused by several factors: the conceptual and essential uncertainty of this institution in the context of the public administration system reform, and the reform of civil society institutions; the search for an optimal model for organising state bodies; the lack of both scientific and statutory analysis of the legal regulation concerning the institution of public councils in administrative law, the need for a qualitative justification of scientific opinions on the problems of organising interaction between public authorities and civil society, etc.

A clear definition of the possibility of improving the terminology, which concerns the direct possibility of high-quality implementation of the entire range of their rights by such councils, will allow establishing a unified mechanism that is implemented by public councils and will help determine their place among other public institutions. At the same time, it would

¹ E-mail: ihor_kovbas@ukr.net

^a Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine

^b University of the State Fiscal Service of Ukraine, Ukraine

^c Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Ukraine

^d Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine

** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

allow evaluating the specific features of management activities that are successfully implemented in the public administration processes of Ukraine's neighbouring countries: Hungary, Poland, Romania, etc. Furthermore, a qualitative study of the tools of public councils' activities would provide insight into the existing problematic aspects of their interaction with state authorities of various levels and local self-government bodies. This would serve as an appropriate component for improving the introduction of public councils under public administration bodies and their legal relations with public administration entities in terms of implementing executive and administrative activities². In addition, the practical component of the study can serve as an example for the post-Soviet countries. Public councils, as one of the most striking examples of interaction and communication between an individual citizen, a group of individuals and the state, its authorised body, are currently in the centre of attention of researchers and practitioners in the area of public administration. Their development as consultative and advisory formations is a multifaceted and complex process.

Admittedly, only in the presence of desire, experience, and time would the integration of public councils into the "body" of the public administration system take place as efficiently as possible. When introducing them, one should be guided by the thesis that the transfer of experience and theoretical basis of the countries of the European space should take place with certain national characteristics of Ukrainian society. This is especially true for defining terms and definitions of certain legal categories. Therewith, it is necessary to consider the social, economic, cultural, and administrative traditions of Ukraine, the state and level of development of state institutions, the legal regulation of civil society institutions in their interaction ensured by authorised public authorities and local self-government bodies. Therefore, to better understand the full range of legal means that public councils can implement in their activities, it was necessary to determine what is meant by the tools of public councils' activities. Based on this, the authors investigated the practical aspect of the legal personality of public councils through the lens of the historical

² M. RUDENKO – I. MALINOVSKA – S. KRAVTSOV, Justice for judges in Ukraine: Looking for peace and strong judiciary institutions in a sustainable society, In: *European Journal of Sustainable Development* 10 (1) (2021), pp. 339-348.

development and analysis of the current legislation governing the procedure for the activities of public councils in Ukraine. This determined the originality of this study. The paper hypothesised that the implementation of a statutory analysis of the legislation governing the activities of public councils in terms of determining the legal personality of the latter plays a positive role in understanding the role of such councils, the range of their rights and outlining the range of practical issues, legal gaps that they contain in such legislation.

2. Materials and Methods

Upon investigating the theoretical and practical component of the exercise of public councils' powers through appropriate legal instruments, the authors used classical methods of scientific cognition. This study was conducted using the method of analysing the current Ukrainian legislation and basic terms and categories, which allowed outlining the boundaries and scope of legal personality of public councils. In addition, the paper employed the historical method, which involved step-by-step reproduction of the development of public councils in Ukraine and the influence of foreign practice on such a public institution. The authors observed the results of step-by-step reproduction of this process, and concluded that observation "from the outside" is much more effective than the usual literature study.

Among Western scientists, it is worth mentioning the study of M. Weber³; N. Borjelli and V. Bright⁴; J. Habermas⁵. In Ukraine, this issue has not been addressed for a considerable period of time. Public councils are investigated by T.V. Andriychuk⁶, who defined public councils as an effective tool in the development and implementation of national policy; V. V. Perzhun⁷, who focused on the importance of developing socio-cultural

³ M. WEBER, *Basic sociological concepts*, Moscow, 1990.

⁴ N. BORJELLI – V. BRIGHT, *Public councils as a mechanism of consultation between the state and the public*, Minsk, 2009.

⁵ J. HABERMAS, *Public space and political publicity. Biographical roots of two mental motives. Between naturalism and religion*, Moscow, 2011.

⁶ T. ANDRIYCHUK, Public councils as a tool for public participation in the formation and implementation of public policy, In: *Political Management* 3 (7) (2011), pp. 71-79.

⁷ V. V. PERZHUN, Management culture as a socio-cultural mechanism of transition to public administration in Ukraine, In: *Effective public and municipal administration: theory, methodology, practice. I experience.* (pp. 43-47). Venice, 2020.

features of administrative culture for managers and representatives of public organisations; O. Savchenko⁸, who studied public councils as a tool for involving the public in decision-making, a tool for influencing the development of national policy. The study involved regulatory sources – the Constitution of Ukraine⁹, the Laws of Ukraine "On Public Associations"¹⁰, Decree of the President of Ukraine "On Ensuring Conditions for Wider Public Participation and Implementation of National Policy"¹¹, Resolutions of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On the Establishment of the Council of Industrialists and Entrepreneurs of Ukraine under the Cabinet of Ministers of Ukraine"¹², "On Ensuring Public Participation in the Development and Implementation of National Policy"¹³ and a Standard Regulations on the Public Council under the Ministry, other Central Executive Bodies, the Council of Ministers of the Autonomous Republic of Crimea, regional, Kyiv and Sevastopol city, district, Kyiv and Sevastopol municipal state administration¹⁴.

Notably, the science of Ukrainian administrative law quite often brings up for discussion theoretical and practical issues of the activities of certain legal institutions. And it is appropriate to note that at the present stage of development of administrative law and administrative legislation, the problem of defining a term that would adequately correspond to the essence of the activities of bodies (officials) endowed with public authority related to the actual service of the people remains unresolved¹⁵. This statement can also be applied to the issue of defining the category of legal personality of public councils. After all, apart from the scientific debate about their place and significance for the development of a democratic society in Ukraine, the sphere of practical implementation by such

⁸ O. SAVCHENKO, Public councils as a subject of public control in Ukraine: legal principles and development trends, In: *Legal Bulletin* 1 (1) (2015), pp. 67-72.

⁹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (Accessed: 13.10.2022).

¹⁰ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4572-17#Text> (Accessed: 13.10.2022).

¹¹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/854/2004#Text> (Accessed: 13.10.2022).

¹² http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KMP93210.html (Accessed: 13.10.2022).

¹³ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-2010-%D0%BF#Text> (Accessed: 13.10.2022).

¹⁴ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/353-2019-%D0%BF> (Accessed: 13.10.2022).

¹⁵ I. KOVBAS, Definitive – substantive analysis of public – government services, In: *Scientific Bulletin of Chernivtsi University*, 478, 11-76.

institutions of both their rights and the limits of their activities remains ignored.

3. Results and Discussion

Considering the scientific conclusions of Ukrainian researchers who have studied the development of public councils in Ukraine, the practice of involving the public in joint work with executive authorities began in 1993. The prototype of such an institution was the Council of Entrepreneurs of Ukraine, which was established under the Cabinet of Ministers of Ukraine by Resolution No. 210 of March 22, 1993¹⁶. This resolution established the corresponding Regulation. Even though it is no longer valid, analysing its text, one can state the fact that such a sub-legislative act does not provide the appropriate legal tools for exercising its rights. The issue of organisational elements of the Council's activities was also ignored. Only the general scope of such a council's activities was outlined, its personal composition was determined, and the corresponding powers were listed. Although it is unclear exactly how the listed powers should be implemented in the text of the document. However, despite this, the creation of such a platform for communication between the business sector and the executive branch was once an important step in establishing a dialogue between society and the state. In the future, the creation of public councils under executive authorities took place based on the Decree of the President of Ukraine No. 854 "On Ensuring Conditions for Wider Public Participation in the Development and Implementation of National Policy" dated 31.07.2004¹⁷.

Thus, the government for the first time established new mechanisms for implementing the constitutional right of citizens to be engaged in public administration through consultation of such bodies with society, which were not previously defined at the regulatory level. However, even in this case, whether intentionally or not, the legislator established rather limited powers of public councils. Due attention was not paid to the detailed regulation of the provisions concerning the working bodies of public councils. Because of this, they were unable to fully implement the range of functions that were assigned to them. It all came down exclusively to

¹⁶ As in footnote 11.

¹⁷ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/854/2004#Text> (Accessed: 13.10.2022).

coordinating activities related to creating conditions for executive authorities to conduct public consultations. Furthermore, the disadvantage of this document was that it did not define a particular mechanism for forming public councils¹⁸. Notably, the lack of political will, proper motivation, and understanding of the importance of such an institution as public councils has led to improper regulatory consolidation of actually effective tools and mechanisms that would help implement really high-quality, not formal communication between society and the state. At the same time, the incentive for increasing the attention of the authorities to the functioning of the public council should be the course of Ukraine towards transparency in the activities of executive authorities and local self-government bodies, the social orientation of state management decisions and the elimination of corruption¹⁹.

In the future, the process of democratic transformation of the participation of such civil society institutions in public administration was reflected in the adoption of Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 996 "On Ensuring Public Participation in the Development and Implementation of National Policy" dated 03.11.2010²⁰. In this study, the authors once again failed to define the main elements of the administrative and legal status of public councils, but attempted to analyse one of its central elements, the legal personality of public councils. At the same time, it is necessary to identify the main functions of the latter that would give insight into the effectiveness of legal regulation of the implementation of the main purpose by public councils, which lies in the establishment of proper communication between society and public administration bodies at all levels.

It is worth agreeing with the opinion that the functions of public councils in the public legal sphere can be divided into the following types:

– advisory – lies in highlighting the position of civil society institutions regarding the policy of public authorities;

¹⁸ YU. ZH. SHAYGORODSKY – T. S. ANDRIYCHUK – A. YA. DIDUKH, *Power and society: dialogue through public councils*, Kyiv, 2011.

¹⁹ A. S. KRUPNIK, *Public councils: creation and organization of work. Reference and methodical manual for members of public councils*, Kyiv, 2012.

²⁰ V. TATSIY, Re-codification of the civil law of Ukraine: On the way to European integration, In: *Global Journal of Comparative Law* 10 (1-2) (2021), pp. 1-4.

- consulting – promotion of cooperation between public authorities and the public in the form of consulting by helping to organise all its types of consultations;
- representative – representation of the interests of certain groups of society in public power activities in all spheres of public life and their influence on the adoption of the necessary rules of conduct for them;
- controlling – implementation of public control over the activities of public authorities at all stages of adopting rules of conduct, which lies in expert examinations of draft decisions, monitoring the proposals of civil society institutions and the activities of councils;
- statutorily-assisting – help in creating regulations and introducing proposals concerning them (this function is incorrectly called rule-making by some scientists. This position indicates that public councils are subjects of rule-making, that is, they adopt statutory rules of conduct, which is categorically wrong);
- coordinating – acts as a "bridge", a mechanism for establishing a dialogue between state authorities in a certain area, local self-government bodies, public, religious, and other organisations, media, the public, the people, national minorities and society to reach consensus on a certain issue of public life;
- professional – an expert examination in a particular field by specialists who have special knowledge and understand the problem more comprehensively and broadly than ordinary citizens or individual representatives of public authorities;
- informative – communicating information about the activities of public authorities and their decisions, as well as drafts of these decisions, to the public;
- security – protection and remedying of citizens' rights and freedoms through reporting information about the facts of their violation and introducing proposals regarding the elimination of these facts;
- cultural and legal – creation of prerequisites for increasing the level of trust of citizens in public authorities, overcoming legal nihilism, stimulating social activity of the individual, increasing the overall level of legal culture of the population²¹.

²¹ A. V. VOLOSHIN – M. V. LATSIBA, *Effective organization of public council work*, Kyiv, 2011.

Admittedly, these functions determine the main vector of practical orientation of the activities of public councils. However, the authors believe that the definition of functions alone will not fully cover the entire practical ability of public councils to be an independent subject of public legal relations with government and local self-government bodies. To highlight the main regulatory shortcomings that enable the implementation of such functions, it is worth analysing the current Ukrainian legislation governing the activities of public councils. Furthermore, the corresponding Model Regulation on the Public Council under the Ministry, Other Central Executive Body, the Council of Ministers of the Autonomous Republic of Crimea, Regional, Kyiv and Sevastopol city, district, municipal state administration in the cities of Kyiv and Sevastopol does not allow clearly identifying the exact level of legal personality such councils are endowed with²². This questions their ability to provide actual assistance in the public sphere for governing the corresponding circle in public relations, providing suggestions, advising and commenting on the development of public power activities. This also leads to the consolidation of merely formal participation of citizens in the exercise of public power. It is impossible to call this a manifestation of public control over the activities of government representatives. Only an imaginary, non-viable form of such control is provided. The possibility of implementing participatory democracy will be reduced to nothing, because it occurs when individuals, being in the centre of decision-making, are "endowed with equal opportunities to determine the final decision"²³.

Furthermore, the materials of the results of the study "Investigating Public Opinion on the State of Development of Civil Society in Chernivetska Oblast" confirm the issue of insufficient tools to support public organisations and a clear definition of the legal personality of public councils. This study was conducted, among other things, with the involvement of former and new members of the public council under the Chernivetska Oblast State Administration to evaluate the functioning of

²² L. USACHENKO, Public advisory councils: status and prospects of functioning, In: *Efficiency of Public Administration* 18/19 (2009), pp. 388-390.

²³ C. PATEMAN, *Participation and democratic theory*, Cambridge, 1970.

public councils operating in the city of Chernivtsi and the Oblast²⁴. The results of such studies motivate the search for appropriate theoretical and practical considerations for the introduction and improvement of tools for the activities of public councils. Considering the above, one can distinguish several essential regulatory gaps that occur in the legal regulation of public councils.

Firstly, Paragraph 1 of the Model Regulation on the Public Council under the Ministry, Other Central Executive Body, the Council of Ministers of the Autonomous Republic of Crimea, Regional, Kyiv and Sevastopol city, district, municipal state administration in the cities of Kyiv and Sevastopol defines public councils as a temporary consultative and advisory body formed to promote public participation in the development and implementation of national and regional policies²⁵. Such definition does not fully correspond to the legal nature of the institution under study. The legislator's position as to the reason for this definition to contain the adjective "temporary" is unclear. The authors of this study consider it to be one of the clear confirmations that the public authorities do not intend to strengthen the position of such institutions. This may be connected with a factor in the possible effectiveness of public control. Therefore, the refusal to clearly define the legal personality of public councils confirms this.

For comparison, one can examine the definition of a public association. According to Paragraph 1, Part 1, Article 1 of the Law of Ukraine "On Public Associations", a public association is a voluntary association of individuals and/or legal entities of private law for the exercise and protection of rights and freedoms, satisfaction of public, namely economic, social, cultural, environmental, and other interests²⁶. This definition does not emphasise that such subjects are temporary. After all, the process of implementing public-power relations to ensure the exercise of citizens' rights and freedoms is not temporary. It may vary depending on the form of state

²⁴ <http://www.rieirs.org.ua/index.php/en/robo-ta-instytutu/proekty-ta-podii/item/347-hromadianske-suspilstvo-shans-na-partnerskyi-dialoh> (Accessed: 13.10.2022).

²⁵ As in footnote 13.

²⁶ T. SLINKO – O. UVAROVA, Freedom of Expression in Ukraine: (Non)sustainable Constitutional Tradition, In: *Baltic Journal of European Studies* 9 (3) (2019), pp. 25-42.

structure, form of government, or political regime. But its implementation is a gradual development of both society and the state²⁷.

Leaving such a definition in the form in which it is proposed by the legislator, in the future public councils will be unable to perform their tasks efficiently. Thus, according to Paragraph 3 of the Regulation, the main tasks of the public council are as follows:

- assistance in the citizens' exercise of their constitutional right to take part in the management of state affairs;
- assistance in the executive authority's consideration of public opinion upon developing and implementing national and regional policies;
- assistance in attracting representatives of interested parties to conduct public consultations and monitor the results of the development and implementation of national and regional policies;
- conducting public monitoring of the activities of the executive authority in accordance with the legislation;
- preparation of expert proposals, conclusions, and analytical materials on the development and implementation of national and regional policies²⁸.

If the provision in question remains unchanged, it can be argued that performing such tasks will become problematic for members of public councils. In a situation where the time such an institution will work for is unknown, it is difficult to contemplate on high-quality strategic planning of its activities. In this regard, the authors of the study propose to amend Paragraph 1 of the Regulation and set it out in the following wording: "Public Council under the Ministry, Other Central Executive Body, the Council of Ministers of the Autonomous Republic of Crimea, Regional, Kyiv and Sevastopol city, district, municipal state administration in the cities of Kyiv and Sevastopol (hereinafter referred to as "the public council") is an advisory body established to promote public participation in the development and implementation of national and regional policies". This will enable a qualitatively change in the effectiveness of public councils.

In accordance with Paragraph 5 of the Model Regulation, the public council has the following rights:

²⁷ E. YOUNG – L. QUINN, *How to write an effective analytical document in the field of public policy*, Kyiv, 2003.

²⁸ K. TRYKHLIB, Law-making activity in the case law of the constitutional court of Ukraine, In: *International and Comparative Law Review* 19 (2) (2019), pp. 27-75.

- to establish permanent and temporary working bodies (administration, secretariat, committees, commissions, expert groups, etc.);
- to involve employees of central and local executive authorities, local self-government bodies, representatives of enterprises, institutions and organisations, depending on the form of ownership (with the consent of their managers), as well as individual specialists (with their consent) in their work;
- to organise and conduct seminars, conferences, round tables, and other public events;
- to receive, in accordance with the established procedure, information from executive authorities and local self-government bodies necessary to ensure the activities of the council;
- to receive from the executive authority draft regulations on issues that require public consultation;
- to conduct, in accordance with the legislation, public expertise of the activities of the executive authority and public anti-corruption expertise of regulations, including draft regulations, developed by the executive authority.

Proceeding from the established rights granted to public councils, the authors propose their classification according to their functional purpose as follows:

- organisational rights (to establish permanent and temporary working bodies; to involve employees of central and local executive authorities, local self-government bodies, representatives of enterprises, institutions and organisations independent of the form of ownership);
- technical and regulatory rights (to conduct, in accordance with the legislation, public expertise of the activities of the executive authority and public anti-corruption expertise of regulations, including draft regulations, developed by the executive authority);
- informational rights (to receive from executive authorities and local self-government bodies the information necessary to ensure the activities of the council in accordance with the established procedure; to receive draft regulations on issues requiring public consultation from the executive authority);
- educational rights (to organise and conduct seminars, conferences, round tables, and other public events).

According to the authors, it is unclear why the above paragraph exemplifies only the list of "permanent and temporary working bodies (administration, secretariat, committees, commissions, expert groups)". The lack of a clear definition of these public council bodies does not allow properly outlining their internal system. In the text of this regulation, the name of such bodies is mentioned only once, with the exception of the secretariat of the public council. Thus, in accordance with Paragraph 26 of the Regulation, "Provision of the public council secretariat with premises for the operation of the council and holding its meetings, as well as, if possible, with means of communication, is performed by the executive authority. The chairman of the public council is responsible for the preservation of premises, property, etc. provided by the executive authority to the secretariat of the public council for temporary use". These organisational and structural divisions of public councils are also to a certain extent responsible for the high-quality, timely, and full use of such councils.

Therefore, it is necessary to supplement the corresponding provision with definitions that will enable the understanding of functions each of these structural elements performs. To establish definitions of such structural elements of public councils, it is worth referring to the interpretation of definitions offered by dictionaries of the Ukrainian language. Thus, the word "administration" refers to an elected body that governs an institution, organisation, enterprise, etc. The meaning of the word "secretariat" is defined as persons elected at meetings, conferences, etc. to keep minutes, prepare resolutions, etc. "A committee" is a collegial body that manages any branch of state or public activity. "A commission" is defined as a group of individuals tasked with solving certain issues. "A group" is defined as a set of individuals united by a common goal, idea, work, etc.²⁹. Considering the above and taking the given definitions as a basis, the meaning and interpretation of which are proposed by researchers of the Ukrainian language, the authors propose to amend the Model Regulation on Public Councils and supplement it with a separate section, which would define the following terms:

- public council administration– an elected, permanent unit that is responsible for managing the public council, organising communication

²⁹ *Dictionary of the Ukrainian language*, Kyiv, 1980.

with other public councils, executive authorities and local self-government bodies;

- the secretariat of the public council – an elected, permanent unit that ensures the organisation and holding of organisational meetings of public councils, where issues concerning the public council activities are resolved;
- a public council commission – an elected, permanent or temporary public council unit that can be created to consider particular practical tasks in various areas of activity of public councils;
- a group attached to a public council – a voluntarily created, permanent or temporary public council unit that is established to unite specialists, experts from a particular area to develop specific proposals on any issues concerning the functioning of public councils.

4. Conclusions

Having investigated the current regulatory framework that governs the legal personality of public councils, the authors of the study concluded that the public council as an advisory body established under the executive authority, albeit has a separate legal regulation, is not without substantial technical, legal, and content shortcomings. If they are not eliminated, it will be impossible to refer to public councils as an important component formed by society and acting to meet the public and private interests of each of its participants. And positive changes in relations between the government and the population, public authorities and society will not receive their qualitative and productive development.

The development of a proper communication platform between public institutions and the state in Ukraine constitutes an important component uniting three important subjects – the individual, society, and the state. For this purpose, complex transformation processes are taking place in Ukrainian society and the state in terms of decentralising public power and introducing particular civil society institutions to take part in public administration. The institution of public councils occupies a special place in scientific research. However, issues concerning the legal regulation of the activities of public councils and determining their legal personality require a longstanding investigation. At present, it can be argued that the current regulatory framework contains a considerable number of legal gaps and inconsistencies. It is necessary to introduce appropriate changes to the

Model Regulation on the Public Council under the Ministry, Other Central Executive Body, the Council of Ministers of the Autonomous Republic of Crimea, Regional, Kyiv and Sevastopol city, district, municipal state administration in the cities of Kyiv and Sevastopol regarding the definition of public councils, as well as a clear definition of individual structural bodies that are stipulated in this Regulation. The authors of this study were unable to cover all aspects and problems of this subject. The main attention was paid to the role of public councils in the administration mechanism and the practical activities of public councils under public administrations. The research is independent, and there are no conflicts in the field of ethical standards with other studies.

Abstract In this study, the authors attempted to conduct a theoretical and statutory analysis of the consolidation of legal personality of the main public councils. The study of this category was aimed at studying the main terminology used in the legislation to determine the systemic legal means by which public councils realise their role as an institution of civil society. The authors investigated a considerable, relevant array of regulations that govern organisational aspects of the implementation of the rights and obligations of public councils. The study analysed the main provisions concerning the implementation of legal personality by public councils through the lens of the main regulations that determine their functioning grounds. Furthermore, it was declared that the state is responsible to each individual for its activities in the implementation and protection of the rights and freedoms of the latter.

Keywords: legal personality; administrative responsibility; rights and freedoms; Constitution; regulations

VOLODYMYR NAHNYBIDA*, ZHANNA CHORNA**, SVITLANA
LOZINSKA**, ROKSOLANA IVANOVA**, MARYNA BORYSLAVSKA**

Freedom of contract as a fundamental principle of Ukrainian and EU contract law***

**Summary: 1. Introduction. 2. Materials and Methods. 3. Results and
discussion. 4. Conclusions**

DOI: 10.26350/18277942_000120

1. Introduction

Freedom of contract arose at the same time as the contract itself. After all, the basic element of a contract is the agreement of the free expression of will of the parties. Without freedom, the parties cannot express their will. The freedom of the actors in contractual relations has varied at different stages of society's development. It was defined in different ways and depended on the degree of social freedom to which the subjects of civil legal relations were entitled¹. The principle of freedom is the most important principle of law². It is fundamental to defining the scope of human rights and freedoms and determines the nature of an individual's behaviour in legal relations^{3,4}. This principle is included in the list of general principles

* Academician F.H. Burchak Scientific-Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the National Academy of Law Sciences of Ukraine (nahnybida.volod@ukr.net)

** Leonid Yuzkov Khmelnytskyi University of Management and Law.

*** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ A. N. KLIMOVA, *Principles of civil law: thesis of the thesis of the Candidate of Juridical Sciences*, Ryazan, (2005), pp. 183.

² V. V. LADICHENKO, A comprehensive approach to the principles of law, In: *State and Law. Legal and Political Sciences: A Collection of Scientific Papers* 26 (2004), pp. 73-78.

³ V. V. LADICHENKO, *The relationship between law and freedom*, In: *Legal Ukraine* 10 (2011), pp. 4-9.

⁴ T. SLINKO, O. Uvarova, *Freedom of Expression in Ukraine: (Non)sustainable Constitutional Tradition*, In: *Baltic Journal of European Studies* 9 (3) (2019), pp. 25-42.

of civil law⁵. The foundation of contract law in any country is formed by its principles, tested by practice ideas according to which contractual relations are regulated. One of the fundamental principles of contract law is the principle of freedom of contract, which is enshrined in the Civil Code of Ukraine (CC of Ukraine) (Article 627).

Most scholars tend to believe that it can certainly be recognised as a principle of contract law⁶. This principle, moreover, makes it possible to distinguish between a contract and an administrative act as the basis for civil rights and obligations, as only a contract is characterised by the principle of freedom. A contract is not a disparate expression of will and action by two or more persons, but a common (unified, negotiated) expression of will. For this to be formulated and enshrined in a contract, the expression of will has to be free from external influences. Freedom of contract is a universally recognised means of achieving this objective. To a certain extent it can be stated that the legal content of the principle of freedom of contract, enshrined in the CC, duplicates the constitutional principle of basing the legal order in Ukraine on the rule establishing that no one can be forced to do what is not provided by law⁷.

Historically, freedom of contract as a particular expression of the autonomy of the individual is linked to the so-called “theory of autonomy of the will”. According to this theory, the recognition and fulfilment of contractual obligations is based on the idea that the parties to a contract “voluntarily wished’ to bind themselves”⁸. This principle is characteristic not only of the countries with a civil law system, but also of the common law system. The principle of freedom of contract was already widely applied in the common law system in the 19th century⁹. The principle of freedom of contract is the basic and prevailing principle of European contract law¹⁰.

⁵ *Legislation of Ukraine*. <https://zakon.rada.gov.ua/laws?lang=en> (1996).

⁶ O. B. DZERIA – N. S. KUZNETSOVA – R. A. MAIDANIK, *Civil law of Ukraine. General part*, Kyiv 2010, pp 486.

⁷ *Legislation of Ukraine*. <https://zakon.rada.gov.ua/laws?lang=en> (1996).

⁸ K. ZWEIGERT – X. KETZ, *Introduction to comparative jurisprudence in the field of frequent law*. Moscow, (1998), pp. 744.

⁹ P. S. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract II*. <http://www.us.oup.com/us/catalog/general/subject/Law/ContractLaw/?ci=0198255276&view=usa> (1979).

¹⁰ U. DROBNIG, *General principles of European Contract Law II*. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/drobnig.html> (1986).

According to the opinion of professor U. Schroeter¹¹, the principle of freedom of contract is also basic to international contract law in general. The essence of freedom of contract is the ability of law subjects to decide on the conclusion of a contract and its content. And this freedom is not absolute, but limited by the provisions of laws, customs, decisions of relevant authorities, etc. These aspects predetermine the purpose of this study – to determine the legal essence of freedom of contract as a principle of contract law in civil law of Ukraine and the European Union (EU). Considerable attention to the study of the principle of freedom of contract in their works was paid by such Ukrainian scientists as V. Gorev¹², Yu. Popov¹³, A. Luts¹⁴ and others. This issue was addressed in their research by renowned civil lawyers – O. Dzeria et al.¹⁵ The issues of EU contract law, including its principles, were studied by Ukrainian and international authors such as Yu. Popov¹⁶, A. Dovgert¹⁷, Z. Romovska¹⁸, V. Shevchenko¹⁹, O. Lando and H. Beale²⁰, M. Brown²¹, and others. The researchers focus

¹¹ U. G. SCHROETER, *Freedom of contract: Comparison between provisions of the CISG (Article 6) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law II*. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter2.html> (2002)

¹² V. O. GOREV, *Freedom of contract as a general principle of civil law of Ukraine: thesis of the Candidate of Juridical Sciences*, Kharkiv, (2007), pp. 203.

¹³ YU. YU. POPOV, *Freedom of contract to determine the consequences of illegal behavior*, In: *Law of Ukraine 1* (2008), pp. 133-136.

¹⁴ A. V. LUTS, *Freedom of contract in civil law of Ukraine*, Kyiv, (2004), pp. 18.

¹⁵ O. B. DZERIA – N. S. KUZNETSOVA – R. A. MAIDANIK, *Civil law of Ukraine. General part*, Kyiv, (2010), pp. 486.

¹⁶ YU. YU. POPOV, *Freedom of contract to determine the consequences of illegal behavior*, In: *Law of Ukraine 1* (2008), pp. 133-136.

¹⁷ A. DOVGERT, *Codification of civil law of independent Ukraine – an important stage in the development of civil doctrine*, In: *Law of Ukraine 6* (2014), pp. 35-47.

¹⁸ V. ROMOVSKA, *General principles of civil law*, In: *Bulletin of the Bar Academy of Ukraine 4* (2005), pp. 10-21.

¹⁹ V. V. SHEVCHENKO, *The essence of the principle of freedom of contract and its significance in the land law of Ukraine*, In: *Scientific Notes of Taurida National V. I. Vernadsky University, Series “Juridical Sciences” 26* (65) (2013), pp. 445-451.

²⁰ O. LANDO – H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Part I and II*, London, (2002), pp. 561.

²¹ M. BROWN, *Goodfaith – is there a new implied duty in English contract law?* <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2013/07/good-faith--is-there-a-new-implied-duty-in-english> (2013).

mainly on analysing the concept, content and essence of freedom of contract, leaving the practical aspect of this civilising principle without proper study. As a result, the practical implementation of the principle of freedom of contract in transactions remains understudied.

2. Materials and Methods

The methodological basis of the study was based on analytical and legal methods of analysis. General scientific and special methods were used. The main provisions of the legal framework at Ukrainian and foreign level, in particular in the EU countries, were studied. The methodology used has enabled the development of the main directions for reforming the legislative regulation of the principle of freedom of contract in the Ukrainian legal framework. The methods used allowed for reliable and valid conclusions and results. The methodological basis of the study was the fundamental provisions of legal science, the dialectical cognition method, the evolutionary-systemic approach to the development of civil law theory, the theory of knowledge and the systemic approach to the analysis of processes in their interconnection and development.

As one of the main methods of analysis, a comparative analysis was used to compare the reflection of the principle of “freedom of contract” in the acts of Ukraine and EU law, the Ukrainian practice of protecting this principle with the legal framework of regulation and protection of the research object in other countries, in particular in EU countries. The comparative method of analysis enabled a comparison of the Ukrainian definition of the content of the freedom of contract principle with its legal interpretation in other countries. The comparative method has also been used to compare Ukrainian practices in applying the protection system with its regulation in other countries, in particular in the EU countries, and at the international level. The systematic method was used to summarise the legal content and normative regulation of the principle of freedom of contract in the rule-making, doctrinal and judicial spheres. The analytical method has also been used extensively, making it possible to assess the extent to which the principle of freedom of contract is used and the extent to which it is restricted in civil law relations.

The study also uses the classification method, in particular when analysing the manifestation forms of freedom of contract. The descriptive method

made it possible to present the results of the study in a logical sequence. The application of the evaluation method enabled conclusions to be drawn about the efficiency of the legislative regulation of the freedom of contract principle and to identify the gaps in the legal regulation, on the basis of which new formulations of the relevant provisions of the CC could be developed. The empirical methods were to examine the practice of the judicial authority in applying remedies to protect the freedom of contract principle. In the course of the study, methods of analysis, synthesis, analogy, systematic and classification were also used. The method of synthesis enabled the research objectives to be achieved when applied to primary sources on this issue. Induction and deduction methods were used to analyse the content and structure of legislative texts and to characterise legal provisions in the context of the research topic.

During the analysis, the historical method was used to examine the process of formation of the legal framework. The methodology of the study covered four areas. The first area focused on the consideration of the legal nature of the “freedom of contract” principle in Ukrainian and EU private law. The second one deals with the correlation between the principle of “freedom of contract” and the related concepts of “autonomy of the parties”, “dispositiveness of the parties”, etc. The third area analyses the practice of interpretation and application of the freedom of contract principle in the regulation of private legal relations in the practice of Ukrainian courts and courts of EU countries and the EU Court of Justice. The fourth one examined the grounds and consequences of the restriction of the freedom of contract principle in the practice of Ukraine and the courts of EU countries, the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights.

3. Results and Discussion

The principle of freedom of contract in civil law, which is enshrined in Articles 3, 6, 627 of the Civil Code of Ukraine, closely corresponds to the category of essential conditions of any contract, as well as to Part 3 of Article 180 of the CC of Ukraine. This is manifested, in particular, in the recognition of the parties' right to set out other provisions in the contract (Article 6 of the CC) if at least one of the parties considers it necessary for them to be included in the contract. The provisions of Article 6 of the CC

were later enshrined in Article 628 of the CC of Ukraine, which provides for the possibility to enter into mixed contracts consisting of elements of different contracts. Attention should be drawn to the opposing provisions contained in this study, which lead to a debate about setting the limits of freedom of contract²²²³.

The point at issue are Paragraphs 1 and 2 of Part 3 of Article 6 in the CC of Ukraine, when the parties are given the right to derogate in the contract from the provisions of civil law acts and then this right is limited by the condition that the acts expressly prohibit derogation or make these provisions binding on the parties. On this point, the authors fully agree with the position of A. Luts²⁴, who does not include these provisions in the scope of the study of the freedom of contract principle, A. Dovgert²⁵, who attributes them to the criteria for determining the dispositiveness of parties and the imperative nature of civil norms. Z. Romovska²⁶ includes them in the scope of the study of party dispositiveness rather than freedom of contract. The provisions of Part 3 of Article 6 of the Civil Code do not apply to the regulation of the freedom of contract in civil-law relations. The same view is held by V. Shevchenko²⁷.

Based on this inference, there is reason to believe that there is a logical fallacy in Article 627 of the CC of Ukraine when it begins with a reference to Article 6 of the CC. In other words, the disposition of Article 627 is linked to the disposition of Article 6 of the CC. In the legal sense, such a reference is not legitimate, since the dispositions of the articles also regulate different legal categories: Article 6 refers to the freedom to choose a contract and the freedom to determine its conditions, while Article 627 refers to the freedom

²² V. O. GOREV, *Freedom of contract as a general principle of civil law of Ukraine: thesis of the Candidate of Juridical Sciences*, Kharkiv, (2007), pp. 203.

²³ YU. YU. POPOV, *Freedom of contract to determine the consequences of illegal behavior*, In: *Law of Ukraine* 1 (2008), pp. 133-136.

²⁴ A. V. LUTS, *Freedom of contract in civil law of Ukraine*, Kyiv, (2004), pp. 18.

²⁵ A. DOVGERT, *Codification of civil law of independent Ukraine – an important stage in the development of civil doctrine*, In: *Law of Ukraine* 6 (2014), pp. 35-47.

²⁶ Z. V. ROMOVSKA, *General principles of civil law*, In: *Bulletin of the Bar Academy of Ukraine* 4 (2005), pp. 10-21.

²⁷ V. V. SHEVCHENKO, *The essence of the principle of freedom of contract and its significance in the land law of Ukraine*, In: *Scientific Notes of Taurida National V. I. Vernadsky University, Series “Juridical Sciences”* 26 (65) (2013), pp. 445-451.

to conclude a contract and determine its conditions as well as the freedom to choose a counterparty. As these lists show, only the positioning under Article 6 of the freedom to determine the terms of the contract is justified. It is therefore legally incorrect to base the disposition of Article 627 on the provisions of Article 6. As another legal loophole, one should note the reference in both articles to acts of civil law only. This textual position does not take into account the fact that some contractual relationships are regulated not only by civil law, but also by family law, land law, economic law and others^{28,29}.

In order to close the two legal loopholes identified, the text of the CC should be amended, in particular by deleting the beginning of Article 627 “in accordance with Article 6 of this Code”. In the text of the article there is already a message “taking into account the requirements of this Code”. And in Article 6 of the CC, it is the reference to acts of civil legislation that should be deleted, leaving the wording “provisions of acts of legislation” in the text. Furthermore, these amendments will significantly extend the scope of the freedom of contract principle by extending it to those legal relationships governed by the rules of other branches of law. As another shortcoming of the legislative regulation of freedom of contract, the legislator's incomplete reflection of the forms of manifestation of this principle should be noted. The article of the CC analysed thus contains only three forms of its manifestation: freedom to conclude a contract and determine its terms and freedom to choose the counterparty. However, all possible manifestations of this principle are not enshrined at the regulatory level and are more extensively represented in the doctrinal environment. According to the authors, the manifestation forms of freedom of contract are most fully reflected in the thesis research by A. Luts³⁰:

- the freedom of expression of a person's will when entering into a contractual relationship;

²⁸ A. V. KOSTRUBA – O. S. HYLIKA, *Theoretical substantiation of the model of borrowing rights-terminating facts*, In: *Rivista di Studi sulla Sostenibilita 2020* (2) (2020), pp. 189-203.

²⁹ Y. BARABASH – H. BERCHENKO, *Freedom of Speech under Militant Democracy: The History of Struggle against Separatism and Communism in Ukraine*, In: *Baltic Journal of European Studies* 9 (3) (2019), pp. 3-24.

³⁰ A. V. LUTS, *Freedom of contract in civil law of Ukraine*, Kyiv, (2004), pp. 18.

- the freedom to choose the contractual counterparty;
- the freedom of the parties to choose the form of the contract;
- the right of the parties to conclude both contracts provided for by law as well as contracts not provided for by law but not contrary to it;
- the freedom to determine the terms of the contract;
- the right of the parties to amend, terminate or extend a contract concluded between them by agreement;
- the right to determine the means of securing contractual obligations;
- the right to establish forms (measures) of liability for breach of contractual obligations.

However, there is also the position that the freedom of contract principle is indivisible³¹. It is also considered from the perspective of classification by stage: conclusion or execution³². In the parties' choice of the contract type that will regulate their mutual relations, the dispositive principles of civil law manifest themselves. As previously noted, it is possible to conclude a contract not expressly provided for in legislation, which is a manifestation of Article 11 of the CC of Ukraine that civil rights and obligations arise from the actions of persons that are not provided for by civil law but by analogy give rise to civil rights and obligations. The conclusion of such contracts is the result of autonomous law-making by the parties, carried out on the basis of the analogy of law and analogy of right. In this case, it is imperative that the general conditions for entering into a contract are met and that it does not conflict with the moral principles of society³³.

Moreover, the manifestation of the freedom of contract principle in the independent determination of contract terms under Article 628 of the CC of Ukraine means that the parties to the contract have the right to express their will. The principle of freedom of contract also means that it is up to the parties to determine the terms (content) of the contract. According to Article 628 of the CC of Ukraine, this means that the parties to the contract

³¹ S. A. DENISOV, *Some general questions about the order of the conclusion of the contract*. In: W.E. Braginsky (Ed.), *Actual problems of civil law* (pp. 229-275), Moscow, (1998), pp. 464.

³² V. O. GOREV, *Freedom of contract as a general principle of civil law of Ukraine: thesis of the Candidate of Juridical Sciences*, Kharkiv, (2007), pp. 203.

³³ V. V. KOMAROV – T. A. TSUVINA, *International standard of access to justice and subject of civil procedural law*, In: *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine* 28 (3) (2021), pp. 197-208.

have the right of will. According to this article, contractual terms and conditions are divided into those that are at the discretion of the parties and are agreed upon by them, and those that are binding under civil law. The terms that the parties may determine at their discretion consist of those concerning the relations not regulated in the law and those defined in the law, but from which the parties are entitled to derogate and regulate those relations at their discretion³⁴.

Imperative rules may contain a prohibition on the inclusion of certain conditions in a contract, or they may indicate the obligation to include the relevant conditions in the contract. By enshrining imperative rules in legal acts, the legislator does not restrict freedom of contract, but rather establishes it, thereby defining a certain framework and regulating contractual relations. The establishment of imperative rules is intended to protect the weaker party³⁵. With regard to restrictions on freedom of contract, it should be noted that in cases where an act of civil law provides that the provisions of that act are binding on the parties to the contract, the parties have no right to derogate from its provisions (Part 3 of Article 6 of the CC).

The articles 19, 20 of Ukrainian Law No. 2189 provide for the obligation of the consumer of housing and communal services to conclude a written contract with the provider of the services based on the model contract [19]. Based on the analysis of Part 3 of Article 6, Part 1 of Article 630 of the CC, Articles 6-8 of the Law of Ukraine "On housing and communal services", Resolution of the Cabinet of Ministers No. 712 it follows that the terms of the model contract, which on the basis of legal acts became legally binding, are binding on the contracting parties, who have no right to depart from their provisions and regulate their relations at their own discretion. It is the responsibility of the consumer to enter into a contract for the provision of housing and communal services, provided that the contract proposed by the service provider is in accordance with the model contract. The refusal of the service consumer to sign the contract in such a case contradicts the

³⁴ I. Y. PUCHKOVSKA – O. P. PECHENIY – A. M. ISAIIEV, *Ensuring the fulfillment of contracts in civil law*, In: International Journal of Criminology and Sociology 9 (2020), pp. 3040-3047.

³⁵ E. KHARYTONOV – O. KHARYTONOVA – A. KOSTRUBA – M. TKALYCH – Y. TOLMACHEVSKA, *To the peculiarities of legal and non-legal regulation of social relations in the field of sport*, In: Retos 41 (2021), pp. 131-137.

requirements of Part 3 of Article 6, Articles 627, 630 of the CC and Articles 6, 7 of the Law of Ukraine “On Housing and Communal Services”. In the event of such refusal, based on Articles 3, 6, 12-15, 20, 630, 640, 642, 643 of the CC, the service provider is entitled to apply to court for protection of his right, enforceable by the court under Article 16, Part 2, Paragraph 1 of the CC by declaring the contract to have been concluded under the conditions set forth in the binding regulation, rather than the obligation to enter into a contract.

The model contracts are aimed at regulating the contractual relations of persons in a uniform and effective manner. However, they all have certain negative features. In practice, it is not uncommon for the terms of such contracts to put one party at a serious disadvantage compared to the other. To address this problem in international law, in particular the law of the European Union and EU member states, the concept of “unfair terms in contracts” (unfairterm contracts) has been developed.

According to Article 3, Part 1 of EU Council Directive No. 93/13 “On unfair terms in contracts with consumers”³⁶, contract terms that have not been negotiated individually are considered unfair if, contrary to the requirements of good faith, they result in a significant imbalance of the rights and obligations of the parties arising from the contract, to the detriment of the consumer. Furthermore, the concept of “unfair contract terms” is enshrined in Article 4.110 of the Principles of European Contract Law: “A party may challenge the term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair business practice, it results in a substantial imbalance in the rights and obligations of the parties arising under the contract, prejudicing the party, taking into account the nature of future performance of the contract as well as all other terms and circumstances at the time of contract conclusion”. The development of unified provisions of contract law began in the 1980s, in particular the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), the body of principles, rules and standards of *lex mercatoria* CENTRAL, the Principles of European Contract Law (PECL) and the Draft Common Frame of Reference for Principles (DCFR) were developed by non-governmental organisations.

³⁶ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31993L0013> (1993).

The nature of the development of principles in the second half of the 20th century was significantly affected by the affirmation of the concept of the welfare state in Western Europe. There has been a tendency to limit the scope of the freedom of contract principle and, consequently, to increase the role of the principle of good faith. The authors of the new legislation acts and the courts started to base their decisions not on the principle of autonomy of private will based on the equality of contractual parties, but on the fair contract theory, which provides increased protection for the weaker party – the citizen, the consumer – who does not have the necessary knowledge and experience. The desire to strengthen the foundations of the welfare state and a just social order was expressed in this. The processes mentioned have influenced the law, doctrine and litigation practice not only in the states of continental Europe and England, where a compromise between the ideas of freedom of contract, autonomy of the will and the principle of good faith has been sought to limit these maxims^{37,38}.

Yu. Gavrilov³⁹ noted that by limiting the principle of freedom of contract, good faith enables the negative aspects of this freedom to be overcome, for example through the recognition of a transaction as invalid or through the denial of the right to protection when the right to protection is abused. He also indicates that the principle of freedom of contract cannot be invoked by a party in bad faith. This principle is characteristic of countries with market economies, in particular the Member States of the European Union, and is enshrined in the legislation of those countries. The freedom to choose the counterparty and determine the terms of the contract is contained in such regulatory legal acts of EU countries: the German Constitution (Article 2 (1)), the Napoleonic Code and CCs of Belgium and Luxembourg (Article 1134 (1)), the Greek Constitution (Article 5 (1)) and the Greek CC, the Italian CC (Article 1322), the CC of the Netherlands

³⁷ O. ROZHNOV, *Towards timely justice in civil matters amid the covid-19 pandemic**, In: Access to Justice in Eastern Europe 3 (2-3) (2020), pp. 100-114.

³⁸ A. V. KOSTRUBA – D. LUKIANOV, *Multivariability of rights in the structure of corporate legal relations*, In: Journal of Advanced Research in Law and Economics 10 (7) (2019), pp. 2035-2039.

³⁹ YU. V. GAVRILOV, *The value of the principle of good faith in the system of principles of Russian civil law*, In: Bulletin of Immanuel Kant Baltic Federal University 9 (2015), pp. 86-93.

(Article 6. 248), Austrian CC, Portuguese CC (Article 405), Spanish CC (Articles 6 and 1255)⁴⁰.

It should be noted that the German CC does not contain a separate article on freedom of contract, despite the fact that various documents already at the time of its drafting repeatedly note the priority of this principle in the general system, as: “The basic principle that is predominant in the law of obligation is freedom of contract ...” or “by virtue of the principle of freedom of contract, which dominates the law of obligation relations, the parties may determine by mutual voluntary consent their mutual legal and commercial relations”⁴¹. In Germany, freedom of contract is subject to restrictions to protect “higher interests”, including those deriving from the foundations of the welfare state, which under the Constitution is the Federal Republic of Germany. Among the EU member states under study, the most prominent influence of “social value theory” is found in Germany and France, where the rights of individual actors are always compared with the rights of the entire “community”.

During the development of English law, good faith was considered to be contrary to freedom of contract for “interfering” in an agreement the parties to which had freely agreed its terms. Rather than introducing broad general principles of good faith, English law has evolved by developing specific solutions to various problems, in particular the occurrence of situations that may be unfair⁴². Under the United Kingdom (UK) law and litigation practice, the contracts that are lawfully entered into by the parties have the force of law. Freedom of contract is subject to restrictions to protect the public interests, respect for public order and the requirements of “good morals”. A contract is understood as a promise or guarantee that is accepted by one party in relation to the other. The other party must accept the promise in order for the legal consequences to arise, which requires the mutual consent of the parties.

The Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles) also bring this principle to the fore, reflecting it in & 1.1. & 1.2

⁴⁰ O. LANDO – H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Part I and II*, London, (2002), pp. 561.

⁴¹ A. SAVELIEV, *Civil Code of Germany*, Moscow, (1994), pp. 96.

⁴² M. BROWN, *Goodfaith – is there a new implied duty in English contract law?* <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2013/07/good-faith--is-there-a-new-implied-duty-in-english> (2013).

enshrines the principle of freedom of form, stipulating that there is no requirement that a contract be concluded in written form, noting as evidence of its conclusion any method, including the testimony of witnesses⁴³. The principle of freedom of contract is fundamental to private law relations and is included in all legal systems that are part of EU law. On these grounds it is included in the European Principles of Contract Law (Article 1:102 “Freedom of Contract”)⁴⁴: “(1) The parties are free to conclude a contract and determine its contents, as long as the requirement of good faith and fairness, and the imperative rules established by these Principles, are met. The parties may exclude from the scope of application any of the Principles as well as derogate from or modify their effects, unless otherwise provided for in these Principles”.

The analysis of the European regulatory acts on the subject of the study gives grounds to state that a unified system of contract law principles has not been formed, with different acts giving a different characterisation of the principle of freedom of contract. Meanwhile, the principle of freedom of contract is the most common, along with the principles of contractual fairness and certainty⁴⁵; it is also common to highlight security, fairness and efficiency as basic principles⁴⁶. These principles are present in virtually all EU member state laws and in the acts of harmonisation of EU contract law. The freedom of contract therein generally includes the freedom to choose the counterparty, the content and the form of the contract (in particular in UNIDROIT, CENTRAL, DCFR, PECL).

The European principles of contract law, unlike the Ukrainian rules, do not explicitly refer to a third form of manifestation – the freedom to choose the counterparty. As noted in the interpretations of this act and in doctrinal circles, the authors of this act in Article 1:102, Part 1, under the phrase “the

⁴³ M. G. ROSENBERG, *International sales contract. Modern practice of confinement. Dispute Resolution*, Moscow, (1996), pp. 1040.

⁴⁴ *The Principles of European Contract Law*. https://www.zed.ua/images/files/PECL_short.pdf (2013).

⁴⁵ CH. MAK, *Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Austin (2008), pp. 328.

⁴⁶ F. EMMERT, C. PICHÉ, *The European Union charter of fundamental rights vs. The council of Europe convention on human rights and fundamental freedoms – a comparison*, In: *Fordham International Law Journal* 40 (4) (2017), pp. 1147-1173.

parties are free to conclude a contract” also meant the freedom to choose a counterparty⁴⁷. Regarding the limitations of the principle of freedom of contract, the European principles of contract law are derived from practice, customs and traditions, based on the needs of business, and therefore the requirement of respect for the principles of good faith and fairness comes first, followed by the imperative of the rules of the European principles.

The Principles of European Contract Law in Article 1:102 enshrine a rule similar to the UNIDROIT Principles on freedom of contract – the freedom of the parties to enter into a contract and to determine its content. But they also contain additions that define the limits of such freedom: 1) respect for good faith and fair business practices; 2) compliance with the imperative rules set out in the Principles. The first limitation is also present in the UNIDROIT Principles, but in separate articles (1.7; 1.8), the second one is not enshrined in them.

The wording of the freedom of contract principle in both documents provides quite ample opportunity for the parties to act at their own discretion, both in entering into the contractual relationship and in determining its content. They can choose the type of contract, mix the terms of different types of contracts and choose the law to be applied to the contract. This demonstrates the differences in the nature, legal force and scope of EU contract law. However, the basic principles of contract law enshrined in international acts have considerable similarities, which demonstrates their universality⁴⁸.

The model rules of European private law consider freedom of contract as an element of the parties' autonomy of will. It follows from Article II.-1:102 DCFR that, as a general rule, the parties are free to conclude a contract or perform another legal act and determine its content, have the right to exclude all or part of the application of any rule relating to contracts or the rights and obligations arising from them, and to exclude or amend its effect, and if it is not possible to exclude the application of rules, the parties may waive the right already created. The model rules of European private law

⁴⁷ U. DROBNIG, *General principles of European Contract Law II*. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/drobnig.html> (1986).

⁴⁸ N. FILATOVA, *Smart contracts from the contract law perspective: Outlining new regulative strategies*, in *International Journal of Law and Information Technology* 28 (3) (2020), pp. 217-242.

do not confine themselves to a formal declaration of the principle, but also enshrine a number of provisions aimed at its practical realisation. In particular, the rules on freedom of contract (Article II.-1:106 DCFR) and on mixed contracts (Article II.-1:107 DCFR) may be referred to them.

Consequently, the possibility of free expression of the will to conclude a contract, the choice of its form and content, the choice of the counterparty and the absence of monopolistic influence of the state on such expression of the will constitute the content of the freedom of contract principle. However, freedom of contract cannot be absolute; state intervention in the contract-making process is an unavoidable factor to establish equality of the parties and to eliminate discrimination in the market⁴⁹. The state, through the relevant state authorities, establishes the rules for concluding contracts and decides on the possibility of concluding a contract as a whole or a particular provision. In the struggle for the end consumer, contractual actors often violate basic principles of contract law and the rights of the other party to the transaction in search of new sales channels. The free choice by the parties of the type and content of the transaction, which sometimes implies a voluntary choice to limit their rights or subsequent actions, and raises the reasonable question of establishing by such a contract a limitation of a party's legal capacity and legal competence, and a violation of the freedom of contract principle.

There are a significant number of restrictions when entering into a contractual relationship. Ye. Michurin⁵⁰, when studying the restrictions on the property rights of commercial parties in contractual relations, rightly points out restrictions on the expression of the will of the parties to the contract, restrictions on the content of the contract, restrictions on the subject matter and price of the contract, restrictions related to the term of the contract. It is worth noting that, on the one hand, the cases cited by the author demonstrate a restriction of contractual freedom and, on the other hand, a combination of different types of implementations of a person's

⁴⁹ K. V. GNATENKO – O. M. YAROSHENKO – H. V. ANISIMOVA – S. O. SHABANOVA – A. M. SLIUSAR, *Prohibition of discrimination as a principle of social security in the context of ensuring sustainable well-being*, In: *Rivista di Studi sulla Sostenibilita* 2020 (2) (2020), pp. 173-187.

⁵⁰ YE. O. MICHURIN, *Restriction of property rights of participants in commercial turnover in contract law*. In: *Development of a mechanism for legal regulation of contractual relations in business* (pp. 59-76), Kyiv, (2009), pp. 300.

civil legal personality: law and contract, administrative act and contract, court decision and contract. In this combination, however, the contract is always the form through which a person acquires specific rights and obligations.

In other words, the law or a court ruling may contain instructions regarding the obligation to enter into a particular contract, the conditions under which it is to be concluded, but it is only by virtue of the contract that the rights and obligations of the parties arise. An example of this combination is mandatory conclusion of a contract on the basis of an administrative act. Article 648 of the CC of Ukraine stipulates that the content of a contract concluded on the basis of a legal act of a public authority or local government body, which is binding on the parties (a party) to the contract, must be consistent with that act. Ultimately, however, specific civil rights and obligations do arise on the basis of the contract, once again convincing of its universality as a legal form of realising the civil legal personality of legal persons.

Even though the parties will, for example, express their will to have vertical restrictions in their contracts, the Anti-monopoly Committee of Ukraine has the right to affect the decision of the parties by prohibiting the contract in question or by restricting certain provisions of the contract. However, such a restriction is logical and fair as it is designed in order to protect economic competition, prevent anti-competitive concerted actions and ensure the balance of interests of all participants in market relations. A very significant limitation is the wide practical application of model contract terms, which is also reflected in the DCFR provisions⁵¹. Article II.-1:109 of the DCFR establishes that exemplary terms and conditions “which have been developed in advance for transactions carried out by different parties and which have not been specifically agreed by the parties”. In this case, the conditions will be considered non-agreed specifically if “the other party could not influence their content” (& 1 of Article II.-1:110 DCFR).

These provisions demonstrate similarities with German legislation and law enforcement practice⁵², which indicates their influence in the formation of

⁵¹ *Model act Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*. https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights_en (2009).

⁵² K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduction*. In: *Comparative jurisprudence in the field of private law (pp. 20-25)*, Moscow, (1998), pp. 744.

the DCFR provisions. The need to protect the economically weaker party means that the law increasingly allows for the possibility of unilateral repudiation from a previously concluded agreement. The DCFR uses a similar approach to ensure the protection of consumer interests. For instance, there is provision for unilateral repudiation of the timeshare contract (Article II.-5:202 DCFR). According to the authors, an even more vivid manifestation of protecting the interests of the economically weaker party is the possibility for a consumer to repudiate a contract concluded at his or her “doorstep”. Pursuant to Article II.-5:201 DCFR, the consumer has the right to refuse the contract if the offer or acceptance was made outside the entrepreneur's place of business.

A manifestation of the restriction of the contract freedom principle in the DCFR is also the obligation of the parties to the contract. Meanwhile, the effect of the parties' autonomy of will is as follows: “Those who have entered into the contract are bound by its terms as a law. The debtor cannot derogate from their obligations. A contract can only be cancelled with the consent of all parties to it”⁵³. It can be stated that the DCFR continues developing the trend of restricting freedom of contract. The CENTRAL act contains a restriction on freedom of contract that is not reflected in other regulatory acts, stipulating that a contract cannot be concluded to the detriment of a third party. A similar restriction was contained in the previous version of UNIDROIT. That is, a contract can only regulate the relations of its parties, unless it provides otherwise. This kind of provision can be deduced from the DCFR text in the sense that the parties may only enter into a contract for their own benefit, unless otherwise provided by law or the contract, and the contract governs essentially only the rights and obligations of the parties.

Article 1:103 PECL contains a limitation on freedom of contract as regards binding rules. That is, the parties may, when determining the legal systems in the event of a dispute between them, choose to regulate the contractual relationship by means of PECL with the exclusion of national rules. The exceptions are the rules that operate independently of the law. In this situation, freedom of contract does not allow a contract to be based on PECL, to evade the national and international rules that are always applied to the regulation of contracts, regardless of the chosen law applicable to

⁵³ L. ZH. MORANDIER, *French civil law*, Moscow (1960), pp. 728.

them. All legal systems within the EU recognise the limitation of freedom of contract to binding rules. To a certain extent, the freedom of contract principle can be considered to be limited in the field of property law, in the aspect of the above, that the transfer of property rights has an impact on the rights of third parties. Due to this, the parties to the contract cannot implement their own rules regarding property on an unrestricted basis. For example, the DCFR contains a restriction on the parties to establish a prohibition of alienation of property in the contract (Article VIII-5:101 (1)). In the context of the contract law of Ukraine and the European Union, it is also necessary to analyze the potential impact of the harmonization of Ukrainian contract law with the principles of EU contract law. It's important to note that ongoing efforts are being made to harmonize and align Ukrainian contract law with EU contract law. Ukraine is actively working towards closer convergence with EU legal principles through legislative reforms and the adoption of EU norms, with the aim of enhancing compatibility and facilitating trade and cooperation with the EU. Harmonizing Ukrainian contract law with European legal standards would offer several potential benefits. It would enhance the legal framework, improving the clarity, consistency, and effectiveness of Ukrainian laws. This alignment would attract increased foreign investment as investors would have confidence in the legal system and its protection of contractual rights. It would also facilitate trade with the EU, reducing barriers and promoting smoother trade relations. Ukrainian businesses would have easier access to EU markets, enabling them to meet EU legal requirements and compete effectively.

However, there are several challenges associated with the harmonization process. Implementing the changes would require significant effort and resources, including amending legislation, training legal professionals, and ensuring effective enforcement mechanisms. Resistance to adopting EU legal standards might arise from stakeholders within Ukraine, potentially creating challenges due to traditional legal practices and cultural differences. In doing so, the implications for the Ukrainian legal system will include modernizing and improving efficiency, encouraging streamlined procedures and the use of modern technology. Professional development programs will be needed to equip legal practitioners with the knowledge and skills to apply the new legal principles.

The harmonization of contract law can indeed lead to further convergence of legal norms, stimulating the harmonization of other legal areas and promoting comprehensive legal reforms. This process would contribute significantly to Ukraine's European integration, as it demonstrates a commitment to adopting European legal principles and aligning with EU legal frameworks across various domains. Moreover, harmonization fosters closer international cooperation between Ukrainian legal institutions and their European counterparts. This collaboration enables the exchange of best practices, legal expertise, and joint initiatives aimed at enhancing legal harmonization and fostering mutual understanding. Through this cooperation, Ukraine can benefit from the knowledge and experience of EU member states, facilitating the alignment of its legal system with EU standards.

The freedom of contract is restricted to protect the interests of the state and society, to balance the interests of individuals and society as a whole, and so that the free expression of the will of economic subjects does not violate the interests of society, with the ultimate result of such restriction being the normal functioning of the economy and bona fide economic competition. The principle of freedom of contract is fundamental in the relations of business entities. However, freedom of contract cannot be unlimited. Its boundaries lie, on the one hand, within the applicable regulatory acts, business customs and, on the other hand, within the moral principles of society based on the principles of reasonableness, good faith and fairness. The freedom of contract is also not absolute in cases where the parties voluntarily limit their rights, as the latter set a certain framework of possible further action for a party.

4. Conclusions

The analysis concludes that Article 627 of the Civil Code of Ukraine provides a general definition of the principle of freedom of contract, while its elemental composition is also present in other legal provisions. The principle of freedom of contract holds a central position within the system of contract law principles and is universally recognized, including within the European Union, where it is enshrined in the Principles of European Contract Law. The freedom of contract principle primarily operates within the private law sphere, and limitations on this principle can only be

established in the private domain. In contrast, the public sphere follows the principle of “only that which is permitted,” specifically regarding the regulation of contractual relations.

Several reasons have been identified for setting limits on the principle of freedom of contract. These limits aim to maintain a balance between the interests of individuals and society as a whole. The ultimate purpose of these limits is to ensure the proper functioning of the economy, the continuous circulation of goods, works, and services among parties in civil law relations, and the adherence to general private law principles of reasonableness, good faith, and fairness.

Future research on this topic could be devoted to the topic of the principles of freedoms and limitations of the contract, which strike a balance between the protection of party autonomy and the protection of the interests of vulnerable parties such as consumers and employees. Also, the issue of implementation and enforcement of provisions related to standardization and unfair contract terms in the contract law of Ukraine and the EU may arise. On the basis of this study, in the future, after the acceptance of Ukraine into the EU, or at least the bringing of Ukrainian legislation to EU standards, it is necessary to comprehensively investigate the consequences of the harmonization of Ukrainian contract law with EU principles.

Abstract. The purpose of the study is to define the legal essence of freedom of contract as a principle of contract law in Ukrainian and European Union civil law. Among the main methods of analysis a comparative method was used, which enabled to conduct a comparison of the reflection of principle “freedom of contract” in the acts of Ukraine and EU law, the Ukrainian practice of protecting this principle with the legal framework of regulation and protection of the research object in other countries, in particular in EU countries; analytical method, which enabled to assess the extent of using the principle of freedom of contract and establishing limitations of its action in civil-law relations. The legal essence of the principle "freedom of contract" in the private law of Ukraine and EU countries, its reflection in the acts of Ukraine and EU law, as well as the ratio of the principle with the related concepts was determined; the practice of interpretation and application of the principle of freedom of contract in the regulation of private legal relations in Ukraine and EU countries, as well as regulation of its limitations and their consequences were analysed.

Keywords: civil law, private law relations, jurisprudence, legal framework, protecting.

TERNAVSKA VIKTORIIA^{a,b}, KOLODIY ANATOLIY^c,
PROKHORENKO MYKHAILO^d, PETRENKO DIANA^b

Legislative policy of the state and the role of parliamentary committees in its formation**

Summary: 1. Introduction, 2. Constitutional and legal status of parliamentary committees of the Verkhovna Rada of Ukraine and their role in the production of legislative policy of the state 3. Committee of the Verkhovna Rada of Ukraine on Legal Policy 4. Conclusions.

DOI: 10.26350/18277942_000121

1. Introduction

Political actors use positive law as a means to achieve their political goals. The state as the leading institution of the political system of society plays a fundamental role in the law-making process, implementing its policy through the law, including legal policy. Improving and further developing the legal system of Ukraine, which is developing today under the influence of globalisation processes, requires a legitimate, scientifically sound concept of normalization legal policy of the state, which would help to correctly define the goals and means of transforming the legal life of society. Legal policy as an integral part of national policy can be formed and implemented on behalf of the state by all subjects of law of legislative initiative, as well as local governments that seek to achieve their own goals and objectives through the consistent use of legal means. Civil society institutions, such as political parties, public organizations, movements, associations, research institutions, and citizens, are also involved in

Corresponding author email: viktoriaaternavska@ukr.net

^aKyiv Regional Center of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine

^bKyiv National University of Construction and Architecture, Ukraine

^cKyiv National Economic University named after Vadym Hetman, Ukraine

^dNational Defence University of Ukraine named after Ivan Cherniakhovskyi, Ukraine

** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

shaping this policy, not directly, but through official channels and institutions, and through the press – using the institute of lobbying^{2,3}.

The leading role in shaping legal policy belongs to the parliament. Hungarian jurist Chaba Varga noted that legal policy in a narrow sense refers to the sphere of policy, which is partly organized in the legislature, and partly in the executive and judiciary, which together or in parallel, all work in their own way to ensure that legal positivities can be implemented and updated through a number of separate official decisions⁴. The Ukrainian Parliament – the Verkhovna Rada of Ukraine, as the only body of legislative power in Ukraine in accordance with Article 75 of the Constitution of Ukraine produces legislative acts in the process of legislative activity (Constitution of Ukraine, 1996), where the guideline of social significance and expediency of the adoption of certain acts is legislative policy as a type of legal policy.

Legislative policy is an ideological-theoretical and scientifically substantiated strategy of legislative regulation of legal life, conditioned by the urgent needs of society and is the basis of legislative activity aimed at the preparation and adoption of legislative acts^{5,6}. According to experts, legislative policy is leading in the system of legal policy, as it is in the field of lawmaking that the basic guidelines of state and legal development are formed and their normative institutionalization takes place as initial

² M. PĒTERSONE – K. KETNERS – D. KRIEVIŅŠ – I. ERINS, *Strategic purchasing and health system efficiency: Prospects for health sector reform in Latvia*, In: WSEAS Transactions on Business and Economics 17 (2020), pp. 41-50.

³ O. SHEBANINA – Z. BURYK – A. KLIUCHNYK – Y. KORMYSHKIN – V. SHEBANIN – V. RYBACHUK, *Strategic factors quality of public administration in regional development: the experience of EU countries*, In: International Journal for Quality Research 15 (4) (2021), pp. 1317-1332.

⁴ C. VARGA, *Doctrine and Technique in Law*, In: Iustum Aequum Salutare 2008 (1) (2008), pp. 23-37.

⁵ R. PETROV – O. SERDYUK, *Ukraine: The quest for democratization between Europe and Russia*, In: International Actors, Democratization and the Rule of Law: Anchoring Democracy? (2008), pp. 189-223.

⁶ Z. ZHARMAKHANOVA – S. NURDAVLETOVA – L. AKHMETZHANOVA, *European union's security policy in regard to Central Asia within the EU strategy for CA*, In: Central Asia and the Caucasus 22 (3) (2021), pp. 7-14.

provisions of the Constitution and other legislative acts^{7,8,9,10,11}. In addition, legislative policy directs in the right and general direction of other areas of legal policy. Legislative policy should be a scientifically sound concept of legislative development. The content of legislative policy is manifested mainly in the planning of legislative work, because it is within its framework that the strategy of development of society and the state is formed. However, the question arises whether the parliament itself formulates the legislative policy or the main one and the creators of legislative policy are parliamentary committees.

The phenomenon of parliamentary committees remains relevant as scholars continue to explore when, how and why committees are important for legislative policy, given that prudent policy-making is not only about making laws but also about assessing their implementation, identifying gaps and deficiencies and their corresponding correction^{12,13}. However, comparative legal studies do not sufficiently cover the constitutional and legal status of parliamentary committees and their role in the legislative process in the post-Soviet countries. Research includes the works of Vello Pettai and Julle Madise on the parliaments of Latvia, Lithuania and Estonia, which cover the period from 1992 to 2004 and highlight the dual issues related to the restoration of independent state-building and the tendency of parliamentarism to form the general model of the dominant

⁷ V. RUDKOVSKY, *Legislative (legislative) policy. Law-making policy in modern Russia: A course of lectures*. Moscow: Prospekt, 2016.

⁸ S. AL-ARMAN, *The political and social guarantees of the individuals, rights and political freedoms*, In: *Opcion* 34 (Special Issue 14) (2018), pp. 1300-1321.

⁹ BUNDI, *Parliamentarians' strategies for policy evaluations*, In: *Evaluation and Program Planning* 69 2018, pp. 130-13.

¹⁰ M. HALLERBERG – B. MARZINOTTO – G. WOLFF, *Explaining the evolving role of national parliaments under the European semester*, In: *Journal of European Public Policy* 25 (2) (2018), pp. 250-267.

¹¹ M. FLINDERS – L. COTTER – A. KELSO – A. MEAKIN, *The politics of parliamentary restoration and renewal: Decisions, discretion, democracy*, In: *Parliamentary Affairs* 71 (1) (2018), pp. 144-168.

¹² B. GAINES – M. GOODWIN – S. HOLDEN BATES – G. SIN, *The study of legislative committees*, In: *The Journal of Legislative Studies* 25 (3) (2019), pp. 333-334.

¹³ A. GETMAN – V. KARASIUK – Y. HETMAN, *Ontologies as a set to describe legal information*, in *CEUR Workshop Proceedings* 2604 (2020), pp. 347-357.

position of the executive in the legislative process^{14,15}. The work of parliamentary committees in Ukraine has been described in the works of Iryna S. Khmelko¹⁶ and Sarah Whitmore¹⁷, but these works shed light on the status of committees of the Ukrainian parliament mostly through the prism of partisan theory.

Sarah Whitmore argues that studying the role of committees in lawmaking provides a true indicator of the committee's legal capacity (and in a broader legislative sense)¹⁸. In Ukraine, scholars, with few exceptions^{19,20}, do not view parliamentary committees as subjects of legal policy. This is mainly due to the fact that according to the Constitution of Ukraine²¹, committees of the Verkhovna Rada of Ukraine are not subjects of legislative initiative as parliamentary committees, for example, in Sweden, Iceland, Austria, Latvia, Estonia and some other countries²². Thus, in Austria, in accordance with Part 1 of Article 55 of the Austrian Constitution²³, the leading role in

¹⁴ V. PETTAI – Ü. MADISE, *The Baltic parliaments: Legislative performance from independence to EU accession*, In: *The Journal of Legislative Studies* 12 (3-4) (2006), pp. 291-310.

¹⁵ M. PĒTERSONE – K. KETNERS – D. KRIEVIŅŠ, *Integrate health care system performance assessment for value-based health care implementation in Latvia*, In: *Research for Rural Development* 36 (2021), pp. 122-128.

¹⁶ I. KHMELKO – C. WISE – T. BROWN, *Committees and Legislative Strengthening: The Growing Influence of Committees in Ukraine's Legislative Process*, In: *The Journal of Legislative Studies* 16 (1) (2010), pp. 73-95.

¹⁷ S. WHITMORE, *Challenges and Constraints for Post-Soviet Committees: Exploring the Impact of Parties on Committees in Ukraine*, 2006. https://radar.brookes.ac.uk/radar/file/30bb98f7-42c5-45a8-b229-7735b01be099/1/Post_Soviet_Committees-Whitmore-2006.pdf. (Accessed 16.11.2022).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ M. P. HETMANCHUK – V. K. GRISHCHUK – YA. B. TURCHIN, *Political Science. Tutorial*, Kyiv, 2010.

²⁰ O. SKAKUN, *Theory of law and the state*, cit.

²¹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>. (Accessed 06.11.2022)

²² D. ARTER, *Introduction: Comparing the legislative performance of legislatures*, In: *The Journal of Legislative Studies* 12 (3-4) (2006), pp. 245-257.

²³

http://constitutionnet.org/sites/default/files/Austria%20_FULL_%20Constitution.pdf (Accessed 06.11.2022)

drafting work belongs to the Main Committee, as it makes decisions on important issues of the European Union. Standing commissions in Spain, Italy, and Brazil have special powers, namely, in cases where the parliament is dissolved or the term of office of the chambers has expired and some important normative act needs to be adopted, the standing commissions have the right to pass laws instead of chambers. Thus, Article 75 of the Spanish Constitution of 1978 gave standing legislative committees the right to adopt bills and legislative proposals on all matters except those set out in part 3 of this article²⁴ (Spain's Constitution..., 2011).

This practice, according to some experts, "gives the committee the potential to be an independent entity"²⁵. In this context, paraphrasing the "Mezey's question" (Michael Mezey in his work "Comparative Legislatures" asks the question: "What are the main questions to ask when trying to compare the legislature?". The answer was obvious for him: "How much policy-making power does a legislature have?") when comparing parliamentary committees in order to note the importance of their role in the legislative process, the question should be asked: how much and what powers do parliamentary committees have regarding development of different areas of public policy, but primarily legal policy? David Arter gave a unanimous answer to this question, noting that strong committees are not in themselves a strong policy-making legislator that forms politics²⁶.

The article discusses several concepts and principles related to legal policy, including:

1. The role of parliamentary committees in shaping legislative policy. The article emphasizes the importance of parliamentary committees in shaping legislative policy and notes that certain committees, such as the Committee on Legal Policy in Ukraine, play a leading role in this regard.
2. Standards of rule-making. The Committee on Legal Policy in Ukraine is responsible for determining standards of rule-making and assessing the compliance of bills and other acts with the Constitution of Ukraine.
3. Necessity of ordering (normalization) of public relations. The article suggests that the legal motive of necessity of ordering (normalization) of a

²⁴ https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=en. (Accessed 06.11.2022)

²⁵ As in footnote 16

²⁶ Ibidem.

certain type of public relations is formed based on the analysis of the actual state of political, economic, and social reality, which leads to the creation of a concept of legal policy.

4. Legislative autonomy of parliamentary committees. The article discusses the degree of autonomy that parliamentary committees should have in the legislative process and notes that committees should be given considerable autonomy to ensure efficient and costly transfer of information from the committee system to the chamber, but not so much autonomy that committees go beyond the hall with decisions that may not match the preferences of the majority of chamber members.

5. Legislative capacity. The article notes that while committees can empower the legislative body with power to make decisions independently of the executive, they do not guarantee that this potential will be reflected in legislative activity.

Overall, the article highlights the importance of parliamentary committees in shaping legal policy and emphasizes the need for standards of rule-making, a clear understanding of the legal motive of necessity, and appropriate levels of autonomy for committees in the legislative process.

The aim of this study is to shed light on the legislative policy of the state and the role of parliamentary committees in its formation, particularly in the context of Ukraine. By exploring these aspects, the research contributes to the theoretical and methodological development of the field by providing a comprehensive analysis of the legislative process and the functioning of parliamentary committees.

Moreover, this study addresses the existing gaps and limitations in the literature by examining the specific dynamics and challenges faced by parliamentary committees in shaping legislative policy in Ukraine. While previous research has focused on the role of committees in democratic systems, there is a dearth of studies that specifically explore the functioning and effectiveness of parliamentary committees within the Ukrainian context. Therefore, this research aims to fill this gap by providing valuable insights into the role and impact of parliamentary committees on legislative policy-making in Ukraine.

By addressing these aspects, this study not only contributes to the existing body of knowledge but also provides a foundation for future research in the field of legislative studies and parliamentary governance.

2. Role of Parliamentary Committees in Legislative Policy of Ukraine

Parliament, as the only supreme body of legislative power, forms the legislative policy of the state, embodying it in laws. The successful performance of the tasks assigned by the state to the parliament is determined, in the authors' opinion, by the efficiency of the internal structural bodies of the parliament, which, in turn, is determined by their interaction and mutual influence on each other within its competence. The world practice of parliamentarism has gradually developed a unified mechanism of internal work of the parliament, which provides the establishment of working bodies of the parliament for qualified preparation of working issues of the parliament, which then be considered and resolved by the parliament in full²⁷. One such body of parliament is the committee as an element of the internal structure of parliament. It is believed that the system of committees "promotes better discussion, cooperation and debate, as it facilitates the collection of information and the application of individual knowledge of parliamentarians"²⁸. Parliamentary committees have been aptly described by French lawyer Patrick Locke, who, comparing parliamentary work to an iceberg, argues that public parliamentary sessions are nothing more than a spectacle played to the public after the parliamentary majority and the government have agreed in permanent committees regarding legislative provisions to be adopted²⁹.

Committees are purposeful creations of parliaments that are officially appointed to consider and meet certain organisational needs³⁰. In accordance with the Constitution of Ukraine, the Verkhovna Rada of Ukraine establishes committees of the Verkhovna Rada of Ukraine from among the people's deputies of Ukraine to carry out draft legislation, prepare and preliminarily consider issues related to its powers, and

²⁷ V. TATSIY – S. SEROHINA, *Bicameralism: European Tendencies and Perspectives for Ukraine*, In: *Baltic Journal of European Studies* 8 (1) (2018), pp. 101-122.

²⁸ As in footnote 8.

²⁹ P. LOQUET, *Les commissions parlementaires de la V-e Republique*, Paris, 1982.

³⁰ T. MICKLER, *Committee autonomy in parliamentary systems – coalition logic or congressional rationales?* In: *The Journal of Legislative Studies* 23 (3) (2017), pp. 367-391.

perform control functions. In the theory of constitutionalism, a distinction is made between “strong” and “weak” systems of parliamentary committees. Thus, if, for example, “committees tend to be a microcosm of the whole and/or their decisions are usually subject to full-body approval, they may not have a significant impact on policy outcomes”³¹, so such committees called “weak”. According to Olson and Crowther, an indicator of a weak committee system is the presence of more than 20 committees³². In Ukraine, the number of committees changes each time after the parliamentary elections and varies from 23 to 27 committees, but this is not an indicator of a “weak” system of committees of the Ukrainian parliament. Sarah Whitmore rightly pointed out in her research that the creation of a large number of committees in Ukraine that do not correspond to the executive branch is the result of inter-factional competition for committee leadership positions³³, which unfortunately remains relevant today. The system of “strong” committees is inherent in those parliaments in which committees operate on a permanent basis, have broad legislative powers and adequate financial and logistical support for their activities, and their composition and powers remain unchanged throughout the term of parliament.

Committees of foreign parliaments specialise thematically, they are assigned certain important tasks, including the development of public policy, discussion of issues and supervision. An active and specialised system of standing committees is widely seen as a prerequisite for significant legislative autonomy³⁴. The transition to a system of standing specialised committees modelled on executive departments in Western Europe took place in the 1970s and 1980s, first in the United Kingdom,

³¹ As in footnote 8.

³² D. M. OLSON – W. E. CROWTHER, *Committees in Post-Communist Democratic Parliaments: Comparative Institutionalisation*, Columbus, 2002.

³³ As in footnote 11.

³⁴ V. TATSIY, *Re-codification of the civil law of Ukraine: On the way to European integration*, In: *Global Journal of Comparative Law* 10 (1-2) (2021), pp. 1-4.

Denmark, Portugal, and Spain^{35,36}. Today, all European parliaments have introduced this system, but for the post-Soviet countries this issue has not yet been fully resolved. Based on an analysis of current legislation and legislative practices in Ukraine, it can be argued that the country's parliament is characterized by a robust committee system. This system is composed of committees that are both intersectoral and functional, meaning they have expertise in a wide range of policy areas and carry out important legislative and oversight functions³⁷. One of the key features of this system is the strong independence of parliamentary committees. These committees are not only tasked with carrying out legislative and oversight functions on behalf of the parliament, but they also have the ability to act independently. This allows them to provide valuable insights and guidance on important policy issues, without being unduly influenced by political or other external factors. However, despite recommendations from the European Parliament's Mission on Needs Evaluation, the newly established parliamentary committees in 2019 do not align with the responsibilities of ministries in Ukraine. This lack of alignment is also evident in other countries in the region, such as the Russian Federation and Belarus. It is important to note that the role of parliamentary committees extends far beyond simply drafting and proposing legislation. These committees also play a critical role in the oversight of government actions and policies. By monitoring the implementation of laws and regulations, and conducting investigations into potential abuses of power, parliamentary committees can help ensure that the government is acting in

³⁵ M. SHAW, *Parliamentary committees: A global perspective*, In: *The Journal of Legislative Studies* 4 (1) (1998), pp. 225-251.

³⁶ A. CHOCHIA – D.R. TROITIÑO – T. KERIKMÄE – O. SHUMILO, *Enlargement to the UK, the referendum of 1975 and position of Margaret Thatcher*, In: *Brexit: History, Reasoning and Perspectives* (2018), pp. 115-139.

³⁷ O. SHEBANINA – I. KORMYSHKIN – V. UMANSKA – I. ALLAKHVERDIYEVA – G. RESHETILOV, *Influence of Closed-Loop Technologies on Local Development of Communities and Formation of Their Social and Economic Security*, In: *Review of Economics and Finance* 20 (1) (2022), pp. 417-423.

the best interests of its citizens^{38,39}. While there are some areas where improvements can be made, the Ukrainian parliamentary committee system remains a robust and important component of the country's policymaking and oversight functions. By continuing to refine and strengthen this system, Ukraine can ensure that it remains on a path of sustainable development and progress.

Kaare Strom noted the fact that parliamentary committees are rarely established by the constitution⁴⁰. In fact, the constitutions of many modern states, especially the constitutions of the third generation, constitute parliamentary committees (commissions). Thus, the constitutions of Bulgaria, Poland, Greece, Spain, the Russian Federation, Slovakia and other states contain rules that determine the right of parliament to form standing committees (commissions) to address certain issues. The most detailed issue of the establishment and operation of standing parliamentary committees is set out in the Constitution of Finland (more than 20 paragraphs)⁴¹. Instead, few constitutions define the status of parliamentary committees. The Constitution of Ukraine is one of the few that defines the constitutional status of parliamentary committees: the Verkhovna Rada Committee is a body of the Verkhovna Rada of Ukraine formed from among the people's deputies of Ukraine to carry out draft work, prepare and preliminarily consider issues related to the Verkhovna Rada of Ukraine, perform control functions⁴².

Parliamentary committees in Ukraine have a well-defined constitutional and legal status. According to the Constitution of Ukraine, the Verkhovna Rada (Ukrainian parliament) has the power to establish committees and

³⁸ A. KLOCHKO – D. KAZNACHEYEVA – O. MUZYCHUK – E. KISELOVA, *Legal responsibility of police officers in conducting pre-trial investigations of crimes*, In: *Asia Life Sciences* 2 (2019), pp. 165-175.

³⁹ A. V. KOSTRUBA – O. S. HYLIKA, *Theoretical substantiation of the model of borrowing rights-terminating facts*, In: *Rivista di Studi sulla Sostenibilita* 2020 (2) (2020), pp. 189-203.

⁴⁰ K. STROM, *Parliamentary committees in European democracies*, In: *The Journal of Legislative Studies* 4 (1) (1998), pp. 21-59.

⁴¹ <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>. (Accessed 06.11.2022)

⁴² As in footnote 15

subcommittees to consider draft laws, budget, and other issues within their respective areas of expertise.

The Law of Ukraine on Regulations of the Verkhovna Rada of Ukraine further outlines the functions and powers of parliamentary committees. These committees have the authority to:

1. Conduct preliminary reviews of draft laws and submit conclusions and proposals to the Verkhovna Rada.
2. Initiate draft laws on their own initiative.
3. Conduct hearings and invite experts and representatives of relevant organizations to participate.
4. Monitor the implementation of laws and regulations in their respective areas of responsibility.
5. Provide opinions and recommendations on binding or denunciation of international treaties and agreements.

The law also stipulates that committees must comply with the principles of openness, transparency, and accountability in their activities. This means that committee meetings must be open to the public, and committee members must report on their work to the Verkhovna Rada and the public. In addition to the Constitution and the Law on Regulations, the Verkhovna Rada also has a set of internal rules and procedures that govern the work of committees. These rules define the structure and composition of committees, as well as their powers and responsibilities.

Overall, the constitutional and legal status of parliamentary committees in Ukraine is well-established and clearly defined. This allows committees to play a vital role in shaping the country's policies and legislative landscape, while also ensuring accountability and transparency in their activities.

As Kaare Strom noted, “in many, though not all, parliamentary systems, legislative committees are important forms of policy-making”⁴³. The committees of the Verkhovna Rada of Ukraine play a crucial role in shaping the country's policies and legislative landscape. These committees are responsible for conducting preliminary reviews of proposed national programs pertaining to economic, scientific, technical, social, national, and cultural development, as well as environmental protection. In addition, the committees provide their opinions and recommendations on the binding or denunciation of international treaties that Ukraine may enter into. This

⁴³ As in footnote 30

ensures that any agreements made align with the country's goals and interests. One of the primary functions of the committees is to initiate legislation based on their respective areas of expertise. This means that they can propose bills that are relevant to their field of work, which can then be further developed into laws. Furthermore, the committees also play a critical role in the long-term planning of legislative activities. By developing proposals for the planning of bill work, the committees can ensure that important issues are addressed and that the legislative agenda is aligned with the country's priorities. Overall, the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine are an essential component of the country's policymaking process. They provide valuable expertise and guidance on a wide range of issues, which helps to ensure that Ukraine remains on a path of sustainable development and progress.

According to the Constitution of Ukraine, the parliament delegates the legislative function to its committees. All committees of the Ukrainian parliament participate in the draft law as subjects of the legislative procedure⁴⁴, while, for example, in the United Kingdom, a separate temporary committee is created in the House of Representatives for each bill considered in parliament⁴⁵. The Verkhovna Rada committees not only study the draft laws submitted to them and give appropriate conclusions on them but also develop draft laws on issues related to the subjects of the committees. However, since the committee is not a subject of the right of legislative initiative, this bill is submitted to the parliament as a rule by a member of this committee, which is a subject of the right of legislative initiative. Thus, although parliamentary committees are subsidiary bodies of the Verkhovna Rada of Ukraine, their influence should not be underestimated. When working with bills submitted to parliament, committees can change their content so much that when considering a bill in the second (third) reading, the bill is often completely different from the one previously adopted by parliament. In addition, it is the main committee that decides the fate of a bill, because at the suggestion of the main committee a bill can be either adopted or returned to the subject of the legislative initiative without its inclusion in the agenda and consideration

⁴⁴ *Constitutional-procedural bases of realization of the right of legislative initiative*, cit.

⁴⁵https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/645652/Guide_to_Making_Legislation_Jul_2017.pdf .(Accessed 06.11.2022)

in plenary on the grounds of law. If Sarah Whitmore noted the predominant role of parliamentary committees in initiating bills over government ones during the 4th session (September 2003 – February 2004), 39% were government bills and 55% of bills were initiated by MPs on behalf of committees⁴⁶, in the Verkhovna Rada of VIII and XI convocation most of the initiated and adopted government bills. Therefore, today there is a question about the legal capacity of not so many committees as the Verkhovna Rada.

The same practice is in some other countries. For example, in Sweden, the discussion of bills submitted to parliament in the standing commissions is a mandatory procedure and the commissions not only give their opinions on bills, they have the right to significantly change the content of bills, as well as develop bills and submit them to parliament⁴⁷. In Austria, the authority of committees is so high that most bills submitted to committees do not even pass the first reading, and the National Council immediately adopts them directly for the second reading⁴⁸. In Portugal, the parliamentary commission proposes the relevant bills, and the parliament determines during the first reading which of them are rejected and which are adopted as a basis, which is then passed by article-by-article voting⁴⁹. In the US Congress, polarized along party lines, the most important legislative decisions are still made at the committee stage⁵⁰.

The parliament appoints the main committee in accordance with its specialization to consider a bill. Summarising all the comments and suggestions on this bill, the main committee determines whether the need for the bill, the feasibility of its goals, objectives and main provisions, as well as its place in the system of legislation are duly justified. In addition, the main committee determines which version of the legislative text should be proposed to parliament for adoption. At the same time, the conclusions of the main committee on a bill play an important but not decisive role for the Verkhovna Rada of Ukraine in both the first and subsequent readings

⁴⁶ As in footnote 11.

⁴⁷ <https://www.loc.gov/law/help/national-parliaments/sweden.php>.(Accessed 06.11.2022)

⁴⁸ <https://www.parlament.gv.at/ENGL/PERK/PARL/>.(Accessed 06.11.2022)

⁴⁹ <http://www.en.parlamento.pt/>.(Accessed 06.11.2022)

⁵⁰ C. LAWRENCE EVANS, *Congressional Committees, The Oxford Handbook of the American Congress*. Oxford, 2011.

in parliament. The committee's conclusions are different in countries such as the United States and France: the committee's opinion on a bill becomes the basis for a decision by the whole parliament and rarely the parliament's decision contradicts the committee's opinion⁵¹. The adoption of a bill by parliament is a consequence of the committee's support for a bill in most cases through party discipline and informal communication between members of parliament and parties.

The final version of the bill must be agreed with the positions of the main committee on its content, the Committee on Rules of Procedure and Organisation of Work of the Verkhovna Rada of Ukraine, the Committee on Legal Policy, the Committee on Budget, the Committee on Prevention and Counteraction of Corruption and Committee on European Integration. According to some Ukrainian scholars, this practice is negative, as it introduces a significant imbalance in the activities of parliamentary committees due to, firstly, committee ranking, violating the principle of equality, and, secondly, it leads to overloading committees with unnecessary work. However, each committee already has its own number of bills⁵².

This study recognizes the significant role of various factors in shaping legislative policy, including political ideology, the influence of interest groups, and public opinion. By taking into account these factors, the research aims to provide a comprehensive understanding of the complex dynamics that influence the legislative decision-making process in Ukraine.

Political ideology plays a crucial role in shaping legislative policy as it reflects the core beliefs, values, and principles of the governing bodies. Understanding the ideological perspectives of different political parties and actors involved in the legislative process allows for a deeper analysis of the policy choices made and their alignment with specific ideological positions. Furthermore, the influence of interest groups cannot be overlooked in the legislative arena. Various interest groups, representing diverse

⁵¹ http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/fiches_synthese/septembre2012/national-assembly.pdf. (Accessed 06.11.2022)

⁵² O. YU. BRUSLYK – I. V. MUKOMELA, *Committees of the Verkhovna Rada of Ukraine: the time of reforms*, Kharkiv, 2017.

stakeholders, actively engage in lobbying and advocacy efforts to shape legislative policy according to their respective agendas. This study acknowledges the significance of interest group influence and examines how their involvement impacts the formation of legislative policy in Ukraine.

Additionally, public opinion holds considerable sway in shaping legislative decisions. The study recognizes the importance of public sentiment, public opinion polls, and public consultations as mechanisms for incorporating the voice of the people into the policy-making process. Analyzing the interplay between public opinion and legislative policy allows for a nuanced understanding of the democratic dynamics at play in Ukraine's legislative system.

By considering these factors, the study aims to provide a comprehensive analysis of the multifaceted influences on legislative policy formation, ultimately contributing to a more nuanced understanding of the complex dynamics within the Ukrainian legislative context.

3. Committee of the Verkhovna Rada of Ukraine on Legal Policy

The question of the importance of committees, as well as the special role of individual parliamentary committees, deserves attention. The rating of parliamentary committees varies depending on their “political attractiveness”, which, however, also changes at different stages of the historical development of the state. But “one of the natural feelings of importance is how important the committee is in policy-making”⁵³. Thus, in Austria, the main role in the activities of the parliament is played by the Main Committee, which is directly stated in the Constitution of Austria⁵⁴. In Spain and Portugal, main committees are also formed in the lower chambers, which act as an independent element of the mechanism for exercising state power during the period when the parliament is not functioning. In the United States, the most important is the House Committee on Rules, about which Woodrow Wilson once said: “It creates a recognised and sufficiently concentrated leadership in the House ... and

⁵³ K. TRYKHLIB, *Law-making activity in the case law of the constitutional court of Ukraine*, In: *International and Comparative Law Review* 19 (2) (2019), pp. 27-75.

⁵⁴ As in footnote 17

therefore the Committee must be fully responsible for the success or failure of the House session”⁵⁵.

In Ukraine, in order to improve the quality and efficiency of the legislative process in the Verkhovna Rada of Ukraine in the early 90's, a Commission on Legislation and Legality was established, which was later transformed into the Committee on Legal Policy. In the authors' opinion, the Committee on Legal Policy plays a leading role in shaping legislative policy, as it plans the legislative activity of the Verkhovna Rada of Ukraine, determines standards of rule-making, assesses the compliance of bills and other acts of the Verkhovna Rada of Ukraine with the Constitution of Ukraine. The importance of the role of the Committee on Legal Policy is also noted by the former chairman of the Committee O.V. Zadorozhnyi, who chaired the Committee in 2000. He called the Committee the most important of the parliamentary committees, as the committee exercises preventive constitutional control over all bills pending in the Ukrainian parliament⁵⁶. The Committee on Legal Policy, carrying out preliminary consideration and preparing conclusions and proposals on draft national programs of economic, scientific, technical, social, national and cultural development, environmental protection, as well as on consent to the binding character or denunciation of international treaties of Ukraine, lays the foundations and determines the priorities of legislative policy⁵⁷. In particular, based on the analysis of the actual state of the phenomena of political, economic, social reality, the legal motive of necessity of ordering (normalization) of a certain type of public relations is formed, expediency and maintenance of the future law are determined. As a result of such knowledge, the participants of legislative activity create a kind of action program for the modernisation of the national legal system, i.e. the concept of legal policy is created⁵⁸.

⁵⁵ W. WILSON, *Congressional Government. A Study in American Politics*, Boston and New York, 1885.

⁵⁶ O. ZADOROZHNYI, *The role of the Verkhovna Rada Committee on Legal Policy in the legislative process*, In: Bulletin of the Supreme Court of Ukraine 4 (2000), pp. 2-3.

⁵⁷ A. VILKS – D. BERGMANIS, *Global organized crime in Latvia and the Baltics, in Global Organized Crime and International Security* (2018), pp. 63-70.

⁵⁸ M. K. HALIANTYCH – A. V. KOSTRUBA – N. I. MAYDANYK, *Legal aspects of the implementation of a pledge of a bill of lading as a security: National legal realities*, In: International Journal of Criminology and Sociology 10 (2021), pp. 363-367.

The parliamentary practice in Hungary after the reforms of 2012-2014 is similar. The new Constitution of Hungary in 2012 established a system of permanent committees of the National Assembly, where, contrary to the proclaimed principle of parity, a special place was occupied by the Committee on Legislation. However, the Rules of Procedure of the National Assembly of Hungary in 2014 gave the Committee on Legislation broader powers than the Ukrainian legislation gave the Committee of the Verkhovna Rada of Ukraine on Legal Policy. First, the Committee on Legislation has played a central role in obtaining and providing recommendations on all bills and related amendments. Secondly, as the general discussion of a bill was postponed from a plenary session to an appointed committee, which independently or jointly with other committees participates in the reading of a bill, the responsible committee submits a consolidated draft to the Committee on Legislation. And only a bill worked out and edited in the Committee on Legislation is submitted to the plenary session of the parliament. All this, according to Hungarian researcher Csaba Nikolenyi, does not contribute to reaching the necessary consensus in the legislative process envisaged by the reform of 2012-2014. On the contrary, as Chaba Nicolenyi points out, this “super-committee, which clears all bills for final plenary voting and shifts the detailed discussion of the bill from the plenary session to the committee hall, reinforces existing institutional prejudices in favour of the ruling coalition” because the ruling coalition has majority in it and its head is a member of the senior coalition partner⁵⁹.

At the same time, as David Arter rightly points out, although such committees (*legislative*) can empower the legislative body with power to make decisions independently of the executive, i.e. to strengthen its legislative capacity, they do not guarantee that this potential will be reflected in legislative activity⁶⁰. Regarding the legislative autonomy of parliamentary committees, the authors support the position of Nancy Martorano, who prefers information theory, believing that committees should be given considerable autonomy to ensure that the specialization of committees and the transfer of information from the committee system to

⁵⁹ C. NIKOLENYI, *Strong Governments Make Strong Committees? Committee Composition and Decision-Making in the Hungarian Parliament*, Tel Aviv, 2015.

⁶⁰ As in footnote 16.

the chamber are most efficient and costly, but not so much autonomy that committees go beyond the hall with decisions that, while representing the preferences of the majority of committee members, may not match the preferences of the majority of chamber members⁶¹. Thus, the conclusion made by Sarah Whitmore on the legislative personality of the committees of the Ukrainian Parliament remains relevant: the Verkhovna Rada committees are quite competent and play a major role in the Ukrainian legislative process, as the discussion of bills is essentially transferred from parliamentary plenary meetings to committees, which independently schedule their meeting and have the power to make recommendations on these bills, although quantitative and qualitative indicators of laws remain problematic, as do factors influenced by the interaction of committees with factions and parliamentary groups in the legislative process⁶².

At the same time, if the Committee on Legal Policy had properly performed its duties, most bills would not have passed the first reading, because according to the analysis of the latest laws adopted by the Verkhovna Rada of Ukraine of the ninth convocation, they clearly contradict the Constitution of Ukraine in part of national interests, security and human and civil rights. The Committee on Legal Policy should formulate not only legislative policy but legal policy in general, as it is relevant in this matter. However, the Concept of Legal Policy of Ukraine has not been adopted yet. And this is not a doctrinal document, the draft of which, by the way, was developed in the early 2000s by the Academy of Legal Sciences of Ukraine together with the Ministry of Justice. It is about the Concept of Legal Policy as a doctrinal legal act approved by law, which, thus, will ensure its implementation more than it can be when doctrinal acts are approved by government decrees or presidential decrees. For example, the Concept of Legal Policy, developed in 2002 in the Republic of Kazakhstan, which acquired its normative character after approval by the Decree of the President of the Republic of Kazakhstan N. Nazarbayev of 24.08.2009, No.

⁶¹ N. MARTORANO, *Balancing Power: Committee System Autonomy and Legislative Organization*, cit., pp. 205-234 ss.

⁶² Y. BARABASH – H. BERCHENKO, *Freedom of Speech under Militant Democracy: The History of Struggle against Separatism and Communism in Ukraine*, In: *Baltic Journal of European Studies* 9 (3) (2019), pp. 3-24.

858 and began to materialize⁶³ (Decree of the President..., 2009). The Committee does not fulfil its main function – it does not develop a general concept of legal policy of Ukraine, according to which specific bills should be developed in certain areas of the economy and other spheres of society and the state.

The findings of this study provide valuable insights into the legislative policy formation process in Ukraine. While the specific context and characteristics of the Ukrainian political system and legislative processes are taken into account, the study also offers theoretical and conceptual frameworks that can be relevant and applicable to other countries with different political systems and legislative contexts. By examining the role of parliamentary committees and the factors influencing legislative policy, this research contributes to the broader understanding of comparative legislative studies. However, it is important to acknowledge that each country has its unique political dynamics, institutional structures, and socio-cultural factors that may influence the legislative process differently. Further research is needed to explore the transferability of the study's findings to other contexts and to provide a more comprehensive understanding of the complexities of legislative policy formation across diverse political systems.

4. Conclusions

Thus, committees are the main organisational structure of parliament in the vast majority of modern democracies. The practice of the parliaments of many countries of the world shows that the effective implementation of the parliament's functions is possible only if the proper functioning of its committees is organised. Thanks to these subsidiary bodies, the activities of the parliament become orderly and planned. However, in the current political situation in the parliament of Ukraine, which is formed of the pro-presidential majority, the role of committees is insignificant in shaping legislative policy, as it is de facto formed at the Bankova street (Office of the President). The research findings presented in this study have significant implications for the field of legislative policy and parliamentary committees. By shedding light on the role and functioning of parliamentary

⁶³ <https://pavlodar.com/zakon/?dok=04450&ogl=11001> (Accessed 06.11.2022)

committees in the legislative process, this study contributes to broader debates surrounding democratic governance, institutional effectiveness, and policy-making. The practical implications of these findings are twofold. Firstly, policymakers can benefit from understanding the importance of strengthening the role of parliamentary committees in shaping legislative policy, as they serve as key mechanisms for informed decision-making, stakeholder engagement, and ensuring legislative quality. Secondly, practitioners involved in parliamentary processes can use the insights from this study to enhance the efficiency and effectiveness of committee work, leading to improved policy outcomes and democratic accountability. Recognizing and acting upon these implications can contribute to strengthening legislative systems and promoting good governance practices in both Ukraine and other countries with similar political contexts. American political scientists have been quite apt on this issue: as the majority party becomes more united within the main issues on the agenda, and the gap between the political preferences of majority and minority members widens, party leaders become more central in the legislative process, and the influence and autonomy of committees tend to diminish.

Most of the questions about the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine, which were covered in previous works of scientists, have not lost their relevance today, as a careful study of parliamentary committees (constitutional and) provides useful material and recommendations for further research, covering important empirical and regulatory issues. A thorough study of the decision-making process in committees helps scholars to understand the process of forming political preferences of legislators, which is a critical conceptual and empirical gap in previous studies of the Verkhovna Rada of Ukraine. Such studies make it possible to understand at least a slightly endogenous process of legislative policy-making in the bosom of the legislature in the presence of alternative competing legislative initiatives.

Abstract: In this paper the authors considered the concepts and principles of legal policy, the legislature of the world and in particular Ukraine, highlighted the concept of legislative policy and more. The work also studied the constitutional and legal status of parliamentary committees of the Verkhovna Rada of Ukraine, their role in the production of legislative policy of the state; considered the work of the committee on legal policy of Verkhovna Rada. As a result, it was

concluded that committees are the main organisational structure of parliament in the vast majority of modern democracies. The practice of the parliaments of many countries of the world shows that the effective implementation of the parliament's functions is possible only if the proper functioning of its committees is organised. However, in the current conditions of the Ukrainian political situation, the situation is somewhat different. In the parliament of Ukraine, which is formed of a pro-presidential majority, the role of committees in shaping legislative policy is insignificant, as it is de facto formed in the Office of the President.

Keywords: bill function; political actors; law; society institutions; government

NATALIIA V. VOROTINA^a, OLEG KOVAL^b, VALERII VOROTIN^{c*},
VASYL PRODANYK^d, ANDRII SHYNKAROV^d

Legal foundations and features of public administration in the budgetary sphere in Ukraine and abroad**

**Summary: 1. Introduction, 2. Materials and methods, 3. Results and
discussion, 4. Conclusions.**

DOI: 10.26350/18277942_000122

1. Introduction

Starting the study of public administration in the budgetary sphere, it is worth first to cover the theoretical aspect of the study of this concept. Public administration is also considered as state and municipal administration, and in its general interpretation it should be described as a scientific branch, which includes simultaneously interconnected and autonomous branches of study. It is also necessary to highlight public administration, which ensures the proper functioning of state bodies and public services in the administrative and operational aspects. It is also worth mentioning the analysis of government programmes and policies, the activity of which is in strategic planning, as well as in the provision of an assessment of regulatory impact.

This allows describing public administration as a sphere uniting into a system of interacting elements, such as state, municipal, non-profit, and mixed structures. Their purpose is to provide solutions to collective problems, as well as to satisfy the problems of the public¹. The key subjects

*Email: val_vorotin@aol.com

^a V.M. Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine

^b National Academy for Public Administration under the President of Ukraine, Ukraine

^c Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine, Ukraine

^d Interregional Academy of Personnel Management, Ukraine

involved in public administration in the budgetary sphere in Ukraine include the Ministry of Finance, State Treasury Service, State Audit Service, State Fiscal Service, National Bank of Ukraine, and local governments. The Ministry of Finance is responsible for developing and implementing the state budget policy, while the State Treasury Service manages the state budget funds and ensures their efficient use. The State Audit Service performs financial and compliance audits of budget funds and activities, and the State Fiscal Service is responsible for collecting taxes and other budget revenues. The National Bank of Ukraine regulates monetary policy and manages the country's currency reserves. Local governments, including regional and city councils, are responsible for implementing budget policies at the local level and ensuring the effective use of allocated funds for local projects and programs.

Thus, by combining the above elements into a single system, public administration is a public-state system created to realise national benefits and local interests, as well as the sector for the production of public goods. Since public administration pays tremendous attention to the possibility of independent choice, creating personal autonomy, the level of execution of decisions of a managerial nature, as well as the level of feedback, where interests will be ensured, first of all, in relations with citizens, is of particular importance for the implementation of the granted right².

Various programs such as taxation, lawmaking, law enforcement, and social welfare are included in public administration. This also involves securing the interests of different groups united by common features such as ethnic groups, trade unions, and so on. It also involves regulating relationships with commercial organizations and enterprises based on consolidated regulations, public-private partnerships, and so forth³.⁴ Analyzing the relationships between municipal and state bodies with the

** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ S. P. SOLYANNIKOVA – N. O. BONDARENKO, Foreign experience in conducting budget reviews costs and possibilities of using it in Russian practice, In: *Financial Life* 3 (2020), pp. 86–90.

² A. CHOCHIA – D. R. TROITIÑO – T. KERIKMÄE – O. SHUMILO, Enlargement to the UK, the referendum of 1975 and position of margaret thatcher, In: *Brexit: History, Reasoning and Perspectives* (2018), pp. 115-139.

³ G. KUPRYASHIN, Public administration, In: *Political Science* 2 (2016), pp. 101–131.

⁴ A. V. KOSTRUBA - O. S. HYLIAKA, *Designing of legal model of legal relations cessations*, In: *Astra Salvensis* 1 (2020), pp. 69-86.

aforementioned groups of subjects can help identify the political component in public administration activities. This means that the political aspect involves both formal and informal actors who participate in decision-making and implementation, as well as formal and informal structures aimed at creating, perceiving, and implementing these decisions^{5, 6}.

The purpose of this paper is to investigate the legal foundations and features of public administration in the budgetary sphere by revealing the theoretical and practical aspects of the problem posed, as well as a comparative analysis of the functioning of the research subject in Ukraine and abroad. The key objectives of this study were identified as follows:

- to consistently and logically cover the theoretical aspects of public administration in the budgetary sphere, to determine the principles of its functioning and inherent features of its activity;
- to consider the functioning of the sector under study in Ukraine and other states, highlight the basic concepts of defining the functions of this segment in the indicated territories and the principles of public administration in the budgetary sphere;
- to conduct a comparative analysis of the functioning of public administration in the budgetary sphere in Ukraine and other states.

The novelty of this research lies in its comprehensive analysis and comparison of the policies and practices of several countries in the field of public administration of the budgetary sphere, with a focus on Ukraine. The comparison of policies and practices in other countries, such as the United States of America, Germany, Spain, Sweden, and Japan, provides new insights and ideas for improving the effectiveness of public administration in the budgetary sphere in Ukraine. So, the research provides a comprehensive and innovative approach to the study of public administration in the budgetary sphere.

2. Materials and methods

⁵ Y. GEORGIEVSKY, Public administration of the territorial community in Ukraine: Constitutional and legal problems of reform, In: *National Legal Journal: Theory and Practice* 4 (2016), pp. 43–47.

⁶ N. FADEIKINA – A. SINKINA, Modernisation of the budgetary process based on the principles of public administration of the socio-economic development of public legal entities: 2004-2018, In: *Siberian Financial School* 4 (2018), pp. 38–58.

Considering the legal foundations and features of public administration in the budgetary sphere in Ukraine and other states, it is worth highlighting some methodological approaches and concepts of the study of both theoretical and practical significance. First, for a more detailed study of the problem, it is worth highlighting a theoretical methodological approach that contributes to the coverage of such concepts as “public administration” and “budgetary sphere”, highlighting their features, principles of activity and characteristic features. The synthesis method will be important in this study, which will help combine the described concepts, namely “public administration” and “budgetary sphere”, to establish the interrelation between them, and also to describe their legal basis of activity and the specific features of their functioning. Further, it is worth considering such approach as a functional methodological approach, which will help highlight the goals and main objectives of this study.

The method of logical analysis was also used, which helps to consistently describe both theoretical and practical aspects of studying this issue, comprehensively covering them. Since the subject under study is the functioning of public administration in the budgetary sphere in Ukraine and abroad, such methodological approaches as a method of analysis and a method of comparative analysis will be required, enabling the consideration of the specified activity and compare its inherent features and fundamental principles, as well as to determine the level of effectiveness of such activities. It is worth noting the importance of the method of analysis of scientific literature, contributing, due to the works of other researchers, to the study of problems in a clear logical sequence, as well as considering all the studied aspects of this subject.

This study is performed in several key stages. The first stage is described by the study of public administration in the budgetary sphere using a theoretical methodological approach, defining the inherent features and principles of such activities. The second stage is determined by the practical component, which is based on the investigation of the functioning of the sector under study in Ukraine and other states. The third and final stage is to perform a comparative analysis of the activities of public administration in the budgetary sphere in Ukraine and other states, as well as to highlight the positive and negative qualities prevailing in the functioning systems of certain states.

There is a fact of the inconsistency of the cooperative connection arising between the political, administrative, and operational subsystems of public administration. This contradictory connection can demonstrate that the process of a unified system that arises between government and municipal authorities, interacting based on different logic, contributes to the development of certain guidelines, the introduction of values and traditions, as well as technologies and rules of government. This process also introduces a mechanism of a special nature that helps agree on the common opinion of all stakeholders. Notably, public administration constitutes a political and administrative system described by a powerful nature related to the modern political regime, the presence of specialised administrative institutions endowed with regulatory powers, as well as finding compromises aimed at solving the interests of groups of stakeholders.

3. Results and discussion

The global interest in the public administration sector is growing due to its continuous development and the ability to provide public infrastructure and services, while establishing and operating networks and infrastructure facilities. Many states are currently seeking new approaches to develop their economic sectors, including increased involvement of the private sector in sectoral complexes to improve efficiency⁷. The concept of “public administration” involves an authoritarian process that regulates state activities related to public and private life to streamline state power. It also involves the development and implementation of a systematic approach to public and municipal authorities at all levels of administrative-territorial divisions, which includes the use of specific techniques and methods.

There are two conceptual approaches to the definition of “public administration”, which reveal it in a broad and narrow sense. From the point of view of the first conceptual approach, this concept is revealed as a system of state bodies, which is implemented thanks to the functioning of all branches of government to regulate public relations⁸. As noted in this

⁷ I. KOROBKA, Legislative methods (tools) of public administration in the field of civil protection in Ukraine, In: *Actual Problems of Our Time* 4 (2019), pp. 45–51.

⁸ A. SOROCHENKO, Public-private partnership and public administration in Ukraine: Correlation of concepts, In: *BarSU Bulletin* 6 (2018), pp. 152–158.

interpretation, this concept covers the functioning of all branches of government, namely the executive, legislative, judicial power, as well as other state and non-state bodies that are not part of the branches of government⁹. The executive power is covered because public administration has the right to carry out administrative activities within the control of the prescriptions of the norms of laws. Public administration covers legislative activity through legislative activity, judicial – through the administration of justice. Public authorities that are not part of the indicated branches of state power (prosecutors, the National Bank of Ukraine, etc.) and non-state bodies (local government bodies) are covered by public administration during the implementation of the powers granted to them by law¹⁰.

Considering this concept in a narrow sense, it is a system of administrative bodies, the activity of which is focused on the implementation of administrative functions. In terms of the state's regulation of public administration, it is important to recognize that this activity is focused on upholding three fundamental principles. The initial principle is to prevent the misuse of power, particularly by actors who do not act in the state's interests or cause harm to them. The second principle helps to guarantee the efficient utilization of the benefits and opportunities offered by public administration, while also aiding in the prevention of various issues, particularly those related to economic competition. The last, third principle, helps to prevent corruption offences, since this problem significantly affects the efficiency of economic sector development^{11, 12}.

In addition, the concept under study is interpreted as statutory regulation of legal relations, the purpose of which is to control compliance with certain legislative norms, as well as specialised agreements and obligations by the

⁹ V. TATSIY - S. SEROHINA, Bicameralism: European Tendencies and Perspectives for Ukraine, In: *Baltic Journal of European Studies* 8 (1) (2018), pp. 101-122.

¹⁰ O. LUTSENKO, Bringing civil servants to liability for disciplinary misconduct in judicial practice of Ukraine, Poland, Bulgaria and Czech Republic, In: *Journal of Advanced Research in Law and Economics* 8 (1) (2017), pp. 103-112.

¹¹ I. ZAYARNAYA – N. KOLTSYUK, The role of local budgets in ensuring the effectiveness of municipal finance management in Russia and in foreign countries, In: *Bulletin of the Altai Academy of Economics and Law* 6 (2020), pp. 236–240.

¹² M. K. HALIANTYCH – A. V. KOSTRUBA – N. I. MAYDANYK, Legal aspects of the implementation of a pledge of a bill of lading as a security: National legal realities, In: *International Journal of Criminology and Sociology* 10 (2021), pp. 363-367.

subjects of these legal relations. When considering the concept in a narrow sense, public administration manifests itself in the legislative establishment of certain legal norms on a clear delineation of powers between municipal authorities and public authorities¹³. Once the concept of public administration has been established, it is evident that there are certain characteristics that distinguish it from other fields. These features are of particular importance, especially with regards to the latest political and legal issues. Another crucial aspect is the presence of normative values in the development process, and research in this area is directed towards identifying these fundamental values. Finally, the third characteristic, which is relevant for scientific research, is the focus on what needs to be done, rather than what could potentially be done¹⁴.

In foreign practices, the sector for the study of public administration in the framework of political and legal analysis is a combination of various branches, namely political science, microeconomics, systems theory, public finance, as well as other branches of science that help form an interdisciplinary understanding of public administration, or rather how it should function, what its essence is, how it can influence government programmes, assess its impact and the results of public administration. Considering the modern vision to the approach of public administration activities, there are high requirements for the professional training of employees, which are directly related to strengthening their analytical skills. Therefore, the study of the theory of public administration will help in the development of the skills required, solving problems in the field of forecasting management decisions and in the development of the effectiveness of participation in managerial decision-making. Thus, it is possible to form the idea that public administration in its own way acts as a branch of political science and practical management science, which, as a result, allows ensuring protection from incompetence.

To increase the level of implementation of the analytical approach, it should be accompanied by certain factors, namely the presence of experts in the analytical field and the organisation of the public administration process, which will allow predicting the consequences of managerial

¹³ A. SOROCENKO, PPP in the context of public administration in Ukraine, In: *Law and State* 2 (2019), pp. 78–87.

¹⁴ A. SHIBANOVA, “Lean thinking” in public sector organisations, In: *Industrial Economy* 4 (2020), pp. 30–34.

decision-making, the development of basic concepts in the activities of public administration by personnel, as well as desire to use an analytical approach directly in public administration activities¹⁵. Notably, the terms “public administration”, “public regulation” and “public authority” are not identical. The definition of “public administration” is outlined above. In turn, it is worth considering the definitions of the latter two and highlighting their differences. Thus, the term “public regulation” means not only the regulation of relations based on the official government of the state and its subordinate bodies, but also due to the developed generally binding norms and rules of social behaviour by society, a collective of citizens or certain non-state bodies. Furthermore, among the commonalities with public administration, it is noted that public regulation is also a process; distinctive is that it has a sufficient impact on people in all spheres of life; it must be of a systemic nature. Regulation is reflected in various social norms.

The term “public authority” is interpreted more as a form of citizens' exercise of any political power, which does not coincide in its scope and powers with any of the forms of implementation of state power. The subjects of public authority are the people, state authorities, municipal authorities, local authorities and others; objects of public power — a person and their various modes, as well as groups of people and spheres of public life. The mechanism for the implementation of public power in general comprises the form of power, type of power, state of power, infrastructure of power, organisational and legal methods of exercising power. An essential element in the implementation of public administration activities is the budgetary process, namely the distribution of its goals and objectives in accordance with national policy. Public administration in the budgetary sphere should be exercised on the principles of transparency, legitimacy, democracy, strategic partnership and responsibility of the authorities in the social sphere, budgetary responsibility, as well as considering the provision of feedback and active civil policy in this area, carried out by application of various methods of information and communication support of stakeholders in ensuring an efficiency increase in public administration

¹⁵ Y. S. LEVCHENKO, *Theoretical and methodological foundations of financial support for bridge construction in Ukraine in the framework of public-private partnership*, Sofia, 2020, pp 272.

and ensuring the well-being of citizens¹⁶. And in this case, the principle of budgetary responsibility, implemented in the effective management of public finances on behalf of the population and exclusively in the interests of the population, is one of the key ones¹⁷.

In the public administration system, the key processes operating in the field of budget management are as follows: budget plan development, its submission, consideration and approval, as well as reporting on its implementation; management of interaction between stakeholders in its effective manifestation; development and implementation of such interactive mechanism between stakeholders; information and communication flow control; as well as monitoring the determination of the results of the public administration system activities, which includes the evaluation of the effectiveness of the use of budget funds. That is, the budget is planned, formed, and implemented based on the results of the national policy; in other words, budget allocations are entirely dependent on the final results of government programmes in the field of the budget. One of the reasons for the increase in the efficiency of public administration of the budget segment is the orientation towards the needs of the population, namely in modern conditions of territorial differences, for example, such as natural, geographical, economic, and social in the quality of life of citizens, which cannot be fully considered¹⁸. As for the main tasks currently being set by public administration in the budgetary sphere, they should include the incentivisation to improve the quality of management of the budget segment in Ukraine, the creation of an incentive to increase incomes to the budget, reform of the system of distribution of obligations between subjects in the budgetary sphere, as well as reform the mechanisms for providing financial aid to entities in the budgetary sphere¹⁹.

¹⁶ N. SHULZHENKO – S. ROMASHKIN, Types of individual criminal responsibility according to article 25 (3) of rome statute, In: *Juridical Tribune* 11(1) (2021), pp. 72-80.

¹⁷ A. A. BELOSTOTSKY, *Prospects for the development of the budget of the municipal formation in the context of public administration*, in *Institutions and mechanisms of innovative development: World experience and Russian practice*, ed. A.A. GOROKHOV, Kursk, 2018, pp. 62–66.

¹⁸ D. LUCHENKO – I. GEORGIIEVSKYI, Administrative restrictions in ports: Practice of crew rotations during covid-19 pandemic, In: *Lex Portus* 7 (3) (2021), pp. 7-31.

¹⁹ A. V. CHENSKY - O. E. SUCHKOVA, *Adaptation of the world experience of the functioning of the system of financial and budgetary control in the system of state*

It is also worth considering the current system of public administration in the budgetary sphere in Ukraine. It includes the presence of an integral system for managing budgetary funds, which establishes clear principles and powers of each of the subjects of budgetary legal relations. The system organises this process based on the results of current expenditure obligations, creates and develops treasury bodies, gradually introduces new budgeting tools aimed at obtaining results, establishing rules and procedures for the budget process, and also creates a system for monitoring the quality of financial management. However, despite the presence of so many positive aspects in the public administration system in the budgetary sphere, there are still shortcomings. For example, strategic planning was weakly linked to budget planning, a large increase in budget expenditures was maintained, government and local authorities were not ready to increase the level of efficiency of their own activities, including budget expenditures, and an effective assessment was not provided based on the results of the use of financial resources and activities of public administration authorities in the budget segment²⁰.

In regards to the management of the budgetary sphere in Ukraine, it can be observed that this process is governed by budgetary legislation, which aims to create, review, approve, and execute budget plans, as well as to prepare, review, and endorse reports on budget implementation. It is important to mention that the budgetary legislation in Ukraine serves as a catalyst for the effectiveness and growth of this sector²¹. At this stage, the policy of Ukraine in the field of public administration of the budgetary sphere has certain problems associated with violation of budgetary legislation. This problem has arisen due to the complexity of the budget process, which allows authorised individuals to abuse their powers. All this is complicated by the fact that abuse of authority can be carried out at absolutely any stage of the budget process, from the creation of a budget process plan to the

administration, in Comprehensive development of territorial systems and increasing the efficiency of regional management in the context of the digitalisation of the economy, ed. N. SHIBAEVA, T. BREKHOVA, N. RYABININA, A. KOROLEVA, Oryol, 2020, pp. 479–485.

²⁰ M. NOVOKHATSKAYA – N. GORLOVA, Problems of formation of accounting information on non-financial assets in the budgetary sphere, In: *Financial Bulletin* 4 (2020), pp. 35–40.

²¹ O. ILNITSKIY, Reform of budgetary (fiscal) decentralisation in Ukraine, In: *Public Law* 1 (2016), pp. 126–134 ss.

approval of a report on the conduct of such a process, which entails insufficient funding of budget programs. Therefore, to conduct a successful policy in the field of public administration in the budgetary sphere in Ukraine, the question arises not of eliminating the offence, but of preventing it. This can be achieved by reforming the current legislation governing the sphere of budgetary legal relations.

Considering the practice of legislative reforms in Ukraine, it is important to note that it has made significant changes in the regulation of the budgetary process. But still, at the moment there are negative factors. Thus, one of the negative factors is that some legal norms of the area under study are introduced with a delay, or are completely written retroactively. This creates a critical problem, namely the low level of stability in the adoption of draft laws, as well as the assessment of the qualities of the adopted draft laws. The emergence of this problem is because decisions on the adoption of most draft laws occur without sufficient scientific reasoning of the draft law under consideration. Another problem in public administration of the budget process in Ukraine is the low efficiency of the budget control segment due to the low involvement of the state in the implementation of certain national policies^{22, 23}. The described problem entails consequences in the form of a low level of cooperation and planned professional activity between authorised state bodies, namely in state control of the budget process. The solution to this problem, which is possible with the interconnection of state bodies exercising budget control, will help regulate supervision more qualitatively and efficiently. The importance of solving the problem of state control in the budgetary sphere is because it enables the prevention of offences arising in the public administration of the budgetary segment, especially in case of abuse of authority by officials²⁴.

The above problems can be solved due to the regulation of legal norms enshrined in the legislation regulating the budgetary process of Ukraine, which will lead to an increase in the efficiency of this segment. In addition, for the activities of public administration to be more effective and in line

²² T. I. POTAPOVA, Budgetary system of Ukraine, In: *School for young innovators 1* (2021), pp. 204-207 ss.

²³ N. KOVAL - D. LUCHENKO, Non-tariff barriers: Ukrainian practice under conflict with russia and COVID-19, In: *Lex Portus 4* (24) (2020), pp. 56-76.

²⁴ A. ILIASHENKO, The value and role of budget control in the system of the budget process, In: *Economy And Society 24* (2021), pp. 1-5.

with international legal standards, one should contemplate the consideration of the policies pursued in other states. For example, having considered the policy of the United States of America in the field of public administration in the budgetary sphere, it can be concluded that it is multifaceted and rather sophisticated. This is supported by numerous subjects of the budget process, as well as by a sufficiently reasoned analysis pursuant to the implemented national policy in the field of public administration in the public sector²⁵. A feature of the given US national policy is that state control in the budgetary sphere is exercised not only by the Treasury, but also by other authorised bodies. For example, the General Audit Office of the US Congress, the Internal Revenue Service, inspectors of the US Federal Reserve System, Administrative and the Budget Office under the President of the United States, the United States Recruitment and Placement Office, and other specialised bodies authorised to exercise budgetary control. The distinguishing factor from Ukrainian policy in this area is not the number of government bodies provided, but their joint functioning in the implementation of their duties.

This element in the system of public administration of the budgetary sphere as an interconnection between state bodies in the sphere of exercising their powers in the segment under study is essential, allowing to ensure the proper functioning of this sphere and its effectiveness.

One should also consider Spain's policy in this area. In particular, it is associated with the practice of passing important draft laws. This practice is that the adoption of draft laws at the final stage is characterised by the approval of the draft law and its entry into force. Therewith, the signing of such draft laws by the head of state is not a mandatory requirement, but rather a formality. A similar practice of adopting draft laws is exercised in Japan and Sweden. In addition, analysing the practices of other highly developed states in public administration of the budgetary sphere, one cannot fail to note the practice of Germany. Successful national policy in the segment under study is described by great attention to budget and financial planning. Germany's budget planning policy is drawn up differently each year, factoring in the specific features of the national policy

²⁵ M. O. KUZHELIEV, Management of public finances in the conditions of reforming the economy of Ukraine, In: *Innovation strategy and practice development of the financial sector of Ukraine 1* (2020), pp. 42-44.

pursued during the year. This positively affects the economic system in general, since the response to all kinds of changes of an economic or social nature is flexible, which describes the national policy as adaptable to various modernisations. Furthermore, in German policy, a considerable attention is paid to the development of the expenditure side of the budget²⁶. An essential part of the policy of public administration in the budgetary sphere is the discussion of the procedural part of the budget process. That is, its preparation, consideration, adoption of the budget plan, as well as consideration of the report on the budget process in the media. This ensures the transparency of the public administration in budgetary activities, increases the awareness of the population in the current policy and public confidence in public authorities and non-state bodies, which considerably affects the development of this segment in the state. In the policy of Ukraine, this reform would be vital, as it would help to prevent or avert the adverse aspects of budgetary policy. Thus, having performed a comparative analysis of the policy in Ukraine and other states, it is necessary to consider both negative and positive practices of its implementation. The negative aspect will help in considering the elements that reduce the efficiency of public administration in the budgetary sphere. In turn, the positive aspects will help identify new opportunities for its improvement and implementation in the national policy, which will subsequently contribute to the transition of the state's economic system to a qualitatively new level.

Technology and innovation can play a significant role in improving public administration in the budgetary sphere. Here are some successful examples of their use:

- Digital budget platforms: The use of digital budget platforms can help in streamlining the budget process and making it more transparent. For instance, the City of Buenos Aires in Argentina has implemented a digital budget platform that allows citizens to track the use of public funds and monitor the progress of public projects²⁷.

²⁶ Y. KEIL – R. LAMZIN – V. EPININA, Efficiency and effectiveness of the application of innovative technologies, In: *Regional Economy* 3 (2016), pp. 15–24.

²⁷ OECD, Digital Government Review of Argentina: Accelerating the Digitalisation of the Public Sector, In: *OECD Digital Government Studies*, Paris, 2019. <https://doi.org/10.1787/354732cc-en>. (Accessed 14.01.2023).

- Blockchain technology: Blockchain technology can be used to increase transparency and accountability in budget management. For example, the Georgian government has implemented a blockchain-based platform for the procurement of goods and services. This platform allows for more transparent and efficient budget management²⁸.

- Predictive analytics: Predictive analytics can be used to forecast budget trends and identify potential budget shortfalls. For example, the city of Boston in the United States has implemented a predictive analytics system that helps in forecasting budget trends and identifying potential budget shortfalls.²⁹

- Open data: The use of open data can help in increasing transparency and accountability in budget management. For instance, the government of Mexico has implemented an open data platform that allows citizens to access information about public spending.³⁰

- Mobile applications: Mobile applications can be used to increase public participation and engagement in budget management. For example, the City of New York in the United States has implemented a mobile application that allows citizens to submit budget proposals and provide feedback on the budget process.³¹

In summary, technology and innovation can be used to improve public administration in the budgetary sphere by increasing transparency, accountability, efficiency, and public participation. However, the use of these technologies should be tailored to the specific context of each country.

The experience of the United States of America, Germany, Spain, Sweden, and Japan is considered an example for Ukraine due to the successful implementation of various practices and innovations in public administration in the budgetary sphere in these countries. By analyzing and learning from their experiences, Ukraine can adopt and adapt effective strategies, technologies, and policies to improve its own public administration system in the budgetary sphere. Additionally,

²⁸ Q. SHANG, A. PRICE, *A Blockchain-Based Land Titling Project in the Republic of Georgia: Rebuilding Public Trust and Lessons for Future Pilot Projects*, in *Innovations: Technology, Governance, Globalization*, 12 (3-4) (2019) 72–78.

²⁹ <https://bostonpredictiveanalytics.com/>. (Accessed 16.01.2023).

³⁰ <https://datos.gob.mx/>. (Accessed 19.01.2023).

³¹ <https://www.participatorybudgeting.org/>. (Accessed 12.01.2023).

understanding the best practices of these countries can help Ukraine avoid potential pitfalls and challenges in implementing reforms and innovations.

4. Conclusions

The tasks set by public administration in the budgetary sphere include the incentivisation to improve the quality of the budget segment management in Ukraine, to increase budget revenues, the reform of the system of distribution of obligations between subjects in the budgetary sphere, and also the reform of the mechanisms for providing financial aid to entities in the budgetary sphere. The practical aspect of the policy pursued in Ukraine should also be noted. At present, there are a fairly large number of problems that have emerged due to the complexity of the budget process, which allowed authorised individuals to abuse their powers. This is additionally complicated by the fact that abuse of the granted powers can be exercised at absolutely any stage of the budget process – from the creation of a budget process plan to the approval of the report on the implementation of such process. This has the potential to entail insufficient funding of existing budget programmes.

The present study also reviewed the public policies of various countries, including the United States of America, Germany, Spain, Sweden, and Japan. Comparing the practices of other states with the practices exercised in Ukraine, many necessary reforms were identified. These include increasing the efficiency of the interaction between state bodies operating in the field of the budget, legislative reforms governing the budget segment, consideration of draft laws based on scientific reasoned analysis, as well as discussion of draft laws bills and reports on budget planning or control in the media. Having considered the above aspects of theoretical and practical application, as well as introducing them into the national policy in public administration in the budgetary sphere, it is possible to improve the state of the economic system of Ukraine and take it to a qualitatively new level. New perspectives for future research that span broader disciplines could include exploring the impact of emerging technologies such as blockchain, artificial intelligence, and machine learning on budget management and public administration. This could involve collaboration between experts in technology, economics, and public policy. Research can also explore the potential for interdisciplinary collaboration in the field of public

administration in the budgetary sphere. This can involve bringing together scholars and practitioners from different fields such as economics, political science, law, and technology to develop innovative solutions to complex budgetary challenges. Interdisciplinary collaboration can help to generate new ideas and perspectives, and can lead to the development of more effective and sustainable budgetary management practices. The study's findings have important implications for both theory and practice. Specifically, the analysis of the legal foundations and features of public administration in the budgetary sphere not only enables a comparison with the policies of other nations but also highlights innovative approaches to enhancing the efficiency of this sector in Ukraine. Therefore, this study can serve as a valuable resource for researchers, policymakers, and practitioners seeking to improve public administration in the budgetary sphere.

Abstract (ENG): The relevance of the study of public administration in the budgetary sphere is associated with the latest changes and reforms in this sector in Ukraine. The purpose this paper is to investigate the legal foundations and features of public administration in the budgetary sphere through the coverage of theoretical and practical aspects of the problem, as well as to conduct a comparative analysis of the functioning of public administration in the budgetary sphere both in Ukraine and abroad.

Keywords (ENG): public administration; budget; budgetary sphere; national policy

VOLODYMYR ZAVERUKHA^{a*}, VOLODYMYR ZAROSYLO^a,
OLEKSANDR KAPLYA^a, VOLODYMYR GROKHOLSKYT^b, ANATOLIY
PODOLYAKA^a

**Administration of the process of rule-making activity in
some countries of the European Union and Ukraine: A
comparative analysis****

**Summary: 1. Introduction, 2. Features of the functioning of the
Verkhovna Rada of Ukraine as a unicameral parliament, 3.
Specifics of rule-making activity in the countries of the European
Union, 4. Common and distinctive features in the rule-making
activities of Ukraine and the European Union, 5. Conclusions**

DOI: 10.26350/18277942_000123

1. Introduction

According to some researchers, since the declaration of independence in Ukraine there have been many changes in both socio-political and economic systems.¹ It is also noted that the independence of Ukraine is a positive factor in the development of democratic tendencies of country in different spheres and in the sphere of rule-making too.^{2,3} The rule-making activity of the countries of the European Union (EU), as well as the rule-

*Email: zarosylov@gmail.com

^aInterregional Academy of Personnel Management, Ukraine

^bOdessa State University of Internal Affairs, Ukraine

** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹<https://www.abacademies.org/articles/administrative-and-legal-support-for-functioning-of-the-agroindustrial-complex-of-ukraine-9463.html>. (Accessed 15.10.2022)

² A. KISLYI – B. STETSIUK – I. KOVALENKO, Comparative Analysis of Foreign and National Experience of Ukraine in Administration of Value Added Tax, In: *Baltic Journal of Economic Studies* 4 (2) (2018), pp. 301-308.

³ O. M. YAROSHENKO – A. M. SLIUSAR – O. H. SEREDA – V. O. ZAKRYNYTSKA, Legal relation: The issues of delineation (on the basis of the civil law of Ukraine), In: *Asia Life Sciences* (2) (2019), pp. 719-734.

making activity of any country is influenced by a number of factors. One of the important factors influencing the rule-making activity in a certain state is the structure of the legislative body. In all European countries, and in Ukraine too the main law-making body is the parliament. Parliaments in different countries have different structures, which in turn affects the legislative activity in these countries. The structure distinguishes the following types of parliaments: unicameral; bicameral. Today, unicameral parliaments exist in almost 70 countries (Bulgaria, Greece, Denmark, etc.). Bicameral parliaments are typical of countries such as Germany, Italy, Spain, France, and others.⁴

The structure of the parliament influences the legislative activity, in particular, in the part of the adoption of laws. In the scientific literature there is an opinion that in a unicameral parliament the legislative procedure is not as complicated as in a bicameral parliament.⁵ According to V. Shapoval⁶, in a bicameral parliament, the law must be passed by both chambers. However, when considering a bill, disagreements often arise, without which the law cannot be passed. There are different procedures for overcoming such differences. An example is the British Parliament, where the House of Lords can reject the House of Commons bill, but a year later it can be re-adopted by the lower house without amendments to the upper house and in the ordinary voting procedure becomes law without any sanction from the upper house.⁷

There are also a few more examples. In Austria, the upper house's objections or reservations to a law passed by the lower house are resolved by the latter by reconsideration under a simplified procedure and adoption by a simple majority. In Poland, Slovenia, the Czech Republic and some other countries, the corresponding differences are overcome by the lower house, but only by a decision taken on the basis of an absolute majority. In Germany and Japan, in case of disagreement between the chambers of parliament, the issue of overcoming them is decided by a joint conciliation

⁴ B. V. KALYNOVSKYY – O. YA. LAPKA – N. YA. LAPKA – T. O. PIKULYA – L. A. IVERSHENKO – L. M. KOZODOY – K. V. TARASENKO, *State Law of Foreign Countries (in Schemes)*, Kyiv, 2012.

⁵ I. TETARCHUK – T. DYAKIV, *Constitutional Law of Foreign Countries*, Kyiv, 2020.

⁶ V. SHAPOVAL, *Constitutional Law of Foreign Countries*, Kyiv, 2008.

⁷ YU. V. KOVBASIUK – S. V. ZAGORODNIK, *The System of Public Administration of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: Experience for Ukraine*, Kyiv, 2011.

commission (committee). If such a commission (committee) is unable to make a decision, or if its decision does not satisfy the lower house, the final decision on the adoption of the law is made by the lower house on the basis of a two-thirds majority of its total membership.⁸ Thus, the presence of two chambers in the parliament can cause differences between these chambers, which arise during the implementation of legislative activities and determines the necessary regulations to eliminate these differences. It should also be noted that there are differences in the legal regulation of rule-making activities carried out in unicameral and bicameral parliaments; in particular, the activities of each chamber of bicameral parliaments are regulated by a separate regulation. For example, in Germany, the regulations of the chambers of parliament are adopted in the form of resolutions by each chamber for themselves and do not require the approval of another chamber.⁹

2. Features of the functioning of the Verkhovna Rada of Ukraine as a unicameral parliament

In unicameral parliaments, there is only one regulation that regulates the legislative activity of this parliament. Ukraine has a unicameral parliament – the Verkhovna Rada. The procedure for carrying out legislative activity by the Verkhovna Rada shall be regulated by the law.¹⁰ Law of Ukraine No. 1861-VI “On the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine” establish the procedure for preparing and holding sessions of the Verkhovna Rada, its sittings, formation of state bodies, determine the legislative procedure, procedure for consideration of other issues related to its powers, and procedure for exercising control functions of the Verkhovna Rada. Thus, the spheres of activity of the Verkhovna Rada, which are regulated by its regulations, can be divided into three groups:

1. Legislative sphere – establishing the procedure for adopting legislative acts.
2. Organizational sphere – determination of the procedure for holding sittings of the Verkhovna Rada.
3. Control sphere – regulation of the procedure for exercising control functions of the Verkhovna Rada.

⁸ V. TATSIY – S. SEROHINA, Bicameralism: European Tendencies and Perspectives for Ukraine, In: *Baltic Journal of European Studies* 8 (1) (2018), pp. 101-122.

⁹ V. RIYAKA, *Constitutional Law of Foreign Countries*, Kyiv, 2006.

¹⁰ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/116/95-%E2%F0#Text>. (Accessed 14.10.2022)

Law of Ukraine No. 116/95-VR “On committees of the Verkhovna Rada of Ukraine” defines the legal status of committees of the Verkhovna Rada of Ukraine, their functions and organizational bases of activity. You can identify the following areas of regulation of this law:

1. Legal – determining the status of committees, establishing a list of principles of committees, defining the rights and responsibilities of committees, etc.
2. Functional – determining the list of functions of committees and establishing the order of their implementation.
3. Organizational – establishing the procedure for carrying out the activities of committees, for example, holding committee meetings, planning the work of committees, etc.

Another important factor influencing rule-making activities in the state is the form of government. For example, the peculiarity of federations is that in states with this form of government, each subject of the federation has its own legislative system.¹¹ That is, along with the legislation that applies to the entire federation, there is also legislation that applies only to a particular subject of the federation. As Ukraine is a unitary state, there is a single legislative body in Ukraine – the Verkhovna Rada. In addition to these factors, rule-making activities are also influenced by the form of government, the form of political regime, and so on. The above factors affect the implementation of rule-making activities in any state.

3. Specifics of rule-making activity in the countries of the European Union

As for rule-making activities in the European Union, in this case there is a certain dualism. On the one hand, the rule-making activity of the countries of the European Union is regulated by the national legislation of these countries. On the other hand, the European Union is a supranational entity¹², which manifests itself in two aspects:

1. The European Union, as a supranational entity, may set certain requirements for the implementation of rule-making activities in countries that are members of the European Union.

¹¹S. KOTALEYCHUK, *Theory of State and Law*, Kyiv, 2009.

¹²<https://cutt.ly/YbiotLm> (Accessed 13.10.2022)

2. The European Union may itself act as a subject of rule-making. That is, in this case, rule-making is carried out directly by the European Union, not by a single state.

A clear example of the European Union's rule-making as a separate entity is the presence of the European Parliament. That is, administrative rule-making activity is carried out not on behalf of an individual state or group of states, but on behalf of the entire European Union. According to researchers, the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community¹³ retained traditional legal acts that were introduced first in the European Communities and then in the European Union.¹⁴ The following types of such acts can be distinguished: resolutions, directives, solutions, conclusions, suggestions. The decision in this case has the general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States. The directive is binding on the result to be achieved for each Member State to which it is addressed, but leaves it to the national authorities to choose the form and means. The decision is binding in full. If the decision identifies those to whom it is addressed, it is binding only on them. Conclusions and suggestions are not binding.¹⁵ It follows from the above that the competence of the national rule-making bodies of the Member States of the European Union is limited to the rule-making bodies of the European Union (for example, the European Parliament).

Also, it should be noted that in some countries of the European Union there is a so-called “delegated lawmaking”, i.e., the transfer of some legislative powers by parliament to other government agencies. For example, in Italy, the parliament may delegate to the government the right to legislate on any issues, except those that the constitution itself refers exclusively to its competence, namely: the adoption of constitutional laws; adoption of laws on approval of the budget and financial report; adoption of laws authorizing the ratification of international treaties. The mechanism of

¹³<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT>. (Accessed 13.10.2022)

¹⁴ O. PISTRAKEVYCH, Features of the Legislative Process in the European Union, In: *Effectiveness of Public Administration* 39 (2014), pp. 85-92.

¹⁵ R. PETROV – O. SERDYUK, Ukraine: The quest for democratization between Europe and Russia, In: *International Actors, Democratization and the Rule of Law: Anchoring Democracy?* (2008), pp. 189-223.

delegation of legislative powers stipulates that the relevant acts of the government become invalid from the moment of their adoption, if they have not been approved by the parliament within 60 days after their official publication. Government acts issued on the basis of delegated powers are called legislative decrees.¹⁶ Thus, delegated lawmaking is the transfer of powers from one state body to another state body for legislative activity. Delegated lawmaking may have certain limitations, including: 1) Regulation exclusively by the Constitution and laws; 2) The list of issues on which law-making is delegated shall be established by law; 3) There is a list of issues on which the delegation of legislative powers is prohibited (for example, powers that can only be exercised by parliament).

4. Common and distinctive features in the rule-making activities of Ukraine and the European Union

The implementation of rule-making activities in Ukraine differs to some extent from the implementation of these activities in the European Union. This is due to a number of factors:

1. As already noted, Ukraine has long been part of the Soviet Union, where the system of values was dominated by the state, in contrast to the countries of the European Union, where the main value – the person. Although the Constitution of Ukraine¹⁷ currently stipulates that the highest social value is the human person, Ukraine's long membership in the Soviet Union has to some extent influenced the development of the legal system and administrative rule-making in Ukraine.
2. For a long time, non-aligned status was enshrined in the legislation of Ukraine, i.e., the process of European integration of Ukraine began not so long ago.

As for the implementation of rule-making activities in Ukraine, it can be highlighted the following features: 1) Legislative activity is carried out exclusively by parliament; 2) The main legal act that regulates public relations is the law; 3) Of great importance in rule-making activities is codification, i.e., the publication of codes; 4) There is no judicial precedent as a source of law (courts in Ukraine do not carry out rule-making activities, they carry out only law enforcement and interpretive activities, i.e., courts

¹⁶ P. HRYMALYUK, Delegated Lawmaking in Foreign Countries, In: *Journal of Kyiv University of Law* 3 (2010), pp. 39-43.

¹⁷ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>. (Accessed 20.10.2022)

in Ukraine do not create rules of law, but only apply them and interpret rules of law); 5) Parliament may not delegate legislative powers. Since, as already mentioned, a special place in the regulation of public relations in Ukraine belongs to the law, it is necessary to separately characterize the activities of the Verkhovna Rada of Ukraine not only as a legislative body. Legislative activity is only one of many aspects of the Verkhovna Rada's activity. First, the Verkhovna Rada, in addition to laws, also adopts bylaws – resolutions. Secondly, the functions of the Verkhovna Rada are not limited to the adoption of laws. These features are also to some extent characteristic of other state bodies that carry out rule-making activities (for example, the Cabinet of Ministers of Ukraine). However, their activities are carried out only on the basis of laws adopted by the Verkhovna Rada of Ukraine. Analyzing the activities of rule-making bodies in Ukraine, it can be identified the following groups of their activities:

1. Rule-making – direct implementation of rule-making activities.
2. Organizational – the implementation of actions necessary for the implementation of rule-making activities (for example, the organization of meetings).
3. Control – exercising control over the implementation of adopted regulations.

It should also be noted that in Ukraine and the European Union there are certain common features regarding the administrative and legal regulation of rule-making activities. For example, Art. 92 of the Constitution of Ukraine¹⁸ contains a list of public relations, which are governed exclusively by law. A similar list is also contained in Art. 34 of the Constitution of France¹⁹, which states that the law establishes rules regarding: 1) civil rights and fundamental guarantees provided to citizens for the enjoyment of public liberties; freedom, pluralism and independence of the media; obligations of citizens regarding their personal and property rights exercised in connection with the needs of national defense; 2) citizenship, legal capacity of individuals; family and marriage relations, inheritance and gifts; 3) determination of crimes and misdemeanors (torts) and penalties provided for them; criminal proceedings; amnesty; creation of new courts

¹⁸ Ibidem.

¹⁹https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf. (Accessed 20.10.2022)

and the status of judges; 4) sources, rates and conditions of taxation; the order of money issue. Thus, for the countries of the European Union (as observed in the example of France) as well as for Ukraine it is characterized by the consolidation at the constitutional level of public relations, which are governed exclusively by law.

5. Conclusions

Therefore, the following conclusions can be drawn:

1. Legislative activity in general and legislative activity in particular, the countries of the European Union is characterized by a dualism of legislative powers, which arises between the national legislatures of the states and the legislatures of the European Union.
2. The rule-making activity in the countries of the European Union, as in any other country, is influenced by a number of factors, from which it can be distinguished such factors as the structure of the legislature, the form of government, the presence of delegated legislation, etc.
3. The countries of the European Union are characterized by the presence of delegated lawmaking, i.e., the transfer of powers relating to legislative activities from one state body (e.g. – parliament) to another state body (e.g. – government).
4. Normative activity in Ukraine in certain aspects differs from normative activity in the countries of the European Union. These differences are due to a number of factors. In particular, Ukraine has long been part of the Soviet Union, where there was a system of values that differed from the values of the European Union; also, in Ukraine for a long time there was a course for non-aligned status.
5. Legislative activity in Ukraine is characterized by the presence of certain features, in particular, the implementation of legislative activity exclusively by parliament; the dominant position of the law in the system of sources of law; great importance of codification of legislation; lack of judicial precedent as a source of law; impossibility to delegate legislative functions by the parliament.
6. Ukraine and the countries of the European Union have certain common features in the field of legislative activity (for example, the Constitution specifies a list of public relations, which can be regulated only by law).

Abstract: Today, the implementation of rule-making activities plays a very important role in the functioning of any state. After all, there is no state in which legal norms are not created in order to regulate certain social or legal relations. However, the implementation of rule-making activities in each state has certain features that are determined by certain factors. The question of comparing these factors is of great theoretical and practical importance. Also, in connection with the active European integration of Ukraine, a theoretical analysis of rule-making in the countries of the European Union is very important in order to borrow the positive aspects of this activity. In addition, it should be borne in mind that Ukraine has long been part of the Soviet Union, where the main value was the state, not the people, in contrast to the European Union and the rule-making process was aimed to preserve it. In connection with the active European integration of Ukraine, a theoretical analysis of rule-making in general, and law-making in particular, in the European Union is very important. The above requires a detailed study of the factors influencing the implementation of rule-making in the European Union and Ukraine, as well as their comparison.

Keywords: legislative procedure; delegated lawmaking; control functions; government; rules