

ANNI XLVI - 1974/75

NUOVA SERIE A - N. 27

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



EDITORE DOTT. A. GIUFFRÈ - MILANO

STVDI VRBINATI

SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

Anno XLIII

1974 - 1975

*
TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI
*

Direttore responsabile : prof. CARLO BO

Redattore : prof. GIOVANNI GUALANDI

Autorizzazione del Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950, n. 24

Soc. Tip. MORI - 21100 Varese, Via Guicciardini, 66

FRANCESCO BENATTI

IL PAGAMENTO CON COSE ALTRUI

Alla memoria di Mario Allara

SOMMARIO: 1. I precedenti storici dell'art. 1192 cod. civ.: l'art. 1238 cod. Nap. e l'art. 1240 cod. civ. 1865. — 2. L'ambito di applicazione dell'art. 1192. — 3. *Segue*. — 4. L'art. 1192 e i contratti traslativi. — 5. L'art. 1192 e le prestazioni isolate. — 6. I problemi riguardanti la legittimazione ad impugnare il pagamento con cose altrui sotto l'art. 1240 cod. civ. abr. e loro soluzione da parte dell'art. 1192. — 7. La natura dell'impugnativa. — 8. La disciplina dell'impugnativa del debitore. — 9. La posizione del creditore a conoscenza dell'altruità della cosa offerta in pagamento. — 10. L'impugnativa del pagamento da parte del creditore di buona fede.

1. L'attuale disciplina del pagamento eseguito dal debitore con cose altrui non è giudicata con favore ⁽¹⁾, anche se appare più precisa e articolata di quella prevista dall'art. 1240 cod. civ. 1865. La valutazione non positiva dell'art. 1192 cod. civ. si fonda sull'osservazione secondo cui il legislatore del '42 si sarebbe limitato a risolvere due questioni che sorgevano con riguardo all'art. 1240 ⁽²⁾, senza modificarne sostanzialmente il contenuto ⁽³⁾. È noto che l'art. 1240 era considerato in dottrina una regola formulata in modo errato, quasi un relitto storico introdotto nel codice del '65 senza giustificato motivo, giudizio questo che si rifaceva ad antiche discussioni sorte in Francia, già ai primi dell'ottocento, a proposito della corrispondente norma del *code*.

L'art. 1238 cod. Nap., statuendo che « pour payer valable-

(1) Cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano 1959, p. 46.

(2) Cioè i problemi relativi alla legittimazione ad impugnare il pagamento con cose altrui: v. il § 6.

(3) Ciò spiega anche il disinteresse per il tema da parte della dottrina più recente. In argomento esistono gli scritti di GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 33, 46 s. e 54 s. (l'a. non ha mutato pensiero nel recente corso su *L'inadempimento*³, Milano 1975), *Lezioni di diritto civile*, Bologna 1956, p. 29 ss. e voce « Pagamento (Diritto civile) », in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino 1965, p. 324 s.; NICOLÒ, voce « Adempimento », in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 559 s.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*², I, Milano 1966, p. 257 ss. (lo stesso ordine di idee è sostenuto in *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Ciciu e F. Messineo, Milano 1974, p. 216 s.); BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano 1974, p. 129 ss.

ment, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et capable d'aliéner », si ispira a un passo di Pothier secondo il quale « lorsque l'obligation est de donner quelque chose, le payement est la donation et traslation de la propriété de cette chose » ⁽⁴⁾ e di conseguenza « le payement n'est pas valable lorsque celui qui a payé une chose n'en était pas le propriétaire » ⁽⁵⁾. Già i primi commentatori rimproverarono al legislatore di avere copiato Pothier « sans discernement, sans réflexion, et de manière à présenter une disposition très inexacte » ⁽⁶⁾. Infatti Pothier aveva posto il principio dell'invalidità del pagamento eseguito con cose altrui con riguardo ai soli contratti traslativi di proprietà; viceversa l'art. 1238 è redatto in modo tale da fare pensare che siffatto principio abbia una portata generale e valga quindi nell'esecuzione di ogni contratto, il che è inesatto. Si faccia l'esempio del comodato: al tempo della restituzione il comodatario non è proprietario della cosa comodata, appartenendo questa al comodante; eppure, stando alla lettera dell'art. 1238, il comodatario,

(4) *Traité des obligations*, n. 494, in *Oeuvres*², ed. M. Bugnet, II, Paris 1861, p. 270, il quale aveva ripreso una regola del diritto romano (PERNICE, *Labo*, III, 1, Halle 1892, p. 245), accolta anche nel periodo intermedio: cfr. CUIACIO, *Comm. in libr. X Dig. Salvii Juliani, ad L. XIX de rel. cred. § si pupillus*, in *Opera omnia*, III, Prati 1837, c. 785 e *Comm. in libr. VIII quaest. Papin., ad L. LXXXI de jur. dot. et L. XCIV de sol.*, *ibid.*, IV, c. 331. Ancora per i compilatori del code « le paiement est un transport de propriété »: BIGOT-PRÉAMENEU, *Exposé de motif*, in LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, VI, Bruxelles 1836, p. 168.

(5) POTHIER, *Traité des obligations*, n. 496, in *Oeuvres*, II, cit., p. 271.

(6) MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*⁶, IV, Paris 1868, n. 682, p. 542. Cfr. inoltre BEAUDANT, *Cours de droit civil français. Les contrats e les obligations*, Paris 1906, § 779, p. 447; DELVINCOURT, *Cours de code civil*⁴, V, Bruxelles 1827, p. 334; DURANTON, *Cours de droit civil*⁴, VII, Bruxelles 1873, p. 253 ss.; LAURENT, *Principes de droit civil*³, XVII, Bruxelles-Paris 1878, n. 493, p. 485 ss.; COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de code civil*², V, Paris 1883, p. 308 ss.; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, IV, Paris 1885, p. 78 ss.; BAUDRY-LACANTINIERE e BARDE, *Trattato teorico e pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, II, Milano (s.d.), n. 1407, p. 519 s.; AUBRY e RAU, *Droit civil français*⁶, IV, Paris 1942, § 316, p. 222; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, II, Paris 1930, n. 842, p. 407; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*¹², III, Bruxelles 1950, n. 410, p. 386.

per poter validamente pagare, dovrebbe essere « propriétaire de la chose donnée en payement » ⁽⁷⁾.

Anche restringendo la sfera di applicazione dell'art. 1238 cod. Nap. alle sole ipotesi di contratti traslativi, la dottrina francese ha individuato nuovi e non meno gravi ostacoli cui la norma va incontro, apparendo essa in contrasto con altre disposizioni del *code*. Si è avvertito che i compilatori sono caduti nell'inspiegabile errore di avere introdotto, in un ordinamento che accoglie il principio consensualistico nel trasferimento dei diritti, una regola elaborata quando i contratti traslativi generavano soltanto l'obbligazione di dare e il trasferimento era effetto dell'adempimento di tale obbligazione. Ma una volta disposto che il passaggio della proprietà avviene con il semplice consenso, non è corretto statuire che « per poter validamente pagare, occorre essere proprietari della cosa data in pagamento », giacchè al momento della consegna l'alienante non è *dominus* della cosa, essendone già divenuto titolare l'acquirente ⁽⁸⁾.

Le difficoltà incontrate dagli scrittori d'oltralpe nell'interpretare l'art. 1238 cod. Nap. furono superate circoscrivendo l'ambito di applicazione della norma ai casi in cui il trasferimento del diritto è opera non del contratto, ma del pagamento. Solo rispetto a questi casi è presupposto essenziale, per il verificarsi dell'effetto traslativo, che il debitore adempia con cose sue. Secondo la prevalente opinione della dottrina francese il pagamento avrebbe funzione traslativa nella *datio in solutum*, nel contratto avente

⁽⁷⁾ Questa critica non è condivisa da MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*¹⁰, II, Paris 1877, n. 1327, p. 696, il quale così interpreta l'art. 1238 cod. Nap.: « Donnée, c'est à dire aliénée en payement. C'est absolument comme si elle avait dit: pour exécuter l'obligation de donner, c'est-à-dire l'obligation de transférer la propriété, il faut être propriétaire de la chose qu'on paye et capable de l'aliéner ».

⁽⁸⁾ La dottrina francese spiega il contrasto tra l'art. 1238 e l'art. 1138, in forza del quale « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes », con « la précipitation avec laquelle le projet de Code fut rédigé » (TUOLLIÈRE, *Le droit civil français*, IV, Bruxelles 1837, n. 6, p. 9). È forse più esatto ritenere che l'infelice formulazione dell'art. 1238 dipende da non completa assimilazione del principio consensualistico oppure da resistenze dei compilatori alla sua effettiva applicazione.

per oggetto cose determinate alternativamente o per *genus* e infine nel contratto in cui le parti convengono che il passaggio della proprietà sia differito al tempo dell'adempimento ⁽⁹⁾.

Il legislatore del '65 doveva conoscere evidentemente le obiezioni mosse all'art. 1238 cod. Nap., se nel dettare la disciplina del pagamento con cose altrui non ha ripetuto l'equivoca formula della norma francese: « pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement », ma ha invece disposto che « il pagamento che ha per oggetto di trasferire la proprietà della cosa pagata nel creditore non è valido, se non è fatto da colui che sia proprietario della cosa e capace di alienarla » ⁽¹⁰⁾. Con siffatta disposizione si è cercato di porre fine alle incertezze esistenti nella dottrina francese, mediante l'esplicito riferimento della norma alle sole ipotesi di pagamento traslativo, che in sintesi sarebbero quelle precedentemente individuate dagli autori francesi ⁽¹¹⁾.

Ma anche la disposizione dell'art. 1240 non andò esente da gravi critiche. Ad attento esame si è rilevato che nelle ipotesi prospettate la *solutio* non ha funzione traslativa ⁽¹²⁾. Nella *datio*

⁽⁹⁾ Cfr. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, Bruxelles 1873, n. 86, p. 254 s.; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique de code Napoléon*, IV, cit., n. 682, p. 542; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, IV, cit., p. 79 s.; ZACHARIAE e CROME, *Manuale del diritto civile francese*, trad. di L. Barassi, II, Milano 1907, § 296, p. 305 ss.; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1407, p. 521; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, cit., n. 411, p. 387.

⁽¹⁰⁾ La maggiore precisione della formula dell'art. 1240 rispetto a quella dell'art. 1238 cod. Nap. è stata rilevata da PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, Torino 1906-1910, p. 32; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*², II, in *Il diritto civile italiano*, diretto da P. Fiore, Napoli-Torino 1925, p. 37.

⁽¹¹⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, Torino 1880, n. 252, p. 331 s.; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 32; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*⁷, VII, Firenze 1910, n. 102, p. 127 ss.; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*⁵ a cura di G. Venzi, IV, Firenze 1920, n. 114, p. 534; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, cit., p. 36 s.; GIORCIANNI, voce « Pagamento », in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino 1939, p. 417.

⁽¹²⁾ GIUSIANA, voce « Pagamento », in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, 1, Milano 1937-1939, p. 36; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, p. 174 ss.

in solutum il passaggio della proprietà della cosa prestata in luogo di quella dedotta in obbligazione è effetto del contratto stipulato tra creditore e debitore, non dell'adempimento; nei contratti traslativi di cose di genere o alternativamente specificate il trasferimento si verifica al momento dell'individuazione o della scelta e trova la sua giustificazione causale nel negozio, non nel pagamento; infine nell'ipotesi in cui il trasferimento è differito al tempo dell'adempimento, si confonde il momento del passaggio della titolarità con la sua fonte.

La critica avrebbe dovuto indurre la dottrina a riesaminare la tradizionale interpretazione della norma oppure ad affermare che l'art. 1240 è una disposizione superflua. Viceversa, per motivi non chiari la maggior parte degli scrittori non si è discostata dall'opinione dominante, in quanto « *de iure condito*, per serbare un significato all'art. 1240, è giocoforza aderire alle spiegazioni comunemente ricevute » ⁽¹³⁾. Solo un autore ha proposto una diversa ricostruzione dell'art. 1240 ⁽¹⁴⁾. Muovendo dalla constatazione che spesso il momento del trasferimento coincide praticamente con quello del pagamento, ha osservato che in queste ipotesi il trasferimento « non è il risultato dell'adempimento ma semplicemente conseguenza di fatti autonomi, quali la scelta e la specificazione, che non sono momenti costitutivi dell'adempimento, ma solo presupposti necessari perché il debitore ponga in essere gli atti destinati ad attuare il contenuto del suo obbligo. Ora l'art. 1240 presuppone questa simultaneità cronologica fra il momento del trasferimento e quello dell'adempimento scambiandolo però con un fenomeno che sarebbe diverso, della inserzione cioè dell'effetto traslativo nello schema del pagamento come un suo (eventuale) momento tipico » ⁽¹⁵⁾. Questa tesi non ha avuto seguito in quanto appariva in contrasto con la lettera dell'art.

⁽¹³⁾ GIUSIANA, voce « Pagamento », in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, 1, cit., p. 36 s.

⁽¹⁴⁾ NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 175.

⁽¹⁵⁾ NICOLÒ, *op. ult. loc. cit.*

1240; sicché si può concludere che la dottrina sotto il codice abrogato non è riuscita ad individuare con sicurezza quali siano le ipotesi disciplinate dall'art. 1240, essendo stata incapace di coordinare la norma con il principio consensualistico (art. 1125).

2. La controversa interpretazione degli artt. 1238 cod. Nap. e 1240 cod. civ. abr. è stato il motivo per cui il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti non ritenne opportuno conservare la norma sul pagamento con cose altrui. Tale norma ricompare, invece, nel codice del '42, ma dai lavori preparatori non risultano le ragioni che hanno indotto il legislatore ad abbandonare la posizione in precedenza assunta sia dal progetto italo-francese sia da quello del '36 ⁽¹⁶⁾. La relazione si limita a sottolineare le innovazioni apportate dall'art. 1192 all'art. 1240, notando che si è disciplinato separatamente l'adempimento con cose altrui e quello eseguito dall'incapace e inoltre si è posto fine alle questioni relative alla legittimazione ad impugnare il pagamento con cose altrui. Non dice una parola sulla questione, rimasta insoluta in Francia e sotto il codice abrogato, come si giustifichi la disposizione sul pagamento con cose altrui, storicamente elaborata con riguardo alla figura del pagamento traslativo, in presenza del principio consensualistico del trasferimento dei diritti, né dà alcun risalto al fatto che l'art. 1192 non riproduce la discussa formula dell'art. 1240: « pagamento che ha per oggetto di trasferire la proprietà della cosa pagata al creditore » ⁽¹⁷⁾. In

⁽¹⁶⁾ In particolare cfr. la relazione al progetto del libro delle obbligazioni, Roma 1942, p. 44 s.; la relazione al libro delle obbligazioni, Roma 1941, n. 30, e la relazione al codice civile, n. 564.

⁽¹⁷⁾ Il codice del '42 ha così eliminato l'unico dato testuale a favore della tesi dell'efficacia traslativa del pagamento, tesi respinta dalla prevalente dottrina: cfr. NICOLÒ, voce « Adempimento (Diritto civile) », in *Enc. dir.*, I, cit., p. 554; i saggi di PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, Messina 1946, p. 21 ss.; *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro pad.* 1953, III, 79 ss. (ora in *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965, p. 424 ss.); *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano 1964, p. 40 s.; inoltre T. RAVÀ, *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca borsa tit. cred.* 1952, I, 268 s.; SALV. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato. Appunti*, in *Riv. dir. civ.* 1957, I, 688; CAMPAGNA, I

realtà proprio il nuovo testo di legge consente di determinare la sfera di applicazione dell'art. 1192 senza incorrere nelle difficoltà incontrate dalla passata dottrina.

Come si argomenta dal primo comma, l'art. 1192 riguarda l'adempimento di obbligazione avente per oggetto cose generiche; si discute, invece, se esso si riferisca anche al pagamento di cosa determinata « che abbia carattere di fungibilità »⁽¹⁸⁾. Sebbene appena accennata, tale teoria è stata proposta in relazione alla vendita e muove implicitamente da una valutazione critica degli artt. 1478 e 1479, per i quali l'alienante deve consegnare la cosa oggetto del contratto, di cui ha l'obbligo di fare acquistare la proprietà al compratore, e questi, se è in buona fede, può chiedere la risoluzione e il risarcimento del danno senza potere pretendere una nuova prestazione né essere tenuto ad accettarne l'offerta da parte del venditore. È stato osservato che una simile normativa non soddisfa le esigenze della pratica, quando la vendita si riferisce ad una cosa specifica prodotta in serie: ad esempio, nell'ipotesi di vendita di un determinato elettrodomestico già alienato ad un terzo non esiste una ragione sufficiente per negare al venditore il potere di consegnarne un altro identico, per marca e tipo, di sua proprietà al fine di sottrarsi alle sanzioni disposte per l'inadempimento, e al compratore il potere di chiedere la prestazione anziché la risoluzione del contratto.

Rilievi analoghi sono formulati a proposito della garanzia per vizi (art. 1490 ss. cod. civ.), in quanto la tutela accordata all'ac-

« negozi di attuazione » e la manifestazione dell'intento negoziale, Milano 1958, p. 191 ss.; SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano 1961, p. 26 e nota 11; MENGONI e REALMONTE, voce « Disposizione (atto di) », in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, p. 191. In senso contrario v. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*², II, Milano 1967, p. 32 ss.; PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.* 1970, 933 ss.; SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca borsa tit. cred.* 1971, I, 502 ss.; D'ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano 1972, p. 40 ss.; per un ampio esame del problema v. il § 4.

(18) LUZZATTO, *La compravendita*, ed. postuma a cura di S. Persico, Torino 1961, p. 256.

quirente si riduce alla risoluzione oppure all'azione estimatoria, mentre non gli è concesso il diritto di domandare l'esatto adempimento. Questa disciplina, legata allo schema romanistico della vendita di cosa specifica ⁽¹⁹⁾, è oggi inadeguata nei confronti dei beni fabbricati in massa, rispetto ai quali è possibile effettuare una nuova prestazione in luogo di quella viziata. La più recente dottrina ha cercato di colmare la lacuna esistente nella legge, prendendo spunto da varie disposizioni disseminate nel codice, in particolare dall'art. 1512 ⁽²⁰⁾, ma ha incontrato non poche difficoltà a causa degli equivoci dati testuali, da cui non sembra agevole ricavare un principio generale ⁽²¹⁾.

Le incertezze che sorgono in relazione alla disciplina dei vizi, sono superate, dalla teoria in esame, nel caso di alienazione di cosa specifica altrui prodotta in serie mediante il richiamo all'art. 1192. Poiché la sostituzione della cosa oggetto del contratto fatta dal venditore realizza in uguale misura l'interesse del creditore (art. 1192, comma 1°), si è integrata la disciplina degli artt. 1478 e 1479 con quella dell'art. 1192 allo scopo di concedere ai contraenti il potere di effettuare o di pretendere l'esatto adempimento. Così come è formulata, questa tesi non pare accettabile. Si supponga che Tizio entri in un negozio di elettrodomestici per acquistare l'unico aspirapolvere esposto in vetrina. Appena vendutolo, il

⁽¹⁹⁾ GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 56; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967, p. 305, e da ultimo CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano 1974, p. 7.

⁽²⁰⁾ Al riguardo cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 53 ss.; Cass. 3 marzo 1971, n. 551, in *Mass. Giust. civ.* 1971, 303.

⁽²¹⁾ Cfr. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1972, p. 892 ss. Secondo RUBINO, *La compravendita*², in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cien e F. Messineo, Milano 1962, p. 825, l'azione di esatto adempimento sarebbe possibile soltanto nel caso di colpa del venditore (conf. GRECO e COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1966, p. 225 ss.); v. inoltre Trib. Palermo, 25 gennaio 1967, in *Foro pad.* 1967, I, 830; App. Messina, 10 aprile 1967, in *Riv. dir. comm.* 1968, II, 50; contro Cass., 20 aprile 1963, n. 868, in *Giur. it.* 1965, I, 1, 328, con nota critica di G. Amorth; Trib. Milano, 30 giugno 1967, in *Riv. dir. comm.* 1968, II, 50.

commerciante si ricorda di averlo già alienato ad un terzo e pertanto ne offre un altro identico che è in magazzino. Una simile facoltà deve essere concessa al venditore: se nella vetrina fossero stati esposti più esemplari identici, Tizio avrebbe manifestato la volontà di acquistarne uno qualsiasi tra quelli esposti, essendo per lui indifferente comprare un esemplare piuttosto che un altro. Muovendo da questo rilievo, l'opinione in esame sembra concludere che, per la circostanza eccezionale che nel negozio si trovino uno o più esemplari identici di un bene, non si può mutare la disciplina della vendita, negando nel primo caso al venditore il potere di eseguire un esatto adempimento sulla base degli artt. 1478 e 1479. Ma una simile motivazione non coglie che nell'esempio riferito non si è in presenza di una vendita di cosa specifica. Ciò sarebbe esatto soltanto se il compratore avesse voluto acquistare quell'elettrodomestico, perché lo aveva esaminato attentamente, constatando l'assenza di vizi; qui il potere di sostituzione non può essere attribuito al venditore, avendo le parti dedotto ad oggetto del contratto proprio quel dato bene. Ma questa non è l'ipotesi più frequente. Quando nella vendita di prodotti di massa i contraenti prendono in considerazione, al momento della conclusione del contratto, un determinato bene non in quanto tale, ma in quanto appartenente ad un *genus*, la vendita non può essere che generica con questa particolarità, che vi è coincidenza tra stipulazione del contratto e specificazione. La mancata distinzione dei due atti che sono cronologicamente coincidenti fa sorgere la falsa impressione che la vendita sia specifica: più correttamente si deve sostenere che si tratta di contratto avente per oggetto un bene « specificato » ⁽²²⁾.

Da questa discussione emerge il seguente principio: quando oggetto di un negozio o di un atto è un bene determinato che ha carattere di fungibilità, si applicano le regole relative alla fungibilità della prestazione e quindi anche l'art. 1192.

(22) RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 96 s.

3. Si rende opportuna una seconda precisazione: l'art. 1192 si riferisce all'adempimento di ogni obbligazione, qualunque sia la fonte. È questo un aspetto della norma che non è stato messo in luce dalla dottrina a causa dell'influenza della tradizione, che ha sempre collegato il problema del pagamento con cose altrui alle ipotesi di pagamento traslativo: al riguardo era significativa la formula dell'art. 1240 cod. civ. abr., che si limitava a statuire l'invalidità del « pagamento che ha per oggetto di trasferire la proprietà delle cose prestate nel creditore », ove fosse compiuta con beni che non sono del debitore. L'abbandono di questa formula da parte del codice del '42 e l'adozione dell'ampia locuzione: « pagamento con cose di cui [il debitore] non può disporre » rappresentano una ragione sufficiente per non restare vincolati alla passata opinione. L'attuale testo fa rientrare, sotto la previsione dell'art. 1192, l'adempimento di ogni obbligazione che ha per oggetto cose generiche ed eseguito dal debitore con cose altrui: si consideri, anche se può sembrare un esempio di scuola, l'ipotesi di contratto di locazione di *un* appartamento situato in un dato palazzo, quando il locatore consegna un appartamento già venduto a un terzo.

4. Le osservazioni precedenti costituiscono la premessa necessaria per procedere all'esame dei problemi che sorgono in relazione ad alcune ipotesi in cui trova applicazione l'art. 1192. Iniziando dai contratti traslativi di cose generiche (e con eccezione di quelli che comportano l'obbligo di restituzione, come il mutuo, i quali devono essere considerati a parte), va condivisa l'opinione secondo cui tali contratti non sono soggetti agli artt. 1478 e 1479 cod. civ., presupponendo essi « nella configurazione accolta dal legislatore una precisa individuazione della cosa venduta, tale da permettere l'*automatica* traslazione della proprietà a favore del compratore non appena il venditore l'avrà acquistata » ⁽²³⁾, ma

⁽²³⁾ GIORCIANNI, *Gli obblighi di fare del venditore*, in *Riv. dir. comm.* 1964, I, 6; conf. GRECO e COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 130; BIANCA, *La vendita*, cit.,

rientrano sotto la previsione dell'art. 1192 ⁽²⁴⁾. Questa tesi va approfondita. Nessuna questione sorge quando l'individuazione è fatta contestualmente al momento della consegna: « i due atti giuridici, della individuazione e della consegna, pur rimanendo concettualmente distinti, coincidono materialmente e cronologicamente: la vera e propria individuazione in senso giuridico avviene con la consegna » ⁽²⁵⁾. Ma essa assume anche la veste di pagamento nell'accezione in cui tale termine è usato nell'articolo 1192 ⁽²⁶⁾, e pertanto, quando non ha per oggetto un bene dell'alienante, è soggetta all'art. 1192.

Può accadere che l'individuazione avvenga prima della consegna: orbene, qualora si concentri su cose che non sono del debitore, non produce l'effetto di cui all'art. 1378 cod. civ. E poiché l'individuazione è ritenuta « un atto giuridico di assegnazione, assoggettato alla disciplina dell'adempimento » ⁽²⁷⁾, all'individuazione su cose altrui viene applicato l'art. 1192 ⁽²⁸⁾. Questa conclusione deve essere verificata, in quanto non spiega cosa significhi « impugnare l'individuazione »; cioè non chiarisce se l'impugnativa del pagamento-consegna, cui allude l'art. 1192, sia la stessa cosa dell'impugnativa del pagamento-individuazione. Se con l'espressione impugnativa — e il punto sarà più avanti approfondito — si intende, in conformità al suo significato più comune,

p. 650. L'opinione era pacifica anche sotto l'art. 59 cod. comm.: VIDARI, *Corso di diritto commerciale*², IV, Milano 1883, n. 2018, p. 280 s.; RAMELLA, *La vendita nel diritto moderno*, I, Milano 1920, p. 154; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*³, IV, Milano (s.d.), p. 139; TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*⁶, in *Il codice di commercio commentato*, III, Torino 1936, p. 174; cfr. ancora Cass. Torino, 6 ottobre 1916, in *Riv. dir. comm.* 1917, II, 303.

⁽²⁴⁾ BIANCA, *La vendita*, cit., p. 650 s.

⁽²⁵⁾ RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 388.

⁽²⁶⁾ L'affermazione del testo presuppone risolto il problema circa il significato in cui il termine « pagamento » è usato nell'art. 1192 e se esso si distingua dall'espressione « adempimento » (cfr. artt. 1181, 1183 ecc.). In realtà le due locuzioni sono adoperante indifferentemente dal legislatore (conf. NICOLÒ, voce « Adempimento », in *Enc. dir.*, I, cit., p. 554) e il loro significato si desume dal contesto di ogni singola norma.

⁽²⁷⁾ BIANCA, *La vendita*, cit., p. 285.

⁽²⁸⁾ BIANCA, *La vendita*, cit., p. 286 nota 3.

l'azione diretta a rimuovere l'efficacia di un atto, non si vede come l'individuazione su cosa altrui possa essere assoggettata ad una simile azione, posto che essa è una operazione materiale senza rilevanza giuridica (arg. ex art. 1378). Né si può obiettare che una siffatta individuazione produce l'obbligo di consegnare e pertanto l'impugnativa sarebbe volta contro tale obbligazione, in quanto questa trova causa non nell'individuazione, bensì nel contratto ⁽²⁹⁾. Viceversa, se si ritiene che l'art. 1192 adoperi l'espressione « impugnativa » nel senso di ripetizione del debitore (primo comma) e di rifiuto dell'adempimento da parte del creditore (secondo comma), sorgono nuove difficoltà per identificare l'impugnativa dell'individuazione con quella del pagamento. La verità è che la disciplina del pagamento con cose altrui è sorta storicamente con riguardo all'ipotesi di pagamento traslativo e quindi l'art. 1192 è stato elaborato sul presupposto che vi sia stata la consegna della cosa del *solvens* all'*accipiens*. Semmai dall'art. 1192 si può argomentare per ricavare la disciplina dell'individuazione su cose altrui in mancanza di specifica disposizione, così concludendo che il venditore può offrire di eseguire una nuova individuazione con cose di cui può disporre e il compratore di buona fede può pretendere che il debitore proceda all'individuazione con beni propri.

Come si è già anticipato, un diverso ordine di rilievi vale nei confronti della categoria di contratti che, pur essendo immediatamente traslativi della proprietà, comportano l'obbligo di restituzione (mutuo, pegno irregolare ecc.) ⁽³⁰⁾. Analizzando la fase

⁽²⁹⁾ Comunque è discusso se la vendita di cosa altrui produca una autonoma obbligazione di consegna, esigibile indipendentemente dall'adempimento dell'obbligazione di fare acquistare al compratore la proprietà della cosa. Secondo la giurisprudenza solo il compratore di buona fede può pretendere la consegna (cfr. Cass., 17 luglio 1947, in *Rep. Foro it.* 1947, voce « Vendita », n. 138; App. Bari, 28 luglio 1949, in *Dir. e giur.* 1950, 365; Cass., 16 luglio 1956, n. 2700, in *Rep. Foro it.* 1956, voce « Vendita », n. 91 s.; Cass., 25 gennaio 1958, n. 189, *ibid.* 1958, voce cit., n. 87). La dottrina è divisa: cfr. MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*², Milano 1968, p. 20 nota 2, e da ultimo, BIANCA, *La vendita*, cit., p. 374 s. e 647 s.

⁽³⁰⁾ Al deposito irregolare non si applica l'art. 1192, bensì l'art. 1777.

di costituzione del rapporto, si osserva che l'art. 1192 non può trovare applicazione se si accede alla tesi della natura reale di tali contratti; viceversa si applica ove si aderisca alla teoria consensualistica, in quanto allora la consegna di cose altrui da parte del mutuante costituisce atto di pagamento ai sensi dell'art. 1192. Ma in quest'ultimo caso non è possibile separare l'individuazione dalla consegna, così come avviene nella vendita, in quanto l'art. 1378 non riguarda la categoria dei contratti in esame. Con ciò non si vuole sostenere che vi può essere consegna senza una previa determinazione del bene da prestare ⁽³¹⁾, ma soltanto che il trasferimento del diritto avviene al tempo della consegna ed è conseguenza della fattispecie contratto-consegna. Infatti, mentre nella vendita l'individuazione di cui all'art. 1378 ha lo scopo di fissare il momento del trasferimento e quindi il passaggio del rischio, il che può avvenire anche in un momento antecedente la consegna, nel mutuo il trasferimento ha carattere strumentale, rispondendo a « finalità che sotto l'aspetto economico potrebbero essere dette di godimento da parte dell'*accipiens* » ⁽³²⁾, e perciò deve verificarsi contestualmente all'inizio della utilizzazione del bene, quindi con la consegna.

L'adempimento dell'obbligazione di restituzione eseguita con cose altrui è disciplinato dall'art. 1192. Contrariamente a quanto si è sostenuto, tale adempimento non ha « contenuto traslativo » ⁽³³⁾, essendo il trasferimento effetto non già di una volontà dispositiva inerente alla *solutio*, bensì del contratto ⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ In questo caso l'individuazione costituisce una necessaria attività preparatoria dell'adempimento.

⁽³²⁾ DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutorii e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.* 1955, I, 828.

⁽³³⁾ NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 175 nota 44.

⁽³⁴⁾ Si deve ricordare che l'art. 1192 non si applica ai contratti traslativi di cose future. Poiché « l'acquisto della proprietà si verifica appena la cosa viene ad esistenza » (art. 1471, comma 1°, cod. civ.), il venditore è obbligato a consegnare al compratore le cose di cui questi è già divenuto titolare. Qualora l'alienante consegni cose altrui, l'acquirente può esercitare le azioni *ex contractu*.

Per quanto riguarda la *datio in solutum* si rende necessario precisare la tesi che ricorre all'art. 1192 nell'ipotesi in cui il debitore consegni cose di cui non può

5. Un vasto settore che viene assoggettato all'art. 1192 è rappresentato dalle prestazioni isolate ⁽³⁵⁾. Si tratta delle ipotesi di adempimento di obbligazioni che non nascono da contratto o da negozio: per esempio, dell'adempimento dell'obbligazione di reintegrazione in forma specifica del soggetto leso a seguito di fatto illecito, dell'obbligazione di restituzione di frutti da parte dell'*accipiens*, dell'obbligazione di restituzione delle cose consumabili e delle scorte da parte degli eredi dell'usufruttuario ecc. ⁽³⁶⁾.

L'interesse che rivestono questi casi consiste nel fatto che qui l'atto di adempimento è diretto al trasferimento della proprietà; il che dimostra l'esistenza, nel vigente ordinamento, della figura del pagamento traslativo ⁽³⁷⁾. L'opinione contraria, secondo cui l'effetto traslativo non avviene « in virtù di una volontà inerente alla *solutio* (altrimenti si cadrebbe nella tesi del negozio astratto), ma in virtù dell'efficacia che a quest'ultimo atto viene attribuita dallo stesso legislatore, il quale, facendo sorgere l'obbligo, ha già valutato positivamente il risultato da realizzare, cioè l'acquisto da parte del creditore » ⁽³⁸⁾, si fonda su un concetto inesatto di atto astratto. Secondo la tesi che sembra più corretta si ha atto traslativo astratto soltanto nel caso in cui un atto produce effetti reali sulla base di una semplice dichiarazione delle parti o sulla

disporre (RODORÀ, voce « Dazione in pagamento (dir. civ.) », in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, p. 739). Se oggetto della *datio* è una cosa altrui determinata, si applicano le norme sulla vendita (sebbene l'art. 1197, comma 2°, richiami soltanto le disposizioni sull'evizione, tale rinvio « deve intendersi comprensivo dell'integrale disciplina, e cioè sia di quella 'preventiva' sia di quella — che più propriamente merita l'appellativo di 'garanzia per evizione' — relativa al caso in cui il terzo faccia valere i suoi diritti. Il semplice rinvio alle norme sulla 'evizione' tradisce un difetto di aggiornamento nel coordinamento delle varie parti del codice »: GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 49). Viceversa, se la *datio* ha per oggetto cose generiche, valgono le conclusioni esposte nel testo.

⁽³⁵⁾ Queste ipotesi erano già state individuate con riguardo all'art. 1240: cfr. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*⁶, III, Messina-Milano (s.d.), p. 103; GIORGIANNI, voce « Pagamento », in *Nuovo dig. it.*, IX, cit., p. 417.

⁽³⁶⁾ L'art. 1192 non si applica, invece, all'adempimento di obbligazione naturale, come si desume dall'art. 2034, comma 2°.

⁽³⁷⁾ Per indicazioni sullo stato della dottrina v. *retro* nota 17.

⁽³⁸⁾ SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, cit., p. 26 nota 10.

base del mero compimento di certe formalità; di conseguenza non è tale quel negozio in cui è indicato l'assetto di interessi che tende a realizzare l'attribuzione patrimoniale con esso prodotta⁽³⁹⁾. Pertanto, l'adempimento delle obbligazioni sopra elencate non è un negozio astratto, perché in esso è menzionata la causa che è diretto a realizzare, causa che si specifica in una situazione obbligatoria non sottostante, ma antecedente⁽⁴⁰⁾.

Se dunque non può essere contestato che nei casi in esame il pagamento ha funzione traslativa⁽⁴¹⁾, è dubbio se esso abbia struttura unilaterale o bilaterale, se cioè sia un contratto. In quest'ultimo senso si è pronunciata la dottrina sotto il codice abrogato, la quale giustificava la propria posizione con un argomento di carattere esegetico. Poiché l'art. 710 cpv. disponeva: « la proprietà può trasmettersi per successione, per donazione e per effetto di convenzioni », « è evidente che, se la proprietà non si trasferisce in base all'atto costitutivo del rapporto obbligatorio, la convenzione traslativa della proprietà può ritrovarsi nell'atto di pagamento »⁽⁴²⁾. Questo argomento non è più valido, perché l'art. 922 cod. civ. — statuendo che « la proprietà si acquista... per effetto di contratto, per successione a causa di morte e *nei modi stabiliti dalla legge* » — non esclude che fra questi possa essere ricompreso l'atto unilaterale. Ciò non significa che la tesi tradizionale debba essere senz'altro respinta. Pur mancando di un appoggio testuale nel codice del '42, essa si fonda sulla regola non scritta dell'assoluta sovranità del soggetto nella propria sfera giuridica, che non può essere modificata da una dichiarazione unilaterale altrui. Ma tale principio sembra essere invocato inesattamente nei casi in esame: ad esempio, con l'atto di adempimento

(39) PORTALE, *op. cit.*, in *Riv. soc.* 1970, 934, dove un'attenta puntualizzazione del pensiero della dottrina.

(40) Cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 46.

(41) Altre ipotesi sono contenute nell'art. 651, comma 1°, e, secondo una parte della dottrina, nell'art. 1706, comma 2°.

(42) SCUTO, *Sulla natura giuridica del pagamento*, in *Riv. dir. comm.* 1915, I, 363.

dell'obbligo di risarcimento da parte del danneggiato non si verifica alcuna arbitraria ingerenza nella sfera giuridica altrui, essendo questo atto giustificato da un precedente rapporto tra le parti, e quindi non si profila la necessità di un'adesione del creditore alla dichiarazione di volontà del *solvens* per il prodursi dell'effetto traslativo. La critica non è però decisiva, perché « la qualifica (funzionale) di un atto dovuto non può influire sulla struttura del negozio, il cui comportamento è dedotto nel contenuto dell'obbligazione » ⁽⁴³⁾.

L'irrilevanza della volontà del creditore al fine del verificarsi del trasferimento potrebbe essere dedotta dalla circostanza che — di fronte ad un suo rifiuto di ricevere la prestazione — il debitore non sarebbe illimitatamente vincolato all'obbligo, ma potrebbe ottenere la liberazione coattiva ex art. 1206 ss. Senonché anche questo argomento può lasciare perplesso chi ritiene che il creditore « è in condizione di soggezione rispetto all'effetto estintivo — giacché egli non può impedirlo quando il debitore ne abbia posto in essere le condizioni — non certo rispetto all'effetto traslativo o acquisitivo, giacché il trapasso della cosa o l'acquisto della prestazione non si produce nel patrimonio del creditore per la sola volontà del debitore » ⁽⁴⁴⁾.

In realtà, il problema in esame può essere risolto soltanto muovendo dall'analisi degli interessi in gioco. Sotto questo profilo appare inutile configurare il pagamento traslativo come contratto, in quanto il creditore è pienamente soddisfatto mediante il solo atto solutorio del debitore, mentre non esiste alcuna ragione che induca a ritenere necessaria l'adesione dell'*accipiens* alla manifestazione di volontà del *solvens*. La collaborazione richiesta al creditore è identica a quella connessa al ricevimento di ogni prestazione e non costituisce accettazione dell'attribuzione, che è dovuta dal debitore a causa del preesistente obbligo, il quale gli conferisce titolo per la produzione dell'effetto senza e indipen-

⁽⁴³⁾ MENGONI, in *Riv. dir. civ.* 1959, I, 116.

⁽⁴⁴⁾ OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano 1947, p. 401.

dentemente dal concorso della volontà del creditore ⁽⁴⁵⁾. A sostegno di questa conclusione si può ricordare che la regola contenuta nell'art. 1376 non è una disposizione inderogabile ⁽⁴⁶⁾, che imponga il trasferimento dei diritti, per atto tra vivi, solo attraverso lo strumento del contratto. Per ragioni legate alla sua origine storica, l'art. 1376 non può essere ritenuto una norma di ordine pubblico, « essendo l'omaggio reso dal codice liberale per eccellenza al dogma del diritto naturale, secondo cui ogni soggetto, sovrano nella sfera che gli compete, può, con un atto puro di volontà, disporre dei diritti soggettivi che gli appartengono » ⁽⁴⁷⁾.

Le obiezioni che possono essere mosse a questa ricostruzione si fondano, da un lato, sull'osservazione che l'acquisto dei diritti reali deve essere circondato da garanzie tali da esigere il consenso di entrambe le parti e, dall'altro, sulla pretesa necessaria corrispondenza tra *numerus clausus* dei diritti reali e tassatività dei negozi ad essi relativi ⁽⁴⁸⁾; ma si tratta di critiche non decisive ⁽⁴⁹⁾. La prima si ricollega al dogma della intangibilità della sfera giuridica altrui ⁽⁵⁰⁾, dogma che non può essere richiamato

⁽⁴⁵⁾ Considerano l'atto unilaterale idoneo alla produzione dell'effetto reale: PORTALE, *op. cit.*, in *Riv. soc.* 1970, 935 s. (spec. p. 940 nota 63) e ivi ampi riferimenti di diritto comparato; BIANCA, *La vendita*, cit., p. 85 s. e nota 1 p. 86 (sebbene con qualche perplessità); DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli 1972, p. 311 ss. Va ricordato che la c.d. « Übereinigung » o atto di consegna della cosa prevista dal § 929 BGB ha natura contrattuale. La tesi, elaborata da Savigny (sulla quale v. F. RANIERI, *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale e astratto*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1970, 315 ss., spec. 333 ss.), è pacifica presso gli scrittori tedeschi: cfr. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 1, Berlin 1957, p. 221; MÜHL, *Sachenrecht*, in SOERCEL u. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, IV, Stuttgart-Berlin 1968, p. 236; WESTERMANN, in ERMAN, *BGB*, II, Münster Westf. 1972, p. 140 s.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. PORTALE, *op. cit.*, in *Riv. soc.* 1970, 932 ss.

⁽⁴⁷⁾ SACCO, *op. cit.*, in *Banca borsa tit. cred.* 1971, I, 526.

⁽⁴⁸⁾ BARASSI, *I diritti reali*. Milano 1934, p. 50; PUGLIATTI, *op. cit.*, in *Foro pad.* 1953, III, 73; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano 1957, p. 3; U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano 1967, p. 200.

⁽⁴⁹⁾ Altre obiezioni possono essere mosse sulla base degli artt. 1350, n. 2 e 4, e 2643, n. 2 e 4; ma v. la critica in DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 309 nota 168 e p. 317.

⁽⁵⁰⁾ Sul quale cfr. DONISI, *op. cit.*, p. 68 ss.

nei casi in oggetto, perché la produzione dell'effetto reale nella sfera giuridica altrui si giustifica con la precedente obbligazione che il debitore è tenuto a realizzare. Quanto alla seconda obiezione, è già stata dimostrata la sua inconsistenza con argomenti definitivi⁽⁵¹⁾, ed inoltre urta, come si è già notato, contro il disposto dell'art. 922 che non esclude il negozio unilaterale fra i modi di acquisto della proprietà.

6. Si è constatato che l'art. 1192 ha risolto le questioni più dibattute sotto l'impero del codice abrogato, cioè quelle riguardanti la legittimazione ad impugnare il pagamento con cose altrui. I contrasti nascevano dal fatto che l'art. 1240 statuiva, sulla scia del modello francese, che tale pagamento « non è valido »⁽⁵²⁾, formula questa, che non offriva utili indicazioni ai fini dell'individuazione del tipo di invalidità e in conseguenza della disciplina applicabile.

La dottrina prevalente considerava nullo un siffatto pagamento⁽⁵³⁾, ma era incerta se si trattasse di nullità assoluta o relativa e quindi se essa potesse essere fatta valere, oltre che dal creditore, anche dal debitore. Essendo l'art. 1240 disposto nell'interesse del creditore, non c'era dubbio che questi potesse im-

(51) GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.* 1936, I, 366 ss.; v. inoltre GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano 1974, p. 146.

(52) Era naturale, pertanto, che nella impostazione e nella soluzione di questi problemi i nostri scrittori subissero l'influsso della dottrina francese.

(53) BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, 2, Torino 1877, p. 619 s.; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, cit., n. 252, p. 332; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, cit., p. 38; CARIOTAFERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936, p. 366 s.; GIORGIANNI, voce « Pagamento », in *Nuovo dig. it.*, IX, cit., p. 417. A favore dell'annullabilità RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, p. 434 s. La nullità del pagamento eseguito con cose altrui è sostenuta anche dalla dottrina francese: DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 91, p. 255; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 494, p. 487; BAUDRY-LACANTINIERE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1409, p. 521; COLIN e CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*¹⁰, II, a cura di Julliot de la Morandière, Paris 1948, n. 475, p. 337; RIPERT e BOULANGER, *Traité de droit civil* di Planiol, II, Paris 1957, n. 1517, p. 559.

pugnare il pagamento, a meno che fosse in mala fede, perché allora si presumeva che egli avesse implicitamente rinunciato a proporre l'azione di nullità ⁽⁵⁴⁾; e d'altra parte non era ritenuto meritevole di tutela chi fosse a conoscenza dei rischi cui poteva andare incontro accettando un pagamento con cose altrui ⁽⁵⁵⁾. Viceversa sulla legittimazione del debitore lo stato della letteratura si presentava confuso. In linea di massima la dottrina manifestava non poche perplessità nell'attribuire al *solvens* il potere d'impugnativa, non ritenendo degno di protezione chi ha violato il dovere di prestare esattamente. Una simile opinione si basava sul brocardo « quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio » ⁽⁵⁶⁾, ma ad essa è stato facile obiettare che il brocardo era richiamato a sproposito, dal momento che l'azione del debitore non poteva essere considerata una rivendica.

Scartata per insufficiente motivazione l'idea che mai il *solvens* potesse impugnare il pagamento eseguito con cose non proprie, si incominciò a prospettare la tesi opposta. Dapprima si sostenne che l'impugnativa poteva essere concessa al debitore che avesse adempiuto con cose altrui per errore scusabile ⁽⁵⁷⁾; poi la si ammise tutte le volte in cui egli fosse in grado di offrire cose di cui poteva disporre. Questa conclusione, che alla lunga finì col prevalere, venne giustificata con tre diversi ordini di considerazioni. In primo luogo si rilevò che sarebbe iniquo impedire al *solvens* di ripetere la cosa prestata e lasciarlo, quindi, esposto all'azione di responsabilità del *dominus*, qualora offrisse di reiterare il pagamento con beni propri: sarebbe mancato un apprezzabile interesse del creditore a conservare la cosa altrui, quando

⁽⁵⁴⁾ GIUSIANA, voce « Pagamento », in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, I, cit., p. 38.

⁽⁵⁵⁾ BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1410, p. 522.

⁽⁵⁶⁾ LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, cit., p. 38; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, IV, cit., n. 683, p. 543; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, IV, cit., p. 82.

⁽⁵⁷⁾ BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, 2, cit., p. 620; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 112, p. 141.

fosse posto nella condizione di essere ugualmente e per di più esattamente soddisfatto. D'altra parte l'azione di restituzione del *solvens* era implicitamente ammessa dall'art. 1249, comma 2°: siccome il debitore « non può ripetere il pagamento di una somma di danaro o di una cosa che si consuma con l'uso, dal creditore che l'ha consumata in buona fede », ciò significava che, fuori dal caso previsto, la ripetizione doveva essere sempre concessa, specialmente quando era accompagnata dall'offerta di cose proprie ⁽⁵⁸⁾. Infine, la soluzione indicata sembrava realizzare l'esigenza di protezione del terzo proprietario, il quale, mentre normalmente può esercitare la rivendicazione nei confronti del debitore, spesso non la potrebbe proporre contro il creditore, essendo frequente l'ipotesi in cui questi diventi proprietario del bene per effetto delle regole sugli acquisti « a non domino » ⁽⁵⁹⁾.

Ma anche i rilievi su cui si fondava la pretesa restitutoria del *solvens*, non erano sembrati convincenti, sicché in definitiva i più importanti problemi posti dall'art. 1240 non avevano trovato una soluzione definitiva. Per evitare incertezze circa la disciplina da applicare al pagamento con cose altrui, il legislatore del '42 ha codificato le due opinioni dominanti nella dottrina del tempo, quella per cui « il debitore non può impugnare il pagamento con cose di cui non poteva disporre, salvo che offra di eseguire la prestazione dovuta con cose di cui può disporre » (art. 1192, comma 1°), e l'altra in base alla quale « il creditore che ha ricevuto il pagamento in buona fede può impugnarlo, salvo il diritto al risarcimento del danno » (art. 1192, comma 2°). Se in tale modo si sono chiuse le controversie più gravi che esistevano nella

⁽⁵⁸⁾ PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, I, cit., p. 34; ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Annali Palermo*, XIII (1927), p. 245; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 366 s.; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 434; GIORGIANNI, voce « Pagamento », in *Nuovo dig. it.*, IX, cit., p. 417.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, cit., n. 252, p. 332; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, I, cit., p. 34; BAUDRY-LACANTINIERE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1417, p. 527.

passata dottrina, sono rimasti, però, ancora aperti numerosi altri problemi ⁽⁶⁰⁾.

7. Il più grave riguarda la natura dell'impugnativa. In dottrina si è sostenuto che si tratta di un'azione di annullamento ⁽⁶¹⁾ oppure di un'azione diretta a fare dichiarare l'irregolarità dell'adempimento e perciò la sua irrilevanza ai fini della liberazione del debitore ⁽⁶²⁾; ma queste tesi non convincono. La seconda riduce l'impugnativa ad una azione di accertamento dell'inefficacia del pagamento con cose altrui, ma se così fosse, essa dovrebbe essere concessa anche quando il creditore è di mala fede oppure il debitore non offre di sostituire le cose prestate con altre di sua proprietà.

Anche la prima tesi va incontro a serie obiezioni. Infatti:

a) nell'ipotesi in cui il pagamento ha funzione traslativa e quindi natura negoziale, essa poteva valere semmai sotto il codice abrogato in conformità ai principi in tema di atto di disposizione di cosa altrui, che era ritenuto annullabile argomentando dall'art. 1459 dettato per la vendita di cosa altrui ⁽⁶³⁾. Viceversa nell'attuale ordinamento che prevede la validità della vendita di cosa altrui, non si può considerare annullabile il pagamento con cose altrui per la decisiva considerazione che non sarebbe coerente, sul piano sistematico, sostenere che l'atto di disposizione di un diritto altrui è valido se compiuto nella forma della vendita e invalido se fatto nella forma del pagamento;

b) nell'ipotesi in cui l'adempimento ha natura di atto

⁽⁶⁰⁾ Questo saggio è limitato all'esame dei rapporti tra *solvens* e *accipiens*, mentre ne resta escluso lo studio dei rapporti tra proprietario e creditore e tra proprietario e debitore.

⁽⁶¹⁾ GIORCIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 46. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1960, p. 483, sostiene che si tratta di « invalidità relativa ».

⁽⁶²⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 258.

⁽⁶³⁾ DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, cit., p. 316, « la nullità è qui semplicemente relativa, non assoluta: perocchè giammai essa può farsi valere dal venditore sia in via di azione sia in via di eccezione »).

giuridico in senso stretto, la teoria in esame sembra aderire alla concezione tradizionale che applica direttamente le norme del negozio all'atto giuridico, concezione questa tutt'altro che pacifica ⁽⁶⁴⁾. Infatti, una parte della dottrina sostiene che la disciplina del negozio non può essere estesa all'atto giuridico ⁽⁶⁵⁾; in una posizione intermedia si trova chi afferma la possibilità di un'estensione analogica; di diverso avviso è ancora chi, mentre non nega l'applicazione analogica ad alcuni atti giuridici in senso stretto delle regole negoziali, in quanto l'analogia risulti giustificata, nella specie « ritiene applicabile in linea di principio agli atti leciti le regole dettate dalla legge per l'atto illecito » ⁽⁶⁶⁾. Di fronte a siffatta varietà di opinioni appare per lo meno discutibile muovere da impostazioni di carattere generale per risolvere il problema in esame. D'altra parte un simile procedimento neppure è metodologicamente corretto, non potendosi riferire ad atti, che hanno in comune un solo elemento negativo, cioè di non essere negozi, una disciplina aprioristicamente ricostruita, perché in tal modo si dimentica la discrezionalità con cui i singoli atti possono essere regolati. Viceversa occorre procedere dall'analisi dei testi di legge per ricavare, in relazione ad ogni atto, la sua tipica regolamentazione.

Se dunque l'impugnativa prevista dall'art. 1192 non è una domanda di annullamento nè una domanda di accertamento dell'inefficacia del pagamento, resta da chiarire quale sia la sua natura. Nessun particolare valore può essere attribuito al mutamento di terminologia rispetto al codice abrogato. L'art. 1240 considerava invalido il pagamento con cose altrui, in quanto per i compilatori tale regola era stata dettata con riferimento all'ipotesi di pagamento traslativo e quindi appariva naturale applicare

⁽⁶⁴⁾ Su questi problemi v., da ultimo, M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova 1972.

⁽⁶⁵⁾ SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1956 (ristampa), p. 181 s. e voce « Atto giuridico », in *Enc. forense*, I, Milano 1958, p. 592 s.

⁽⁶⁶⁾ SANTORO-PASSARELLI, voce « Atto giuridico », in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 211 s.

i principi dell'invalidità degli atti giuridici. Con l'art. 1192 il legislatore ha abbandonato la preconcepita idea che la disciplina del pagamento con cose altrui sia inscindibilmente legata alla figura del pagamento traslativo; ma nella formulazione della norma si è preoccupato non già di risolvere il problema della natura dell'azione concessa al debitore o al creditore, ma soltanto di stabilire entro quali limiti è attribuito a questi soggetti il potere di impugnare il pagamento eseguito con beni che non sono di proprietà del debitore.

Per risolvere il problema in esame sembra opportuna un'indagine che muova alla ricerca del significato in cui il termine « impugnativa » è adoperato nel linguaggio legislativo. Esso è usato in due accezioni: *a*) con riferimento ad atti negoziali (artt. 482, comma 1°; 526, comma 1°; 1349, comma 2°; 2113; 2652, n. 6) sta ad indicare la domanda di nullità o di annullamento; *b*) con riguardo al pagamento (art. 1191) designa la domanda di ripetizione ⁽⁶⁷⁾. Prendendo spunto da quest'ultimo dato si può sostenere che l'impugnativa del debitore (art. 1192, comma 1°) è un'azione di ripetizione condizionata all'offerta dell'esatto adempimento ⁽⁶⁸⁾. A favore di tale interpretazione militano due argomenti. L'art. 1240 cod. civ. abr., dal quale deriva l'art. 1192, prevedeva un'identica disciplina del pagamento con cose altrui e di quello eseguito dall'incapace. Il legislatore del '42 ha distinto le due ipotesi regolandole separatamente; ma il fatto che nell'art. 1191 e nell'art. 1192 usi la stessa locuzione « impugnativa » e che nella prima norma tale espressione indichi la domanda di restituzione, può essere un valido indice per affermare che uguale natura ha l'impugnativa di cui all'art. 1192, comma 1°. Ad ulteriore conferma di questa opinione si può invocare la seguente considerazione. Nelle ipotesi in cui la legge concede al de-

⁽⁶⁷⁾ Dottrina unanime: per tutti v. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, cit., p. 39.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Relazione al codice civile, n. 564; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 359 nota 20; BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 131.

bitore di reagire contro l'inesatto adempimento (tale è quello eseguito con cose altrui), gli attribuisce l'azione di ripetizione (così è, ad esempio, nel caso di adempimento viziato da errore, perché il *solvens* ha effettuato una prestazione diversa da quella pattuita e nel caso di pagamento fatto nelle mani di un soggetto non legittimato a ricevere) ⁽⁶⁹⁾: lo si desume da un argomento *a contrariis* tratto dall'art. 1185, comma 2°. La norma prevede un'ipotesi di adempimento con errore del debitore circa la scadenza, che per ragioni pratiche viene tenuto fermo nonostante la presenza di questo vizio ⁽⁷⁰⁾: ebbene l'art. 1185, comma 2°, stabilisce che « il debitore non può ripetere ciò che ha pagato anticipatamente, anche se ignorava la presenza del termine ».

A questa tesi può essere obiettato di lasciare insoluta la questione della natura dell'impugnativa del creditore, la quale non può certo consistere in un'azione di restituzione. Come pare desumersi dal coordinamento del primo con il secondo comma dell'art. 1192, l'impugnativa del creditore dovrebbe essere identica a quella del debitore, sembrando scorretto sostenere che sotto la medesima formula la legge ricomprensca, nella stessa norma, regole diverse. L'obiezione può essere superata. Alla base dell'affermazione secondo cui l'art. 1192, comma 1°, contempla un'azione di ripetizione, sta l'idea che di fronte ad un inesatto adempimento la norma vuole ripristinare, in presenza di determinati presupposti, la situazione precedente l'atto di adempimento. Se questa osservazione è esatta, l'impugnativa contenuta nell'art. 1192, comma 2°, si configura come rifiuto dell'adempimento da parte del creditore. A favore di tale conclusione si rileva che il creditore, come ha il potere di rifiutare l'adempimento che ha per oggetto cose altrui al momento dell'offerta, così deve avere lo stesso potere anche dopo l'*acceptio*, qualora si accorga che il bene ricevuto non è di proprietà del *solvens*.

⁽⁶⁹⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 19 ss.; GIORGANI, *Natura del pagamento e vizi di volontà del solvens*, in *Foro pad.* 1962, I, 722.

⁽⁷⁰⁾ NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 17 e 21 s.

Alla tesi qui prospettata potrebbe essere obiettato di valere solo per l'ipotesi in cui il pagamento è un atto giuridico. Per i casi di pagamento traslativo (negozi) si dovrebbe sostenere, invece, che l'espressione « impugnativa » viene usata, dall'art. 1192, nel significato che le è assegnato dalla dottrina tradizionale, la quale la configura come azione distinta da quella di nullità e di annullamento e caratterizzata dall'essere tesa a togliere efficacia ad un atto ⁽⁷¹⁾. L'obiezione non coglie nel segno, in quanto non indica l'effetto prodotto dal pagamento con cose altrui, che sarebbe rimosso dall'azione d'impugnativa. In realtà si potrebbe osservare che un siffatto adempimento genererebbe l'obbligo del *solvens* di procurare l'acquisto della proprietà all'*accipiens*, argomentando dal parallelo con la disciplina della vendita di cosa specifica altrui (art. 1478). Nei confronti di tale argomento è facile replicare che — a parte la difficoltà di interpretare l'art. 1192 sulla scia dell'art. 1478 per le evidenti diversità esistenti tra le due norme — l'impugnativa dell'art. 1192 non può essere rivolta contro l'obbligo di fare acquistare la proprietà delle cose, essendo un'azione indipendente dal fatto che il debitore abbia adempiuto una simile obbligazione. Si sarebbe allora tentati di modellare l'impugnativa sull'azione di risoluzione *ex art.* 1479 ⁽⁷²⁾, ma nemmeno questa opinione può essere sostenibile, non chiarendo la natura dell'impugnativa attribuita al debitore, la quale non può essere di certo una risoluzione del tipo di quella prevista dall'art. 1479 ⁽⁷³⁾.

8. L'art. 1192 non detta la disciplina dell'impugnativa del pagamento con cose altrui. Per la sua complessità l'argomento

⁽⁷¹⁾ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*³, Milano 1924, p. 344 s.; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*², Napoli (s.d.), p. 368 s.

⁽⁷²⁾ In questo senso pare orientato BIANCA, *La vendita*, cit., p. 651.

⁽⁷³⁾ A questo punto potrebbe sorgere il problema se il pagamento con cose altrui estingua l'obbligazione, qualora non sussistano le condizioni per l'impugnativa. Il problema è puramente teorico, essendo rilevante invece un'altra questione, se il creditore evitto possa agire nei confronti del *solvens*, questione che sarà trattata più avanti.

deve essere trattato esaminando separatamente la posizione del debitore e quella del creditore ⁽⁷⁴⁾.

(74) È tuttora controverso il problema se il creditore possa impugnare il pagamento con cose altrui, qualora ne sia divenuto proprietario per effetto delle regole sugli acquisti « a non domino » (identico problema si pone in relazione all'art. 1479). Per il diritto romano classico « quando il debitore pagava con una cosa altrui, l'obbligazione si estingueva dal momento in cui essa cosa non poteva essere più tolta al creditore perchè l'aveva usucapita o perchè l'aveva consumata in buona fede... Quel che contava è che fosse stato soddisfatto definitivamente l'interesse di lui » (BRANCA, voce « Adempimento (Diritto romano e intermedio) », in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 550). Questa soluzione, accolta anche da POTHIER (*Traité des obligations*, n. 540, in *Oeuvres*, II, cit., p. 286), viene messa in dubbio all'indomani della promulgazione del code (MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, IV, cit., n. 683, p. 543; DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 94 s., p. 255 s.; MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, II, cit., n. 1324, p. 697; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 496, p. 488 ss.; COLMET DE SANTÈRE, *Cours analytique de code civil*, VI, cit., p. 314; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1412, p. 523 ss.). Si è sostenuto, infatti, che non può essere negato al creditore il potere di fare valere la nullità del pagamento quando fosse divenuto proprietario della cosa prestata in virtù del principio « possesso vale titolo », in quanto può ripugnare alla sua coscienza essere consapevole di acquistare la proprietà di un bene altrui, approfittando di una disposizione dura come quella prevista nell'art. 2279 cod. Nap. L'accipiens ha diritto di godere tranquillamente il bene comperato senza doversene fare un caso di coscienza, e pertanto è opportuno lasciarlo arbitro di scegliere, secondo le proprie convinzioni, il comportamento da tenere in siffatte circostanze (MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, IV, cit., n. 683, p. 543). A tal fine sono diretti gli artt. 2220 e 2221 cod. Nap., per i quali « soltanto a colui, in favore del quale si è compiuta la prescrizione, spetta decidere se veramente ha il diritto di opporla. Egli solo può giudicare se, facendo valere questa eccezione, non commetterebbe veramente una spogliazione della proprietà » (BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1412, p. 523). Ma la critica della tesi tradizionale non è sembrata decisiva. Si è obiettato che il richiamo agli artt. 2220 e 2221 implica adesione alla concezione, inaccettabile anche per il diritto francese, che costruisce la regola « possesso vale titolo » non come modo di acquisto della proprietà, ma come eccezione contro l'azione di rivendicazione. Quanto all'altro ordine di rilievi, pur apprezzando la giusta preoccupazione di controllare le conseguenze di una teoria sul piano etico-sociale, si è osservato come spesso il legislatore di fronte alla scelta tra una soluzione prevalentemente ispirata a principi morali ed un'altra maggiormente aderente alle necessità della pratica, abbia preso posizione per quest'ultima. Ciò è avvenuto in tema di circolazione di beni mobili, dove l'urgenza della tutela della stabilità, sicurezza e rapidità degli scambi e del commercio è prevalsa sull'interesse del titolare del diritto. Per affermare, quindi, che il creditore divenuto proprietario ex art. 2279 cod. Nap. può ugualmente fare dichiarare la nullità del pagamento, si dovrebbe dimostrare che in questa particolare ipotesi il rispetto degli scrupoli morali o dell'interesse individuale dell'accipiens prevale sull'interesse collettivo

La relazione giustifica la regola contenuta nel primo comma dell'art. 1192 con il rilievo — già avanzato dagli scrittori sotto

che sta a fondamento dell'art. 2279. Ma gli autori d'oltralpe non hanno approfondito in questa direzione la loro indagine.

Su una posizione di incertezza analoga a quella della dottrina francese si trovano i nostri scrittori sotto il codice abrogato (ammettono l'impugnativa del creditore di buona fede BORSARI, *Commentario del codice civile*, III, 2, cit., p. 619; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 109, p. 136 ss.; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, IV, cit., n. 114, p. 535; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 367 nota 6; GIUSIANA, voce « Pagamento », in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, I, cit., p. 39; ma contro RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, cit., n. 252, p. 332; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 33; ORLANDO CASCIO, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, Milano 1938, p. 103).

Il codice del '42, pur avendo mutato la disciplina del pagamento con cose altrui contenuta negli artt. 1238 cod. Nap. e 1240 cod. civ. abr. e pur essendosi distaccato dalle linee direttive del *code*, non ha portato nuovi elementi atti a risolvere il problema. Dai lavori preparatori non si ricava un sicuro orientamento. Sebbene i compilatori fossero al corrente delle perplessità che in parte della dottrina aveva suscitato l'opinione tradizionale, non hanno tuttavia preso posizione nè a favore nè contro. Si legge nella relazione che « in qualche caso, per quanto di buona fede, il creditore può non avere interesse all'impugnazione: così è quando l'effetto traslativo del pagamento si verifica comunque in virtù del principio 'possesso vale titolo' » (Relazione al libro delle obbligazioni, cit., p. 33). L'espressione del relatore è ambigua, perchè può significare, anzitutto, che l'impugnativa presuppone l'esistenza di un interesse a farla valere, « interesse che si ha quando occorre prevenire la molestia e l'evizione del terzo spogliato della cosa sua, e che non esiste invece, quando il creditore è al riparo dall'azione di costui, per effetto della tutela che la legge gli accorda a norma dell'art. 1153 » (PAVONE LA ROSA, *Se l'acquirente di buona fede di un bene mobile abbia diritto alla garanzia per evizione*, in *Riv. dir. comm.* 1949, II, 328). Ma può volere dire anche un'altra cosa: dipende dal concreto interesse dell'accipiens, divenuto proprietario del bene avuto in pagamento in base alle regole sugli acquisti « a non domino », valutare l'opportunità circa l'esercizio dell'impugnativa (ad esempio, il creditore si orienterà in senso positivo, qualora desideri sottrarsi ai fastidi che gli potrebbe procurare una eventuale rivendicazione del dominus).

Se dai lavori preparatori si passa all'analisi dell'art. 1192, non si fa alcun passo innanzi nella soluzione del problema. Chi infatti ritiene che l'art. 1192, comma 2°, vada interpretato « nel senso che il diritto d'impugnativa del creditore di buona fede esiste soltanto quando egli, nonostante la sua buona fede, non ha conseguito la proprietà del bene oggetto del pagamento » (PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, in *Riv. dir. comm.* 1949, II, 327 s.; conf. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 327), attribuisce alla disposizione un significato che non traspare univocamente dal suo contesto letterale, potendosi da esso trarre l'opposta e contraria proposizione: il potere di impugnativa è concesso al creditore di buona fede, abbia o non abbia acquistato la titolarità del diritto ex art. 1153, proprio perchè egli voleva acquistare la proprietà dal debitore ed evitare così le molestie del giudizio di rivendicazione promosso dal dominus (GRECO

il codice abrogato — che il debitore « non può impugnare il pagamento fatto con cose altrui, perché è tenuto a garantire il creditore per ciò che ha consegnato. Ma se egli offre una nuova prestazione idonea, attua la garanzia dovuta, non vi è più ragione allora per impedirgli di chiedere la restituzione della cosa consegnata, e di ovviare così alla sua responsabilità verso il proprietario della cosa » ⁽⁷⁵⁾. Nè si rende necessario distinguere — nota ancora il relatore — « tra caso in cui il debitore sia di buona fede, per il già indicato motivo che, con la nuova prestazione, il creditore riceve egualmente il suo, e non può avere interesse ad opporre la mala fede del solvente » ⁽⁷⁶⁾.

e CORTINO, *Della vendita*, cit., p. 136). Nè a favore di quest'ultima opinione può essere addotto un argomento tratto dal raffronto tra il primo e il secondo comma dell'art. 1192. Il debitore sembra legittimato ad impugnare l'adempimento anche quando la controparte può invocare le disposizioni sugli acquisti « a non domino », giacchè egli, offrendosi di sostituire le cose altrui consegnate con cose di cui può disporre, assicura il completo soddisfacimento del risultato atteso dal creditore (GIORCIANNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 31 s. e voce « Pagamento (diritto civile) », in *Novissimo dig. it.*, XII, cit., p. 324). Qualora questi rifiutasse la sostituzione richiamandosi al principio « possesso vale titolo », si comporterebbe in modo scorretto, perchè esporrebbe il debitore al pericolo dell'azione di responsabilità del *dominus*. Se, dunque, al debitore è permesso di impugnare il pagamento pure nell'ipotesi in cui il creditore ha acquistato la proprietà ex art. 1153, uguale potere deve essere riconosciuto all'*accipiens*, che sia divenuto titolare del bene sulla base di quella norma. Un simile ragionamento muove dalla premessa indimostrata che il *solvens* possa impugnare l'adempimento nel caso di acquisto del diritto ex art. 1153 da parte del creditore. Viceversa anche tale questione presuppone risolto in via pregiudiziale il più generale problema, se per il vigente ordinamento l'interesse del creditore si realizza attraverso l'acquisto della proprietà a titolo derivativo (cioè procuratogli dal comportamento del debitore) oppure possa essere soddisfatto con un acquisto a titolo originario (ossia indipendente dalla condotta del debitore).

Questa impostazione del problema circa i rapporti tra l'art. 1192 e le regole sugli acquisti « a non domino » permette di comprendere la posizione assunta dalla dottrina sotto il codice del 1942. Anche ad un esame sommario non può sfuggire lo stato di disagio in cui essa si trova, perchè la mancanza di sicuri dati di diritto positivo la porta ad attribuire peso decisivo a rilievi che si presentano come espressioni di una preferenza dell'interprete per una determinata soluzione. La tendenza più recente è nel senso di concedere al creditore il potere di impugnativa: cfr. GRECO e CORTINO, *Della vendita*, cit., p. 133 ss.; GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Torino 1972, p. 74 e nota 12; BIANCA, *La vendita*, cit., p. 659 ss.

⁽⁷⁵⁾ Relazione al codice civile, n. 564.

⁽⁷⁶⁾ Ancora dalla relazione al codice civile.

Se dunque è pacifica la *ratio* dell'art. 1192, comma 1°, controverse sono le modalità di esercizio dell'impugnativa del debitore. La dottrina concorda solo su due punti, cioè sul fatto che a) l'impugnativa può essere proposta quando le cose conservano la loro individualità presso il creditore; b) il debitore può offrire anche cose di qualità diversa rispetto a quelle già prestate, purché non inferiore alla media (art. 1178 cod. civ.) ⁽⁷⁷⁾. Di conseguenza restano insolute le questioni più delicate.

Anzitutto il debitore non può impugnare il pagamento — e il creditore avrebbe il diritto di opporsi — quando è diventato proprietario (per successione *mortis causa*, per contratto ecc.) delle cose prestate in un momento successivo all'adempimento ⁽⁷⁸⁾. Da un lato è venuto meno l'interesse del *solvens* a recuperare le cose consegnate al creditore per restituirle al loro proprietario e così sottrarsi all'azione di responsabilità; dall'altro nemmeno al creditore conviene rendere le cose ricevute, non avendo più ragione di temere l'evizione ⁽⁷⁹⁾. Questi rilievi inducono a ritenere che anche rispetto all'art. 1192 operi una regola identica a quella dell'art. 1478, comma 2°, per la quale « il compratore diviene proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare » ⁽⁸⁰⁾.

È discusso se l'impugnativa *ex art.* 1192, comma 1°, possa essere proposta nel caso di consumazione, vendita, donazione della

⁽⁷⁷⁾ Contro BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1418, p. 527, secondo il quale il debitore è tenuto a consegnare un'altra cosa « esattamente equivalente ».

⁽⁷⁸⁾ Il principio si trova espresso già in POTIER, *Traité des obligations*, n. 540, in *Oeuvres*, II, cit., p. 286. Cfr. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 109, p. 136; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, IV, cit., p. 82.

⁽⁷⁹⁾ Neppure il creditore di buona fede può impugnare l'adempimento con cose altrui, se nel tempo successivo alla consegna il debitore è divenuto proprietario della cosa: « il debitore, una volta che la cosa gli venisse restituita, potrebbe obbligarlo a riceverla di nuovo in pagamento » (BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1411, p. 522; conf. DURANTON, *Cours de droit civil*, VII, cit., n. 32, p. 18; DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 93, p. 255; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 32).

⁽⁸⁰⁾ Questa soluzione trova una puntuale conferma sul piano storico-comparatistico: cfr. F. RANIERI, *Alienatio convalescit*, Milano 1974.

cosa da parte del creditore. Il problema era espressamente previsto — per l'ipotesi di consumazione — dall'art. 1240, comma 2°, cod. civ. abr.: « non si può ripetere il pagamento di una somma di denaro o di cosa che si consuma con l'uso dal creditore che l'ha consumata in buona fede, sebbene il pagamento sia stato fatto da chi non ne era proprietario o non aveva la capacità di alienarla » ⁽⁸¹⁾, ma si trattava di norma di così ardua interpretazione da lasciare non poche incertezze nella sua applicazione ⁽⁸²⁾. In primo luogo era discusso se l'art. 1240, comma 2°, si riferisse solo al *solvens* ⁽⁸³⁾ oppure anche al proprietario ⁽⁸⁴⁾. Stando al tenore letterale della disposizione, si propendeva per la prima soluzione: siccome l'art. 1240, comma 2°, disponeva: « non si può ripetere ecc. », se ne deduceva che la norma riguardava il debitore e non il *dominus*, perché questi non può agire contro il terzo in ripetizione ⁽⁸⁵⁾. Ma una simile opinione presentava l'in-

(81) Riproducendo la stessa regola dell'art. 1238, comma 2°, cod. Nap., l'art. 1240, comma 2°, cod. civ. abr. ha ricevuto la medesima interpretazione avanzata dalla dottrina francese.

(82) Neppure era pacifica la *ratio* della disposizione. I compilatori del codice Napoleone così la giustificavano: « l'exception est fondée sur la nécessité de protéger la bonne foi » (v. il *Rapport* di M. Jaubert, in LOCRÉ, *Legislation civile, commerciale et criminelle*, VI, cit., p. 207). La dottrina successiva propose le più diverse interpretazioni: sul punto v. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 500, p. 492 ss.; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1419, p. 528; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, cit., n. 252, p. 333; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, I, cit., p. 35.

(83) In questo senso BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1419, p. 528; conf. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 369; GIORGIANNI, voce « Pagamento », in *Nuovo dig. it.*, IX, cit., p. 417. Secondo la tesi esposta nel testo, « l'art. 1240 prende in considerazione la consumazione operata in buona fede, soltanto ai fini di negare l'azione di ripetizione al *solvens* (non proprietario); cioè, la prende in considerazione soltanto rispetto ai rapporti interni (rapporti tra *solvens* e *accipiens*), non rispetto ai rapporti col proprietario. Posto ciò, è chiaro che l'*accipiens*, essendo obbligato a dare l'equivalente al proprietario, ha interesse ad impugnare il pagamento, che non l'ha reso proprietario definitivamente, per potere chiedere, quindi, cose che appartengono al *solvens*, come tali capaci di entrare nel suo patrimonio, senza che sorga a carico di lui obbligazione di sorta » (CARIOTA-FERRARA, *op. loc. cit.*).

(84) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, IV, cit., p. 83.

(85) Cfr. LAURENT, *Principes des droit civil*, XVII, cit., n. 504, p. 496 s.

conveniente di basarsi su un debole argomento letterale, non essendo sicuro che l'espressione « ripetere » fosse usata in senso tecnico, nè teneva in considerazione l'origine storica dell'art. 1240, comma 2°. La norma derivava dall'art. 1238, comma 2°, cod. Nap., il quale a sua volta riproduceva una regola di Pothier: « la consommation qu'en fait de bonne foi le créancier, valide le payement qu'en est fait. La raison est que la consommation qu'il faite de bonne foi... équipolle à la traslation de la propriété de cette chose » ⁽⁸⁶⁾, e quindi mette il creditore al riparo sia dalla ripetizione del *solvens*, sia dall'azione di responsabilità del *dominus*. Una volta ammesso che il proprietario non poteva agire contro il creditore che in buona fede avesse consumato la cosa ricevuta, si constatava che tale regola aveva un campo di applicazione limitato alle ipotesi in cui il creditore non era tutelato dal principio « possesso vale titolo », in particolare quando il creditore fosse in mala fede o colpa grave al momento dell'acquisto del possesso e in buona fede al tempo della consumazione, oppure quando avesse ricevuto una cosa proveniente da furto o smarrimento (art. 708 cod. civ. abr.) ⁽⁸⁷⁾.

L'altro aspetto dibattuto dell'art. 1240, comma 2°, riguardava il problema se esso si riferisse soltanto alla consumazione ⁽⁸⁸⁾ oppure potesse essere esteso anche alle ipotesi di vendita e donazione ⁽⁸⁹⁾: l'interpretazione restrittiva, sebbene apparisse aderente al testo legislativo e trovasse conferma nell'origine storica della norma, determinava una ingiustificata disparità di tratta-

⁽⁸⁶⁾ *Traité des obligations*, n. 497, in *Oeuvres*, II, cit., p. 272.

⁽⁸⁷⁾ Infatti, per l'art. 708 cod. civ. abr. « colui che ha smarrita la cosa o che ne fu derubato, può ripeterla da quello presso cui la trova, salvo a questo il regresso per indennità contro colui dal quale l'ha ricevuta ».

⁽⁸⁸⁾ Era inoltre incerto lo stesso concetto di consumazione: per le diverse opinioni cfr. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 107, p. 260 ss.; DURANTON, *Cours de droit civil*, VII, cit., n. 33, p. 18 ss.; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 502, p. 494 s.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 116, p. 145 ss.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 119, p. 147 s.

mento tra chi consuma la cosa e chi compie un diverso atto di disposizione.

Di fronte a questo stato della dottrina era naturale che i compilatori del codice del '42 si preoccupassero di modificare anche la regola dell'art. 1240, comma 2°, ritenuta « per alcuni lati troppo imprecisa e per altri troppo ristretta » ⁽⁹⁰⁾. Ma l'art. 88, comma 3°, del progetto preliminare ⁽⁹¹⁾ fu formulato in modo tale da non eliminare completamente le difficoltà suscitate dall'art. 1240, comma 2°, sicchè nella redazione del testo definitivo del codice si preferì non introdurre alcuna disposizione che regolasse l'ipotesi di vendita, donazione, consumazione della cosa da parte del creditore.

Secondo una recente opinione, con l'offerta di una prestazione regolare da parte del *solvens* il creditore trattiene senza causa le cose altrui ricevute in precedenza, sicchè « l'ipotesi sembra inserirsi *de plano* nelle linee fondamentali della fattispecie solutoria ripetibile » ⁽⁹²⁾. Di conseguenza il problema qui in discussione dovrebbe essere risolto mediante il ricorso agli artt. 2037 e 2038. La tesi esposta muove dalla premessa che tutte le azioni di restituzione siano soggette agli artt. 2033 ss., in quanto fin dal diritto romano si sarebbe verificata una sostanziale unificazione delle diverse *condictiones* ⁽⁹³⁾. Ma una simile premessa non sembra del tutto esatta: ad esempio, l'azione di restituzione collegata alla risoluzione del contratto non ha natura di ripetizione di indebito, perché, se così fosse, nei confronti del terzo acquirente a titolo gratuito il principio della inopponibilità della risoluzione stabilito dall'art. 1458 sarebbe limitato dall'azione di arricchimento.

⁽⁹⁰⁾ Relazione al progetto del libro delle obbligazioni, cit., p. 45.

⁽⁹¹⁾ « Anche quando il creditore, nonostante la sua buona fede, non acquista la proprietà delle cose di cui avrebbe dovuto diventare proprietario all'atto del pagamento, egli non può essere tenuto a restituirle o a rimborsare l'equivalente al proprietario, se pure in buona fede le ha alienate o consumate ».

⁽⁹²⁾ BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 131.

⁽⁹³⁾ BRECCIA, *op. cit.*, p. 9.

mento ex art. 2038 ⁽⁹⁴⁾. La verità è che rispetto ad ogni azione di restituzione deve essere accertato se essa rientri nell'ambito della previsione degli artt. 2033 ss. Pertanto, pur ammettendo che l'impugnativa dell'art. 1192, comma 1°, è un'azione di restituzione, deve essere sottolineato che scopo di tale azione è di permettere al *solvens* di riprendere la cosa prestata per restituirla al *dominus*: ne consegue che essa non può essere utilmente esercitata, quando il debitore non è in grado di recuperare il bene presso il creditore.

In realtà, la questione se il debitore possa impugnare il pagamento quando il creditore ha consumato o venduto le cose ricevute, va impostata diversamente. Al riguardo si osserva che il debitore può « impugnare il pagamento » per chiedere al creditore, dietro offerta dell'esatto adempimento, la restituzione delle cose prestate, quando queste si trovano ancora presso di lui, non importando questa operazione alcun mutamento di carattere patrimoniale. Ma non può pretendere che l'*accipiens* paghi il valore dei beni consumati o alienati per ottenerne altri del medesimo *genus*, dal momento che costui disponendo delle cose ricevute, le ha già utilizzate secondo le proprie necessità ed esigenze e quindi non ha un concreto interesse ad una nuova uguale prestazione. A ciò si aggiunga che il creditore, per pagare il valore dei beni o per restituire il *tantundem*, dovrebbe subire una modificazione nella sua sfera economica che può non volere e che, oltretutto, potrebbe essere sopportata con sacrifici. La soluzione qui accolta appare, da ultimo, coerente con la *ratio* del primo comma dell'art. 1192: se l'impugnativa è concessa al debitore al fine di recuperare il bene prestato e tenerlo pronto per renderlo al *dominus* che agisce in rivendicazione, essa non ha ragione di

⁽⁹⁴⁾ MENGONI, *Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 369 nota 22; cfr. anche, con riguardo all'art. 1463, MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano 1962, p. 30 ed, in relazione alle azioni di restituzione connesse alla nullità del contratto, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, p. 69.

essere esercitata, qualora il *solvens* non possa riacquistarne la disponibilità materiale ⁽⁹⁵⁾.

9. Il creditore ha il potere di rifiutare la prestazione che ha per oggetto cose di cui il debitore non è legittimato a disporre; ma se l'accetta in mala fede non può impugnare il pagamento (arg. ex art. 1192, comma 2°) ⁽⁹⁶⁾. In tal modo egli è esposto al pericolo di rivendicazione o di risarcimento del danno da parte del *dominus*, senza che gli sia concesso di porre fine a siffatta situazione di incertezza ⁽⁹⁷⁾.

Dall'art. 1192, comma 2°, non risulta se (e in quale misura) sia tutelato il creditore cui è nota l'alienità della cosa, quando viene evitto oppure quando ha risarcito il danno al proprietario come nell'ipotesi di consumazione. La norma si limita a statuire che il creditore di buona fede ha il potere di impugnare il pagamento e di chiedere la riparazione del pregiudizio sofferto per non essere stato esattamente soddisfatto, e quindi non può essere utilizzata ai fini del problema riguardante la posizione del creditore

⁽⁹⁵⁾ Nessun particolare problema suscita il primo comma dell'art. 1192, quando si applica ad obbligazioni nascenti da contratti che non hanno come scopo di fare acquistare la proprietà del bene al creditore.

⁽⁹⁶⁾ L'art. 88, comma 2°, del progetto preliminare del libro delle obbligazioni accordava al creditore il potere di impugnare il pagamento con cose altrui anche in caso di mala fede, mentre subordinava alla sua buona fede soltanto il diritto al risarcimento del danno. Questa disposizione non fu accolta nel testo definitivo del codice del '42, essendosi preferito codificare l'opinione dominante sotto l'impero dell'art. 1240 cod. civ. abr.

⁽⁹⁷⁾ Al quesito se il creditore di mala fede possa chiedere la risoluzione del contratto ove ne ricorrano i presupposti, va data risposta negativa. Infatti, solo con l'impugnazione del pagamento si determina la situazione di inesecuzione del contratto e quindi solo da quel momento sorge il potere di chiedere la risoluzione (un accenno in NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 257). A questa conclusione si potrebbe obiettare che essa crea una disparità di trattamento tra l'ipotesi qui considerata e quella della vendita di cosa specifica altrui, rispetto alla quale il compratore di mala fede può sempre agire in risoluzione, qualora il venditore non gli abbia procurato la proprietà della cosa. Il rilievo non è decisivo, anzitutto perchè « la vendita di cosa di genere è estranea alla nozione di vendita di cosa altrui » (BIANCA, *La vendita*, cit., p. 659). In secondo luogo la consapevolezza del creditore dell'altruità della cosa ricevuta in pagamento costituisce acquiescenza all'inesatto adempimento con conseguente perdita dei rimedi predisposti al riguardo.

di mala fede, evitto o soccombente nel giudizio di responsabilità promosso dal *dominus*. Bisogna esaminare separatamente il caso dell'evizione da quello in cui il creditore abbia risarcito il danno al terzo.

Nel primo caso la soluzione del problema deve essere ricercata muovendo dalle singole ipotesi in cui si applica l'art. 1192. Nei contratti traslativi di cose generiche il creditore può ricorrere, al verificarsi dell'evizione, ai rimedi previsti dall'art. 1483 cod. civ., essendo ormai incontestato che le disposizioni sulla vendita si estendono — in quanto compatibili — alla categoria dei negozi onerosi traslativi ⁽⁹⁸⁾. Pertanto il creditore può chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno nei limiti dell'art. 1479. Può anche pretendere un nuovo esatto adempimento, in quanto l'atto traslativo riguarda cose generiche. Ciò non può essere messo in dubbio malgrado la mancanza di espliciti riferimenti testuali nella disciplina dell'evizione. Il silenzio del legislatore in argomento non è decisivo, perché riflette — come si è già osservato — « un certo schema della vendita, quale ci viene tramandato dalla lunga elaborazione storica di questo contratto, e cioè quello della vendita di cose specifiche. In questo tipo di compravendita, una volta effettuato il trasferimento della cosa, non è possibile un nuovo adempimento, cosicchè gli unici rimedi idonei a tutelare l'interesse dell'acquirente potrebbero essere costituiti dalla risoluzione del contratto » ⁽⁹⁹⁾. Ma nella vendita di cose generiche il debitore può compiere una nuova prestazione con cose della medesima specie, e allora non c'è più ragione di fermarsi alla constatazione che l'art. 1483 non prevede l'azione di esatto adempimento, presupponendo questa norma un

⁽⁹⁸⁾ GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 49, e voce « Causa (dir. priv.) », in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 565; E. RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano 1965, p. 276 s. Questo autore nota, inoltre, che « la teoria generale dei contratti, tutto sommato, è, nel nostro codice, la teoria generale dei contratti obbligatori » (p. 277).

⁽⁹⁹⁾ GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 56. Il § 480 BGB e l'art. 206 del codice svizzero delle obbligazioni accordano al compratore di cose generiche il potere di pretendere l'esatto adempimento.

tipo di vendita diverso da quello qui considerato. Oltretutto la richiesta dell'esatta prestazione risponde, per un verso, ad un apprezzabile interesse del creditore, e, per l'altro, si manifesta di evidente utilità anche per il debitore, molto spesso più favorevole ad effettuare un nuovo pagamento, che dovere subire le conseguenze della risoluzione.

Mentre il problema della tutela del creditore evitto può essere agevolmente risolto, nei contratti traslativi, con il ricorso alle norme sulla vendita, esso sembra presentare maggiore complessità, quando viene posto in relazione alle altre ipotesi in cui l'art. 1192 trova applicazione (ad esempio, ai pagamenti in natura). A mio avviso, anche rispetto a queste ipotesi si deve concludere che il creditore evitto può rivalersi sul debitore del danno subito, perché la contraria opinione contrasterebbe con i principi, determinando una inammissibile frattura nel sistema. Da numerose norme del codice (cfr. artt. 797, comma 2°; 1197, comma 2°; 1553; 2254, comma 1°; 2921) risulta che il pregiudizio per la mancata realizzazione dell'effetto reale non è a carico dell'acquirente — e ciò indipendentemente dal suo stato soggettivo di buona o mala fede — ma si trasferisce sull'alienante; dal che si trae argomento per affermare che questa è una regola generale dell'ordinamento. L'osservazione è ulteriormente confermata se si confronta, ad esempio, la situazione del creditore cui viene consegnato un bene altrui in esecuzione della vendita con la situazione del lavoratore che è soddisfatto con cose altrui (art. 2099, ult. comma, cod. civ.). Qualora si sostenesse che nel primo caso il creditore evitto è tutelato nei confronti del debitore, mentre nel secondo caso il danneggiato deve subire l'evizione senza potere chiedere un nuovo adempimento, si perverrebbe ad una soluzione inammissibile sul piano sistematico. Le due ipotesi esigono una eguale disciplina, dal momento che esse presentano una stessa nota caratteristica: il creditore non è stato sostanzialmente soddisfatto, perché con l'evizione il pagamento è

venuto meno alla funzione di realizzare l'interesse del destinatario.

Queste considerazioni suggeriscono la conclusione, che anche nei casi in esame il creditore evitto ha il potere di pretendere un nuovo adempimento. Nè vale obiettare che tale soluzione sarebbe in contrasto con l'art. 1192, comma 2°, il quale nega l'impugnativa al creditore di mala fede ⁽¹⁰⁰⁾. La norma va rettivamente interpretata nel senso che l'*accipiens* di mala fede non può impugnare il pagamento prima dell'evizione, ma non si occupa della diversa questione, se possa agire contro il debitore una volta privato della disponibilità materiale della cosa ⁽¹⁰¹⁾.

Si deve passare all'esame dell'altro problema relativo alla posizione del creditore che, avendo consumato le cose altrui ricevute in pagamento, è condannato a risarcire il danno al proprietario. Con la consumazione le cose sono state utilizzate secondo la loro naturale destinazione e quindi l'adempimento sembrerebbe avere raggiunto il suo scopo con il soddisfacimento del risultato pratico perseguito dal creditore. Senonchè non bisogna dimenticare che si è verificato uno squilibrio nei rapporti tra *solvens* e *accipiens*, perché quest'ultimo, pagando al *dominus* il valore dei beni, oltre al risarcimento del danno ulteriore, si vede venire meno i vantaggi economici che la prestazione gli avrebbe dovuto arrecare. Esigenze di coerenza interna del sistema inducono a ritenere che il danno subito dal creditore si trasferisca sul debitore: se il creditore è adeguatamente tutelato in caso di evizione avvenuta prima della confusione o della consumazione, lo deve essere anche quando è obbligato a corrispondere al proprietario il valore o il *tantundem* a causa dell'avvenuta consumazione.

Per addossare al debitore il danno subito in conseguenza

⁽¹⁰⁰⁾ Questa obiezione sembra trovare un punto d'appoggio nella relazione al codice civile, n. 564.

⁽¹⁰¹⁾ Esattamente si è osservato che la mala fede del creditore « esclude il potere di impugnazione dell'atto solutorio, ma non implica definitiva estinzione dell'obbligo se si constati *ex post* che il diritto del creditore non si è in alcun modo realizzato » (NICOLÒ, voce « Adempimento (diritto civile) », in *Enc. dir.*, I, cit., p. 559 s.).

dell'azione del *dominus* il creditore può ricorrere a diversi rimedi, che variano a seconda delle diverse fattispecie in cui è chiamato ad operare l'art. 1192 e che sono identici a quelli cui avrebbe potuto rifarsi in caso di evizione, data l'evidente analogia tra quest'ultimo caso e quello qui considerato: per esempio, nei contratti traslativi il creditore può chiedere la risoluzione.

La sola perplessità che sorge da una siffatta conclusione, può derivare dall'obiezione secondo cui il creditore, consumando in mala fede le cose altrui, compie un fatto illecito (violazione del diritto di proprietà) e pertanto deve sopportare le conseguenze del suo comportamento. Ma la critica è inconsistente, dal momento che il creditore è tenuto a risarcire al *dominus* l'intero danno da questi subito, mentre al debitore può chiedere soltanto il valore dei beni. Ad ulteriore conferma dell'esattezza di tale soluzione è ancora una volta di aiuto il parallelo con l'evizione. Una lesione del diritto reale da parte del creditore si ha sia quando costui si serve di un bene altrui ricevuto in pagamento, ad esempio inserendo una macchina utensile nella sua fabbrica (arg. ex art. 932 cod. civ.), sia quando consuma le cose altrui e la consumazione costituisce il modo normale di utilizzazione delle cose. Ebbene, poiché nel primo caso l'evizione gli permette di riversare sul debitore il danno subito entro i limiti dell'art. 1479, comma 2°, non si vede perché ciò non possa avvenire anche nell'ipotesi in esame.

10. Al creditore è attribuito il potere di impugnare il pagamento eseguito dal debitore con cose altrui soltanto se è in buona fede, cioè non conosce, al momento dell'adempimento, l'altruità delle cose offertegli. Ma il concetto di buona fede di cui all'art. 1192, comma 2°, non si esaurisce nella ignoranza di ricevere una prestazione fatta con beni che non sono del *solvens*. Può accadere, infatti, che questi sia proprietario delle cose al tempo del pagamento e successivamente ne perda la proprietà (ad esempio, perché il contratto con cui è diventato *dominus* di quei beni è stato annullato). In questo caso all'atto della *solutio* il

creditore è soddisfatto con beni del debitore e quindi l'oggetto della buona fede non può consistere nell'ignoranza della mancanza di titolarità del *solvens*. Esso va ricercato, invece, nell'ignoranza di determinati fatti o circostanze, preesistenti al pagamento, i quali possono far venire meno la legittimazione a disporre del debitore.

Dall'art. 1192, comma 2°, non si deduce se l'impugnativa spetti al creditore anche nell'ipotesi di buona fede dipendente da colpa grave. La questione va risolta, anzitutto, prendendo le mosse dal concetto di buona fede. Secondo la dottrina tradizionale la buona fede presuppone un errore del creditore, ma la scusabilità dell'errore (ossia la sua incolpevolezza) non appartiene all'essenza della buona fede ⁽¹⁰²⁾. « L'errore inescusabile non è meno errore dell'errore scusabile, e perciò in nessun caso la colpa grave può mettere in causa l'esistenza della buona fede. Ciò che viene messa in causa, in questa ipotesi, è la sufficienza della buona fede, valutata alla stregua dell'etica sociale propria d'un determinato ambiente: e questo, evidentemente, è un problema che non l'interprete, ma il legislatore può risolvere » ⁽¹⁰³⁾. Muovendo da tale impostazione si deve coerentemente concludere che la colpa grave non è di impedimento all'esercizio dell'impugnativa ⁽¹⁰⁴⁾, mancando nell'art. 1192 qualsiasi indice positivo circa la sua rilevanza ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. BONFANTE, *Essenza della « bona fides » e suo rapporto con la teoria dell'errore*, in *Scritti giuridici*, II, Torino 1918, p. 332; SCAVO LOMBARDO, voce « Buona fede (dir. can.) », in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, p. 668; GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel diritto privato*, in *Riv. dir. comm.* 1965, I, 346.

⁽¹⁰³⁾ MENGONI, voce « Acquisto a non domino », in *Novissimo dig. it.*, I, 1, Torino (s.d.), p. 247, e *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 339 nota 13.

⁽¹⁰⁴⁾ SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino 1949, p. 237: « la buona fede dell'art. 1192, comma 2°, si misura in concreto, e si appoggia al fatto dell'avvenuto pagamento ».

⁽¹⁰⁵⁾ Nè è possibile estendere all'art. 1192, comma 2°, la disposizione dell'art. 1147, comma 2°: « la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave ». Non può essere, infatti, condivisa l'opinione, diffusa soprattutto in giurisprudenza, che considera il principio espresso nell'art. 1147 un precetto di carattere generale (cfr. Cass., 28 giugno 1963, n. 1753, in *Riv. dir. comm.* 1964, II, p. 139). In primo luogo non sono indicate le ragioni per cui questa norma debba essere estesa a

Questa soluzione appare esatta anche dal punto di vista dei recenti orientamenti che affrontano il problema della colpa basandosi sulla valutazione degli interessi che emergono dalla *ratio* delle singole norme. L'onere di accertare con diligenza e cura l'esistenza del diritto in capo al debitore implica lo svolgimento di un'indagine difficile, posto che essa riguarda la sfera giuridica altrui e soprattutto una circostanza di non facile individuazione. Per questo motivo non è sempre opportuno addossare ad un soggetto il compito di effettuare una siffatta indagine, ma occorre valutarne la convenienza in relazione alle singole situazioni concrete. Così, ad esempio, è giusto imporre all'acquirente l'onere di controllare l'esistenza del potere di disposizione dell'alienante nella fattispecie dell'art. 1153: trattandosi di giustificare l'acquisto del diritto *a non domino* e correlativamente la perdita da parte del terzo proprietario, appare necessario che il comportamento dell'acquirente non sia giudicato sfavorevolmente sotto il profilo etico-sociale. Diversamente si deve concludere a proposito dell'art. 1192, comma 2°, perché non merita tutela chi adempie senza informarsi se i beni gli appartengono. Nè può rilevare, a giustificazione del debitore, la sua buona fede: infatti, non è tanto il creditore che deve essere attento e diligente nell'accertare la legittimazione a disporre del debitore, bensì è il debitore che deve preoccuparsi di eseguire esattamente la prestazione dovuta. L'affidamento del creditore ad accettare il pagamento è riconducibile causalmente alla condotta del debitore e perciò si deve applicare a quest'ultimo il principio dell'agire a proprio rischio ⁽¹⁰⁶⁾.

tutti i casi di buona fede, data la incompatibilità logica tra colpa e buona fede. Non bisogna inoltre dimenticare le contraddizioni che l'indirizzo giurisprudenziale criticato porterebbe nel sistema (messe bene in luce da GIAMPICCOLO, *op. cit.*, in *Riv. dir. comm.* 1965, I, 352 nota 36: ad esempio nell'ambito dell'azione revocatoria « la *inscientia damni* del terzo destinatario dell'atto di disposizione del debitore dovrebbe ritenersi rilevante ancorchè oggettivamente inescusabile mentre la buona fede del terzo subacquirente verrebbe ad incontrare il limite della colpa grave. E questo è palesemente illogico: perchè non si vede come potrebbe chiedersi al terzo estraneo maggiore diligenza che al terzo direttamente partecipe del negozio impugnato per revocatoria »).

⁽¹⁰⁶⁾ Questi rilievi valgono a dimostrare l'irrilevanza della colpa grave anche nelle fattispecie di cui agli artt. 1479, 1481, 1489 cod. civ.: conf. SACCO, *La buona fede*,

L'art. 1192, comma 2°, è dunque ispirato al *favor* per il creditore, indicazione, questa, che consente di risolvere l'ulteriore problema, se nella fattispecie in esame la buona fede è presunta. Una volta dimostrato che l'art. 1147, comma 3°, non contiene un principio generale ⁽¹⁰⁷⁾ e constatato che la formula dell'art. 1192, comma 2°, è insignificante ai fini della distribuzione dell'onere della prova, occorre affrontare il problema ricorrendo ad un criterio interpretativo analogo a quello invocato a proposito della questione sulla rilevanza della colpa grave, fondandosi cioè sulla valutazione degli interessi in gioco. Un siffatto metodo, adottato nell'esame del sistema della norma protettiva della buona fede, ha condotto all'individuazione della direttiva secondo cui la buona fede è presunta se è rilevante indipendentemente dalla colpa grave; deve essere provata qualora sia richiesto il requisito della scusabilità. « In altre parole, quanto più rigoroso è il legislatore nell'esigere fatti concomitanti giustificativi della buona fede, tanto più è probabile che la mala fede si presuma » ⁽¹⁰⁸⁾. Sulla base di tale criterio si argomenta che nell'art. 1192, comma 2°, la buona fede è presunta: se la norma tutela la buona fede temeraria del creditore, ciò vuole dire che essa è orientata ad uno spiccato *favor creditoris*; il che induce a ritenere, in virtù della stessa logica politica, che egli è esonerato anche dalla prova della buona fede.

Con l'impugnativa il creditore può chiedere il risarcimento del danno (art. 1192, comma 2°) e, ove ne ricorrano i presupposti, anche la risoluzione del contratto. Non è altrettanto sicuro

cit., p. 234 s.; App. Firenze, 17 luglio 1963, in *Foro pad.* 1964, I, 1302 (specialmente c. 1307); contro Cass., 15 dicembre 1962, n. 3372, in *Foro it.* 1963, I, 1220.

⁽¹⁰⁷⁾ SACCO, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.* 1959, I, 20 ss.; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 352 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ SACCO, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.* 1959, I, 282. Il criterio proposto dal Sacco non è accolto da GIAMPICCOLO, *op. cit.*, in *Riv. dir. comm.* 1965, I, 358, il quale scrive che, « se un principio si vuole stabilire in materia, esso non può essere se non quello che deriva da una normale applicazione dell'art. 2697 cod. civ.: sicchè la prova della buona fede dovrà, di regola, ritenersi a carico di chi tale fatto allega e intende trarne conseguenze favorevoli in giudizio ».

se sia legittimato ad esigere un nuovo adempimento. Una simile pretesa sembra esclusa dalla norma, giacchè questa, facendo esclusivo riferimento al risarcimento, parrebbe negare al creditore il diritto all'esatta prestazione; ma tale conclusione appare infondata come dimostrano, accanto alla tradizione storica (cfr. D. 46, 3, 94), rilievi di ordine esegetico e sistematico ed infine la considerazione degli interessi delle parti ⁽¹⁰⁹⁾.

Si è osservato in precedenza che il creditore evitto ha il potere di chiedere il risarcimento del danno oppure l'esatta prestazione. Tale alternativa non gli può essere negata nel caso di impugnativa del pagamento, dato che anche in questa circostanza può essere per lui utile ottenere un nuovo adempimento al posto della riparazione del pregiudizio subito. Tanto più che il legislatore, come ha ritenuto meritevole di tutela l'interesse del debitore a riavere la cosa prestata allo scopo di poterla consegnare al *dominus* e quindi sottrarsi all'azione di responsabilità di quest'ultimo (art. 1192, comma 1°), così non può avere disconosciuto l'interesse del creditore ad esigere una prestazione conforme all'oggetto dell'obbligazione, la sola che realizza compiutamente la sua aspettativa. Tra l'altro una siffatta pretesa non contrasta, nei contratti a prestazioni corrispettive, con le esigenze del *solvens*, il quale può preferire di essere invitato a pagare con cose proprie — e pertanto evitare la risoluzione — in modo da non perdere il diritto al corrispettivo. Ma c'è di più. Qualora il creditore fosse stato a conoscenza dell'alienità della cosa al tempo del pagamento, avrebbe potuto rifiutare una simile offerta e pretendere l'esatto adempimento. Tale potere non gli può essere

(109) Anche la dottrina meno recente ha riconosciuto al creditore il diritto di pretendere un nuovo pagamento: cfr. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 91, p. 255; MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, II, cit., p. 697; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 495, p. 488; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 108, p. 136; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 32; contro GIUSIANA, voce « Pagamento », in *Dizionario pratico del diritto privato*, V, 1, cit., p. 39. Con riguardo all'art. 1192 v. NICOLÒ, voce « Adempimento (diritto civile) », in *Enc. dir.*, I, cit., p. 559; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 54; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 257 ss.

negato nell'ipotesi in cui abbia accettato in buona fede la prestazione e solo successivamente, accortosi della mancanza della legittimazione a disporre del debitore, abbia impugnato il pagamento: se così non fosse, egli si verrebbe a trovare in una situazione sfavorevole, in cui non sarebbe incorso, qualora il debitore si fosse comportato correttamente.

È dibattuto se il creditore possa impugnare il pagamento ai sensi dell'art. 1192, comma 2°, quando la cosa è perita per caso fortuito e quindi non è in grado di restituirla al debitore. Vigente l'art. 1240 cod. civ. abr. la dottrina non manifestava alcuna perplessità nel dare al quesito risposta positiva ⁽¹¹⁰⁾, ma gli argomenti con cui giustificava una simile soluzione, non erano sempre convincenti. Così non poteva dirsi appagante il rilievo secondo cui l'*interitus rei* non impedisce di fare valere l'invalidità del pagamento, « perché tale perimento è a carico del proprietario di essa, non già del creditore che non ne aveva acquistato il diritto di dominio » ⁽¹¹¹⁾. Un siffatto principio riguardava semmai i rapporti tra creditore e proprietario, ma non poteva essere invocato ai fini della disciplina dei rapporti tra *solvens* e *accipiens*.

Di maggior pregio sembrava l'opinione che si richiamava al brocardo « *debitor rei certae fortuito interitu rei certae liberatur* » ⁽¹¹²⁾. Essa muoveva dall'osservazione secondo cui la restituzione della cosa altrui ricevuta in pagamento non è un presupposto per l'esercizio dell'azione di impugnativa, bensì un effetto riflesso dell'invalidità dell'adempimento. Infatti la dichiarazione di nullità produce, da un lato, l'obbligo del creditore di

⁽¹¹⁰⁾ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VII, cit., n. 110, p. 138 s.; PIOLA CASSELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 32. Identica opinione era sostenuta dalla dottrina francese: cfr. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, IV, cit., n. 684, p. 544; DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIII, cit., n. 96, p. 256 s.; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, cit., n. 497, p. 490; BAUDRY-LACANTINIERE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1416, p. 525.

⁽¹¹¹⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, cit., n. 252, p. 332.

⁽¹¹²⁾ BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, cit., p. 619 s.

restituire la cosa e, dall'altro, fa sorgere il diritto di chiedere il risarcimento del danno oppure una nuova prestazione. Se l'esecuzione dell'obbligazione di restituzione diventa impossibile per caso fortuito, il creditore è liberato da tale obbligo, pur conservando il diritto di ottenere un nuovo adempimento.

Rilievi analoghi si possono ripetere in presenza dell'art. 1192. Poichè il creditore di mala fede non può impugnare il pagamento, deve sopportare il rischio del perimento. Diversamente si deve concludere, invece, nell'ipotesi di buona fede dell'*accipiens*. L'obbligo di restituire la cosa prestata è una conseguenza dell'esercizio dell'impugnativa, sicchè l'impossibilità di adempiere questa obbligazione non preclude al creditore il potere di impugnare, il quale è legato esclusivamente al presupposto della buona fede, ossia dell'ignoranza di ricevere beni non appartenenti al debitore ⁽¹¹³⁾.

(113) Da tempo è dibattuto il problema se il creditore di buona fede possa impugnare l'adempimento con cose altrui, quando il *dominus* lo abbia ratificato. L'antica dottrina francese e quella italiana sotto il codice del 1865 si limitano ad affermare che la ratifica del *dominus* fa venire meno il potere d'impugnativa del creditore (cfr. DURANTON, *Cours de droit civil*, VII, cit., n. 32, p. 18; PIOLA CASELLI, voce « Pagamento », in *Il digesto italiano*, XVIII, 1, cit., p. 32), ma nulla dicono sul contenuto di tale ratifica e sul suo modo di operare. Soltanto qualche autore motiva genericamente la soluzione prospettata con la mancanza d'interesse ad impugnare dell'*accipiens*, « poichè il debitore, una volta che la cosa gli fosse restituita, potrebbe obbligarlo a riceverla di nuovo in pagamento » (BAUDRY-LACANTINIERE e BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., n. 1411, p. 522); il che in altre parole significa che per questi autori la ratifica del *dominus* produce l'acquisto della proprietà delle cose prestate in capo al debitore. Ma una simile conclusione è insostenibile: la ratifica non può essere considerata atto traslativo, dato che nel nostro ordinamento costituiscono — di regola — *iusta causa* di un'attribuzione patrimoniale i negozi causali (sotto il codice abrogato si osservava, a proposito della ratifica di cosa altrui da parte del *dominus*, che questa ratifica è « in realtà rinuncia o atto traslativo »: GORLA, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1937, p. 238).

Si potrebbe allora pensare che la passata dottrina usasse l'espressione « ratifica » nel senso di approvazione del titolare compiuta successivamente ad un atto di disposizione del non titolare, equiparandola alla *Genehmigung* del diritto tedesco. L'ammissibilità di questa figura è da noi contestata sul presupposto che nel vigente codice civile manca una regola corrispondente a quella contenuta nel § 185, comma 2°, BGB nè è possibile ricavarla dal sistema [cfr. da ultimo, CARRARO, voce « Approvazione (diritto civile) », in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 854; AUBICCHIO, voce « Autorizzazione (dir. priv.) », in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 507]. Infatti, per il § 185 BGB

« l'effetto traslativo si ricollega esclusivamente all'atto di disposizione del non titolare, mentre la preventiva dichiarazione di consenso del titolare (*Einwilligung*) ha soltanto la funzione di fatto equipollente alla titolarità del diritto, concepita come requisito esterno di efficacia dell'atto di disposizione ». Viceversa, nel nostro ordinamento « il titolare del diritto può validamente consentire che altri ne disponga soltanto mediante uno o l'altro dei negozi (di solito, contratti) causali ai quali la legge ricollega l'effetto di legittimare l'alienazione del diritto da parte di un altro soggetto, agente in nome proprio ... In queste ipotesi, con riguardo al trasferimento del diritto, nessuno dei due negozi (il negozio autorizzativo e il negozio autorizzato) è atto di disposizione per se solo, ma ciascuno si qualifica tale in virtù del collegamento con l'altro » (MENGONI e REALMONTE, voce « Disposizione (atto di) », in *Enc. dir.*, XIII, cit., p. 193).

Una ratifica del *dominus* potrebbe semmai essere ammessa ai sensi dell'art. 2032 cod. civ. La norma ha, senza dubbio, un'ampia portata, in quanto si riferisce anche al caso in cui l'atto di gestione è stato compiuto « da persona che credeva di gestire un affare proprio » e pertanto sembra applicarsi all'ipotesi in cui un soggetto dispone di beni altrui per pagare un proprio debito. Senonchè una simile conclusione dipende dal significato che si attribuisce all'art. 2032, norma ancora poco studiata e di incerto significato (l'unica indagine approfondita si trova in SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino 1958, p. 114 ss., ma con riguardo a un problema diverso da quello qui considerato).

GIAN LUIGI BERTI

IL SISTEMA MONETARIO
E LA MONETA D'ORO DI SAN MARINO

SOMMARIO: 1. Cenni storici sull'economia sammarinese. — 2. Il sistema monetario prima del 1864. — 3. Le ragioni della coniazione. — 4. Le scelte convenzionali. — 5. L'unico scopo dell'accordo monetario del 1862. — 6. Il rapporto monetario attuale. — 7. Il diritto di battere moneta. — 8. Il regime convenzionale della moneta d'oro. — 9. Il diritto di battere moneta aurea. — 10. Il regime monetario aureo. — 11. L'autonomia della monetazione aurea sammarinese. — 12. *Appendice*: a) Estratti delle Convenzioni fra l'Italia e San Marino in materia monetaria, attualmente abrogate; b) Estratti delle Convenzioni, degli Accordi Aggiuntivi e dello Scambio di Note contenenti norme tuttora in vigore fra l'Italia e San Marino in materia monetaria; c) Nota bibliografica.

1. Prima del 1864 San Marino non annoverava una moneta metallica di propria coniazione.

Negli anni precedenti quella data per la Repubblica del Titano non esistevano i problemi del sistema monetario, fondato su una moneta sammarinese, avente corso legale e potere liberatorio nel ristretto ambito territoriale, con tutte le implicazioni ed i fenomeni connessi al sistema monetario stesso, quali il controllo sulla circolazione della moneta, la quantità, i rapporti con le altre monete, i cambi, la struttura divisionale, il valore, anche se alcuni di tali aspetti trovarono rilevanza concreta in epoche diverse e più recenti (¹).

La società sammarinese era tuttavia ben definita sia nella forma istituzionale organizzata di comunità che si autogoverna, sia nella sua realtà economica, basata maggiormente sull'agricoltura, certamente fiorente nei secoli passati, e sui commerci, data

(¹) Scrive E. MAGGIORA VERGANO nella monografia *La moneta di San Marino* (Estratto dalla *Rivista Numismatica Italiana*, vol. II, fasc. 1), Asti, 1866: « Niuna legge regolò mai nella Repubblica la parte monetaria; essendochè in essa abbiano corso le monete dello Stato limitrofo, e quando avviene che questo ne tolga alcuna specie in corso, il Governo sammariniano avverte semplicemente con grida i cittadini, che dessa verrà ritirata nelle casse pubbliche fino ad un determinato giorno; quindi il Governo stesso ne opera lo scambio collo Stato propinquo che ne ha ordinato il richiamo ».

la naturale collocazione intermedia del territorio, punto d'incontro fra le vicine città della costa adriatica, ricca di traffici del mare, e l'operoso entroterra montefeltresco.

Di fiere e di mercati fanno cenno le *Leges Statutae* del 1600, tuttora in vigore per la materia giuridica costituzionale (Libro I) e del diritto privato e processuale civile (Libro II e IV). La Rubrica LXXI del Libro II delle stesse *Leges* tratta del controllo rigoroso dei libri dei mercanti e degli artieri ⁽²⁾, dando con ciò la prova che alle attività agricole e commerciali si aggiungevano quelle industrie dell'artigianato.

Una società istituzionalmente e storicamente indipendente, economicamente organizzata ed attiva, come gli antichi ordinamenti rivelano, non poteva prescindere dall'uso ufficiale della moneta, quanto meno per gli scopi istituzionali del « *salarium* » o della « *poena* ».

2. Non esisteva dunque, prima del 1864, una moneta di conio sammarinese, ma esisteva la moneta, di varie origini e composizioni. Soltanto la Rubrica XXXII del Libro I degli Statuti del 1600, al fine di determinare la mercede del medico della Comunità (« *ad tuendam, et conservandam sanitatem nostrorum sub-*

(2) È utile, dal rigore della disciplina, ricavare un'opinione sull'importanza attribuita in quell'epoca alle attività dei mercanti e degli artieri. Riproduciamo perciò il testo della Rubrica nella versione, volgarizzata nel 1893 per ordine del Consiglio Principe, dal latino secentesco: « Stabiliamo, e ordiniamo, che i libri dei mercanti, e degli artieri del Comune della Terra di San Marino, e suo contado e distretto, se saranno intitolati ed approvati dai Capitani e dal Consiglio dei XII della detta Terra, nonchè segnati col bollo e sigillo del Comune, colla numerazione delle carte ad una, ad una dal principio sino alla fine, e puramente, e legalmente, senza frode veruna e senza aggiunte o soppressioni, trovino fede e si presti credenza ad essi e a qualunque partita solo e sino alla quantità di uno scudo in tutto, con il giuramento però da definirsi dai Capitani e dal detto Consiglio al mercante, od artiere, nel tempo dell'approvazione ed intitolazione di detto libro.

Da uno scudo poi in su, sino alla quantità di dieci lire, abbia parimenti fede colla sottoscrizione di un testimonio degno di fede.

Da indi in su abbia pur fede qualunque sia la quantità, purchè in esso od in essi libri apparisca la sottoscrizione di mano del debitore, che si confessi tale, o sottoscrizione di due testimoni degni di fede approvanti la somma contenuta e segnata in esso libro ».

ditorum »), indica ben cinque tipi di monete diverse: il paolo d'argento, lo scudo d'oro, lo scudo mozzo, il soldo (o bolognino) e il denaro. Un'altra Rubrica, la XXIII dello stesso Libro, cita, a proposito della elezione del Procuratore Fiscale, la lira di denari (« libra denariorum »).

Per accennare ad altri tipi di monete usate dalla Comunità sammarinese ancor prima, si osservino gli Statuti del 1352-1353 ove frequentemente appaiono i soldi ravennati (« soldos Rav. ») e lire ravennati (« libras R. ») ⁽³⁾.

L'insigne numismatico Bartolomeo Borghesi ⁽⁴⁾ diede qualche spiegazione sul valore delle monete citate negli Statuti sammarinesi del 1600. Affermò che, fino al 1659, la lira non era moneta spendibile, ma moneta ideale e immaginaria, come nella massima parte delle città d'Italia. Cosicché anche a San Marino « i conti si tennere comunemente a lire » ⁽⁵⁾.

In realtà le monete in uso secondo lo Statuto sammarinese erano sei: la lira, il soldo, il denaro, lo scudo mozzo detto anche scudo vecchio, lo scudo d'oro (moneta fittizia, il cui valore cambiava secondo il corso della piazza), lo scudo d'oro in oro (che era di due specie di diverso valore: scudo d'oro delle cinque stampe e scudo d'oro d'Italia) ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Rubrica I - De electione dominorum capitaneorum et eorum offitio et jurisdictione: « ... Et habeant et habere debeant a comuni pro eorum salario pro quolibet eorum et quolibet mense sui regiminis soldos quadraginta Rav. ».

Rubrica XXIV - De pena occupantium de bonis comunis: « ... Si vero occupaverit de terreno mercatalis Sancti Marini solvat pro banno decem libras R. ... ».

Rubrica XXIX: De pena illius qui dixerit vel pandiderit aliquam credentiam communis: « ... puniatur per Capitaneos qui pro tempore fuerint in vigintiquinque libris Rav. ... ».

⁽⁴⁾ Si rifugiò nella Repubblica di San Marino nell'aprile del 1821, ove, divenuto cittadino nel 1827, assunse la carica di Segretario di Stato per gli Affari Esteri nel 1830, e vi morì il 16 aprile 1860. Su di lui leggasi: ALDO GAROSCI, *San Marino. Mito e storiografia tra i libertini ed il Carducci*, Milano 1967.

⁽⁵⁾ CARLO MALAGOLA, *Una nota inedita di Bartolomeo Borghesi intorno alle monete citate negli Statuti di San Marino*, Bologna 1886.

⁽⁶⁾ Sulle monete in uso secondo lo Statuto ragguagliate alle monete a sistema

Quanto alla provenienza diversa si può ricordare il soldo, detto bolognino, che era una moneta di mistura, divisibile in dodici denari. Il bolognino, evidentemente di origine bolognese, fu coniato dal comune di Bologna dal 1191 per concessione dell'imperatore Enrico IV. Il denaro aveva invece corso effettivo presso il Ducato d'Urbino. Non v'è da dimenticare, peraltro, che venivano impiegate negli scambi commerciali le « lire di denari » di Ancona e di Ravenna, le due rinomate città più vicine alla Repubblica.

Circa i valori all'epoca dello Statuto, per ricavare un esempio sulle varietà, basti ricordare quanto disse il Borghesi: di scudo d'oro « ve n'erano di più sorti ».

Dopo il 1659 (Editto del Legato di Romagna Card. Gilberto Borromeo) la moneta spendibile e meglio utilizzabile per i rapporti ufficiali ed economici di San Marino, tanto nell'interno che nelle relazioni con l'esterno, dovette essere indubbiamente, oltre alla lira vecchia ragguagliata a baiocchi 18 e denari 9, la lira effettiva (bolognese) del valore anche intrinseco di due giulii romani, corrispondente alla quinta parte dello scudo romano, con tutte le frazioni (la mezza lira, il quarto, l'ottavo, il decimo), il baiocco (pari ad un ventesimo di lira), il bolognino (decima parte del giulio e vigesima parte della lira) ⁽⁷⁾.

In seguito, mutate le circostanze geografiche e politiche della Penisola, furono utilizzate a San Marino, per la loro maggiore e naturale spendibilità, le monete del Regno d'Italia.

3. A differenza di tutti gli Stati, di tutti i Principati e Signorie, di tutti i Comuni, San Marino aspettò dunque la metà

metrico decimale si veda la *Raccolta delle Leggi e Decreti della Repubblica di San Marino*, a cura di T. C. GIANNINI e M. BONELLI, Prima edizione ufficiale, Città di Castello 1900, pag. 195.

(7) CARLO MALACOLA, *Una nota inedita di Bartolomeo Borghesi*, cit., pag. 13, riproduce ampiamente tutti i ragguagli monetari circa le disposizioni monetarie emanate in Roma e pubblicate con Editto in Bologna il 13 agosto 1659 dal Card. Farnese.

del secolo diciannovesimo per affrontare concretamente il tema monetario.

C'è da chiedersi quale fosse stata la ragione del ritardo e quali i motivi della scelta, fatta proprio in quell'epoca burrascosa di guerre e densa di difficoltà di ogni specie.

Alla prima domanda non è difficile rispondere. Per San Marino, come del resto, è presumibile, per l'Islanda anche nel suo periodo più fiorente di indipendentismo, non esisteva la convenienza di istituire una zecca coi servizi relativi, con le capacità ed i mezzi tecnici, la disponibilità di elementi vari compresi i metalli, la quale potesse, da un lato, essere compensata nei notevoli costi da un giro monetario sufficiente ed adeguato, e, dall'altro, combinarsi con un sistema bancario che facesse efficace eco al commercio, che nel medioevo ed in seguito aveva visto la penisola italiana collocarsi fra le posizioni migliori. San Marino non aveva la potenza economica delle città marinare, non poteva mai essere un centro primario di traffici per la mancanza di sbocco al mare e per la ristrettezza del territorio, non era costituita da una entità di popolazione (anche se industriosa ed operosa) apprezzabile, non aveva avuto prima i templari, precursori delle compagnie bancarie, e poi le banche vere e proprie, efficienti operatrici anche nel campo monetario. Nè San Marino era governata dal monarca o dal signorotto che fosse spinto dall'ambizione di tramandare ai posteri la sua testa o i simboli del casato incisi sulle monete, come accadeva sovente nei grandi ma ancor più nei piccoli Stati o Comunità a regime monarchico o principesco.

Diversi autori di cose sammarinesi ⁽⁸⁾ affermano che vi furono anche a San Marino dei « tentativi di impiantare una zecca ».

Mentre infatti fu respinto un progetto di « zecchieri » ai

(8) CARLO MALAGOLA, *L'Archivio Governativo della Repubblica di San Marino*, Bologna 1891, pag. 194 e segg.; GINO ZANI, *Le Monete della Repubblica di San Marino*, nella Rivista « Libero Orizzonte » n. 3-4, 1961; G. B. CURTI PASINI, *Lo sviluppo della sovranità nella più antica Repubblica esistente: San Marino*, Castelpusterleno, 1937, pag. 144 e segg..

primi del 1608, e lasciato perdere un altro del 1727, fu invece approvata, nella seduta consiliare del 28 ottobre 1792, la proposta (poi abbandonata anch'essa per ragioni non note) di erigere nella Repubblica una zecca.

Alla seconda domanda è altrettanto agevole rispondere richiamando anche i contenuti di alcuni comportamenti del Governo della Repubblica.

Certamente inderogabili necessità politiche ed economiche furono alla base della decisione sammarinese di battere moneta ai primi della seconda metà dell'ottocento.

Le necessità politiche risiedevano indubbiamente sulla opportunità di esercitare uno dei diritti della sovranità e indipendenza, godute « ab immemorabili » da San Marino, proprio nell'epoca in cui i vari piccoli Stati italiani cessavano di esistere con l'attuarsi dell'unità d'Italia.

Inoltre il Governo di San Marino, non battendo moneta propria e dando valore ed efficacia liberatoria anche statutariamente alle monete di diversa provenienza, non poteva e non doveva lasciare ancora a lungo ad altre autorità esterne il potere o la facoltà di ritirare dalla circolazione quelle monete che non sarebbero state più spendibili per i cittadini sammarinesi perchè tolte di corso e richiamate. Il Governo stesso, come è noto, ne operava con indubbi sacrifici il ritiro in un tempo determinato e faceva lo scambio con il Paese di emissione, realizzando in tal modo il preciso dovere di tutelare i propri cittadini tramite le funzioni di cambio, diversamente impossibili per loro.

Invero, anche il marasma monetario delle varie epoche, a causa della esistenza di diverse zecche e di diverse monete circolanti in cui diminuiva costantemente il titolo ed il peso, imponeva a San Marino la considerazione, d'ordine soprattutto economico, di stabilizzare i rapporti con una moneta propria nei limiti del possibile.

Le esigenze economiche certamente si manifestavano così più impellenti, ed in parte erano le stesse che si erano rivelate nel

1792 quando nella seduta consiliare del 28 ottobre si espressero chiaramente le giustificazioni di impianto di una zecca, nello scopo appunto di « migliorare la nostra libera esistenza », e nell'obiettivo di « riuscire in tale affare con utile e decoro insieme ». A tali esigenze si aggiungevano quelle, pienamente comprensibili anche oggi, della rapidità di circolazione di beni e rapidità degli scambi che la moneta consente.

4. La Repubblica di San Marino, spinta dalle ragioni anzidette, si trovò però a dover esercitare il diritto di monetazione incontrando non poche difficoltà.

Sussisteva sempre il problema dei costi di impianto di una zecca dotata di mezzi appropriati, anche per assicurare il controllo e la certezza del titolo e del peso della moneta. Invero, come risulta dalla entità della prima coniazione del 1864, consistente nel pezzo da centesimi 5 in rame, emesso per 280.000 esemplari, e della seconda coniazione del 1869, a distanza di cinque anni, consistente sempre nel pezzo da centesimi 5 in rame per 600.000 esemplari, le esigenze di monetazione erano, nelle proporzioni, modeste rispetto ai costi di impianto di una zecca, che avrebbe dovuto, inoltre, costantemente funzionare, mentre la condizione economica e di scambi sammarinese non lo consentiva.

Fu decisa la via del ricorso all'accordo con una zecca esterna e, per la prima coniazione del 1864, la scelta (senza che ciò risultasse da patti internazionali) cadde sulla zecca di Milano, che operò anche per successive emissioni.

L'altro e più grave ostacolo da superare era determinato dalla necessità che la moneta sammarinese fosse agevolmente spendibile anche al di là dei ristretti confini del territorio di San Marino.

Nei dubbi e nelle incertezze degli avvenimenti politici dell'epoca, nella comprensibile diffidenza che la moneta di conio sammarinese, come tutte le monete di nuovo conio e di tradizione sconosciuta, poteva determinare sui mercati esterni, specialmente

se di metallo non pregiato, nelle difficoltà, per chiunque delle città vicine, di accettare di buon grado una moneta che avrebbe potuto costituire mezzo di pagamento solo sul piccolo territorio sammarinese, divenne inevitabile per la Repubblica di San Marino il dover chiedere all'Italia che le monete sammarinesi potessero avere corso legale anche sul suolo italiano. La risposta fu positiva, ma sotto la sola condizione che le monete fossero ragguagliate al sistema decimale ed avessero lo stesso titolo e peso di quelle regie.

La condizione era dunque inevitabile ed obiettiva. Inammissibile infatti sarebbe stata la facoltà per San Marino di immettere nell'ambito del sistema monetario italiano, senza alcun adeguamento e controllo, una moneta sua con titoli e pesi che avrebbero potuto essere diversi da quelli italiani, ma con gli stessi poteri liberatori della moneta italiana. Il fatto avrebbe determinato ingiusti vantaggi per San Marino, suscitato situazioni equivocate ed ingenerato motivi ed opinioni di incertezza anche sulla stessa conservazione dell'autonomia ed indipendenza di San Marino nell'epoca difficile.

Intanto i sammarinesi avvertivano ogni giorno di più l'esigenza di poter fare assegnamento su una moneta sammarinese, che consentisse loro di acquistare senza intralci, non soltanto il sale bianco di Cervia, ma anche le derrate, i prodotti agricoli, i generi e le merci varie nelle vicine città di Rimini, Pesaro, Urbino, Ravenna, Forlì, Ancona, Bologna, evitando però di dover far ricorso a continui, scoraggianti ed onerosi cambi ad ogni entrata ed uscita dal piccolo territorio. Non era infatti facile — si ripete — trovare chi fosse disposto a ricevere in pagamento la moneta sammarinese, composta neppure di metallo pregiato, e spendibile soltanto su un territorio di 61 kmq., presso una popolazione modestissima (il censimento del 1864 aveva registrato novemila anime), in un periodo non certo fiorente della economia di San Marino.

La questione monetaria fu risolta dai due Stati semplice-

mente e con poche righe dell'art. 24 della prima Convenzione firmata a Torino dai rappresentanti dei due governi, il 22 marzo 1862, la quale recita: « Le monete, che la Repubblica di San Marino credesse col tempo di dover coniare, potranno aver corso nel Regno d'Italia, purchè siano ragguagliate al sistema decimale ed abbiano lo stesso titolo e peso di quelle regie ».

Sulla stessa materia monetaria fecero seguito altre Convenzioni, Accordi e Scambio di Note fra Italia e San Marino, e precisamente quelli che furono siglati sotto le date e per gli articoli di trattazione seguenti: 27 marzo 1872, art. 33; 28 giugno 1897, art. 38; 16 febbraio 1906 (Addizionale), art. 1; 14 giugno 1907 (Addizionale), art. VII; 10 febbraio 1914 (Addizionale), art. 1; 28 ottobre 1931 (Convenzione Monetaria), artt. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10; 15 giugno 1935 (Convenzione Monetaria), artt. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8; 31 marzo 1939, art. 47; 29 aprile 1953 (Accordo Aggiuntivo); 10 settembre 1971 (Convenzione Monetaria), artt. 1, 2, 3, 4, 5, 6; 10 luglio 1974 (Accordo Aggiuntivo), artt. 5 e 6; 10 luglio 1974 (Scambio di Note) ⁽⁹⁾.

5. L'esame dell'art. 24 della Convenzione 22 marzo 1862 consente di evidenziare agevolmente i diritti e le posizioni delle Parti stipulanti, la loro volontà ed il contenuto preciso della materia di accordo.

Anzitutto è palese il riconoscimento reciproco della parità di condizioni dei due Stati contraenti: una Repubblica da un lato e un Regno dall'altro. Lo Stato italiano non concedeva infatti allo Stato sammarinese la facoltà di battere moneta propria, come avveniva per le concessioni imperiali di un tempo alle Città od ai Comuni italici, e neppure compì atto di riconoscimento del diritto di coniare. Tale diritto sovrano esisteva già per San Marino, come esisteva la Repubblica sammarinese da secoli. Se

⁽⁹⁾ L'Accordo Aggiuntivo e lo Scambio di Note del 1974 hanno dato motivo d'integrare del loro contenuto il testo originario di questa trattazione e di aggiungergli alla fine alcune considerazioni e notizie in tema di emissioni auree sammarinesi.

così non fosse stato, non avrebbero avuto ragione d'essere le espressioni contenute nell'art. 24. La formula sarebbe stata, ovviamente, tassativamente diversa. Il « credesse » mostra senza alcun dubbio un potere autonomo di scelta del piccolo Stato sammarinese, e, nella fattispecie, va riferito all'oggetto della pattuizione, sul quale si esprime la volontà negoziale delle parti: il corso nel Regno d'Italia delle monete sammarinesi. È evidente che se San Marino non avesse chiesto all'Italia che le sue monete avessero avuto in territorio italiano lo stesso corso legale e potere liberatorio di quelle italiane l'articolo in oggetto non sarebbe neppure comparso nel primo rapporto convenzionale e neppure nei successivi, ove il fondamento della disciplina monetaria restava sempre il corso legale delle monete emesse da San Marino nell'ambito dell'Italia ⁽¹⁰⁾.

Una inequivocabile conferma della fondatezza dell'assunto, secondo il quale unica ragione originaria di accordo in materia monetaria fra San Marino e Italia è stata l'immissione delle monete di San Marino nel sistema monetario italiano, si ricava dall'ultimo capoverso dell'art. 38 della Convenzione del 1897 (una delle cosiddette Convenzioni base del rapporto italo-sammarinese). Vi si legge: « Intendesi escluso in modo assoluto il corso legale nel Regno per qualsiasi surrogato monetario in forza di biglietti di Banca o di Stato a corso libero, legale o forzoso, che il Governo della Repubblica intendesse di emettere per qualsiasi ragione ». Secondo l'Italia il Governo di San Marino era dunque libero di emettere biglietti di Banca o di Stato di ogni specie e

(10) Così è per le Convenzioni ed Accordi Addizionali successivi fino a quella del 1914. Con la Convenzione Monetaria 23 ottobre 1931 si instaura, sempre in materia di corso legale e potere liberatorio delle monete sammarinesi, un criterio di reciprocità. La ragione si fonda sulla sopraggiunta necessità di una certezza dei valori monetari in circolazione e della loro efficacia legale nei rapporti fra i privati, con le pubbliche casse e per gli Istituti bancari dei due Paesi, evitando anche l'inframmettenza nel sistema così instaurato di altre monete straniere, alle quali San Marino poteva dare corso legale come avveniva prima del 1864.

natura, per qualsivoglia motivo. Ne escludeva soltanto il corso legale nel suo territorio.

È probabile che, coll'affacciarsi nel campo monetario della utilità e della convenienza della moneta cartacea, San Marino avesse fatto richiesta di dare corso legale in territorio italiano anche ad eventuali sue monete di questo tipo e che l'Italia avesse risposto con un rifiuto, facendone apparire la esclusione negli accordi stessi per evitare erronee e pericolose analogie col regime convenzionale delle monete metalliche ⁽¹¹⁾.

La materia dei biglietti di Banca o di Stato e dei surrogati monetari diventerà in seguito (dal 1914) oggetto di specifica rinuncia da parte di San Marino dietro corrispettivo versato dall'Italia.

6. È superflua una indagine storica per seguire lo sviluppo dell'argomento monetario nei diversi accordi con l'Italia.

Quanto è stato oggetto di esposizione precedente dimostra che la Repubblica di San Marino aveva, per tutto l'arco di tempo

(11) In effetti, per ragioni di « bisogno urgente... reclamato dallo sviluppo dell'agricoltura e del commercio locale, di dover completare la viabilità del ... territorio » nella tornata consiliare dell'8 gennaio 1880 fu presentato un progetto per l'emissione di carta moneta sammarinese per L. 200.000. Si diceva nel progetto: « Il mezzo più facile e spedito per costruire e sistemare tutte le nostre strade in breve tempo (diversamente sarebbero occorsi 15 anni: troppo lunghi!) coi soli frutti del fondo di riserva (che fruttava L. 14.000 annue), senza intaccare il capitale e senza imporre dei gravami sui cittadini, sarebbe quello di emettere della carta moneta di piccolo taglio per la somma di lire 200.000, garantendola sul fondo stesso. Questa carta dovrebbe stare in circolazione per un decennio e dopo questo tempo dovrebbe essere ritirata. Il fondo di riserva dello Stato è al presente di lire 284.544 effettive e non nominali, ragguagliata la rendita italiana (5 %) in cui è investito, al corso attuale dell'88 %. La carta quindi, che si emetterebbe, avrebbe la garanzia di quasi un terzo di più dell'emissione e per conseguenza una solidità maggiore di quella delle stesse Banche Consorziali Italiane ».

I proponenti di allora calcolavano, tenuto conto che la carta-moneta, prevista di piccolo taglio (L. 1 e L. 2), sarebbe stata anche « dai forestieri conservata per memoria e per corredo delle collezioni di simile specie », e considerate le perdite, che ne sarebbe stata presentata al cambio per il ritiro e la commutazione soltanto un importo di L. 180.000, che costituiva il « fruttato » alla ragione composta del 5 % capitalizzabile semestralmente per un decennio del fondo iniziale.

passato, che si perde nella storia, l'assoluto potere di battere una moneta propria di qualunque tipo. Non lo ha fatto prima della seconda metà dell'ottocento per ragioni che qui non interessa approfondire di più. Ha dovuto poi negoziare con l'Italia questo suo diritto quando ha preteso che le sue monete circolassero obbligatoriamente anche nell'altro territorio vicino.

In tale stato di cose è da chiedersi quale sia la realtà attuale per ciò che concerne la monetazione aurea.

Contrariamente alle opinioni di alcuni, che oppongono obiezioni al pieno diritto di San Marino di coniare oggi la moneta d'oro, e che, a tal fine, mirano ad interpretare le clausole convenzionali vigenti tenendo per base i vecchi e superati accordi legati alla situazione monetaria italiana del passato, la quale in epoche non lontane annoverava nel suo sistema anche la moneta aurea, il campo di analisi giuridica si deve restringere alle sole norme convenzionali che sono attualmente in vigore fra Italia e San Marino.

Anzitutto è noto che le Convenzioni passate avevano una durata determinata, solitamente decennale; erano rinnovabili tacitamente, salvo denuncia da notificarsi sei mesi prima.

Ora le fonti normative attuali del rapporto italo-sammarinense in materia monetaria, sono date esclusivamente dalla Convenzione di Amicizia e di Buon Vicinato fra San Marino e Italia, firmata a Roma il 31 marzo 1939, dagli Accordi Aggiuntivi alla stessa Convenzione, siglati il 29 aprile 1953 e il 10 settembre 1971, dalla Convenzione Monetaria 10 settembre 1971, e infine dall'Accordo Aggiuntivo e dallo Scambio di Note del 10 luglio 1974.

Ogni altro accordo precedente è abrogato, come emerge chiaramente dall'art. 58 della Convenzione 31 marzo 1939: « Dalla data di entrata in vigore della presente Convenzione cesseranno di avere vigore fra le Parti la Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato stipulata a Firenze il 28 giugno 1897 e le relative Convenzioni Addizionali ».

Qualcuno potrebbe osservare che nel riprodotto articolo non è menzionata la Convenzione Monetaria del 15 giugno 1935 (la Convenzione Monetaria firmata il 23 ottobre 1931 era già stata espressamente dichiarata scaduta e sostituita dalla successiva), per cui quella potrebbe sembrare ancora in vigore. L'osservazione è però del tutto infondata. La Convenzione Monetaria del 1935, come del resto le altre, fu sottoscritta perché era stata, come è detto in premessa al testo, « riconosciuta la necessità di apportare alcune aggiunte e modifiche alla Convenzione di amicizia e buon vicinato... stipulata il 28 giugno 1897, particolarmente all'art. 38, e così pure agli artt. 1 delle Convenzioni Addizionali 16 febbraio 1906 e 10 febbraio 1914 per quanto concerne la coniazione di monete della Repubblica ». Era dunque anch'essa « addizionale ». Fu chiamata « monetaria » inquantochè trattava in modo più organico e speciale la materia della monetazione di San Marino.

Pertanto la stessa Convenzione Monetaria 10 settembre 1971 non cita più quella del 1935 e neppure le precedenti, ma si basa espressamente sull'art. 47 della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato del 31 marzo 1939, modificata dagli Accordi Aggiuntivi del 29 aprile 1953 e da quelli del 10 settembre 1971; infine c'è da dire che, in termini comparativi, ne sostituisce interamente il contenuto. Anche l'impostazione della formula è identica: come la Convenzione Monetaria del 1935 si basa sull'art. 38 e successive modifiche della non più vigente Convenzione fondamentale del 1897, così la Convenzione Monetaria del 1971 si basa sull'art. 47 e successive modifiche della Convenzione fondamentale tuttora vigente del 1939.

La Convenzione Monetaria del 1935, essendo addizionale o aggiuntiva a quella del 1897 e basandosi proprio sull'art. 38 della stessa, è dunque abrogata, come lo è quella del 1897.

7. L'uso antico di un bene particolare e necessario come la moneta ha assunto col tempo il carattere di oggetto di una pre-

rogativa propria dell'esercizio della sovranità statale. È principio di diritto internazionale pubblico che ogni Stato abbia il potere sovrano di emettere una propria moneta, di disciplinarne la circolazione, ma anche di farne oggetto di accordi totali o parziali con terzi Stati.

Si è già detto come sia apparso evidente, dall'esame dell'art. 24 della prima Convenzione del 1862 fra la Repubblica di San Marino e il Re d'Italia, che non si sia mai trattato di una concessione, verso San Marino, di facoltà in materia monetaria, mentre, come si evince anche dall'esame dell'art. 38 (ultima parte) della Convenzione del 1897, il presupposto di ogni accordo col Regno d'Italia riposava sul fatto che San Marino godesse a priori di ogni potere sovrano di battere moneta, ivi compresa quella cartacea. Infatti, tutte le pattuizioni in materia monetaria fra San Marino e Italia hanno trovato la loro ragion d'essere soltanto nel bisogno della Repubblica sammarinese di far circolare la sua moneta in territorio italiano, munita ivi di ogni potere legale. E ciò, agli inizi, neppure in termini di reciprocità. Al cittadino del Regno poteva non interessare ancora che la moneta italiana avesse corso legale e quindi fosse legittimamente spendibile anche in territorio sammarinese ⁽¹²⁾. Si dovrà infatti registrare l'esigenza di una disciplina reciproca soltanto con la Convenzione Monetaria del 23 ottobre 1931 (« Art. 3 - Le monete sammarinesi e le monete italiane avranno rispettivamente, nel Regno d'Italia e nella Repubblica di San Marino, identico corso legale e potere liberatorio nei rapporti fra privati e in quelli con le pubbliche casse »).

L'autonomia valutaria di San Marino, da qualcuno a torto negata, in realtà si realizza e si è realizzata, tanto nell'emettere

(12) Il fatto della non reciprocità si ricollega perfettamente con le originarie ed antiche difficoltà del mercante o dell'artiere sammarinese di trovare, nell'acquisto di merci, nelle vicine città italiane, chi fosse disposto a ricevere in pagamento la moneta di San Marino, che poteva poi spendere soltanto (e quindi difficilmente) nel piccolo territorio sammarinese, non abbastanza interessante sotto il profilo economico e degli investimenti produttivi e commerciali di quella difficile epoca.

una propria moneta, quanto nel servirsi autonomamente di altra moneta, oppure nell'accordarsi con un altro Stato per l'uso nel proprio territorio della moneta di quello Stato. Del resto la Repubblica di San Marino prima del 1864 liberamente decise (si ricordino gli Statuti del 1600) di avvalersi dell'esistenza di monete esterne, consacrandone la validità liberatoria anche negli affari dell'amministrazione pubblica.

Non esiste, per contro, alcuna rinuncia della potestà sovrana e secolare di San Marino di scegliere una qualsiasi forma di modalità d'uso della moneta in relazione alle funzioni della stessa. Qualunque interpretazione restrittiva degli accordi convenzionali oggi vigenti con la Repubblica Italiana neppure potrà mai giungere alla conclusione che San Marino abbia perduto, per rinuncia, la propria autonomia valutaria.

Dal 1862 San Marino ha semplicemente esercitato un potere di scelta, orientandola in un certo modo e cioè negoziando le modalità di utilizzazione di una moneta anziché di un'altra. Ha, perciò, assunto impegni limitativi in materia valutaria dietro corrispettivo. Sono impegni tuttavia a tempo determinato, perchè tanto la Convenzione 31 marzo 1939 con gli Accordi Aggiuntivi, quanto la Convenzione Monetaria 10 settembre 1971, per osservare soltanto clausole negoziali dei giorni nostri, restano denunciabili con preavviso di sei mesi al termine dei 10 anni.

Ma quale Stato, in passato ed oggi, non ha assunto impegni limitativi che riguardano direttamente o indirettamente il campo valutario e monetario ⁽¹³⁾? Il diritto di battere moneta si eser-

(13) Basti in questa sede ricordare appena i rapporti decorsi della Lega Latina, a cui l'Italia aderì assumendo impegni assieme alla Francia, al Belgio, alla Svizzera e ad altri Stati sulla circolazione monetaria dell'argento e dell'oro. Fin dal 1865 in forza di tali impegni, gli spezzati d'argento furono stabiliti in cifra fissa per ogni Stato della Lega e cioè L. 7 per abitante, mentre, dal 1871, a causa del ribasso dell'argento (il che avrebbe dato benefici di bilancio agli Stati che avessero coniato largamente monete bianche a danno degli altri aderenti alla Lega) fu concordemente sospesa la coniazione degli scudi d'argento, anche e addirittura per le sostituzioni di pezzi logori o danneggiati.

cita anche con atti negoziali limitativi all'esercizio del diritto stesso. Nel mondo degli scambi ciò spesso diventa una necessità imprescindibile.

8. L'art. 47 della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato fra San Marino e Italia del 31 marzo 1939, modificato dagli Accordi Aggiuntivi del 29 aprile 1953, per stabilire gli obblighi di parte sammarinese in materia monetaria, recita: « Il Governo della Repubblica di San Marino si impegna: 1) a non effettuare alcuna nuova coniazione di monete di qualsiasi specie, salvo che si tratti di monete d'oro, e in questo caso si varrà dei servizi della zecca italiana. Qualora nell'avvenire il Governo italiano ritenesse opportuno di consentire, in deroga a quanto sopra stabilito, la coniazione di monete sammarinesi, il Governo della Repubblica di San Marino si impegna fin d'ora a servirsi unicamente e in ogni caso della zecca italiana; 2) a non emettere nè direttamente, nè per mezzo di Enti o di Istituti nazionali o stranieri, biglietti di banca o di Stato, surrogati monetari di qualsiasi specie; 3) a non adottare alcun provvedimento finanziario che possa, direttamente o indirettamente, in qualunque modo o misura, influire... sulla circolazione monetaria della Repubblica italiana ».

La Repubblica di San Marino, fin dal 1939, nell'esercizio dei suoi diritti sovrani non ha inteso dunque di concordare in materia monetaria alcuna restrizione alla emissione di proprie monete d'oro. Se esistono per essa degli impegni concordati, di non coniare monete d'argento a sistema decimale, monete divisionali, o biglietti di banca o di Stato ovvero surrogati monetari, l'esistenza stessa, formulata in precisi termini, di tali gravosi impegni conferma l'inesistenza di analoghi vincoli e di obblighi per le monete auree. Riguardo ad esse sussiste invece un solo impegno: quello di avvalersi dei servizi della zecca italiana.

Viene osservato che esistono però delle situazioni di fatto, per cui San Marino sarebbe ugualmente vincolato a non emet-

tere moneta aurea. Una di queste situazioni così si sostanzia: nel 1939, quando fu siglata la Convenzione vigente, circolava una moneta aurea italiana, e proprio in considerazione di ciò furono introdotti nella Convenzione stessa accordi anche in materia di monetazione aurea, ma, esistendo un sistema integrato fra i due Paesi, poichè l'Italia, dal dopoguerra in poi, non annovera più una propria moneta d'oro, così neppure San Marino la può oggi avere per non creare squilibri nel sistema. L'argomento potrebbe trovare qualche incoraggiamento in sede meramente polemica, se i due Stati, dal dopoguerra ad oggi, non avessero preso in considerazione anche la moneta d'oro sammarinese nei vari accordi che si succedettero dopo il 1939.

Il dubbio infatti che i due Stati contraenti abbiano trascurato o ignorato la moneta d'oro nelle pattuizioni successive al 1939, quando ormai la moneta aurea italiana dopo il secondo conflitto mondiale non era più in circolazione, appare chiaramente infondato. Per ben tre volte le negoziazioni italo-sammarinesi presero in esame la monetazione aurea sammarinese: nel 1953 con l'Accordo Aggiuntivo, nel 1971 con altro importantissimo Accordo Aggiuntivo ⁽¹⁴⁾ e ancora nel 1971 con la Convenzione Monetaria.

L'Accordo Aggiuntivo del 29 aprile 1953, quanto alla materia in esame, apporta modifiche solo di stesura all'art. 47, rispetto al contenuto dello stesso articolo della Convenzione del 1939. Tuttavia il ritocco formale induce a considerare come l'articolo venisse attentamente studiato e vagliato. In esso si accenna sempre a nuove coniazioni ed anche, evidentemente, alle monete d'oro. Se di nuove coniazioni si tratta non possono dunque avere queste alcun riferimento o legame con la realtà monetaria italiana del 1939, e nemmeno con monete d'oro inesistenti in Italia nel 1953.

⁽¹⁴⁾ Importantissimo perchè con esso scompare l'espressione « amicizia protettrice » dell'Italia verso San Marino per la conservazione della antichissima libertà ed indipendenza di quest'ultima.

Una modifica effettiva agli obblighi negativi sammarinesi in materia monetaria si ha con gli Accordi italo-sammarinesi del 10 settembre 1971. Essi contemplano la deroga ai divieti rigorosi per San Marino di battere moneta, e, modificando a tal fine il terzo periodo del n. 1 dell'art. 47, sanciscono in termini inequivocabili che « i due Stati regoleranno con apposita Convenzione la coniazione di monete in metallo diverso dall'oro che venisse concordata in deroga... » ai divieti convenuti.

Appare dunque evidente che la Convenzione Monetaria, siglata sotto la medesima data del 10 settembre 1971 in esecuzione dei detti Accordi di deroga agli obblighi negativi, non costituisce disciplina specifica e restrittiva per la coniazione aurea sammarinese, che si è inteso invece escludere da ogni vincolo e dalla stessa Convenzione Monetaria. Il regime monetario aureo per la Repubblica di San Marino resta dunque quello che annovera soltanto l'obbligo di avvalersi dei servizi della zecca italiana ove San Marino intendesse coniare *ex novo* delle proprie monete d'oro.

E non contrasta con tale assunto l'unico accenno alle monete d'oro, contenuto nell'art. 5 della Convenzione Monetaria del 1971, che recita: « La coniazione delle monete d'oro potrà essere fatta per valore illimitato ». Questa precisazione è certamente pleonastica. Essa tuttavia ben si concilia con la volontà negoziale delle Parti ed è addirittura rafforzativa della impostazione convenzionale ampiamente liberistica, che i due Stati hanno voluto attribuire alla coniazione aurea sammarinese.

Certamente cadrebbe in errore chi, nell'intendimento di reperire le clausole convenzionali disciplinanti la circolazione monetaria fra Italia e San Marino, si limitasse a consultare soltanto la Convenzione Monetaria del 10 settembre 1971. Il testo della medesima indica espressamente in premessa che questa è stipulata « sulla base di quanto stabilito nell'art. 47 della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato conclusa a Roma il 31 marzo 1939, quale risulta modificato dagli Accordi Aggiuntivi alla

Convenzione stessa conclusi il 29 aprile 1953 ed in data odierna » ⁽¹⁵⁾.

Alla luce di tale chiara premessa è palese che la Convenzione Monetaria italo-sammarinese del 1971, pur essendo normativa speciale, è il prodotto dell'art. 47 ed esclude espressamente qualsiasi restrizione di valore per quanto riguarda le monete auree sammarinesi.

Peraltro la Convenzione Monetaria anzidetta non può tenersi quale unica base della disciplina monetaria fra i due Stati. È noto infatti che essa non regola l'emissione di moneta cartacea. E ove fosse vero l'assurdo che essa costituisse unica fonte normativa in materia monetaria fra i due Paesi, San Marino avrebbe allora il diritto di emettere anche biglietti di banca aventi corso legale, ciò che è invece chiaramente vietato dagli accordi contenuti nell'art. 47 citato.

9. Grazie alla certezza normativa del rapporto italo-sammarinese in materia monetaria cade ogni ipotesi di applicabilità circa la moneta d'oro sammarinese dell'art. 2 della vigente Convenzione Monetaria del 1971. L'articolo è del seguente tenore: « Le monete, nei valori che la Repubblica di San Marino intenda coniare, saranno identiche a quelle italiane per quanto concerne il metallo, la composizione chimica, il valore nominale, le dimensioni ed il valore intrinseco dei singoli pezzi ». Le prescrizioni e restrizioni così convenute si riferiscono evidentemente, per le ragioni che abbiamo ampiamente illustrato prima, alle

⁽¹⁵⁾ Sotto il profilo causale e formale non c'è possibilità di raffronto con la Convenzione Monetaria fra la Repubblica Italiana e lo Stato della Città del Vaticano del 9 agosto 1971, ratificata e resa esecutiva in Italia con Legge 12 aprile 1973 n. 196. Tale Convenzione è stipulata *ex novo* e non è la proiezione e l'esecuzione speciale di pattuizioni più ampie e di vario argomento comprese quelle monetarie, come è per la Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato fra San Marino e Italia. Circa il contenuto invece le due Convenzioni sono abbastanza simili.

« monete in metallo diverso dall'oro », alle monete, cioè, per le quali è stata concordata la deroga al divieto di coniazione nel 1971.

Nè vale, anche rispetto a tale articolo, argomentare che, non esistendo più nella circolazione monetaria italiana il pezzo od i pezzi in oro, per motivi di necessaria « identità » delle monete dei due Stati, e per essere venuti a mancare i presupposti di fatto e giuridici che regolavano la contemporanea circolazione aurea fra i due Paesi, San Marino non possa coniare monete d'oro per suo conto. I motivi di infondatezza di simili argomentazioni sono quelli stessi detti in precedenza. Un divieto del genere, ricavabile da una interpretazione esasperata ed assurda di formule normative ben chiare, contrasta infatti con l'atto della formulazione degli Accordi Aggiuntivi del 1953 e del 1971, laddove si riafferma e si riconosce espressamente e ripetutamente fra le due Parti contraenti la libertà di coniazione di monete di oro per la Repubblica di San Marino, in epoche in cui la Repubblica italiana non contava certo nel suo sistema monetario la moneta d'oro. E ove il Governo italiano avesse avuto una qualsiasi ragione di concordare un divieto di monetazione aurea per San Marino, e questa vi avesse aderito, non soltanto non doveva apparire la formula liberalistica e di eccezione ai divieti convenuti, che si legge negli accordi circa le monete d'oro sammarinensi, ma doveva ivi apparire una dizione di espresso divieto alla coniazione aurea, come lo è per i biglietti di banca o di Stato (art. 47 comma 2 della Convenzione vigente), che San Marino si è impegnata a non emettere nè direttamente, nè per mezzo di enti. Quanto meno doveva apparire il divieto temporaneo finchè anche l'Italia non si accingesse a battere moneta d'oro. A dire il vero, ove non esistesse la già illustrata ed inequivocabile formulazione degli accordi sulla materia monetaria aurea, e vigendo il sistema integrato totale, proprio perchè in Italia non è in corso una moneta d'oro la Repubblica di San Marino non sarebbe te-

nuta all'eventuale adempimento del rispetto dell'identità di composizione chimica, di valore nominale, di dimensione e di valore intrinseco della moneta aurea.

È dunque incontrovertibile il diritto di San Marino di battere moneta d'oro. Il diritto è anche confermato, *ad abundantiam*, dalla stessa Convenzione Monetaria del 1971. Infatti l'indicazione all'art. 5, che si è giudicata in precedenza pleonastica rispetto all'intero contenuto dei patti in materia monetaria fra Italia e San Marino, serve a fugare anche qualche eventuale perplessità derivante dalla circolazione in San Marino di una moneta d'oro sammarinese. Perplessità che si potrebbe nutrire, a torto, intravedendo effetti sul sistema monetario italiano ed inconvenienti sugli scambi. Il fatto stesso che si sia riconosciuto, come in passato dal 1931 in poi, a San Marino la facoltà di coniazione delle monete d'oro per valore illimitato, e cioè una assoluta libertà in tale campo, denuncia chiaramente l'infondatezza di tali perplessità, la riconosciuta inesistenza di problemi ed effetti sulla circolazione monetaria italiana, mentre conferma ancora una volta, se ve ne fosse bisogno, il diritto di San Marino ad esercitare la più ampia e libera coniazione aurea.

Non a caso si deve qui ricordare che quando l'Italia era vincolata dai patti dell'Unione Latina le Convenzione e gli Accordi fra la stessa e San Marino erano restrittivi nei valori e nel numero. Addirittura l'Italia era costretta a ritirare dalla circolazione le monete che uscivano in identica pezzatura sotto il conio sammarinese. Ciò evidentemente perchè le monete sammarinesi avevano corso legale anche in territorio italiano, in forza degli accordi fra i due Paesi. Si osservi la Convenzione del 1897, che sospende, per tutta la durata della Convenzione stessa, decennale con proroga tacita salvo denuncia, la coniazione di monete di bronzo sammarinesi, quelle di nichelio od altre monete, e fissa le monete d'argento, a sistema decimale, ad un contingente di pezzi da L. 5 che non ecceda in nessun caso la somma limite di

L. 90.000, e le monete divisionali, al titolo di 835 millesimi, ad un ammontare non superiore a L. 60.000 ⁽¹⁶⁾.

Nel 1953 e nel 1971, pur ponendosi problemi monetari, l'Italia, quando il suo sistema non contava monete auree, non accampò neppure, e tanto meno pretese, restrizioni riguardo alla monetazione aurea sammarinese, come poteva, se ne avesse avuto il diritto in forza dei patti precedenti, ed i motivi in relazione alla mutate realtà del momento.

È certo che la moneta d'oro che San Marino vorrà coniare dovrà essere a pieno titolo usuale, per non venir meno, sia alle sue naturali funzioni, sia agli scopi per cui San Marino stessa si accingerà a tale sorta di monetazione. La formula e la garanzia del titolo saranno di fatto e di diritto un motivo in più per allontanare ogni incertezza remota ed estrema, per chiunque, sul potere illimitato di coniazione che San Marino ha.

La moneta d'oro sammarinese porterà nel suo corpo il valore, anche se ormai da più parti si sostiene, con attendibili ragioni, che non è più l'oro a sorreggere la moneta, ma la accettazione generale della moneta stessa.

Una contestazione al diritto di San Marino di emettere mo-

(16) Da un riferimento del Ministero del Tesoro italiano, allegato alla relazione rivolta alla Reggenza e al Consiglio Grande e Generale per la Convenzione Addizionale del 1907, si legge: « Allorchè nel 1896 negoziandosi la Convenzione di amicizia e di buon vicinato con San Marino, l'Italia riconobbe alla Repubblica il diritto di battere scudi e spezzati da ammettersi a corso legale nel Regno, s'impose la necessità di regolare gli imminenti patti speciali con S. Marino in rapporto ai patti generali della Lega Latina. La Lega Latina impose due condizioni: 1. che agli scudi di S. Marino l'Italia provvedesse demonetando altrettanti suoi scudi; 2. che gli spezzati di S. Marino fossero compresi nel contingente di spezzati assegnato all'Italia, il che è come dire che alla coniazione degli spezzati di S. Marino si provvedesse demonetando altrettanti spezzati italiani.

Le coniazioni di argente per conto della Repubblica sono state eseguite sotto queste due condizioni.

San Marino ha coniato L. 90.000 in scudi. Questa cifra nel 1896 fu calcolata applicando a S. Marino all'incirca la percentuale di scudi che avevasi per l'Italia.

S. Marino ha, con l'ultima convenzione, coniato spezzati per L. 120.000. Ha quindi una media di L. 10,90 per abitante, cioè una media superiore di metà alla media italiana, che già avvertii essere di L. 7. Viene meno, perciò, la possibilità di aumentarne il contingente complessivo ».

neta aurea, diritto che si è visto sancito e riconosciuto convenzionalmente dall'Italia nella disciplina della circolazione monetaria fra i due Paesi, porrebbe in una inutile discussione la certezza di norme, che non lasciano spazio ad equivoci, norme che hanno inteso anche abrogare espressamente tutti i patti fra i due Paesi preesistenti al 1939.

10. Il 26 ottobre 1925 San Marino mise in circolazione con un provvedimento reggenziale due monete d'oro, da L. 10 e da L. 20, al titolo 900/1000. Le operazioni di conio erano state affidate alla Zecca di Roma. La tiratura fu rispettivamente di 20.000 e 10.000 esemplari ⁽¹⁷⁾, e del peso di g. 3. 22.580 (diametro 19 mm.) e di g. 6. 45161 (diametro 21 mm.) ⁽¹⁸⁾.

Questa coniazione aurea non è stata preceduta da alcun accordo convenzionale fra Italia e San Marino, e neppure le Convenzioni precedenti accennano minimamente alla coniazione aurea. Non quelle antecedenti al 1900 e nemmeno quelle del 1906 e del 1907 e tanto meno l'Addizionale del 1914 che introduce per la prima volta l'impegno, per la Repubblica di San Marino, di non emettere in qualunque modo biglietti di banca o di Stato o surrogati monetari. L'accenno alla monetazione aurea si avrà soltanto con la Convenzione Monetaria del 1931, ora abrogata, ove si afferma soltanto il principio della illimitatezza di valore nella coniazione aurea sammarinese.

Invero non vi possono essere dubbi sulla inesistenza di accordi fra San Marino e Italia riguardo alle monete d'oro sammarinesi del 1925. Basti leggere la premessa alla Convenzione Monetaria del 23 ottobre 1931. Essa cita tutte le convenzioni precedenti fin dal 1897, già note, ma non ne indica una nuova e speciale avente ad oggetto le monete d'oro. Avrebbe dovuto

(17) Così statuisce la legge 18 agosto 1924 n. 22 che autorizza la coniazione di monete auree. È possibile che la tiratura effettiva sia stata notevolmente inferiore.

(18) Vedasi il decreto 24 ottobre 1925 n. 38 che ordina la messa in circolazione delle monete d'oro. Esso prevede anche il riconoscimento dei pezzi di « prova » e dei pezzi di « prova di stampa ».

farlo ove una pattuizione simile fosse realmente intercorsa, anche in considerazione del fatto che con tale Convenzione si intendeva riordinare tutto il rapporto italo-sammarinese in materia monetaria, e della circostanza che si introduceva per la prima volta l'accento alla monetazione aurea. Eccone il testo: « La Serenissima Repubblica di San Marino e il Regno d'Italia, nella necessità di apportare alcune aggiunte e modifiche alla Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato tra loro stipulata il 28 giugno 1897, particolarmente all'art. 38, e così pure agli articoli 1 delle Convenzioni Addizionali 16 febbraio 1906 e 10 febbraio 1914, per quanto concerne la coniazione di monete della Repubblica; in considerazione delle vicende monetarie intervenute nel frattempo, che hanno portato alla monetazione ora vigente notevoli cambiamenti, in confronto alle particolari caratteristiche sulle quali esplicitamente si basavano i precedenti accordi fra i due Stati; hanno ritenuto l'opportunità di addivenire alla stipulazione della presente Convenzione Monetaria... ».

Anche la legge sammarinese 18 agosto 1924 n. 22, che autorizza la coniazione di monete auree, non si richiama, a differenza di tutti gli altri provvedimenti legislativi, a precedenti accordi fra i due Stati e così pure il decreto 24 ottobre 1925 n. 38 che pone in circolazione le monete stesse ⁽¹⁹⁾.

Un semplice scambio di lettere nel giugno e luglio del 1924, fra le Autorità sammarinesi ed i Ministri competenti italiani ⁽²⁰⁾, costituisce tutto l'aspetto formale e sostanziale dell'ar-

⁽¹⁹⁾ Le monete auree, pur essendo state « immesse nella circolazione » mediante il decreto reggenziale 24 ottobre 1925, sulla base della volontà sovrana di coniazione manifestata dal Consiglio Grande e Generale della Repubblica di San Marino con legge 18 agosto 1924 n. 22, in realtà, ed in forza di decreti, reggenziali, furono cedute nel 1925 dalla Tesoreria di Stato al prezzo 7 volte superiore al valore nominale. I Capitani Reggenti nella seduta consiliare del 18 agosto 1924 spiegavano la necessità di reperire un cespite, indicato nella coniazione di monete d'oro, per far fronte al grave debito della Congregazione di Carità di San Marino ammontante a L. 600.000.

⁽²⁰⁾ La lettera 7 giugno 1924, indirizzata al Ministro Luigi Luzzatti dal Capitano Reggente Angelo Manzoni Borghesi, è di accompagnamento a un pro-memoria,

gomento delle monete d'oro sammarinesi. Dalla Parte italiana, quanto alle monete d'oro, non si accenna infatti a convenzioni, accordi, vincoli, restrizioni, riserve, limitazioni e precisazioni giuridiche di alcun genere. Essa risponde senza condizioni nè prese d'atto alla Parte sammarinese, che manifesta l'intenzione di far coniare dalla Zecca italiana ventimila pezzi da L. 10 e diecimila da L. 20 in oro, spiegando gli scopi della coniazione, più numismatici che monetari, al fine di ricavare un utile da un cambio superiore a quello reale. Esprime invece diniego, causa gli obblighi internazionali con l'Unione Monetaria Latina, alla coniazione di nuovi scudi d'argento e sconsiglia la coniazione di monete divisionali in rame per la passività dell'operazione.

Che la Repubblica di San Marino utilizzasse le monete d'oro di sua emissione per scopi prevalentemente diversi da quelli dell'uso e della destinazione naturale della moneta, specie in quelle epoche difficili, di poco successive alla prima guerra mondiale, e quando l'aumento dell'oro poteva consentire certe operazioni speculative, ha qui ben poca importanza. Invece concrete considerazioni emergono dalla operazione ed interessano soprattutto

riguardante per l'oro il valore dei pezzi da coniare, il numero, gli scopi, le modalità di coniazione ed il piano di finanziamento. Lo stesso pro-memoria manifesta il desiderio sammarinese del ritiro dalla circolazione delle monete di rame e d'argento (divenute irreperibili) e della emissione di nuove della stessa qualità e quantità.

La lettera del Ministro delle Finanze italiano inviata il 7 luglio 1924 al Capitano Reggente Manzoni Borghesi si riferisce al pro-memoria sammarinese consegnato il 28 giugno precedente e comunica la inesistenza di difficoltà ad autorizzare la R. Zecca a coniare i ventimila pezzi da dieci lire ed i diecimila pezzi da venti lire d'oro, con le impronte della Serenissima Repubblica di San Marino. Suggerisce l'invio alla R. Zecca, per tramite della Direzione Generale del Tesoro, dei modelli di tali monete. Precisa che la R. Zecca avrebbe formulato il preventivo per le spese di coniazione da anticiparsi e richiede che, al momento opportuno, il Governo della Repubblica provveda all'invio delle verghe d'oro o delle monete d'oro estere non decimali da fondere per coniare il quantitativo delle monete sammarinesi, delle quali si prevede sicura la vendita, entro i limiti di cui sopra. La lettera prosegue per esprimere il diniego alla coniazione di scudi d'argento, per le ragioni già dette in altra parte e per confermare le informazioni sulla inopportunità dell'operazione di coniazione delle monete in rame. Conclude con l'augurio che le nuove monete aeree della Repubblica di San Marino potessero riuscire belle e, comunque, degne della tradizione della Repubblica e della R. Zecca.

la nostra tesi. Esse sono: 1) che San Marino, senza aver dato corso a formali e sostanziali pattuizioni con l'Italia, conì e mise in circolazione due monete d'oro realizzando l'esercizio, non vincolato da accordi, di un suo diritto; 2) che dette monete esprimevano un valore nominale in lire; 3) che le monete stesse, per il titolo, le modalità legislative di emissione, avevano le caratteristiche di moneta in circolazione nella Repubblica di San Marino.

Anche i fatti, i precedenti e gli avvenimenti descritti confortano dunque il pieno diritto della Repubblica di San Marino di coniare la propria moneta d'oro. Essi evidenziano una realtà effettiva, poi fatta oggetto, a partire dal 1931, delle attenzioni normative convenzionali fra i due Paesi. Ma soprattutto pongono in luce l'inesattezza della tesi che fra l'Italia e San Marino esista un sistema monetario unico, caratterizzato da una stretta identità di elementi circolanti.

È certamente incontestabile che gli atteggiamenti dei due Paesi siano stati concordemente diversi nell'affrontare i temi della monetazione aurea rispetto a quelli delle altre forme di monetazione metallica e cartacea: improntati a criteri liberistici nel primo caso, estremamente vincolativi e rigorosi nel secondo. Mentre è sempre apparsa chiara la volontà di entrambi di non sottoporre ad alcuna negoziazione convenzionale restrittiva la moneta d'oro.

È vero che l'attività monetaria sammarinese, costretta e condizionata dalla mancanza di una economia consistente, è rimasta a lungo inerte nel campo aureo. È vero che la emissione in oro del 1925 era stata prevista di modestissime proporzioni, irrilevanti rispetto al sistema monetario italiano ed europeo. Ma è anche vero che l'oggetto moneta d'oro, per il non registrare disciplina sostanziale fra le Parti, costituisce un precedente in ogni caso; conferma il convincimento che San Marino non avesse mai inteso sottoporre a vincolo il suo potere di emissione aurea e che, infine, la circolazione monetaria dell'oro a San Marino

avesse una vita a sè stante ed autonoma, malgrado la presenza di un sistema monetario integrato fra i due Stati.

La realtà normativa successiva dà pienamente ragione alla tesi, che in queste pagine si vuole enunciare e sostenere, di una indubbia differenziazione nell'ambito sammarinese fra il regime monetario aureo e quello di tutte le altre monete, metalliche e non.

Per contro non è difficile infatti dedurre, dall'analisi delle norme in vigore dal 1939 ad oggi (non è possibile invocare norme precedenti, dichiaratamente abrogate), la inesattezza interpretativa e la infondatezza sostanziale della opinione, secondo la quale vi sarebbe una semplice « deroga » per le monete d'oro ai divieti di coniazione accettati da San Marino. A ben leggere l'art. 47 modificato della Convenzione del 31 marzo 1939, « deroga » è invece, secondo la volontà delle Parti, la coniazione di monete metalliche diverse dall'oro. Quanto alle monete d'oro, si tratta di vera e propria « esclusione » da ogni impegno di non coniare.

E proprio perchè la Parte italiana convenne di escludere dai divieti di coniazione le monete d'oro, ove avesse inteso concordare una disciplina restrittiva anche per esse, nel timore di eventuali alterazioni del suo sistema monetario o degli scambi, avrebbe dovuto con l'articolo 47, se non sopprimere e sostituire, concepire ben altre clausole, quanto meno determinative, sui valori, sulle dimensioni e sulla composizione della moneta aurea. Le Parti hanno invece stabilito soltanto che San Marino imponesse al suo libero esercizio di coniazione aurea l'obbligo di valersi dei servizi della Zecca italiana. È stato preso quindi in considerazione dopo il 1939 un solo obbligo gravante su San Marino e non l'intera materia delle limitazioni che riguarda le altre forme monetarie.

È superfluo dire che proprio l'assunzione temporanea dell'impegno di non coniare rivela l'esistenza originaria del diritto

a farlo. Ma circa l'oro la Repubblica di San Marino non si è affatto impegnata a non effettuare alcuna nuova coniazione.

Pur ripetendo concetti già espressi, è utile ricordare che la chiarezza della già illustrata volontà negoziale delle Parti nella stipulazione dei successivi atti di modifica della Convenzione del 1939 non soltanto contraddice ma nega la validità della opinione che vuole affermare l'odierna mancanza di presupposti giuridici e di fatto al pieno diritto di San Marino di coniare monete d'oro, adducendo l'inesistenza della contemporaneità della circolazione aurea fra i due Paesi.

Quando fu modificato l'art. 47 della Convenzione, e cioè tanto nel 1953, quanto nel 1971, e si trattava anche della monetazione aurea, riaffermando il criterio liberistico di sempre, la Parte italiana sapeva perfettamente che non era in corso una propria moneta d'oro. Se avesse inteso allearsi al principio della contemporaneità della circolazione aurea fra i due Paesi, mai avrebbe dovuto sottoscrivere norme di modifica, riguardanti anche la moneta d'oro, nel modo che è stato fatto.

La formulazione dei patti convenzionali così analizzati e la realtà effettiva convincono dell'esistenza a San Marino, accettata dunque e riconosciuta, di due sistemi monetari o di un sistema unico o integrato ma a doppia circolazione.

La convinzione si impone anche in netto contrasto colla tesi, erronea, dell'identità assoluta dei due sistemi monetari, quello italiano e quello sammarinese, o del sistema monetario unico, integrato ed esclusivo fra i due Paesi; concezioni queste che, dall'analisi delle norme convenzionali, appaiono senza base alcuna. Parificazione, identità ed integrazione esistono senza dubbio, ma limitatamente alle sole monete metalliche, escluse sempre quelle d'oro.

Anche l'affermazione stessa della illimitatezza di valore per le monete d'oro, introdotta, come si è già detto, in modo pleonastico nell'art. 5 della Convenzione Monetaria del 1971, avvalora invece l'assunto dell'inesistenza di identità e di integrazione del si-

stema monetario fra San Marino e Italia per quanto concerne l'oro, proprio tenendo conto della mancanza di una circolazione monetaria aurea in Italia e dell'esigenza, ove il sistema fosse veramente integrato e unico, di limiti proprio di valore in relazione alla nominalità, al titolo e alla quantità della massa monetaria emettabile; limiti che non sono stati mai posti. Anzi, il secondo comma dell'art. 5 della convenzione monetaria del 1971 (« Il valore nominale delle monete coniate diverse dall'oro non potrà eccedere ogni anno la somma complessiva di duecento milioni di lire italiane e, comunque, il quantitativo di pezzi conati non potrà superare i venti milioni ») esclude tali limiti precisamente per le monete auree.

11. Riandando al secolo passato, quando i sammarinesi mirarono al fatto che la loro moneta avesse corso legale anche in territorio italiano, e soprattutto considerando le diverse necessità ed il fabbisogno monetario che li indussero a tale scelta, è presumibile che la Repubblica di San Marino non avesse mai ritenuto indispensabile che la sua moneta d'oro avesse, a differenza delle altre monete metalliche, corso legale anche in territorio italiano, e che, perciò, non avesse mai chiesto di trattare con l'Italia simile argomento. Sta di fatto che le norme convenzionali vigenti fra Italia e San Marino non escludono affatto, anzi ammettono ampiamente, che San Marino abbia una sua circolazione monetaria d'oro del tutto autonoma e concomitante con quella divisionale metallica. Si può aggiungere che tale circostanza appare più che evidente dalla volontà delle Parti che hanno riconosciuto, più che convenuto, per le monete d'oro, una particolare concezione liberistica ed assoluta a fianco dell'altra che è controllata. Del resto l'art. 3 della Convenzione Monetaria del 1971 sancisce l'identico corso legale e potere liberatorio nei rapporti tra i privati ed in quelli con le pubbliche casse, nei due territori, delle sole monete in metallo diverso dall'oro.

A questo punto può porsi necessariamente la questione della

collocazione della moneta aurea sammarinese nel sistema economico e nel rapporto con le altre monete. Ma la questione appare più teorica che giuridica, una volta affermato il principio del diritto sovrano della Repubblica di San Marino di battere moneta d'oro, avente perfetto e completo corso legale nel proprio territorio.

Se si tiene in considerazione il concetto, ormai confermato ovunque, che con la parola moneta non si identifica più la moneta in senso stretto e tradizionale, ma si intende significare ogni elemento di un più ampio sistema monetario, come i depositi bancari; che ciò che si indica quale moneta può essere costituito, come in passato, da diverse specie; che, per quanto concerne le monete metalliche, non esiste ormai più nel mondo la cosiddetta « moneta-merce », il cui valore intrinseco corrisponda a quello nominale; che anche la « moneta-segno » non ha più una misura fissa di quantità di metallo pregiato e la sua convertibilità in oro non è più garantita neppure dagli Stati di primaria potenza economica; e che, infine, le monete dei vari Paesi si sono allontanate dall'oro, appare problematico ed inutile parlare di collocazione della moneta sammarinese in un sistema economico o in più sistemi, o che possa comunque determinare legami necessari con gli stessi e costituire condizioni di influenza.

È certo che la moneta aurea sammarinese, nei limiti del piccolo territorio, dovrà adempiere alle funzioni proprie ed essenziali della moneta o, quanto meno, a qualcuna di esse, per non perdere la sua natura, anche se oggi non è necessario che la moneta abbia un valore « intrinseco » per costituire elemento intermedio degli scambi, e non si pone nemmeno la questione del mercato « chiuso » o del mercato « aperto », cosiddetto in relazione ai traffici internazionali, data l'irrilevanza della coniazione per l'uso sammarinese, la quale esclude anche i problemi connessi con le esigenze del requisito di « stabilità del valore ». Perciò oltre che quale intermedio negli scambi, anche differiti, e unità di conto, essa servirà in special modo come fondo

di valori. Costituirà in tal guisa una forma importante di conservazione di patrimonio, forma che è estremamente difficile reperire altrimenti nel piccolo mondo economico e finanziario sammarinese. Mentre, sotto il profilo dei problemi di influenza sul fabbisogno fiscale statale e sul controllo dell'offerta della moneta, sul conflitto che può determinarsi fra queste due esigenze, nonché sulle questioni di politica monetaria, una moneta d'oro sammarinese non può generare alcun effetto negativo o apprezzabile, proprio per la natura pregiata del metallo, e per la quantità irrilevante, su scala mondiale, che San Marino potrà emettere, senza una sua perdita sicura. Una moneta simile non potrebbe agire sensibilmente e in alcun modo neppure sui movimenti monetari sammarinesi ed esterni giacché essa sparirà dalla circolazione in breve tempo e difficilmente rientrerà nel circuito monetario vigente. Ove quest'ultimo fatto avvenisse, vorrebbe dire allora che l'economia mondiale si è risanata in un auspicabile riequilibrio.

Un sistema monetario è dato anche dai rapporti legali e di fatto che intercorrono fra le varie monete in circolazione legale in un certo momento storico ed in un determinato territorio. Ora nulla impedisce che a San Marino circoli contemporaneamente e legalmente la moneta metallica sammarinese, la moneta metallica italiana, fra di loro integrate e parificate nei valori e nel titolo come abbiamo visto, la moneta cartacea esclusivamente di emissione italiana, e la moneta aurea esclusivamente di emissione sammarinese, quest'ultima avente corso legale soltanto in territorio sammarinese.

Agli effetti del legame intermonetario di scambio la moneta aurea sammarinese, pur avendo una sua qualificazione nominale, deve avere, all'atto formale che ne ordina l'emissione, una identificazione di valore rapportato alle altre monete metalliche sammarinesi già in circolazione.

A San Marino si avrebbe così, in termini semplici, un unico sistema monetario, composto da più monete aventi origine,

caratteri, valori operativi differenti, ma caratterizzato da una doppia e distinta circolazione: quella aurea che è limitata al territorio sammarinese e quindi a sè stante ed autonoma, e quella di tutte le altre monete operanti simultaneamente nei due territori d'Italia e di San Marino.

Il fatto che a San Marino circolino contemporaneamente più monete non è certo una novità, se si ricorda quanto si è detto delle monete di provenienza, di conio, di composizione e di valore diversi, in uso secondo lo statuto sammarinese, e con un preciso rapporto di valore fra di loro.

Del pari non è una novità, sotto il profilo giuridico, oltre che materiale, che nella Repubblica di San Marino esistesse una doppia e distinta circolazione di tipi di monete non integrate nei valori e nel corso legale, anche se operanti nello stesso sistema. Basti osservare l'ultima parte dell'art. 38 della Convenzione di Buon Vicinato e di Amicizia tra San Marino e l'Italia 28 giugno 1897, che recita: « Intendesi escluso in modo assoluto il corso legale nel Regno per qualsiasi surrogato monetario in forma di biglietti di Banca o di Stato a corso libero, legale o forzoso, che il Governo della Repubblica intendesse di emettere per qualsiasi cagione ».

Risulta dunque che nel 1897 in territorio sammarinese e in quello italiano avessero corso legale contemporaneamente i pezzi sammarinesi in argento da L. 5 e le monete metalliche divisionali, mentre la moneta cartacea, di emissione sammarinese, non era impedita, ma poteva avere corso legale soltanto in territorio di San Marino. Nel 1897 era quindi concepito ed ammesso dai due Stati un sistema monetario per una precisa parte integrato e composto da monete di conio diverso, ma di identico valore nominale, titolo e peso, caratterizzato però da una doppia e distinta circolazione: l'una, operante fra i due Paesi, e l'altra, quella cartacea, autonoma ed esclusiva per il solo territorio di San Marino.

La constatazione storica e giuridica porta a concludere il no-

stro assunto: la Repubblica di San Marino può liberamente avere una sua circolazione monetaria aurea di carattere autonomo ed avente corso legale soltanto nel suo territorio, indipendentemente dalla circolazione convenzionata di altre monete, di provenienza anche non sammarinese ⁽²¹⁾.

(21) L'affermazione conclusiva, secondo la quale la Repubblica di San Marino può liberamente avere una propria circolazione monetaria aurea, indipendentemente dalla circolazione convenzionata di altre monete, ha trovato ampia conferma, dopo un confronto di tesi soprattutto a livello tecnico-giuridico, nello Scambio di Note del 10 luglio 1974 fra il Ministro degli Esteri della Repubblica Italiana ed il Segretario di Stato per gli Affari Esteri della Repubblica di San Marino.

Il contenuto dello Scambio di Note consacra infatti i seguenti punti fondamentali: a) la facoltà della Repubblica di San Marino di coniare proprie monete d'oro; b) la riaffermazione dell'impegno di avvalersi della Zecca italiana, concordando preventivamente il quantitativo e la pezzatura con le competenti Autorità tecniche italiane; c) la rinuncia del Governo sammarinese a chiedere al Governo d'Italia il riconoscimento del corso legale delle monete d'oro nel territorio di questa; d) il corso legale delle monete stesse limitatamente al territorio sammarinese.

San Marino, in armonia ed in previsione dello scambio di note, i cui termini erano ormai definiti, con legge 28 giugno 1974 n. 46, aveva già autorizzato la coniazione di monete d'oro da scudi 2 e da scudi 1, disponendone il corso legale ed il potere liberatorio nei rapporti fra privati ed in quelli con le pubbliche casse, demandando a successiva disposizione reggenziale di stabilirne le caratteristiche, le quantità dei pezzi, le modalità di emissione e di circolazione nel territorio sammarinese.

Il decreto reggenziale, emesso il 19 dicembre 1974, stabilisce, fra l'altro, l'emissione di 76.000 pezzi da scudi 2, del peso di grammi 6, del diametro di mm. 21, al titolo legale 917/1000, e 86.000 pezzi da scudi 1 del peso di grammi 3, del diametro di mm. 16, allo stesso titolo legale.

Con il medesimo decreto gli scudi aurei sono ragguagliati in valore-lire, e precisamente con le monete metalliche emesse da San Marino in lire, a partire dal dicembre 1972, in forza della Convenzione Monetaria italo-sammarinese del 10 settembre 1971. In tal modo si ha un preciso rapporto di valore fra le due monete circolanti in San Marino, una delle quali, quella in lire, come è noto, ha corso legale anche in territorio italiano. Infine il decreto fissa col 30 dicembre 1974 l'immissione nella circolazione monetaria sammarinese degli scudi aurei e la loro convertibilità presso le pubbliche casse fino al 31 dicembre 1975.

Da un esame e confronto dei provvedimenti legislativi adottati da San Marino nel 1974 con quelli emessi dalla medesima Repubblica nel 1924 e 1925, sempre in tema di monetazione aurea, appaiono abbastanza evidenti alcune particolari diversificazioni normative che, se da un lato inducono a ritenere l'esistenza di un intendimento non strettamente monetario del legislatore sammarinese di quella ormai lontana epoca, dall'altro concorrono ad avvalorare la tesi della doppia circolazione nel sistema monetario sammarinese.

Si osserva infatti che la legge 18 agosto 1924 n. 22, che autorizza la coniazione di monete auree da L. 10 e da L. 20, ed il decreto 24 ottobre 1925 n. 38, che ordina

APPENDICE ⁽²²⁾**a) ESTRATTI DELLE CONVENZIONI FRA ITALIA E SAN MARINO IN MATERIA MONETARIA, ATTUALMENTE ABROGATE.**

1) CONVENZIONE, firmata a Torino il 22 marzo 1862 tra la Repubblica di San Marino e S.M. Vittorio Emanuele II Re d'Italia e relativo protocollo.

ART. 24. — « Le monete, che la Repubblica di San Marino credesse col tempo di dover coniare, potranno aver corso nel regno d'Italia, purchè siano ragguagliate al sistema decimale ed abbiano lo stesso titolo e peso di quelle regie ».

2) CONVENZIONE di buon vicinato e di amicizia, firmata a Roma il 27 marzo 1872 tra la Repubblica di San Marino e S.M. Vittorio Emanuele II Re d'Italia.

ART. 33. — « Le monete coniate e da coniarsi dalla Repubblica di San Marino continueranno ad avere corso nel Regno d'Italia, purchè siano ragguagliate al sistema decimale e abbiano lo stesso titolo e peso di quelle Regie ».

3) CONVENZIONE di buon vicinato e di amicizia, firmata a Firenze il 28 giugno 1897 tra la Repubblica di San Marino e S.M. Umberto I Re d'Italia.

la messa in circolazione delle monete in oro, ed i decreti che lo hanno preceduto, non contengono alcuna disposizione che riguardi il loro corso legale e potere liberatorio nei vari rapporti. Si limitano a fissarne soltanto la immissione nella circolazione, stabilendone un prezzo di « cessione », che, per le « collezioni » non prenotate, risulta più volte superiore al loro valore nominale in lire presso la Tesoreria Generale.

Diversamente i provvedimenti legislativi sammarinesi del 1974, oltre che istituire lo scudo d'oro quale nuova moneta sammarinese, non stabiliscono alcuna loro cessione a prezzo, mentre ne sanciscono: a) il corso legale e potere liberatorio nei rapporti fra privati ed in quelli con le pubbliche casse; b) il ragguaglio con la moneta in lire; c) l'area territoriale di circolazione; d) la convertibilità presso le pubbliche casse determinata nel tempo.

⁽²²⁾ Sono trascritti soltanto gli articoli ed i testi che hanno stretta attinenza con la materia monetaria.

ART. 33. — « Le monete coniate e da conarsi dalla Repubblica di San Marino continueranno ad aver corso nel Regno d'Italia, purchè siano ragguagliate al sistema decimale ed abbiano lo stesso titolo e peso di quelle regie.

Per la fabbricazione di monete di conio proprio la Repubblica di San Marino si varrà esclusivamente della Zecca reale di Roma.

La coniazione delle monete di bronzo per conto di San Marino è sospesa per tutta la durata della Convenzione e per questa durata la Repubblica s'impegna a non far coniare monete di nichelio od altra moneta erosa.

Durante la Convenzione la detta Repubblica può coniare ed emettere monete di argento a sistema decimale, purchè: a) l'ammontare dei pezzi da Lire 5 (cinque) non ecceda in nessun caso la somma limite di 90.000 (novantamila) lire; b) l'ammontare delle monete divisionali al titolo di 835 millesimi non ecceda in nessun caso la somma limite di 60.000 (sessantamila) lire.

Intendesi escluso in modo assoluto il corso legale nel Regno per qualsiasi surrogato monetario o in forma di biglietti di Banca o di Stato a corso libero, legale o forzoso, che il Governo della Repubblica intendesse di emettere per qualsiasi cagione ».

2) CONVENZIONE ADDIZIONALE a quella di buon vicinato e di amicizia del 28 giugno 1897, conclusa fra il Regno d'Italia e la Repubblica di San Marino in Roma il 16 febbraio 1906.

« Sua Maestà il Re d'Italia e la Serenissima Repubblica di San Marino avendo riconosciuto l'opportunità di modificare la Convenzione fra loro stipulata in data 28 Giugno 1897, al fine di ovviare alla constatata insufficienza delle monete divisionali d'argento nell'interno della Repubblica: « ... hanno risoluto di concludere, a tale effetto, una Convenzione addizionale alla detta Convenzione 28 Giugno 1897 di amicizia e buon vicinato... ».

ART. 1. — « Ferme restando le altre clausole dell'art. 33 della convenzione di amicizia e di buon vicinato stipulata in data 28 Giugno 1897, il contingente delle monete divisionali d'argento, al titolo di ottocentotrentacinque millesimi, che la Repubblica di San Marino, avvalendosi della Regia Zecca di Roma, ha diritto di coniare e di emettere, è stabilito in L. 120.000 (centoventimila) ».

5) CONVENZIONE contenente modificazioni a quella di buon vicinato e amicizia del 28 giugno 1897, conclusa a Roma fra la Repubblica di San Marino e il Re d'Italia il 14 giugno 1907.

ART. VII. — « Resta inteso che la convenzione di amicizia e buon vicinato del 28 giugno 1897, quale è stata modificata dalla presente convenzione, nonchè dalla precedente convenzione addizionale del 16 febbraio 1906 e dalla dichiarazione del 9 gennaio 1901, continua a rimanere in pieno vigore per un altro decennio a decorrere dallo scambio delle ratifiche della presente convenzione addizionale, e che l'una e l'altra, se non saranno denunciate sei mesi prima della scadenza, continueranno, anche dopo di essa, ad avere effetto di anno in anno per tacita proroga, sino a denuncia da notificarsi sei mesi prima della scadenza annuale ».

6) CONVENZIONE ADDIZIONALE a quella di buon vicinato ed amicizia del 28 giugno 1897, conclusa il 10 febbraio 1914 fra la Repubblica di San Marino e il Regno d'Italia, in aggiunta a quelle stipulate addì 16 febbraio 1906 e 14 giugno 1907.

« Agli articoli 38... della convenzione di buon vicinato e di amicizia del 28 giugno 1897, modificata rispettivamente dalle convenzioni addizionali 16 febbraio 1906... e 14 giugno 1907... sono sostituiti i seguenti:

ART. 1. — Il contingente delle monete assegnate alla Repubblica di San Marino rimane fissato, per la durata della presente Convenzione addizionale, entro il limite non superabile delle coniazioni già eseguite, di lire novantamila in scudi d'argento da lire cinque, di lire centoventimila in monete divisionali d'argento e di lire centodiciannovemila in monete di bronzo.

Le monete coniate dalla Repubblica di San Marino continueranno ad aver corso legale nel Regno d'Italia.

Il Governo della Repubblica di San Marino, per la durata della presente convenzione, rinunzia ad ogni ulteriore coniazione di scudi, di monete divisionali d'argento e di monete di nichelio e di qualsiasi moneta erosa, e si impegna altresì:

1°) a non emettere nè direttamente, nè per mezzo di enti e di istituti nazionali od esteri, biglietti di banca o di Stato, o surrogati monetari di qualsiasi specie; ... ».

7) CONVENZIONE MONETARIA tra la Serenissima Repubblica di San Marino e il Regno d'Italia, firmata a Roma il 23 ottobre 1931.

« La Serenissima Repubblica di San Marino e il Regno d'Italia, nella necessità di apportare alcune aggiunte e modifiche alla Convenzione di amicizia e buon vicinato tra loro stipulata il 28 giugno 1897, particolarmente all'art. 38, e così pure agli articoli 1 delle Convenzioni addizionali 16 febbraio 1906 e 10 febbraio 1914, per quanto concerne la coniazione di monete della Repubblica;

In considerazione delle vicende monetarie intervenute nel frattempo, che hanno portato alla monetazione ora vigente notevoli cambiamenti, in confronto alle particolari caratteristiche sulle quali esplicitamente si basavano i precedenti accordi fra i due Stati;

Hanno ritenuto l'opportunità di addivenire alla stipulazione della presente Convenzione monetaria...

ART. 1. — Il Governo di S.M. il Re d'Italia mette, come per il passato, a disposizione del Governo della Serenissima Repubblica di S. Marino la R. Zecca di Roma per la coniazione delle monete della Repubblica stessa.

La Repubblica di San Marino si impegna a servirsi esclusivamente della R. Zecca per la coniazione delle sue monete finchè sarà in vigore la convenzione di buon vicinato ed amicizia tra la Repubblica di S. Marino e il Regno d'Italia, conclusa il 28 giugno 1897, modificata e prorogata con le successive convenzioni addizionali.

ART. 2. — Le monete sammarinesi saranno identiche a quelle italiane per

quanto concerne il metallo, la composizione chimica, il valore nominale, le dimensioni ed il valore intrinseco dei singoli pezzi.

ART. 3. — Le monete sammarinesi e le monete italiane avranno rispettivamente nel Regno d'Italia e nella Repubblica di S. Marino, identico corso legale e potere liberatorio nei rapporti fra privati e in quelli con le pubbliche casse.

ART. 4. — La coniazione delle monete d'oro potrà essere fatta per valore illimitato. La coniazione delle monete d'argento — rinunziando la Repubblica per la durata dei presenti accordi alla coniazione delle monete di nichelio e di bronzo — non potrà eccedere la somma complessiva globale di lire italiane due milioni e cento mila e tale contingente sarà ripartito in italiane lire settecento mila per ciascuno degli anni solari, 1931, 1932 e 1933 .

ART. 5. — Saranno presi speciali accordi per il caso che una moneta fosse dall'una o dall'altra parte dichiarata fuori corso e ciò per reciprocità sia dell'estensione del provvedimento sia del trattamento da fare al corrispondente taglio di moneta dall'altra parte.

ART. 6. — Lo Stato italiano si impegna a reprimere e punire le falsificazioni delle monete sammarinesi che si perpetrassero nel suo territorio. Uguale impegno assume la Repubblica di San Marino per eventuali falsificazioni di monete italiane nel suo territorio.

ART. 7. — Il Governo della Repubblica si impegna a dichiarare fuori corso, o comunque di ritirare dalla circolazione, le sue monete di argento e di bronzo precedentemente coniate, e ciò entro un mese dalla data della firma della presente convenzione, o comunque prima che le siano consegnate dalla R. Zecca le nuove monete.

ART. 8. — La R. Zecca si impegna da una parte di fornire al Governo della Repubblica per gli anni 1931, 1932 e 1933 l'argento necessario alla coniazione delle monete al prezzo corrente del metallo, e la Repubblica di S. Marino dall'altra si obbliga a fornirsi presso la Zecca dell'argento occorrente per il fine anzidetto.

ART. 9. — In considerazione della parziale deroga apportata dalla presente Convenzione all'art. 1 della Convenzione addizionale del 10 febbraio 1914, nonché per l'assistenza tecnica gentilmente accordata dal Governo italiano nella coniazione contemplata dalla presente convenzione, il Governo della Repubblica di San Marino si impegna di corrispondere al Governo Italiano la somma complessiva globale di italiane lire seicento mila da versarsi alla R. Sezione del Tesoro di Forlì, in rate semestrali uguali di lire italiane cento mila ciascuna il primo gennaio e il primo luglio degli anni 1932, 1933 e 1934.

ART. 10. — Sono abrogate le clausole delle precedenti convenzioni che ed in quanto risultino modificate dalla presente Convenzione.

ART. 11. — La presente convenzione sarà ratificata. Essa entrerà in vigore il giorno successivo a quello dello scambio delle ratifiche, ed avrà la durata della convenzione di buon vicinato ed amicizia tra la Repubblica di San Marino e il Regno d'Italia, conclusa il 28 giugno 1897, modificata e prorogata con le successive convenzioni addizionali ».

8) CONVENZIONE MONETARIA tra la Serenissima Repubblica di San Marino e il Regno d'Italia, firmata a Roma il 15 giugno 1935.

« La Serenissima Repubblica di San Marino e il Regno d'Italia, riconosciuta la necessità di apportare alcune aggiunte e modifiche alla Convenzione di amicizia e buon vicinato tra loro stipulata il 28 giugno 1897, particolarmente all'art. 38, e così pure agli articoli I delle Convenzioni addizionali 16 febbraio 1906 e 10 febbraio 1914, per quanto concerne la coniazione di monete della Repubblica;

Considerato che la Convenzione monetaria 23 ottobre 1931 è scaduta;

Hanno ritenuto opportuno di addivenire alla stipulazione della presente Convenzione monetaria...

ART. 1. — Il Governo di S.M. il Re d'Italia mette, come per il passato, a disposizione del Governo della Serenissima Repubblica di S. Marino la R. Zecca di Roma per la coniazione delle monete della Repubblica stessa.

La Repubblica di S. Marino si impegna da parte sua a servirsi per la durata della presente Convenzione esclusivamente della R. Zecca per la coniazione delle proprie monete.

ART. 2. — Le monete sammarinesi saranno identiche a quelle italiane per quanto concerne il metallo, la composizione chimica, il valore nominale, le dimensioni ed il valore intrinseco dei singoli pezzi.

ART. 3. — Le monete sammarinesi e le monete italiane avranno, rispettivamente, nel Regno d'Italia e nella Repubblica di S. Marino, identico corso legale e potere liberatorio nei rapporti con le pubbliche casse ed in quelli fra privati.

ART. 4. — La coniazione delle monete d'oro potrà essere fatta per valore illimitato. La coniazione delle monete d'argento sarà limitata alla somma annua di lire 1.500.000 (un milione cinquecentomila) durante l'anno 1935 e a lire 750.000 (settecentocinquantomila) per ciascuno degli anni solari 1936, 1937, 1938, mentre la coniazione delle monete di bronzo (da centesimi 5 e 10) non potrà eccedere la somma annua di lire 100.000 (centomila) per il 1935 e di lire 50.000 (cinquantamila), per ciascuno dei predetti anni solari.

Per la durata della presente Convenzione la Repubblica rinunzia alla coniazione delle monete di nichelio.

ART. 5. — Saranno presi speciali accordi per il caso in cui una moneta fosse dall'una o dall'altra parte dichiarata fuori corso, e cioè per reciprocità sia dell'estensione del provvedimento sia del trattamento da fare dall'altra Parte al corrispondente taglio di moneta.

ART. 6. — Lo Stato italiano si impegna a reprimere e punire le falsificazioni delle monete sammarinesi che si perpetrassero nel suo territorio. Uguale impegno assume la Repubblica di S. Marino per eventuali falsificazioni di monete italiane nel suo territorio.

ART. 7. — La Repubblica di San Marino si impegna di fornire alla Regia Zecca i metalli necessari alla coniazione delle monete come dall'art. 4 della presente Convenzione.

ART. 8. — In considerazione della parziale deroga apportata dalla presente Convenzione all'art. 1 della Convenzione addizionale del 10 febbraio 1914, nonchè per l'assistenza tecnica accordata dal Governo italiano nella coniazione contemplata dalla presente convenzione, il Governo della Repubblica di San Marino si impegna di corrispondere al Governo italiano la somma complessiva globale di lire italiane un milione (1.000.000), da versarsi alla R. Sezione del Tesoro di Forlì, per lire 400.000 (quattrocentomila) entro il 31 dicembre 1935 e in rate semestrali di lire 100.000 (centomila) ciascuna, il 30 giugno e il 31 dicembre di ciascuno degli anni avanti indicati.

Ove la Repubblica di San Marino rinunziasse, per qualche anno, alla coniazione delle monete d'argento, essa non è tenuta al pagamento della somma relativa a tale anno.

ART. 9. — Sono abrogate le clausole dei precedenti accordi, se ed in quanto risultino modificate dalla presente Convenzione.

ART. 10. — La presente Convenzione sarà ratificata, ed entrerà in vigore il giorno successivo a quello dello scambio delle ratifiche ».

b) ESTRATTI DELLE CONVENZIONI, DEGLI ACCORDI AGGIUNTIVI E DELLO SCAMBIO DI NOTE CONTENENTI NORME TUTTORA IN VIGORE FRA ITALIA E SAN MARINO IN MATERIA MONETARIA.

1) CONVENZIONE di amicizia e di buon vicinato fra San Marino e l'Italia, firmata a Roma il 31 marzo 1939.

ART. 47. — « Il Governo della Repubblica di San Marino si impegna:

1°) a non effettuare alcuna nuova coniazione di monete di qualsiasi specie, salvo che si tratti di monete d'oro, e in questo caso si varrà dei servizi della R. Zecca;

2°) a non emettere nè direttamente, nè per mezzo di enti o di istituti nazionali o stranieri, biglietti di banca o di Stato o surrogati monetari di qualsiasi specie;

3°) a non adottare alcun provvedimento finanziario che possa direttamente o indirettamente, in qualunque modo o misura, influire sul regime tributario o sulla circolazione monetaria nel Regno d'Italia.

Le monete sammarinesi coniate in applicazione di precedenti convenzioni intervenute fra i due Stati, continueranno ad avere corso nel Regno, in conformità alle convenzioni stesse e nei limiti da esse stabiliti.

Qualora nell'avvenire il Governo italiano ritenesse opportuno di consentire, a deroga di quanto stabilito al precedente n. 1, la coniazione di monete sammarinesi, il Governo della Repubblica di San Marino si impegna fin da adesso a servirsi unicamente e in ogni caso della R. Zecca ».

ART. 58. — « ... Dalla data di entrata in vigore della presente Convenzione, cesseranno di avere vigore fra le Parti la Convenzione di amicizia e buon vicinato, stipulata in Firenze il 28 giugno 1897 e le relative Convenzioni addizionali ».

2) ACCORDO AGGIUNTIVO alla convenzione di amicizia e di buon vicinato fra la Repubblica Italiana e la Repubblica di San Marino del 31 marzo 1939, firmato a Roma il 29 aprile 1953.

ART. 47. — « Il Governo della Repubblica di San Marino si impegna:

1) a non effettuare alcuna nuova coniazione di monete di qualsiasi specie, salvo che si tratti di monete di oro, e in questo caso si varrà dei servizi della Zecca italiana.

Le monete sammarinesi coniate in applicazione di precedenti Convenzioni intervenute tra i due Stati continueranno ad aver corso nella Repubblica Italiana, in conformità alle Convenzioni stesse e nei limiti da esse stabiliti.

Qualora nell'avvenire il Governo Italiano ritenesse opportuno di consentire, in deroga a quanto sopra stabilito, la coniazione di monete sammarinesi, il Governo della Repubblica di San Marino si impegna fin d'ora a servirsi unicamente e in ogni caso della Zecca italiana;

2) a non emettere nè direttamente, nè per mezzo di enti o di istituti nazionali o stranieri, biglietti di banca o di Stato, surrogati monetari di qualsiasi specie;

3) a non adottare alcun provvedimento finanziario che possa, direttamente o indirettamente, in qualunque modo o misura, influire sul regime tributario o sulla circolazione monetaria della Repubblica Italiana; ... ».

3) ACCORDO AGGIUNTIVO alla Convenzione di amicizia e buon vicinato del 31 marzo 1939, firmato a Roma il 10 settembre 1971.

ART. 1. — « Gli articoli... 47... della Convenzione di amicizia e di buon vicinato del 31 marzo 1939, quali risultano modificati dagli Accordi Aggiuntivi del 29 aprile 1953... sono modificati come segue:

... ART. 47. — Il terzo periodo del n. 1 è sostituito dal seguente:

I due Stati regoleranno con apposita Convenzione la coniazione di monete di metallo diverso dall'oro che venisse concordata in deroga a quanto sopra stabilito. Anche per tale coniazione il Governo della Repubblica di San Marino si impegna a servirsi unicamente e in ogni caso della Zecca italiana ».

4) CONVENZIONE MONETARIA fra la Repubblica di San Marino e la Repubblica Italiana, firmata a Roma il 10 settembre 1971.

« Il Governo della Repubblica di San Marino ed il Presidente della Repubblica Italiana, avendo considerato l'opportunità di stipulare una Convenzione monetaria sulla base di quanto stabilito nell'art. 47 della Convenzione di amicizia e di buon vicinato conclusa a Roma il 31 marzo 1939, quale risulta modificato dagli accordi aggiuntivi alla Convenzione stessa conclusi il 29 aprile 1953 ed in data odierna, ...

hanno convenuto quanto segue:

ART. 1. — La Repubblica Italiana mette a disposizione della Repubblica di San Marino la Zecca di Roma per la coniazione delle sue monete secondo le modalità della presente Convenzione.

La Repubblica di San Marino si impegna da parte sua a servirsi a tal fine esclusivamente della Zecca di Roma, rimborsando a questa le spese relative al valore dei metalli ed alla coniazione stessa.

ART. 2. — Le monete, nei valori che la Repubblica di San Marino intenda coniare, saranno identiche a quelle italiane per quanto concerne il metallo, la composizione chimica, il valore nominale, le dimensioni ed il valore intrinseco dei singoli pezzi.

ART. 3. — Le monete di ciascuno dei due Stati avranno, nel territorio dell'altro, identico corso legale e potere liberatorio nei rapporti tra privati ed in quelli con le pubbliche casse.

ART. 4. — Ciascuno dei due Governi avrà facoltà di domandare il cambio, in valuta italiana, delle monete sammarinesi che si accumulassero nelle casse dello Stato italiano.

ART. 5. — La coniazione delle monete d'oro potrà essere fatta per valore illimitato.

Il valore nominale delle monete coniate diverse dall'oro non potrà eccedere ogni anno la somma complessiva di duecento milioni di lire italiane e, comunque, il quantitativo di pezzi conati non potrà superare i venti milioni.

L'emissione del primo contingente di monete si intende riferita al periodo 1° gennaio - 31 dicembre 1972.

ART. 6. — Saranno presi speciali accordi per il caso che una moneta fosse dall'una o dall'altra Parte dichiarata fuori corso, e ciò per reciprocità sia dell'estensione del provvedimento, sia del trattamento da fare al corrispondente taglio di moneta dell'altra Parte.

ART. 7. — Ciascuno dei due Stati si impegna a reprimere e punire le falsificazioni delle monete dell'altro Stato che si perpetrassero nel suo territorio.

ART. 8. — La presente Convenzione sarà sottoposta a ratifica ed entrerà in vigore il giorno dello scambio degli strumenti di ratifica. Essa resterà in vigore per dieci anni salva la facoltà per ciascuna delle Parti di denunciarla con preavviso di sei mesi... ».

5) ACCORDO AGGIUNTIVO in materia economica, finanziaria e monetaria, firmato a Roma il 10 luglio 1974.

ART. 5. — « Il secondo e terzo comma dell'art. 5 della Convenzione monetaria tra la Repubblica Italiana e la Repubblica di San Marino del 10 settembre 1971 sono modificati come segue:

Il valore nominale delle monete coniate diverse dall'oro non potrà eccedere ogni anno la somma complessiva di 400 milioni di lire italiane e, comunque, il quantitativo dei pezzi conati non potrà superare i 40 milioni.

L'emissione del primo contingente di monete diverse dall'oro si intende riferita al periodo 1° gennaio-31 dicembre 1975 ».

ART. 6. — « Il presente Accordo sarà sottoposto a ratifica ed entrerà in vigore il giorno dello scambio degli strumenti di ratifica... ».

6) SCAMBIO DI NOTE del 10 luglio 1974 :

« In esecuzione dell'art. 47 della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato tra la Repubblica Italiana e la Repubblica di San Marino, firmata il 31 marzo 1939 e modificata con gli Accordi del 10 settembre 1971, articolo che prevede, al 1° comma, la facoltà per la Repubblica di San Marino di coniare monete d'oro fermo restando quanto altro stabilito in materia dai predetti Accordi del 10 settembre 1971, ho l'onore di comunicarLe che il Governo di San Marino, ogni qualvolta intenderà procedere alla coniazione di monete d'oro, ne concorderà preventivamente il quantitativo e la pezzatura con le competenti Autorità tecniche italiane per avvalersi dei servizi della Zecca italiana.

Inoltre il Governo sammarinese rinuncia a chiedere alla Repubblica Italiana il riconoscimento del corso legale di dette monete nel suo territorio; pertanto le monete stesse avranno corso legale soltanto nel territorio della Repubblica di San Marino... ».

c) NOTA BIBLIOGRAFICA

- *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, Florentiae, MDCCCXCV, stampa a cura del Comm. Dott. ATTILIO CIARDINI, traduzione del prof. MARINO FATTORI e revisione del Prof. NINO TAMASSIA e del Prof. GIUSEPPE BRINI.
- CORRADO RICCI, *La Repubblica di San Marino* con 110 illustrazioni (Collezione di Monografie illustrate - Serie 1^a, Italia Artistica) III Edizione, Bergamo, 1928.
- ALDO GAROSCI, *San Marino, mito e storiografia tra i libertini e il Carducci*, Milano 1967.
- *Gli Statuti di San Marino del 1352-1353, con aggiunte le riforme dal 1356 al 1488*, a cura del Prof. FRANCESCO BALSIMELLI, San Marino 1943.
- *Raccolta delle Leggi e Decreti della Repubblica di San Marino*, coordinata da TORQUATO C. GIANNINI e MENETTO BONELLI, Città di Castello 1900. Prima Edizione Ufficiale.
- CARLO MALACOLA, *Una nota inedita di Bartolomeo Borghesi intorno alle monete citate negli Statuti di San Marino*, Bologna 1886.
- E. MAGGIORA-VERGANO, *La moneta di San Marino* (Estratto dalla Rivista Numismatica Italiana, vol. II, fasc. 1^a) Asti 1866.
- CARLO MALACOLA, *L'Archivio Governativo della Repubblica di San Marino*, Bologna 1891.
- GINO ZANI, *Le monete della Repubblica di San Marino*, Estratto dalla Rivista « Libero Orizzonte » n.ri 3 e 4, 1961.

- G. B. CURTI-PASINI, *Lo sviluppo della sovranità nella più antica Repubblica esistente: San Marino*, Casalpusterlengo 1937.
- CARLO FOLCO, *Il sistema del diritto della Banca*, Vol. I, Milano 1968.
- RENATO DI GIACOMO, *Promemoria sulla coniazione di monete d'oro della Repubblica di San Marino*, 1959.
- FRANCO CELLONE, *Repubblica di San Marino: Monete di ieri e di oggi*, Estratto dal *Notiziario dell'Associazione sanitari italiani filatelisti (ASIF)* - anno 13° - n. 8 e 9, agosto e settembre 1972, n. 112.
- ONOFRIO FATTORI, *Il X Volume del Corpus Nummorum Italicorum di S. M. Vittorio Emanuele III, Re d'Italia*, Estratto da « Museum », Anno XII, Numero 1-4, San Marino.
- FEDERICO GOZI, *Notizie sulle monete della Serenissima Repubblica di San Marino*, Estratto dalla *Rassegna Numismatica*, 1932, n. 1.
- *Supplemento straordinario di « Notiziario »*, edito dall'Ufficio Stampa della Segreteria di Stato per gli Affari Esteri, in occasione della ripresa della monetazione sammarinese - Rimini 15 dicembre 1972.
- C. BRESCIANI-TURRONI, *Corso di Economia Politica*, Vol. II, Problema di Politica Economica, Milano 1962.
- ALFRED W. STONIER e DOUGLAS C. HAGUE, *Principi di Economia Politica* (trad. MACCI), Padova 1968.
- GUSTAVO DEL VECCHIO, *Ricerche sopra la teoria generale della moneta*, Padova 1967.
- GIAMPIERO FRANCO, *Temi di teoria e di politica monetaria*, Padova 1965.
- PAOLO BAFFI, *Studi sulla moneta*, Milano 1965.
- W. T. NEWLYN, *Teoria della moneta*, Napoli 1967.
- *I vari aspetti dell'inflazione importata*, Estratto dal *Bollettino economico mensile della First National City Bank*, Anno VI - n. 2, 15 febbraio - 15 marzo 1974.
- MAX IKLÉ, *L'or et son prix*, pubblicato da l'Union des Banques Suisses, Zürich.
- A. SCHAEFER, *L'inflazione* (Relazione all'Assemblea Generale ordinaria dell'Unione di Banche svizzere, 21 marzo 1973), Edita a Zurigo a cura dell'Unione Banche Svizzere.
- *Dibattito sulla riforma del sistema monetario internazionale* (GUIDO CARLI e JACQUES RUEFF), pubblicazione a cura del Servizio Studi dell'Associazione Bancari Italiani sul Congresso dell'Association Cambiste Internationale tenutosi a Lisbona il 2 giugno 1973.
- REMO CAPPELLI, *Monete (Monete Antiche e Moderne)* (I documentari, n. 68 - Istituto Geografico De Agostini) Novara.

SERGIO ANTONELLI

CRITICHE E PROPOSTE DI RIFORMA
DELLA COSTITUZIONE

(CON PARTICOLARE RIGUARDO ALL'OPERA
DI GIUSEPPE MENOTTI DE FRANCESCO)

SOMMARIO: 1. Il problema delle riforme istituzionali nel pensiero dei giuristi e dei politologi. — 2. Utilità del confronto di tale pensiero con le critiche di cultori del diritto pubblico contrarie alla Costituzione del 1947. — 3. Critiche e proposte di riforma nell'opera di Giuseppe Menotti De Francesco. — 4. Premesse di ordine storico-comparato nelle critiche di detto autore. — 5. Le evoluzioni delle Repubbliche democratiche parlamentari in Europa nel primo dopo-guerra: regimi « monisti » e « dualisti ». — 6. Utilità della classificazione elaborata dal De Francesco per cogliere caratteri e differenze più particolari tra le forme parlamentari democratiche c.d. « moniste ». — 7. Importanza della medesima classificazione per comprendere la critica dell'A. alla Costituzione del 1947 in rapporto alla « debolezza del potere esecutivo ». Continuità della stessa Costituzione rispetto ai regimi del primo dopo-guerra. — 8. Distinzione del D. F. tra critiche alla Costituzione e ricognizione delle violazioni di essa. — 9. Continuità dell'adesione ai principi dello « Stato di diritto » nell'opera di De Francesco come studioso. — 10. ...e come parlamentare. — 11. Sulla necessità avvertita dai giuspubblicisti di distinguere « l'ordine politico » (proprio della interpretazione): valore di detta necessità anche per un'impostazione rigorosa dei problemi delle riforme istituzionali. — 12. Sull'attitudine dei giuspubblicisti a studiare rigorosamente detti problemi di riforma.

1. Da tempo anche i cultori del diritto costituzionale prendono parte alle discussioni sulla crisi delle istituzioni e sulla opportunità di riforme della Carta costituzionale più aderenti alle nuove esigenze della realtà presente ⁽¹⁾.

(1) Si può ricordare che gli esponenti dei partiti politici del cosiddetto « arco costituzionale », interpellati di recente, si sono mostrati sostanzialmente consenzienti sulla perdurante inadeguatezza, di massima, delle istituzioni costituzionali, delineate nel 1946-47, alle condizioni attuali del nostro Paese. V. il volume collettivo a cura di M. D'ANTONIO, *La Repubblica probabile*, Milano, 1972, con scritti di G. Andreotti, L. Bertoldi, B. Cottone, U. La Malfa, L. Luzzatto, A. Natoli, F. Orlando, G. Pieraccini, F. Sullo, U. Terracini. Per una silloge con analisi ragionata ed approfondita di tale volume, v. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Costituzione italiana, dopo un ventennio, nel giudizio degli esponenti politici*, in *Il Politico* 1973, p. 5-32 ed in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano 1974, II, p. 30 ss. V. anche ONIDA, *Un anno di dibattiti sulle riforme istituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1972, p. 459, con ampi richiami sulle discussioni intorno alle riforme istituzionali: SANDULLI, *Ombre sulle istituzioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1972, p. 471 ss.; AA.VV., *Stato e tendenza delle istituzioni in Italia*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 167 ss.

Un quadro delle opinioni sostenute intorno alle riforme istituzionali si trova ora, in VIRCA, *Diritto costituzionale*, Milano 1975, p. 30 ss.

Nell'ambito di tali discussioni hanno assunto un particolare significato i due dibattiti che la rivista « *Gli Stati* » ha organizzato nel gennaio 1973 e nel maggio 1974 con la partecipazione di alcuni eminenti costituzionalisti italiani: Crisafulli, Ferrari, Galeotti, Jemolo, La Pergola, Mortati e Sandulli e, limitatamente al secondo di tali dibattiti, Cuocolo e Mazziotti nonchè del filosofo del diritto Sergio Cotta⁽²⁾. Più di recente si sono intensificati gli interventi sul tema di alcuni autorevoli politologi⁽³⁾. Da ultimo la Fondazione Gioacchino Volpe ha indetto

(2) Il resoconto del I° dibattito sul tema *La Costituzione e la crisi* è stato pubblicato nel fascicolo del gennaio 1973 di detta rivista. Per una valutazione sostanzialmente positiva, v. COTTA (Maurizio), *La riforma delle istituzioni: note su un recente dibattito*, in *Diritto e società* 1973, p. 443 ss.; in senso critico, invece, D'ALBERGO, *Attuazione e revisione costituzionale: lotta politica e politica istituzionale*, in *Democrazia e diritto*, 1973, p. 211 ss. Il testo del II dibattito, dal titolo *Che fare del sistema*, è stato pubblicato nel fascicolo de « *Gli Stati* » del giugno-luglio 1974.

(3) Il dibattito è stato introdotto dall'articolo di fondo del Direttore de « *Il Giornale nuovo* » del 12 febbraio 1975, INDRO MONTANELLI, dal significativo titolo « *La Costituzione non è la Bibbia* ». Nel suo articolo « *E ora di mettere un po' d'ordine* » il MATTEUCCI, ed il Prof. SARTORI (sotto il titolo « *Le riforme da fare subito* »), dopo essersi dichiarati contrari a grandi riforme, come l'introduzione della Repubblica presidenziale, propongono come revisioni utili per uscire dalle attuali difficoltà: a) « un processo di delegiferazione » per cui il Parlamento si limiti a dare « le grandi leggi quadro », « senza intervenire con le leggine nell'amministrazione dello Stato »; b) mettere le Regioni in grado di funzionare « per i compiti loro assegnati dalla Costituzione », fornendo loro anche i mezzi finanziari ed il personale occorrente; c) attraverso « una semplice convenzione fra le forze politiche » si dovrebbero specificare i compiti di ciascuna Camera, in modo da fare del Senato una camera di ripensamento, e non una mera fonte di rallentamento nel processo legislativo; d) senza seguire progetti come il c.d. « governo di legislatura » (insufficienti a sostituire l'omogeneità delle forze politiche come fondamento di forza e stabilità dell'Esecutivo), il Matteucci ed il Sartori propongono di attuare il dovere costituzionale di introdurre una apposita legge sulla Presidenza del Consiglio, anche per rendere effettivo il principio della democrazia secondo cui « chi ha il potere deve essere sempre responsabile del suo operato ».

Il Sartori, in particolare, sottolinea altresì la necessità di introdurre riforme anche per i partiti politici, cominciando, ad esempio, con l'escludere i sistemi proporzionali nelle elezioni interne.

Nello scritto del MIGLIO, *Sottrarre gli eletti alle clientele*, si propone invece: a) di introdurre l'elezione diretta del Capo dello Stato, il quale non dovrebbe però avere un ruolo propriamente « esecutivo » (come avviene nelle Repubbliche presidenziali) ma dovrebbe assumere « funzioni di organizzazione, programmazione e decisione »; b) di allargare i poteri delle Regioni (raggruppate in unità territoriali

una « Tavola rotonda » su « La riforma dello Stato italiano », presieduta dal prof. A.C. Jemolo e con la partecipazione dei giuristi pubblicisti Cassandro, Galeotti, La Pergola, Mazziotti e dell'economista Ricossa ⁽⁴⁾.

È stato acutamente osservato che in tali discussioni si lamenta, da un lato, « l'impotenza organica del governo e i mille intralci che sono frapposti alla sua azione », dall'altro, « non mancano le accuse, rivolte all'esecutivo, di abusi ed arbitri nell'esercizio del potere » ⁽⁵⁾.

Analisi del genere, sul piano di una concezione meramente quantitativa del potere, potrebbero anche apparire contraddittorie e tali da elidersi a vicenda: in un senso, l'esecutivo avrebbe poco potere, nell'altro, ne avrebbe troppo. Si fa, però, notare che il problema è anche di origine qualitativa: nella concezione democratico-garantista devono rigorosamente venir contrapposti un potere disciplinato giuridicamente « responsabile », soggetto a controlli ed un potere arbitrariamente « sganciato dal controllo democratico », fuori della legge, irresponsabile ⁽⁶⁾.

Un punto di vive controversie, poi, è dato dall'eventualità di una revisione costituzionale nel senso di modificare la Repubblica parlamentare in Repubblica presidenziale o, quanto meno, di introdurre il principio di elezione diretta del Capo dello Stato, da parte del corpo elettorale ⁽⁷⁾. Si tratta di modificazioni propo-

più forti delle attuali), fino ad introdurre un regime sostanzialmente federale, non essendo ormai più possibile correggere la crisi dell'amministrazione e del Governo (« che non governa più »).

Del MIGLIO, si veda altresì la prolusione tenuta nell'Università Cattolica di Milano (a.a. 1964-65) che fu occasione di estese e vivaci discussioni tra giuristi e politologi: *Le trasformazioni dell'attuale regime politico*, in *Jus* 1965, p. 39 ss.

⁽⁴⁾ Per un resoconto sulla « Tavola rotonda », v., intanto, la rivista *Lo Specchio*, 4 maggio 1975, p. 18.

⁽⁵⁾ COTTA (Maurizio), *La riforma delle istituzioni: note su un recente dibattito*, cit., p. 443.

⁽⁶⁾ Per tutta questa parte, si veda ancora COTTA M., op. cit., loc. ult. cit.

⁽⁷⁾ A rigore, l'elezione diretta « a suffragio universale » del Capo dello Stato non corrisponde, di per sé, al modello della Repubblica presidenziale. Nella ricordata inchiesta de « Il Giornale nuovo » il Miglio ha proposto di introdurre l'elezione diretta, senza conferire al Capo dello Stato i poteri propri dell'Esecutivo e quindi

ste da gruppi che genericamente vengono classificati come di « destra ». Bisogna, peraltro, notare che a tali proposte si oppongono oggi i politologi, per il timore che possano favorire, invece, spostamenti a sinistra o disordini rivoluzionari, come è avvenuto nel Cile sotto la presidenza di Salvador Allende ⁽⁸⁾.

In termini sintetici va osservato che modificazioni del genere potrebbero anche implicare problemi di ordine giuridico-costituzionale, in relazione all'art. 139 Cost. ove è disposto che: « La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale », a mezzo del procedimento aggravato previsto e disciplinato nell'art. 138 Cost. Si è, invero, rilevato che se detta espressione « forma repubblicana » è in astratto idonea ad assumere più significati ⁽⁹⁾, in un contesto di interpretazione storico-sistematica, potrebbe anche venir intesa come ordinata a conservare l'attuale sistema di elezione del Capo dello Stato ad opera del Parlamento ⁽¹⁰⁾.

senza introdurre la Repubblica presidenziale. In genere va osservato che la forma di governo presidenziale è stata attuata, secondo la sua concezione più tipica, negli Stati Uniti d'America senza voto diretto, ma con elezione, sia pur solo formalmente, indiretta, essendo il popolo chiamato a designare dei grandi elettori. (V. VILLONE, *Il collegio elettorale e gli Stati nell'elezione del Presidente degli Stati Uniti. Prospettive di riforma*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1972, p. 82 ss. e *passim*; in specie p. 135 ss.; 155 ss.). Per contro la Costituzione tedesca del 1919 e quella francese del 1958 (dopo la revisione del 6 novembre 1962), pur contemplando l'elezione del Presidente della Repubblica a suffragio universale e diretto, sono considerate espressione della forma di governo parlamentare, pur se « razionalizzate a tendenza presidenziale »; v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli 1974, p. 201 s.

In senso in parte analogo è anche la disamina sulla recente evoluzione costituzionale francese del DUVERGER, *La sesta repubblica e il regime presidenziale* (trad. ital.), Milano, 1962, p. 63 ss. e *passim*; si veda inoltre, p. 112 ss., per accenni al problema del c.d. « governo di legislatura ».

⁽⁸⁾ Tale è il pensiero espresso dai professori MATTEUCCI e SARTORI in contrasto con il MIGLIO, ne « Il giornale nuovo » del 12 febbraio 1975. *Adde* anche BOCNETTI G. sullo stesso giornale del 10 febbraio 1975.

⁽⁹⁾ V. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 3 ss.

⁽¹⁰⁾ V., sul tema, REPOSO, *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Padova, 1972, *passim*, favorevole peraltro all'eventuale ammissibilità dell'introduzione di una elezione diretta (v. p. 96 s.).

Per altri rapporti fra la definizione dello Stato italiano come « Repubblica democratica », a rigore, « democrazia parlamentare » e l'applicazione dei procedi-

Una revisione costituzionale viene postulata anche per il Senato della Repubblica, perchè così come esso attualmente è congegnato, ossia con una composizione fondata sulla rappresentanza proporzionale dei partiti politici, finisce con l'essere considerata come un doppione della Camera dei Deputati. Tra i progetti di riforma che incontrano maggior favore vi è quello di trasformare la seconda Camera in una rappresentanza delle categorie professionali ⁽¹¹⁾.

Non vi sarebbe bisogno di modificare la Costituzione, invece, per cambiare il sistema elettorale per la Camera dei Deputati, introducendo la rappresentanza maggioritaria con il collegio uninominale ed il doppio turno di votazione con ballottaggio. Sarebbe — almeno ad una prima lettura dei testi costituzionali — sufficiente una legge ordinaria ⁽¹²⁾. Ne potrebbero conseguire innovazioni effettive di grande portata, come ha potuto dimostrare uno studioso della scienza politica, il Fisichella ⁽¹³⁾.

menti elettorali v. FERRARI, *Elezioni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 609 ss. Si è anche fatto notare come sia piuttosto impreciso parlare di elezioni indirette, o di secondo grado, per quanto riguarda la designazione del Capo dello Stato, secondo la nostra Costituzione. V., ELIA, *Una formula equivoca: l'elezione indiretta del Presidente della Repubblica*, in *Giur. Cost.*, 1968, p. 1536 s.

⁽¹¹⁾ Una « rappresentanza organica » delle categorie professionali fu vigorosamente propugnata, in sede costituente, dalla Democrazia cristiana, ma non incontrò l'approvazione degli altri gruppi e fu dopo lunghi dibattiti, respinta. Ad essa è restato, peraltro, sempre fedele il MORTATI, *La rappresentanza di categoria*, ora in *Raccolta di scritti*, IV, *Problemi di politica costituzionale*, Milano, 1972, p. 35 ss., il quale, nel dibattito promosso dalla rivista « *Gli Stati* » (v., *supra*, nota 2), ha ribadito l'esigenza di dar vita ad un consesso « che riflettesse, per ogni regione, le grandi categorie degli interessi economici, professionali e culturali ». V., nello stesso senso, anche BAGOLINI, *La crisi dello Stato*, in *Crisi e trasformazione delle istituzioni*, Milano, 1969, p. 33 ss.; ZAMPETTI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, *ibidem*, p. 53 ss.; BRUNI ROCCIA, *Rappresentanza e istituzioni parlamentari*, *ibidem*, p. 91 ss.

⁽¹²⁾ In tal senso, v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, cit. p. 266. *Contra*, nel senso invece che la Costituzione avrebbe prescritto il criterio della rappresentanza proporzionale per le elezioni del Parlamento, v. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 849 ss. ed anche REPOSO, *La forma repubblicana*, cit., p. 115 s.

⁽¹³⁾ FISICHELLA, *L'alternativa rischiosa*, Firenze, 1972, in specie la seconda parte.

2. Sarebbe interessante confrontare le odierne discussioni con le critiche alla Carta repubblicana formulate, sin dal momento della sua promulgazione, da uomini politici, quali Francesco Saverio Nitti, Gaetano Salvemini, Mario Vinciguerra, come da giuristi, quali Vittorio Emanuele Orlando, Arturo Carlo Jemolo e Piero Calamandrei, ma è sinora mancata una raccolta ed una esposizione ragionata del pensiero e degli orientamenti seguiti da tali critici ⁽¹⁴⁾.

A noi, soprattutto, interessano le affermazioni dei cultori del diritto costituzionale, a cominciare dall'Orlando, fondatore della scuola italiana di diritto pubblico, che fu anche Deputato alla Assemblea Costituente. Di lui va ricordato lo *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948* ⁽¹⁵⁾, oltre al discorso pronunciato all'Assemblea Costituente per la votazione conclusiva sul testo definitivo della Costituzione ⁽¹⁶⁾.

Fra altri cultori di diritto pubblico che assunsero analoghe posizioni di critica può, ad esempio, essere ricordato il De Valles ⁽¹⁷⁾. Oltre ai critici dichiarati, altri cultori di diritto pubblico mantennero una posizione distaccata, aliena dal considerare in

⁽¹⁴⁾ Sin dai primi anni dalla promulgazione della Carta costituzionale repubblicana, sono stati avanzati, in dottrina, giudizi negativi sul sistema bicamerale adottato. V., tra gli altri, FERRARI, *Problemi nuovi del nuovo Parlamento bicamerale*, in *Annali dir. comp. e studi legisl.*, 1950, p. 205 ss.; FODERARO, *L'attività del Parlamento nel primo biennio e gli insegnamenti che ne conseguono*, in *Annali fac. sc. pol., Perugia*, 1950-51, p. 3 ss.; TESAURO, *Il sistema bicamerale nella esperienza costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, p. 1 ss.

Per un tentativo di sistemazione organica, ancorché circoscritta all'opera di un solo autore, v. il saggio di P.G. GRASSO, *Mario Vinciguerra e la critica della Costituzione*, in *Il Politico*, 1972, p. 804 ss.

⁽¹⁵⁾ In *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 5.

⁽¹⁶⁾ Il discorso è riportato in ORLANDO, *Scritti giuridici vari (1941-52)*, Milano, 1955, p. 47.

⁽¹⁷⁾ DE VALLES, *L'incapacità delle assemblee costituenti di elaborare costituzioni vitali*, in *Il Politico*, 1961, p. 524 ss. Questo saggio, che contiene riferimenti a vari scritti precedenti del De Valles, era già stato edito, in lingua francese, in *Politique. Revue internat. des doctrines et des institutions*, 1959, nn. 7-8.

termini emotivi il « servizio alla Costituzione » come « un appuntamento di impegno vitale » (¹⁸).

È stato, in proposito, rilevato che « non si può fare a meno di constatare che per alcuni giuristi, o a cagione dell'età meno giovanile, o per il permanere di schemi mentali meno aperti, la Costituzione rappresentò soltanto una nuova fonte da tener presente accanto alle altre, senza che venissero mutate in profondità le condizioni stesse del discorso pubblicistico: sicché, da questo punto di vista, lo storico di domani potrà distinguere secondo una larga approssimazione di partenza, tra i giuristi che corrisposero all'appello del costituente e giuristi che avevano ormai l'orecchio assuefatto ad altre voci » (¹⁹).

A nostro avviso, quest'ultimo giudizio non potrebbe venir assunto in termini troppo drastici e recisi, con la ricerca ad ogni costo di contrapposizioni assolute e nette tra i nostri giuristi formati in anni anteriori. In realtà la scuola di diritto pubblico presenta sì differenze e pluralità di interessi da parte degli autori, anche fra coloro che si trovavano nella piena maturità scientifica al momento dell'entrata in vigore della Costituzione. Bisogna, piuttosto, riconoscere, nella sostanziale continuità dei metodi, una varietà di indagini ed una evoluzione delle ricerche (²⁰).

(¹⁸) V., ELIA, *Prefazione a PIERANDREI, Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965, I, p. XV.

(¹⁹) Le parole riportate sono dell'ELIA, *Prefazione*, cit., p. XVI s.; v. anche SCARPELLI, *Insegnamento del diritto, filosofia del diritto e società in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 1677.

(²⁰) Importante è, in proposito, il saggio di SPAGNA MUSSO, *Osservazioni per uno studio del diritto costituzionale quale struttura sociale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, p. 31; e in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, 1974, IV, p. 276. L'A. pur affermando l'esigenza di considerare, nello studio del diritto costituzionale, anche l'esame della realtà storico-politica, non nega affatto la necessità di mantenere nella disamina delle norme superprimarie i vecchi metodi ermeneutici e dogmatici. In proposito, nella nostra dottrina successiva alla entrata in vigore della Costituzione, va notata una continuità del vecchio metodo giuridico-dogmatico (pur con la dovuta attenzione per i mutamenti della realtà politica e sociale). Cfr. pur con diversi atteggiamenti, BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 8 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, 1964, p. 122 ss.; 132 ss.; GALIZIA, *Profili sto-*

Una considerazione più distaccata appare utile anche per una migliore comprensione di vecchie critiche severe mosse alla Costituzione della Repubblica, specie dai giuristi. Prescindendo da ogni valutazione contingente e da particolari preferenze filosofiche od ideologiche, anche i discorsi dei critici vanno tenuti presenti per penetrare gli aspetti e le implicazioni della nostra Costituzione.

A confortare tale conclusione conduce anche un altro argomento. Oggi, trascorso ormai quasi un trentennio dalla promulgazione, si nota anche fra giuristi ideologicamente favorevoli alle forze politiche che vollero la Costituzione, una sempre crescente consapevolezza della necessità, al lume dell'esperienza maturata, non più di una mera applicazione di tutte le statuizioni costituzionali (di cui alcune rimaste lettera morta), ma anche di modificazioni, o se si preferisce, di aggiornamenti delle statuizioni stesse ⁽²¹⁾.

rici della scienza del diritto costituzionale, in *Archivio giuridico*, 1963, p. 3 ss.; LAVAGNA, *Diritto costituzionale. I. Dottrine Generali*, Milano, 1957, in specie p. 31 ss.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, p. 58 ss.; TREVES G., *Principi di diritto pubblico*, Torino, 1973, p. 23 ss.; VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1971, p. 6 ss., e *Diritto costituzionale*, Milano, 1975, p. 5 s.

Va notata la proposta MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957, p. 80 ss., secondo cui il costituzionalista non può prescindere, nello studio del dato giuridico, dalla sfera del pregiuridico, perché il fenomeno giuridico non può essere inteso a fondo se lo si isola e lo si considera unicamente dal punto di vista deontologico. V., anche, le brevi ma precise indicazioni del VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1971, p. 6 ss.

(21) Come iniziatore del nuovo indirizzo il BISCARETTI DI RUFFIA (*La Costituzione*, cit., p. 6 nota 4, ivi) indica il BARILE, con lo scritto: *Per un ammodernamento delle strutture democratiche italiane*, in *Il Ponte*, 1964, p. 1202 (ora in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, p. 523). V., anche, nell'amplessima bibliografia sull'argomento, AA.VV., *Come riformare le istituzioni*, Firenze, 1966 (numero speciale della rivista *Ulysse*); AA.VV., *I controlli sul potere*, Firenze, 1966; « Centro di ricerca e di documentazione L. Einaudi », *Processo allo Stato*, Firenze, 1971.

In particolare, sulla posizione del CRISAFULLI, v., *Il sistema parlamentare è in crisi*, nel citato numero speciale della rivista *Ulysse* (« I problemi di Ulysse »), p. 37 ss., che ha riaffermato l'esigenza di una revisione del sistema bicamerale nel dibattito svoltosi nel gennaio 1973 a cura della rivista « Gli Stati » (v., *supra*, nota 2).

3. Un legame fra i giuristi che, fin dai primi momenti ebbero a manifestare dissenso e disapprovazione per le scelte dei nostri Costituenti e gli attuali fautori della revisione costituzionale, può riconoscersi nell'opera di Giuseppe Menotti De Francesco. Accanto alle vecchie critiche alla Costituzione repubblicana, di recente egli ha avanzato proposte di revisione costituzionale, allo scopo di porre rimedio alla crisi delle istituzioni ⁽²²⁾.

Interessante è l'accento al « fondamentale difetto, sia dell'ordinamento nostro costituzionale, sia del sistema elettorale adottato in Italia per le elezioni, difetto della Costituzione la quale ha istituito Camera e Senato senza differenziarne la necessaria sostanziale formazione e competenza, sicchè Camera e Senato costituiscono un doppione che non ha senso in quanto provengono in definitiva da uno stesso corpo elettorale ».

All'osservazione dei difetti del diritto vigente, seguono contestuali le proposte di adeguate revisioni per eliminare il « difetto del sistema elettorale adottato nelle elezioni dei rappresentanti, che per la Camera è rigidamente proporzionale, mentre ben diversi sarebbero i risultati se fosse applicato il sistema uninominale, sistema che in Inghilterra, in America, in Francia e in altri Stati democratici assicura risultati soddisfacenti ».

A ciò segue l'ulteriore considerazione: « Penso che, sino a quando il Senato italiano non sarà l'espressione delle categorie e specialmente della cultura e del lavoro, e sino a quando il sistema elettorale non sarà uninominale, consentendo la scelta dei migliori da parte del corpo elettorale e riducendo, almeno in parte la condotta mafiosa dei partiti, la vita politica italiana ne risentirà sempre dannosamente, ed il danno, lungi dall'attenuarsi, si aggraverà sempre di più, man mano che si va avanti negli anni ».

Sotto l'aspetto formale, pertanto, sarebbero necessarie una legge ordinaria per modificare la legge elettorale vigente per la Camera dei deputati, introducendo il collegio uninominale, ed

⁽²²⁾ Cfr. DE FRANCESCO G.M., *Una vita dedicata alla scuola ed al Paese*, Milano, 1974, p. 219 s. (anche per il brano riferito, *infra*, nel testo).

una legge di revisione costituzionale per modificare l'attuale composizione del Senato della Repubblica ⁽²³⁾.

Tali proposte sono in armonia con le considerazioni che Giuseppe Menotti De Francesco aveva svolto negli studi sulla Costituzione repubblicana ⁽²⁴⁾. È da aggiungere che l'autore ritiene, in accordo con altri studiosi ⁽²⁵⁾, che il maggior difetto nella stessa Costituzione sia dato dalla posizione eccessivamente debole attribuita al potere esecutivo: « ...il fattore politico, che ispira la attuazione dei presupposti giuridici di ogni Costituzione moderna ha finito con l'indebolire oltre ogni misura il potere esecutivo » ⁽²⁶⁾.

4. Fra i critici della Costituzione, De Francesco assume una posizione particolare soprattutto per le premesse teoriche e culturali da cui egli prende le mosse.

⁽²³⁾ Sulla riforma del Senato e le varie proposte avanzate già immediatamente dopo l'entrata in vigore della Costituzione, v. anche per indicazioni e richiami, MATTEUCCI, *Considerazioni sulla riforma del Senato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 700 ss.; ARISTA, *Saggio bibliografico sulla riforma del Senato*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, p. 232 ss.; CUOCOLO, *Due nuovi progetti di legge per la riforma del Senato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 188 ss.; MAZZEI, MOLÈ, MORTATI e BON VALSASSINA, *La riforma del Senato*, in *Rassegna Parlamentare*, 1960, p. 1522 ss.; NEGRI, voce *Bicameralismo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, V, p. 345 ss.

Più di recente il problema si è riproposto alla luce della crisi delle istituzioni parlamentari ed è stato oggetto di numerosi interventi di giuristi e politologi. Nella vastissima letteratura, v., per un puntuale orientamento, ROSSANO, *Partiti e parlamento nello Stato contemporaneo*, Napoli, 1972, 1 ss. Oltre alla posizione del Crisafulli (già ricordata sopra nella nota n. 21), v. BON VALSASSINA, *Una possibile riforma del Senato*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1959, IV, p. 69 ss.; SPREAFICO, *Composizione politica e composizione sociale del Senato (1948-1968)*, *ibidem*, p. 533 e 569 ss.

⁽²⁴⁾ Per una bibliografia degli scritti del De Francesco aventi per argomento la Costituzione repubblicana, si rimanda all'elenco che introduce il primo dei due volumi degli *Studi in onore di G.M. De Francesco*, Milano, 1957.

⁽²⁵⁾ Tale è l'opinione, ad esempio, del Vinciguerra, su cui v. GRASSO, *op. cit.*, p. 811 ss.

⁽²⁶⁾ DE FRANCESCO, *La legge italiana istitutiva del Consiglio Superiore della Magistratura*, nel volume collettivo *Magistrati o funzionari*, a cura di G. MARANINI, Milano, 1962, p. 365.

All'uopo, bisogna tornare lontano nel tempo, quando l'autore era professore all'Università di Pavia, prima di essere trasferito all'Università di Milano. Si era negli anni del primo dopoguerra, e molti Paesi dell'Europa continentale e di altri continenti, dopo la caduta delle istituzioni del periodo prebellico, erano pervasi da un vasto movimento costituzionalistico inteso alla ricerca di nuovi ordinamenti ⁽²⁷⁾. Nei Paesi dove si volevano mantenere le concezioni liberal-democratiche, sia pure con « aperture » sociali, le nuove Costituzioni mostravano caratteri e tecniche giuridiche diverse da quelle dell'Ottocento fino al punto di far parlare di nuove tendenze costituzionali o di una nuova diversa base del costituzionalismo europeo occidentale ⁽²⁸⁾.

In Italia, tali tendenze costituzionali furono oggetto di pochi studi ⁽²⁹⁾, essendo rimasto in vigore lo Statuto albertino del 1848, sia pure con le successive modificazioni e le aggiunte del periodo fascista. Mancava un'esigenza immediata per approfondire la disamina dei nuovi movimenti. In più, allora in Italia erano scarsamente coltivati gli studi di diritto pubblico comparato ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Tale fervore costituzionalistico, che caratterizzò il primo dopoguerra, aveva destato l'attenzione del RUFFINI che ne aveva fatto richiamo nei suoi scritti apologetici e polemici, poi raccolti nel 1925 in volume sotto il titolo: *Diritti di libertà*, di cui qui si cita la seconda edizione, con prefazione del Calamandrei, Firenze, 1946, in specie p. 42 ss.; 87 ss.; 147 ss.

⁽²⁸⁾ La trattazione d'insieme più nota è data dal volume di MIRKINE GUETZEVICH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1936; ed anche *Le régime parlementaire dans les constitutions d'après-guerre*, Paris, 1937.

⁽²⁹⁾ Facevano eccezione i lavori interessanti, ma di ordine soprattutto espositivo, di GIANNINI A., *Tendenze costituzionali*, Bologna, 1933, e *Movimenti costituzionali contemporanei*, Roma 1937. Un tentativo di sistemazione organica è il saggio breve, ma preciso, del CROSA, *Il fattore politico e le Costituzioni*, negli *Studi in onore di Ranalletti*, Padova, 1931, I, p. 164 ss. Si vedano anche gli accenni in AMBROSINI, *Sul carattere delle costituzioni repubblicane del dopoguerra*, *ibidem*, pp. 1-15.

⁽³⁰⁾ A prescindere da studi monografici, è ricordato come trattazione d'insieme solo il corso di dispense di ROSSI L., *Appunti di diritto pubblico comparato*, Roma, 1935. In precedenza, digressioni di carattere comparatistico si erano avute nelle trattazioni del BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e*

De Francesco, già nella sua anteriore opera di giurista, si era mostrato sempre attento alle vicende storiche ed alle esperienze concrete dei fatti, con notevole attitudine ad « avvicinare il diritto alla realtà pratica della vita » (31). È un'attitudine dimostrata fin dai primi tempi, fin dalla tesi di laurea che nel 1907, quando fu discussa, rappresentava un'autentica novità per l'argomento « Conflitti di lavoro e loro pacifica risoluzione » (32). Si può comprendere, quindi, come un giuspubblicista di tale formazione fosse tra i pochi che, negli anni del primo dopo-guerra in Italia, vollero dedicarsi alle ricerche intorno alle grandi novità costituzionali provocate dalla crisi mondiale di allora (33).

In specie De Francesco mostrò molto interesse per le nuove Costituzioni straniere promuovendo anche apposite trattazioni monografiche in accurate tesi di laurea, redatte dai migliori allievi della Facoltà giuridica pavese. In tal modo vennero esaminate quasi tutte le Costituzioni apparse a quel tempo, così come i principali istituti comuni a più ordinamenti (34).

nelle istituzioni, 2 voll., Torino, 1896-1900; del MOSCA, *Appunti di diritto costituzionale*³, Milano, 1921.

Una considerazione particolare merita l'intera opera dell'Orlando, sempre dominata dalla preoccupazione di conciliare un'apertura « alla prospettiva storica » con la « massima precisione dei concetti » ed il « rigore sistematico della trattazione »: v. GALIZIA, *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 967 s.

(31) V. RESTA, G.M. De Francesco e la sua opera scientifica. Discorso pronunciato in occasione delle onoranze tributate al prof. G.M. De Francesco, Milano, 1958, p. 5 s.

(32) Detta tesi fu poi pubblicata nella *Rivista intern. di scienze e discipline ausiliarie* del 1910.

(33) Oltre alle indagini sulle Costituzioni democratiche europee, sono da ricordare un'ampia monografia *La natura giuridica dei mandati internazionali* nel vol. X degli *Studi nelle scienze giuridiche e sociali* (Pubblicazioni della R. Università di Pavia) del 1926; ed il saggio *Lo Stato sovietico nella dottrina generale dello Stato*, negli *Studi per Ranalletti*, Padova, 1931, II, pp. 1-55. Ambedue gli scritti apparvero fra le primissime trattazioni di tali argomenti in Italia ed anche all'estero.

(34) V. DE FRANCESCO, *L'Università di Pavia e gli studi sulle Costituzioni straniere*, in *Annali di Scienze politiche*, v. Pavia, 1932, p. 137 ss. L'A. esprimeva anche il rammarico che le più meritevoli delle suddette tesi non fossero state pubblicate per mancanza di mezzi finanziari, facendo osservare che « una parte non

Di tali ricerche a noi interessano soprattutto le considerazioni e le conclusioni tratte dal De Francesco per quanto riguarda, in particolare, gli ordinamenti retti con forme di Stato di « democrazia classica » (³⁵).

5. I risultati degli studi e meditazioni furono riassunti da De Francesco, fra l'altro, in due saggi su « La posizione giuridica del Capo dello Stato nelle vecchie e nelle nuove Costituzioni » (³⁶) e su « La nomina e la revoca dei Ministri nelle Costituzioni del dopoguerra » (³⁷). I due saggi appaiono intesi, mediante un'indagine dei testi costituzionali, a ricercare la configurazione giuridica degli ordinamenti definiti nelle Costituzioni del primo dopoguerra (³⁸).

Per certi aspetti la disamina del De Francesco può confrontarsi con quella seguita dal Rodslob, dal Duguit e dal Burdeau, poi riproposta, in termini critici, dal Mortati (³⁹).

Secondo la classificazione di quest'ultimo autore, tra i governi parlamentari deve farsi una distinzione fondamentale a seconda che accolgano la concezione « monistica » o quella « dualistica » (⁴⁰). Tale differenza fondamentale tra le due concezioni è indicata dal Mortati nel « diverso modo di intendere le funzioni e di individuare la posizione del Capo dello Stato: ed in particolare i poteri di cui il Capo dello Stato gode nei confronti di

trascurabile della letteratura francese in argomento » (diritto costituzionale comparato) era « data precisamente dalle tesi di dottorato ».

(³⁵) Tale è la nota espressione usata specie dal BISCARETTI DI RUFFIA, da ultimo in *Introduzione allo studio del diritto costituzionale comparato*, Milano, 1974, 60 ss.

(³⁶) In *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, I, p. 351.

(³⁷) In *Riv. dir. pubbl.*, 1932, I, p. 325 ss.

(³⁸) Per un'accurata disamina dei lavori comparatistici di De Francesco, con adesione alle sue conclusioni, v. CARENA, *Principi e tendenze di diritto pubblico nelle Costituzioni democratiche post-belliche*, in *Annali di Scienze politiche*, V, Pavia, 1932, p. 230 ss. e *passim*.

(³⁹) V. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973, p. 145 ss.

(⁴⁰) Il termine « monistico » è adoperato in senso diverso da quello accolto dal Mirkine Guetzevitch ed applicato, poi, in Italia, dal Biscaretti di Ruffia.

quell'organo collegiale che concentra in sé i poteri necessari a concretare l'indirizzo politico, cioè il "Gabinetto". Il sistema dell'equilibrio dualistico si realizza qualora il Gabinetto sia politicamente responsabile non solo nei confronti del Parlamento, ma anche del Capo dello Stato, e questi abbia la possibilità di far valere tale responsabilità attraverso il potere di revoca. In tal caso il Capo dello Stato è concepito come un organo che, al pari del Parlamento, può influire attivamente sulla direzione politica dello Stato in modo indiretto, attraverso i poteri di cui gode nei confronti di un "Gabinetto" responsabile anche nei suoi confronti » (41).

La concezione « monistica », invece, si qualifica per la tendenza a « considerare il Parlamento come unico vero centro di autorità politica » (42). Con questa concezione è compatibile la figura del Capo dello Stato in posizione però di potere « neutro » e « moderatore » tra i contrasti delle forze politiche; mentre deve attuarsi il maggior raccordo d'intesa e di armonia politica tra governo e parlamento.

Come modelli estremi delle due concezioni sono proposti la Costituzione tedesca di Weimar, caratterizzata dal dualismo politico tra Presidente della Repubblica e Parlamento e la Costituzione austriaca del 1919, in cui il centro principale, anzi unico, del potere politico era da vedere nel Parlamento.

Nella classificazione proposta dal Biscaretti di Ruffia, che ha sviluppato l'insegnamento del Mirkiné Guetzevitch, la contrapposizione suddetta corrisponde ai due tipi di governo parlamentare « razionalizzato » (43): alla concezione *dualista* corrisponde il governo parlamentare razionalizzato « a tendenza presidenziale »; alla concezione *monista* il governo parlamentare razionalizzato « a tendenza direttoriale », data dal predominio delle assemblee parlamentari. A rigore, anche le forme denominate

(41) MORTATI, *op. cit.*, p. 149.

(42) MORTATI, *op. cit.*, p. 191.

(43) BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 201 ss.

dal Biscaretti « a tendenza equilibratrice » — cui viene ricondotta la Costituzione italiana del 1947 — dovrebbe considerarsi più prossime alla concezione « monista » in quanto il voto parlamentare deve reputarsi decisivo nel determinare la politica nazionale (⁴⁴).

6. Nel quadro sopra descritto l'opera del De Francesco si qualifica per originalità di impostazioni e di risultati.

L'interesse dell'autore appare rivolto, soprattutto, ai governi parlamentari che rispondono alla concezione definita dagli studiosi europei come « monistica » e cerca di distinguerne i tipi diversi, quali risultano nelle costituzioni del primo dopo-guerra. La concezione monistica appare, perciò, come una tendenza capace di assumere svariate manifestazioni, anziché come uno schema rigido attuato senza variazioni di sorta.

L'ampia disamina consentiva al De Francesco di suddividere le Costituzioni democratiche del primo dopo-guerra in due grandi categorie: nell'una, comprendente, ad esempio le Costituzioni dell'Estonia e dei vari *Länder* tedeschi, era realizzata una forma di governo diretto di assemblea fino al punto di non riconoscere una figura costituzionale propria del Capo dello Stato o di negarne ogni individualità autonoma; nell'altra, assai più ampia, erano riunite le altre Costituzioni che, a dire del De Francesco, realizzavano una forma da definirsi ultra-parlamentare. È da tener presente, in proposito, che per questo autore il sistema di governo parlamentare non sarebbe caratterizzato dall'equilibrio dei poteri, ma invece dalla normale prevalenza della volontà parlamentare: la nuova forma del primo dopo-guerra si sarebbe differenziata per aver reso assoluta ed inderogabile quella prevalenza parlamentare che era, nella forma parlamentare, solo normale (⁴⁵).

(⁴⁴) V. le considerazioni sulla Costituzione italiana del MORTATI, *Le forme*, cit., p. 430 s. L'autore considera come modello di « parlamentarismo equilibrato » la costituzione cecoslovacca del 1920 (*op. cit.*, p. 197 ss.).

(⁴⁵) Secondo il CARENA, *Principi e tendenze*, cit., p. 236, la distinzione del De Francesco tra governi « parlamentari » ed « ultra-parlamentari » sarebbe diversa

La tendenza ad affermare l'assoluta prevalenza costituzionale del Parlamento, sia pur con diversità di particolari e di misure, sempre secondo il De Francesco, era da considerare come un vero e proprio principio giuridico, che, a sua volta, era derivato dal comune principio politico al quale le Costituzioni stesse si ispiravano, e cioè dal principio democratico nella sua espressione parlamentaristica. E, invero, tali tendenze apparivano manifeste nella maggior parte delle Costituzioni del primo dopoguerra, anche se vi furono eccezioni importanti, come quella della Germania di Weimar ⁽⁴⁶⁾.

Specie la posizione giuridica del Capo dello Stato nelle Costituzioni posteriori al 1918, appariva all'autore mutata e diversa rispetto a quelle antecedenti. Si manifestavano tendenze notevoli, se non proprio a sopprimere la carica, a sottrarre al Capo dello Stato: a) la titolarità del potere esecutivo, almeno nella sua unitarietà (di modo che, in quelle Costituzioni, il potere esecutivo o si riassumeva solo nel Governo, oppure era distribuito tra Capo dello Stato e Governo); b) qualsiasi possibilità di partecipare alla funzione legislativa; c) qualsiasi pretesa di far valere ogni responsabilità politica dei Ministri (nei confronti di esso Capo dello Stato).

Alla puntuale disamina comparata dei testi costituzionali del primo dopoguerra ed alla loro classificazione, il De Francesco faceva seguire anche un giudizio di valutazione sulla rispondenza

dalla distinzione del Mirkin Guetzevitch, tra governo parlamentare « classico » e governo parlamentare « razionalizzato », differenza che consiste nella sostituzione di un rigido procedimento giuridico (statuizioni scritte superprimarie) ad un procedimento politico (prassi). I due criteri di distinzione però non sono incompatibili poiché riguardano profili diversi delle costituzioni. Più completo e comprensivo ci sembra, comunque, il criterio del Mirkin Guetzevitch, applicato da noi, per esempio, dal BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 194 ss., 208 ss.; v. anche MORTATI, *Le forme*, cit., p. 145 ss. e *passim*. Nondimeno anche la classificazione del De Francesco pare utile sotto altri profili.

⁽⁴⁵⁾ Va ricordato che la forma di governo prevista nella Costituzione di Weimar è definita come « Governo parlamentare razionalizzato a tendenza presidenziale » proprio a causa della forte posizione costituzionale riconosciuta al Presidente della Repubblica. V. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 201 s.

alle necessità storico-ambientali. Quei « sistemi di Governo », scriveva l'autore « non hanno risposto alle esigenze reali della vita degli Stati, i quali, specialmente dopo il travaglio della guerra, avevano più che mai bisogno che il principio della autorità statale non venisse menomato di fronte ai gruppi sociali per poter consentire ed agevolare, attraverso l'ordine e la disciplina, la restaurazione delle energie stanche e delle forze distrutte » ⁽⁴⁷⁾.

7. Si può riconoscere nell'opera di De Francesco una sostanziale continuità di impostazione fra i suoi studi di carattere storico-comparato intorno alle Costituzioni del primo dopo-guerra e le critiche da lui mosse alla attuale Costituzione italiana. Ed in una tale posizione, a parte certe enunciazioni polemiche, è da riconoscere un concreto fondamento di verità.

Come è noto i nostri Costituenti si ispirarono rigidamente ai modelli costituzionali del primo dopo-guerra che apparivano loro i più idonei alle istanze politiche ed ideologiche del momento, in rapporto al mutamento di forma istituzionale da monarchia in repubblica, alle numerose spinte verso una democratizzazione totale, alla necessità di stabilire un regime « razionalizzato » e pluralista, capace di garantire la coesistenza pacifica di gruppi politici diversi ed anche ispirati ad ideologie contrastanti ⁽⁴⁸⁾.

Oggi si può dire che, soprattutto per l'Italia, in confronto con altri Paesi del continente europeo, ha valore l'osservazione che la rinascita del costituzionalismo nel secondo dopo-guerra nei Paesi dell'Europa continentale è avvenuta senza affermare « principi veramente nuovi rispetto a quelli della precedente esperienza parlamentare », al più col rifiuto di innestare figure di Capo di

⁽⁴⁷⁾ DE FRANCESCO, *La posizione giuridica del Capo dello Stato*, cit., p. 351.

⁽⁴⁸⁾ È da ricordare che in preparazione dei lavori dell'Assemblea Costituente, a cura di un Ministero appositamente istituito, il Ministero per la Costituente, furono stampate le traduzioni dei testi di molte Costituzioni straniere, fra cui le Carte costituzionali del primo dopo-guerra, con commenti e note di autori vari. La collana denominata *Testi e documenti costituzionali*, fu edita a Firenze nel 1946.

Stato repubblicano-presidenziale nelle strutture del parlamentarismo « razionalizzato » ⁽⁴⁹⁾.

Anche se temperate con l'attribuzione di taluni poteri al Presidente della Repubblica e con l'introduzione della Corte costituzionale, la nostra Costituzione mantiene i caratteri del regime « ultraparlamentare » e le tendenze verso un vero e proprio regime di assemblea, come sta, tra l'altro, a comprovare tutta la polemica di Giuseppe Maranini ⁽⁵⁰⁾. E non vi è dubbio che l'aspetto principale delle critiche alla Costituzione del 1947, così come anche delle richieste di revisione, riguarda propriamente la debolezza del potere esecutivo, secondo quanto già detto ⁽⁵¹⁾.

Hanno, quindi, un fondamento di ragione le parole pronunciate da De Francesco nell'esordio della sua relazione ufficiale ad un *Symposium* internazionale: « Come studioso, io sono un giudice piuttosto severo della Costituzione italiana del 1947... » ⁽⁵²⁾.

Quale giudizio di uno studioso, la critica deve essere cauta, analitica ed articolata a seconda delle diverse parti del testo costituzionale ⁽⁵³⁾.

8. Il buon giurista, però, deve sempre distinguere da ciò che è stabilito in un testo normativo, quanto ne è derivato per illazione ingiustificata o ne costituisce violazione. Così, sempre

⁽⁴⁹⁾ Per tali osservazioni, v. MORTATI, *Le forme di governo*, cit., p. 222 s. Sono da ricordare altresì le considerazioni svolte dall'ELIA, *Governo (forme di)*, voce in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 657 s. e *passim*.

⁽⁵⁰⁾ Per le considerazioni polemiche del MARANINI si possono ricordare alcune sue opere di impostazione più generale: *Miti e realtà costituzionali*, Milano, 1960; *La Costituzione che dobbiamo salvare*, Milano, 1959; *Storia del potere in Italia: 1848-1967*, Firenze, 1967.

⁽⁵¹⁾ Si rimanda alle indicazioni del § 1 ove sono ricordati gli interventi dei Professori: CRISAFULLI, SANDULLI, MORTATI, FERRARI, GALEOTTI, LA PERGOLA e JEMOLO.

⁽⁵²⁾ DE FRANCESCO, *La legge italiana*, cit., p. 365.

⁽⁵³⁾ Va notato che, nella relazione citata alla nota precedente, il DE FRANCESCO, dopo essersi dichiarato critico della Costituzione per quanto concerne la disciplina del potere esecutivo, aggiungeva che il titolo IV della seconda parte della Costituzione « merita piena adesione anche da parte dei più severi critici del testo costituzionale ».

secondo De Francesco, l'indebolimento dell'esecutivo, già insito nelle statuizioni costituzionali, è stato reso più grave « dalla errata interpretazione, da parte dei governi che si sono succeduti dal 1947 in poi, di alcune sue norme fondamentali (della Costituzione), e, prima fra tutte, quella dell'art. 95. Di qui il decadere dell'autorità e del prestigio dello Stato cui si va sostituendo il prepotere rovinoso dei partiti politici e dei loro apparati; di qui la indisciplina degli individui e dei gruppi, da cui procede il disordine sociale » ⁽⁵⁴⁾.

Una violazione « rivoluzionaria » della Costituzione è stata, più di recente, ravvisata dallo stesso De Francesco nell'accoglimento delle pretese dei sindacati a trattare direttamente con il Governo la soluzione dei problemi politici generali « cui sono interessati tutti i cittadini, problemi di spettanza esclusiva del Parlamento ». Ne segue la conclusione secondo cui il « cedimento continuo al sindacalismo di ogni tendenza finisce col travolgere il sistema costituzionale poggiato sul parlamento come rappresentante della sovranità per quanto tocca gli interessi superiori della nazione, interessi superiori e distinti dagli interessi di categoria » ⁽⁵⁵⁾.

La questione non è nuova, anzi attiene alla concezione fondamentale ed alle origini storiche dell'istituto parlamentare, il quale è fondato proprio sulla distinzione e sull'antitesi tra la rappresentanza degli interessi generali dell'intera nazione, vista nella sua totalità, e la tutela degli interessi di categoria o di gruppi particolari in competizione tra loro. In questi limiti, ben si può sostenere che contraddice alla « verità », prima ancora che alla Costituzione, l'idea stessa di considerare alla pari « potere politico » e « potere sindacale »: « rappresentanza politica » e « rap-

⁽⁵⁴⁾ DE FRANCESCO, *loc. ult. cit.*

⁽⁵⁵⁾ Il caratte incostituzionale delle pretese affacciate dai sindacati a farsi portatori di interessi generali, è stato ritenuto da DE FRANCESCO, nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1972 (tenuto il 4 febbraio 1972), all'Istituto Lombardo - Accademia di Scienze e lettere (di cui l'A. fu presidente dal 1966 al 1973); cfr. *Rendiconti Istituto Lombardo, Parte generale, 1972, estr.*

presentanza sindacale » come due « portatori di interessi generali » (⁵⁶). La questione si era presentata nel primo dopo-guerra e De Francesco aveva già espresso la propria opinione nel lontano 1924, in una prolusione tenuta nella Università di Urbino, intitolata proprio « Rappresentanza politica e rappresentanza sindacale nella scienza del diritto pubblico » (⁵⁷). A cinquant'anni di distanza, le nuove esperienze hanno indotto il Nestore degli studi di diritto pubblico a riaffermare la propria opinione.

È importante che, per un giurista formatosi alla scuola del positivismo giuridico, l'apologia dello « Stato di diritto » contro le pratiche contrarie ed anche contro la Costituzione repubblicana, sia conservata, secondo un ordine di criteri propriamente giuridici, indipendenti da valutazioni extragiuridiche, morali o politiche. Tale è il proposito manifestato da De Francesco, come risulta da un passo piuttosto esplicito in merito: « So che il giurista non deve mai prescindere dalla realtà ma so anche che, allorquando questa realtà copre errori produttivi di conseguenze dannose alla collettività nazionale, egli ha il diritto e il dovere di ammonire e richiamare gli uomini responsabili al ritorno ai principi, che vantano la conferma rassicurante dei secoli » (⁵⁸). È verosimile che con queste parole De Francesco volesse fare riferimento alle concezioni fondamentali dello « Stato di diritto » elaborate nei secoli, dopo un così intenso processo di elaborazione di pensiero e dopo un così grande travaglio dei popoli. Nella persona giuridica dello Stato, Santi Romano vedeva una « stupenda creazione del diritto », capace di realizzare « l'impersonalità del potere » col porre a titolare della sovranità non una persona sin-

(⁵⁶) DE FRANCESCO, *Discorso*, cit., alla nota precedente.

(⁵⁷) La prolusione del DE FRANCESCO, *Rappresentanza politica e rappresentanza sindacale nella scienza del diritto pubblico*, è edita in *Riv. dir. pubbl.*, 1925, I, p. 265 ss. I temi trattati in detta prolusione sono ripresi nella commemorazione di Francesco Rovelli, tenuta da DE FRANCESCO all'Istituto Lombardo, nella adunanza del 12 novembre 1964.

(⁵⁸) DE FRANCESCO, *F. Rovelli*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo - Parte generale*, vol. XCVIII, 1964, estr.

gola od un gruppo, ma un ente giuridico, lo Stato « che si eleva al di sopra degli interessi non generali », e « non l'organo di una classe, di un partito, di una frazione, dominante per diritto di vittoria o di potenza » (⁵⁹).

9. Anche le critiche della Costituzione mosse da De Francesco sono da riconoscere, quindi, in armonia con i principi dello « Stato di diritto », ai quali egli tenne costantemente fede. In merito, va ricordato che durante il periodo fascista nella dottrina italiana del diritto pubblico tenevano campo due correnti. La prima, di più ampia influenza per il numero e l'autorevolezza dei fautori, aveva continuato a trattare la materia secondo le teorie del diritto e dello Stato tramandate dal periodo anteriore, e riguardate come classiche. Ben pochi, per contro, avevano cercato di seguire nuove impostazioni diverse e più radicali, in corrispondenza con le concezioni totalitarie (⁶⁰).

Le tendenze cosiddette « conservatrici » prevalevano anche negli altri rami della scienza giuridica, fino al punto da imporsi ai legislatori del tempo. Ciò riuscì evidente, sia all'atto della formazione dei codici del 1942, sia nelle discussioni per i tentativi non riusciti di arrivare alla c.d. codificazione dei principi generali dell'ordinamento statale, codificazione voluta dai giuristi più favorevoli alle novità totalitarie (⁶¹). È da aggiungere che, anche l'organizzazione costituzionale, amministrativa e giudiziaria dello Stato, pur con le gravi trasformazioni intervenute con l'instaurazione del regime fascista, presentò per aspetti rilevanti una continuità sostanziale rispetto all'anteriore periodo statutario liberale (⁶²).

(⁵⁹) ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, rist., Milano, 1969, p. 7 ss.

(⁶⁰) In argomento, v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, cit., p. 12 ed anche GALIZIA, *Diritto costituzionale (profili storici)*, cit., p. 975 s.

(⁶¹) In merito v. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965, p. 281 ss.

(⁶²) Si può rinviare, in merito, a PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, voce in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 887 ss.

Nel dibattito tra i nostri giuspubblicisti, De Francesco fu decisamente fra coloro che cercavano di dimostrare la validità delle dottrine giuridiche anteriori e la loro idoneità a spiegare e definire anche le innovazioni costituzionali introdotte nel periodo del ventennio ⁽⁶³⁾.

Per di più, lo stesso De Francesco diede un contributo davvero rilevante all'affermazione ed alla continuità della scuola italiana del diritto pubblico, ispirata alle classiche concezioni della post-pandettistica e della dogmatica. Si ebbe la formazione della « Collana di studi di diritto pubblico dell'Università di Milano » nella quale furono pubblicate le opere (talune ancora fondamentali) di giovani studiosi provenienti da tutte le Università italiane e destinati a divenire i maestri futuri ⁽⁶⁴⁾. In un certo senso, anche quelle opere offrono un'altra conferma dell'indipendenza da ogni spirito e passione di parte, mantenuta dalla nostra scienza giuridica, in materie come il diritto amministrativo, costituzionale ed internazionale ove più immediato è il rapporto con le alterne vicende della politica ⁽⁶⁵⁾.

10. L'attaccamento agli ideali dello « Stato di diritto » e la posizione complessiva di De Francesco in rapporto alla Costi-

⁽⁶³⁾ Tale pensiero risulta limpidamente espresso nella recensione critica al volume del COSTAMACNA, *Storia e dottrina del Fascismo*, Torino, 1938, in *Riv. dir. pubbl.*, 1938, I, p. 407 s. Del De Francesco va, anche, ricordato il saggio *Leggi costituzionali fasciste e forme di governo*, in *Riv. dir. pubblico*, 1931, I, in ispecie p. 564 ss.

⁽⁶⁴⁾ Merita riferire l'elenco di tali opere apparse fino al 1942 nella collana milanese fondata e diretta da G.M. De Francesco ed edita dalla Casa editrice A. Giuffrè: M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*; R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, vol. I e II, e *La revoca degli atti amministrativi*; M. MIELE, *Contributo alla teoria degli accordi di garanzia nel diritto internazionale*; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*; C. PUCHETTI, *L'attività commerciale e le prestazioni dei servizi pubblici da parte della pubblica amministrazione*.

⁽⁶⁵⁾ Per l'importanza, nella evoluzione della nostra dottrina, degli studi di diritto amministrativo pubblicati nella collana milanese ricordata nella nota precedente: v. BENVENUTI, *Gli studi di diritto amministrativo*, in *Archivio I.S.A.P.*, Milano, 1962, II, p. 1241 ss.

tuzione del 1947 riceve ulteriore luce dalla sua partecipazione alla vita pubblica in anni non troppo remoti. Nella seconda legislatura repubblicana egli fu eletto alla Camera dei Deputati e successivamente fu chiamato a far parte del primo Consiglio Superiore della Magistratura, per designazione parlamentare.

Di quelle esperienze qui vanno solo ricordati, per accenni, i fatti che rivelano una certa visione del diritto e dello Stato e che possono illuminare anche l'opera dell'interprete.

Va notato, anzitutto, che De Francesco era stato eletto nel 1953 nelle liste del Partito nazionale monarchico ed era, quindi, destinato a rimanere all'opposizione. Nondimeno egli seppe seguire le regole migliori dell'istituto parlamentare, per le quali, pur nella disparità di vedute e di programmi, è dovere di tutti ricercare il bene comune specie nella formazione delle leggi che devono riguardare tutti i cittadini e non solo gli aderenti all'una o all'altra delle parti. Emblematico è il ricordo dell'attività svolta al primo Consiglio Superiore della Magistratura: « Eravamo rappresentanti di tutti i partiti politici... Si discuteva anche animatamente, fra noi, di volta in volta, ma alla fine il rappresentante missino giungeva alla stessa conclusione sostanziale del rappresentante comunista in ordine a questa o a quella questione obiettivamente valutata, e lo stesso avveniva per i consiglieri provenienti da altri partiti diversi » (⁶⁶). Vi è in tali parole un richiamo alle concezioni classiche del costituzionalismo, secondo cui la « discussione » pubblica va riconosciuta come la *ratio* stessa del Parlamento, in quanto strumento essenziale per la ricerca in comune della verità ed il conseguimento delle migliori decisioni (⁶⁷). Ciò va tenuto presente, anche se il criterio della discussione risulta difficile a mantenersi in un ordinamento c.d. « non omoge-

(⁶⁶) DE FRANCESCO, *Una vita*, cit., p. 227 s.

(⁶⁷) In argomento, v. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*⁴, Berlin, 1969, p. 43 ss., ed indicazioni in nota ivi. V. inoltre GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Napoli, 1948, *passim*.

neo », in una società pluralistica, ove la rappresentanza parlamentare è costituita da gruppi decisamente divisi ed avversi (⁶⁸).

In questo quadro era intesa l'abitudine dell'on. De Francesco a voler sempre, o quasi, aggiungere nei suoi discorsi parlamentari, la trattazione dei problemi giuridici o costituzionali connessi ai problemi più propriamente politici. Con siffatto riferimento a criteri oggettivi, mirava a dare un contributo per appianare le divergenze di opinione e conseguire una valutazione dei pubblici interessi (⁶⁹).

In proposito, va ricordato che nelle discussioni sul procedimento di amnistia del 1953, pur essendo deputato monarchico all'opposizione, si esprime, come studioso della Costituzione, con molto vigore affinché fosse riaffermata l'interpretazione più rigorosa dell'art. 99 Cost., nel senso di riconoscere la potestà del Capo dello Stato in materia di amnistia e di indulto (⁷⁰). È importante osservare che in tale posizione si riaffacciava il postulato, conforme al principio della divisione dei poteri, secondo cui l'amnistia e l'indulto vanno intesi come atti di sospensione e di deroga della legge e perciò distinti e diversi dalla potestà di elaborare norme giuridiche generali ed astratte (⁷¹).

(⁶⁸) Sulla società pluralistica ed il Parlamento, v. le puntuali osservazioni del ROSSANO, *Partiti e parlamento nello Stato contemporaneo*, Napoli, 1972, p. 66 ss. e passim. V. anche dello stesso autore, *Considerazioni sulla democrazia e sullo Stato di partiti*, in *Scritti degli allievi in onore di Tesauro*, Milano, 1968, II, p. 650 ss.; SANDULLI, *Società pluralistica e rinnovamento dello Stato*, in *Iustitia*, 1968, p. 3 ss.

Sulla nozione di ordinamento non omogeneo sia anche consentito rinviare ad ANTONELLI, *Le immunità del Presidente della Repubblica italiana*, Milano, 1971, p. 289 ed ivi bibliografia alle note 346 e ss.

(⁶⁹) V., DE FRANCESCO, *Una vita*, cit., p. 212, ove l'A. osserva: « Mi sembrava così di continuare quasi il mio compito di docente anche se alle questioni giuridiche la Camera, così composta, non accorda sempre le sue simpatie e, purtroppo, le sue preferenze, data l'impreparazione di troppi suoi membri ».

(⁷⁰) L'emendamento De Francesco al progetto di amnistia del 1953, conforme alle idee menzionate, *infra*, nel testo, fu poi, ritirato dallo stesso proponente su richiesta del gruppo parlamentare democristiano (comunicatagli dall'on. Tesauro) e dal Guardasigilli, per non ritardare ulteriormente il provvedimento di clemenza. V. DE FRANCESCO, *Una vita*, cit., p. 213 s.

(⁷¹) In merito si rimanda alle trattazioni più recenti: PANSINI, *Amnistia ed*

Merita attenzione il fatto che due sole furono le proposte di legge presentate dal deputato De Francesco durante tutto il periodo della sua attività parlamentare. Molto importante è da ritenere la proposta di introdurre « norme generali sull'azione amministrativa »: la proposta aveva lo scopo di sostituire utilmente, con un solo testo ordinato e semplice, centinaia di norme sparse in numerosi testi legislativi e regolamentari; per tale sostituzione si teneva conto degli insegnamenti e della dottrina in materia. Allo scopo erano stati utilizzati i lavori davvero imponenti approvati da una benemerita Commissione presieduta da Ugo Forti.

La proposta De Francesco non giunse a buon fine. Tuttavia merita riferirne le vicende, poiché risulta provata la validità di essa. Pur essendo stata presentata da un deputato di opposizione, la proposta fu approvata dalla Camera. Fermata al Senato, la proposta stessa decadde al termine della legislatura 1953-1958, e poi fu ripresentata, senza maggior fortuna, da un insigne amministrativista, eletto deputato per la Democrazia cristiana, il prof. Lucifredi. È da notare che quel progetto, insabbiato in Italia nelle secche parlamentari, fu poi preso a modello ed attuato in altri paesi ⁽⁷²⁾.

De Francesco si era studiato di seguire le regole classiche del buon legislatore, secondo cui le leggi devono essere poche, riguardare argomenti generali e riuscire idonee a permanere nel tempo. Altra buona regola era di prendere a criterio l'esperienza della realtà, quale risulta documentata nella giurisprudenza e riflessa nelle meditazioni della dottrina giuridica, anziché cercare di tradurre nelle proposizioni delle leggi una qualche ideologia parziale.

Dovrebbe essere questo il modo migliore per fare opera utile alla comunità nazionale e non già all'uno ed all'altro dei gruppi particolari.

uguaglianza dei cittadini, Napoli, 1974, p. 7 ss., e *passim*; ZACREBELSKI, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974.

⁽⁷²⁾ In materia, v. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, *passim*.

11. L'analisi, con carattere paradigmatico, del pensiero di un giurista di vecchia scuola, consente di svolgere alcune considerazioni generali circa l'apporto che i giuristi possono recare alle discussioni intorno alla nostra Costituzione ed alle proposte di revisione che vengono attualmente formulate. È inevitabile, in tali discussioni, l'influenza delle inclinazioni e delle ideologie professate dai diversi critici.

Per i giuristi, la politica riguarda essenzialmente il *diritto in fieri* e ciascuno di essi sarà portato a disegnare le future leggi in armonia con il modello ritenuto migliore. Già l'Orlando descriveva mirabilmente la politica come « quel lavoro incessante, quell'attività febbrile, maggiori dove è maggiore lo sviluppo civile ed intellettuale di un popolo, e rivolte alla valutazione dei pregi e dei difetti di una forma politica, dei mali che affliggono lo Stato e dei mezzi onde rimediarvi » (⁷³).

In quanto variabilità, la politica veniva, pertanto, contrapposta, nella sua essenza, al diritto costituzionale che « presuppone lo studio di rapporti naturali e necessari », leggi ed istituzioni politiche considerate come « prodotto ultimo ed inevitabile di una evoluzione storica ». E l'Orlando riconosceva, quindi, che l'ordine politico suppone « la variabilità » dei rapporti oggetto di studio scientifico, « a seconda della cosciente attività della ricerca subbiettiva ».

Oggi la fondatezza della distinzione tra i due ordini scientifici diversi, ordine giuridico ed ordine politico, è messa in dubbio e contestata da molte voci che negano la possibilità di una ricerca « obbiettiva » ed « imparziale ». Anche queste voci vanno tenute presenti poichè confermano l'attuale stato di crisi. Sarebbe però erroneo, ancor prima che ingiusto, dimenticare che la distinzione proposta dall'Orlando ha consentito un grandioso sviluppo del diritto pubblico, con lo studio penetrante delle nostre istituzioni costituzionali nel corso di tre periodi: statuario, fa-

(⁷³) ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1905, p. 38 s.

scista e repubblicano. La grande mole delle trattazioni di insieme relative ai singoli istituti consentono, anche ai cultori di altre discipline, storiche, politologiche, sociologiche, una chiara e puntuale visione dell'organizzazione dello Stato e della evoluzione subita dagli istituti.

Del resto la distinzione viene ancora seguita da autorevoli studiosi, ed è stata riproposta, in termini polemici, proprio per quel che riguarda il tema del presente scritto. Notava, di recente, il Cassandro che « di solito i giuristi, in un paese libero, non si sono fermati al compito loro essenziale che è quello di capire le leggi e di agevolarne con la loro attività l'applicazione... Sono andati oltre e hanno criticato le leggi, e suggerito rimedi a quelli che apparivano errori e invocato la legge nuova là dove l'interpretazione — che ha i suoi severi confini — non poteva porgere aiuto ». Ma l'Autore ricorda che i giuristi hanno saputo sempre distinguere in modo preciso, anche se con parole modeste, i due piani: *de iure condito* e *de iure condendo* ⁽⁷⁴⁾.

Qui interessa notare che la vecchia distinzione viene riproposta in termini tali che appare utile, se non necessaria, anche una disamina rigorosa delle questioni concernenti la critica del diritto vigente e le proposte di revisioni. È un modo di vedere assai distante da quello accolto dalle vecchie scuole per la costruzione della scienza giuridica. Merita attenzione l'insegnamento, ricordato dal Cassandro, dei vecchi maestri di logica: « Tienti sempre alle distinzioni... se vuoi raggiungere la verità e non incappare nell'errore il quale sorge dalla mescolanza o piuttosto dalla contaminazione di cose per natura diverse » ⁽⁷⁵⁾.

Tale insegnamento dovrebbe essere valutato, anche e soprattutto, da chi voglia impostare, con rigore metodologico, i problemi delle revisioni costituzionali e delle riforme giuridiche, trattandosi di problemi non sempre riducibili e confondibili con quelli relativi ad interpretazioni evolutive od alternative. La necessità

⁽⁷⁴⁾ CASSANDRO, *Il fare del giurista*, in *Diritto e società*, 1973, p. 129.

⁽⁷⁵⁾ CASSANDRO, *op. cit.*, p. 131.

di differenziare lo studio del diritto dalla politica legislativa, pertanto, dovrebbe preoccupare soprattutto gli innovatori più intelligenti. Si può indicare, in merito, come altamente significativo il pensiero espresso da Umberto Scarpelli, il quale sostiene che « nella società in trasformazione » diviene preminente cambiare la legge per adeguarla alle nuove esigenze umane e naturali. Ma, come è risaputo, la legge dà norme generali ed astratte e non già provvedimenti individuali, concreti e contingenti. Donde logicamente deriva la conseguenza necessaria che « il giurista, per esempio il giudice che si ribella al dogmatismo ed al concettualismo per appropriarsi senza nessuna investitura di un frammento di sovranità politica e fronteggiare la trasformazione sociale con una personale, libera iniziativa politica condita di estremismo verbale è una figura velleitaria e (anche per le contropinte che provocano) parecchio pericolosa » (⁷⁶).

In linea di massima, appare già meritevole di attenzione il fatto che ai dibattiti sulla critica e sulla trasformazione delle istituzioni costituzionali partecipi un giurista di vecchia scuola, abituato a distinguere, col massimo rigore, tra ordine politico ed ordine giuridico, tra *iure condito* e *iure condendo*. Nel caso di De Francesco poi, tale distinzione è stata osservata anche nell'attività pratica, come amministratore e come parlamentare.

12. Nello stesso ordine delle idee esposte nel paragrafo precedente, si può anche considerare più da vicino l'attitudine del giurista, ed in specie del giuspubblicista, a verificare i difetti delle istituzioni e delle leggi, ed a discutere sulle proposte di revisione.

Nell'ultima lezione accademica tenuta dal Santoro Passarelli il 24 maggio 1972, vi è un passo degno di ricordo: « È giusto che i giuristi facciano anche la politica del diritto, perchè hanno la preparazione giuridica che consente a loro di comprendere me-

(⁷⁶) SCARPELLI, *Insegnamento del diritto, filosofia del diritto e società in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 1682.

glio i problemi di politica del diritto, ma, a mio modo di vedere, va allora tanto più rigorosamente mantenuto il confine tra giurisprudenza, che è interpretazione, e politica che è trasformazione del diritto » (77).

Aderendo a tali affermazioni, il Cassandro aggiunge che per la critica delle leggi attuali e la proposta di abrogazione e di innovazioni, i giuristi « sono probabilmente assai attrezzati » (78). Ma essi sono « attrezzati » proprio perché dediti a quell'attività che, piuttosto « spregiativamente », gli innovatori riducono e qualificano « di esercitazioni formali »; ma che — avverte ancora il Cassandro (79) — « sono poi quelle in virtù delle quali il giurista è giurista ».

A conclusioni analoghe nella sostanza perviene anche lo Scarpelli che muove da una concezione progressista e si dichiara fautore di novità, nel senso di conciliare le esigenze di libertà e di garanzia proprie del liberalismo, con le nuove istanze del socialismo. Egli avverte che « Nella società in trasformazione, dove la legge va cambiata per disciplinare e razionalizzare secondo valori umani e sociali rapporti e processi nuovi e complicati, la funzione più importante che un giurista possa assumere è dare alle forze politiche impegnate in quel senso il suo specifico apporto di architetto delle istituzioni, preparato a conferire un'articolazione normativa ed una visione politica » (80).

Anche qui dunque si vuole che il giurista si interessi delle crisi e delle innovazioni politico-sociali senza rinnegare il suo patrimonio culturale e professionale, ma valorizzandolo al massimo. Ciò appare, del resto, in piena armonia col pensiero esposto dallo stesso Scarpelli in anni non remoti, a difesa del diritto positivo e della certezza del diritto quali valori anche del vivere civile (81).

(77) SANTORO PASSARELLI, *Senso di un insegnamento*, in *Riv. dir. civ.*, XVIII, 1972, n. 5, I, p. 423.

(78) CASSANDRO, *op. cit.*, p. 131.

(79) *Loc. ult. cit.*

(80) SCARPELLI, *Insegnamento*, *cit.*, p. 1682.

(81) Per un accenno in tal senso alla posizione dello Scarpelli, v., ad esempio,

Il giurista, proprio perché abituato al continuo lavoro di analisi e di ricostruzione dogmatica, ci sembra più adatto a procedere con cautela, soprattutto nel suggerire innovazioni. Per abito mentale, egli è incline a studiare il « diritto migliore » in modo da renderlo « più aderente alla realtà », cercando di suggerire « la decisione nel contrasto che affiora dalla vita, tra interessi e opinioni, ideologie e ideali » ⁽⁸²⁾.

In questo quadro merita di essere sottolineato il fatto che, secondo una regola non scritta ma sempre osservata dai nostri maggiori maestri del diritto pubblico, quali l'Orlando, il Ranelletti, il Romano ed altri ancora, lo studio del diritto costituzionale non era mai disgiunto da quello del diritto amministrativo. Ciò consentiva di percepire meglio i contrasti e le divergenze tra l'ideale dei principi consacrati nelle carte costituzionali e la realtà degli interessi quotidiani, manifesta nelle controversie davanti alla giustizia amministrativa; la contraddizione storica tra un diritto costituzionale in continuo movimento ed un diritto amministrativo stabile.

Ad una tale duplicità di interessi scientifico-didattici si mantenne fedele anche il De Francesco, sempre applicandosi, con fervore, ai due maggiori rami del diritto pubblico ⁽⁸³⁾. Va anche aggiunto che nella critica costituzionale e nelle proposte di revisione, il De Francesco si è avvalso, come si è visto, dei suoi severi ed acuti studi di diritto costituzionale comparato. Viene in tal modo posto in risalto uno degli aspetti fondamentali dell'opera del giurista, quale è individuato da una recente autorevole trattazione sulla finalità della *Scienza del diritto compara-*

FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 817.

⁽⁸²⁾ Le osservazioni, *infra*, nel testo sono ricostruite dal CASSANDRO, *op. cit.*, p. 129.

⁽⁸³⁾ Tale duplicità di interessi del De Francesco è stata sottolineata, fra gli altri, dall'ex Presidente della Corte Costituzionale Gaspare Ambrosini, v. DE FRANCESCO, *Una vita*, cit., p. 195.

to (⁸⁴). L'indagine comparata, infatti, « suole spesso condurre ad una migliore interpretazione » e non solo, ma anche ad una migliore « *valutazione degli istituti giuridici dell'ordinamento nazionale* ». E quindi la comparazione riesce utile, *se non necessaria*, anche ad ogni seria critica: « giacchè il rapporto sistematico con gli ordinamenti stranieri, specie se provenienti da uno stesso ceppo genealogico, potrà non di rado facilitare l'identificazione di principi rimasti fino allora latenti, e quasi occultati agli analitici commentatori del diritto positivo del proprio Stato ». È quanto De Francesco ha fatto per primo in Italia, studiando, come si è visto, le Costituzioni democratiche parlamentari apparse in Europa nel primo dopo-guerra, alla cui famiglia appartiene anche la nostra Carta repubblicana.

Si è rilevato inoltre, che non si può certo « ignorare il notevole apporto che la scienza del diritto costituzionale comparato può fornire in sede nomotetica, ossia in relazione alla *politica legislativa* »: infatti « una buona conoscenza delle leggi e degli istituti dei Paesi più simili, per le loro strutture costituzionali, potrà risultare estremamente utile a coloro che sono chiamati a fronteggiare le nuove esigenze normative palesatesi nell'ordinamento nazionale. E ciò, sia per giungere ad una migliore elaborazione tecnica delle norme stesse, sia per trarre giovamento dell'esperienza concreta derivata dalla loro già avvenuta applicazione ».

Si tratta, quindi, di una possibilità di introdurre anche nel momento supremo delle contese politiche, come quello che precede le trasformazioni del governo e delle istituzioni, il temperamento che viene dall'indagine scientifica e dalla mentalità sperimentale. Nota, infatti, il Biscaretti: « ...gli apporti della indagine comparatistica possono costituire la direttiva più utile ed il freno più efficiente per la fantasia (talvolta fin troppo sbrigliata!) dei legislatori nazionali ».

(⁸⁴) V. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1974, p. 4 ss., dal quale sono tratte le ulteriori citazioni riportate tra virgolette nel testo.

Per un costituzionalista di formazione rigorosa, quindi, anche l'utilizzazione in sede pratica dei risultati delle indagini comparate deve risultare informata a prudenza ed animata da senso storico. Dubbia appare la pura e semplice recezione, senza varianti, di istituti costituzionali già adottati, magari con successo, in altri Stati. Più opportuna si presenta l'imitazione, « ma allora solo dopo avervi portato i necessari emendamenti imposti dalle diverse situazioni ambientali »; ed anche ci si può persuadere della necessità di respingere qualsiasi recezione od imitazione di altri ordinamenti, « proprio sulla base delle considerazioni determinate dall'indagine comparatistica ». Per virtù dell'indagine stessa risulta confermato che l'opera del giurista nei periodi di transizione può assumere « un ruolo simile a quello rivestito dalla sperimentazione di laboratorio nelle scienze esatte ».

ANTONIO EMANUELE GRANELLI

LE IMPRESE MULTINAZIONALI
E IL LORO INQUADRAMENTO
NELLA NORMATIVA TRIBUTARIA ITALIANA:
SITUAZIONE ATTUALE
E PROSPETTIVE DI RIFORMA (*)

(*) Comunicazione presentata al Convegno su *Le imprese multinazionali nella C.E.E.*, organizzato dal Centro Studi sulle Comunità Europee presso l'Università di Pavia (20-22 settembre 1973).

SOMMARIO: 1. Generalità. Le società multinazionali: realtà economica e profili giuridici. Aspetti comunitari del problema: gli artt. 67, 220 e 221 del Trattato CEE. La situazione delle i.m.n. nell'ordinamento italiano. La distinzione fra imprese nazionali e imprese straniere, e l'autorizzazione di queste ultime ad operare nello Stato. Inadeguatezza del sistema rispetto alle i.m.n. ed alla loro particolare strategia. — 2. I problemi posti dalle i.m.n. in materia fiscale. Necessità di una regolamentazione internazionale a base plurilaterale. Il trattato C.E.E. ed alcune direttive (e proposte di direttive) che interessano la materia. Il regime comunitario degli « apporti ». Prospettive di ravvicinamento delle legislazioni fiscali. I problemi della tassazione dei profitti, del regime fiscale delle fusioni, scissioni ed apporti, dei rapporti fra società-madri e filiali. — 3. Il regime tributario vigente in materia di imposte dirette: suo carattere prevalentemente reale. Esame dei profitti internazionali interessanti i singoli tributi vigenti. Inidoneità degli istituti fiscali in vigore ad inquadrare, nella sua interezza, il fenomeno delle i.m.n. L'imposta di r.m. L'art. 113 del T.U. Le imposte personali. Imposta complementare. Imposta sulle società e sulle obbligazioni. Il concetto di « stabile organizzazione ». — 4. Le ipotesi di tassazione alla fonte. Compensi agli amministratori. Canoni (*redevances, royalties*). Interessi. Dividendi. — 5. I fenomeni di elusione e di doppia imposizione internazionali. Le convenzioni internazionali: loro inidoneità a risolvere adeguatamente problemi connessi con la strategia delle i.m.n. Esame delle convenzioni operanti in Italia. Il principio di non-discriminazione. La tassazione dei redditi d'impresa. I dividendi. Gli interessi. I canoni. I compensi degli amministratori. I *capital gains*. Le imposizioni patrimoniali. — 6. Il concetto di « stabile organizzazione » nelle convenzioni. La nozione delle « imprese associate ». Le disposizioni influenti sul *transfer pricing* per il caso di imprese legate da « particolari relazioni ». Il regime fiscale delle imprese di navigazione. — 7. Il regime pattizio nelle ipotesi di doppia imposizione: varie soluzioni adottate. — 8. Il regime della riforma, in vigore dall'1 gennaio 1974. Suo contributo al « ravvicinamento ». Criteri ispiratori: personalità dell'imposta e *world wide system*. L'IRPEF e l'IRPEG nei riflessi delle i.m.n. Il regime del « credito d'imposta ». L'ILOR. — 9. L'accertamento dei redditi trasferiti ad « imprese collegate ». Critiche e riserve. — 10. Il regime dei redditi di capitale nella riforma. Gli interessi, ecc. I dividendi. I canoni. — 11. Il problema della sopravvivenza delle convenzioni internazionali dopo la riforma.

1. È stato da più parti rilevato che, nel quadro dell'ormai vasta letteratura in argomento, i contributi di impostazione strettamente giuridica sulle imprese multinazionali occupano uno spa-

zio assai limitato rispetto alle prevalenti indagini economiche, statistiche e finanziarie ⁽¹⁾. Il rilievo è sintomatico: infatti, il proliferare di questa categoria d'impresa, il progressivo estendersi delle loro dimensioni, e il diversificarsi del loro assetto in forme e figure vieppiù complesse ⁽²⁾, costituiscono un fenomeno tutto moderno, a fronte del quale i singoli ordinamenti giuridici, e gli stessi istituti di diritto internazionale, appaiono ormai inadeguati ⁽³⁾.

A livello mondiale, è di questi giorni la notizia di una iniziativa dell'ONU, in vista di una regolamentazione intesa a limitare gli aspetti negativi di questo fenomeno, sotto altri profili salutare, e comunque ormai irreversibile: per ora, tuttavia, si è ancora alla fase preliminare di una indagine conoscitiva, che non si preannunzia nè facile, nè breve ⁽⁴⁾.

La stessa C.E.E., che pure ha avvertito, sin dalle sue origini, l'esigenza di creare opportuni istituti giuridici in vista dello sviluppo di imprese multinazionali europee, anche al fine di controbilanciare la massiccia penetrazione in Europa delle imprese statunitensi ⁽⁵⁾, è ben lungi dall'auspicata soluzione: ai principi fissati nel trattato di Roma in tema di diritto di stabilimento (artt. da 52 a 58) e di creazione della comunità economico-

(1) Cfr. CAMPOLONGO e GRISOLI, *Le imprese plurinazionali a vocazione europea*, Padova, 1972, pagg. 9 e sg.

(2) Si veda, per un attento e completo esame delle situazioni riconducibili alla nozione di impresa multinazionale, CAMPOLONGO e GRISOLI, *Le imprese*, cit., pag. 33 e segg.

(3) Cfr., per tutti, SNOY, *Politiques fiscales nationales et stratégies des sociétés multinationales dans la C.E.E.*, in *Vers une politique fiscale européenne à l'égard des entreprises multinationales?* (Atti del Convegno del Centre de recherches interdisciplinaires droit-économie dell'Università cattolica di Louvain, 16 marzo 1973), Bruxelles-Louvain, 1973, pag. 13 e segg. Più in generale, sui delicati rapporti fra Stati nazionali ed imprese a vocazione mondiale, si veda: HELLMANN, *Weltunternehmen nur amerikanisch?*, Baden-Baden, 1970 (tradotto in Italia con il titolo: *Europa e America: gli investimenti internazionali*, Milano, 1973).

(4) O.N.U., *Report on Impact of Multinational Corporations*, New York, 1973.

(5) Resta tuttora valida, in argomento, l'ampia e documentata analisi di SEBASTIAN-SCHREIBER, *Le défi américain*, Paris, 1969.

monetaria (artt. 67 e ss.), hanno fatto seguito, sin'ora, interventi applicativi del tutto episodici, i quali, se pur rappresentano un apprezzabile avvio alla creazione di una sorta di diritto societario europeo, non costituiscono certo una disciplina organica della materia.

Abbandonato, infatti, l'originario disegno di elaborare uno *Statuto* della società commerciale europea ⁽⁶⁾, ci si è limitati all'emanazione di alcune direttive, e ad una (per ora parziale) attuazione degli artt. 220 e 221 del trattato, che assicurano dall'un lato il riconoscimento reciproco delle società, il mantenimento della loro personalità giuridica in caso di trasferimento di sede e la possibilità di fusioni internazionali di società europee, dall'altro la partecipazione finanziaria, da parte dei soggetti di ciascun Paese membro, al capitale delle società nazionali. Tali, innanzitutto, la direttiva 9 marzo 1968, sul coordinamento delle disposizioni nazionali in materia di società (attuata, in Italia, con la legge 29 dicembre 1969, n. 1127), e la Convenzione 29 febbraio 1968, sul mutuo riconoscimento delle società e delle altre persone giuridiche (resa operante, in Italia, con legge 28 gennaio 1971, n. 270) ⁽⁷⁾. Altre direttive, e precisamente quelle dell'11 maggio 1960, del 18 dicembre 1962, del 31 maggio 1963 e del 30 luglio 1963, hanno disposto, in vista dell'attuazione dell'art. 67 del Trattato, misure intese ad eliminare ogni restrizione al movimento dei capitali nell'ambito comunitario, ai pagamenti dei servizi ed ai cosiddetti « trasferimenti invisibili » ⁽⁸⁾.

(6) Di tale iniziativa, e delle sue alterne e complesse vicende, riferiscono, in particolare: PRENAULD, *Droit européen des sociétés*, Bruxelles-Louvain, 1969, pag. 917 e segg.; CARUSO, *Le società nella Comunità Economica Europea*, Napoli, 1972, pag. 357 e segg. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

La *Note du Gouvernement français sur la création d'une société commerciale de type européen* leggesi in *Riv. soc.*, 1966, 1091 e segg.

(7) Sulla portata di tali provvedimenti, si cfr.: CARUSO, *Le società*, cit., pagg. 217 e seg., 354 e segg.

(8) Cfr. GRISOLI, *Sulla liberalizzazione della circolazione dei capitali nell'ambito del Mercato Comune Europeo*, in *Banca, Borsa e Tit. credito*, 1964, 570 e segg.; MAESTRIPIERI, *Aspects juridiques et fiscaux de la création d'un marché européen des capitaux*, in *Dir. e prat. trib.*, 1972, I, 584 e segg.

In mancanza, dunque, così dal punto di vista generale, come nel più ristretto ambito della Comunità, di una organica disciplina del fenomeno, si assiste ad una inevitabile disarmonia fra la realtà economico-sociale, caratterizzata dall'insorgere di imprese sempre più svincolate da ogni riferimento nazionale, e gli istituti giuridici nel cui dominio esse operano, tuttora ispirati al principio della nazionalità dell'impresa.

Per quanto concerne l'Italia, viene innanzitutto in rilievo l'art. 16 delle Disp. prell. al Cod. civ., che assicura alla persona fisica straniera i diritti civili riconosciuti ai cittadini, ivi compreso quello di esercitare imprese commerciali, e che estende, alle persone giuridiche straniere, i diritti propri di quelle nazionali ⁽⁹⁾.

In materia societaria, poi, il su esposto principio trova più dettagliate specificazioni negli artt. 2505 e ss. del Cod. civ., concernenti, per l'appunto, il regime delle società aventi rapporti istituzionali con l'estero.

Secondo tale disciplina, sono considerate *nazionali*, innanzitutto, e quindi completamente assoggettate alla legge italiana, le società costituite in Italia, quand'anche esse abbiano all'estero l'oggetto della loro attività (art. 2509). Parimenti, la nazionalità italiana viene attribuita alle società costituite all'estero, ma aventi in Italia la sede amministrativa o l'oggetto principale dell'impresa (art. 2505 Cod. civ.) ⁽¹⁰⁾. Sin qui, è evidente che si resta fuori della portata del citato art. 16, Disp. prell., trattandosi di società nazionali.

Società straniere sono, invece, quelle che, costituite all'estero, non abbiano in Italia la sede di amministrazione, nè l'oggetto principale dell'impresa: per esse, appunto, si rende operante, salve le limitazioni poste da leggi speciali (art. 2510), il principio di equiparazione di cui all'art. 16 Disp. prell., fermo restando,

⁽⁹⁾ In argomento: CARUSO, *Le società*, cit., pag. 135 e segg.

⁽¹⁰⁾ Cfr. CARUSO, *Le società*, cit., pag. 65 e segg.

per il resto, il loro pieno assoggettamento al diritto sostanziale straniero ⁽¹¹⁾. Tuttavia, nel caso che, l'esercizio dell'impresa, cui dette società straniere hanno diritto in Italia, venga svolto attraverso la costituzione di sedi secondarie, allora queste ultime debbono uniformarsi alla legge italiana per quanto concerne il deposito dell'atto costitutivo, l'iscrizione nel registro delle imprese, la tenuta dei libri, eccetera (art. 2506) ⁽¹²⁾.

Nel quadro testè sommariamente esposto, è evidente che l'impresa multinazionale (o internazionale, o trasnazionale) ⁽¹³⁾, non trova, in sè e per sè, alcuna cittadinanza: lo schema, entro il quale in ogni caso la realtà dev'essere inquadrata, è quello dell'impresa di nazionalità straniera, operante in Italia, ovvero dell'impresa di nazionalità italiana, operante all'estero, purché, in entrambe le ipotesi, l'attività estera sia svolta attraverso l'inseadimento di una stabile unità produttiva.

Non v'ha dubbio, peraltro, che lo schema anzidetto si attagli sovente alla realtà come un letto di Procuste, costringendo le stesse imprese multinazionali ad adottare di volta in volta, piegandoli alle proprie esigenze, istituti giuridici palesemente inadeguati.

Infatti, dal punto di vista della loro effettiva struttura, le multinazionali si presentano quali imprese aventi, sotto una dire-

⁽¹¹⁾ Vedasi, al riguardo, l'ampia disamina del CARUSO, *Le società*, cit., pag. 135 e segg.

⁽¹²⁾ CARUSO, *Le società*, cit., pagg. 140-41.

⁽¹³⁾ Sulle varie classificazioni elaborate al riguardo (imprese con interessi all'estero, internazionali, multinazionali, trasnazionali, sovranazionali) si vedano: ROBINSON, *International Business Policy*, New York, 1964, pag. 224; HELLMANN, *Weltunternehmen*, cit., pag. 31 della trad. it.; CAMPOLONGO e GRISOLI, *Le imprese*, cit., pag. 11 e segg.

Più recentemente, si è parlato anche di imprese (o società) *transideologiche*, scaturenti da particolari forme di collaborazione fra imprese occidentali e governi dei Paesi a regime collettivista. Tale qualificazione non è, tuttavia (almeno dal punto di vista giuridico) pertinente, in quanto tali forme di collaborazione escludono ogni partecipazione del capitale straniero alla proprietà dell'impresa, che resta sotto l'esclusivo controllo dello Stato. Cfr. su tale punto: HELLMANN, *Weltunternehmen*, cit., pag. 181 della trad. it.

zione centralizzata, singole unità produttive in una pluralità di paesi (¹⁴): esse sfuggono, quindi, a una configurazione di tipo, per così dire, « dualistico », come è quella per lo più delineata dalle disposizioni statuali e dalle convenzioni internazionali a base bilaterale.

Tale struttura riflette, invero, una strategia generale di tipo completamente nuovo e diverso dalle tradizionali motivazioni, che caratterizzavano, secondo la schematizzazione tuttora offertane dalle legislazioni nazionali, l'insediamento di unità produttive all'estero. Siffatta strategia mira a un duplice, congiunto risultato: dall'un lato, alla localizzazione dei fattori di produzione in modo tale da ricavarne il massimo di profitto (¹⁵); dall'altro, alla concentrazione del profitto stesso, voltachè esso siasi costituito presso le singole unità produttive, al livello della direzione centralizzata (¹⁶).

Dal primo punto di vista, le scelte di localizzazione appaiono influite da numerosi fattori, quali, ad esempio, lo sviluppo della cosiddetta « infrastruttura », la disponibilità ed il costo della manodopera, l'onere ed i tempi di acquisizione delle aree d'insediamento, la situazione dei cambi, eccetera.

Quanto al « rimpatrio » dei profitti, le multinazionali si servono di tecniche vieppiù raffinate, vuoi per eludere le eventuali restrizioni sussistenti alla loro uscita dallo Stato di produzione, vuoi per ridurre al minimo il costo fiscale dell'operazione. Rientra, in tale quadro, la politica cosiddetta del *transfer prin-*

(¹⁴) Per tale definizione, cfr. GINDERACHTER, *Les entreprises multinationales et la politique régionale communautaire*, in *Vers une politique*, cit., pag. 116.

(¹⁵) Cfr. DUNNING e YANNOPOULOS, *The Fiscal Factor in the Location of Affiliates of Multinational Enterprises*, in *Vers une politique*, cit., pag. 71 e segg., e specialm. 82-86; HUTCHINGS, *Fiscalité et financement des sociétés multinationales dans la C.E.E.*, ibidem, pagg. 133 e segg., e specialm. 135-136.

(¹⁶) SNOY, *Politiques fiscales*, cit., pag. 35 e segg.; DUNNING e YANNOPOULOS, *The Fiscal Factor*, cit., pafi. 86 e segg.; HUTCHINGS, *Fiscalité*, cit., pag. 137 e segg.; BURGIO, *Le transfert des bénéfices entre diverses unités des sociétés multinationales et le problème de l'harmonisation fiscale dans la C.E.E.*, in *Vers une politique*, cit., pag. 139 e segg.

cing, praticata nell'ambito delle unità produttive: manipolando, infatti, i prezzi di determinati servizi « interni » al gruppo, vuoi nel senso di una maggiorazione (rispetto all'effettivo valore) dei servizi ricevuti, vuoi, all'inverso, mediante una diminuzione del corrispettivo dei servizi resi, i profitti vengono trasferiti da zone a fiscalità più elevata a zone a fiscalità più tenue ⁽¹⁷⁾. Altre volte, si ricorre alla tecnica della « società di base », costituita in uno dei cosiddetti « paradisi fiscali », ed ossia in un paese ove i redditi d'origine straniera non siano gravati da imposte, o scontino imposte minime: per tal via, o attraverso la distribuzione di dividendi (nel caso in cui la « società di base » abbia la struttura di una *holding*, detenente il capitale delle filiali), o mediante il pagamento di canoni particolari (*redevances*, *royalties*), od infine attraverso altre tecniche di *transfer pricing*, i profitti vengono accumulati in un'area di minima fiscalità, e quindi sottratti ad imposizione ⁽¹⁸⁾.

Appare a questo punto, evidente come, vuoi nella prospettiva della massimizzazione dei profitti, vuoi dal punto di vista del loro « rientro », il fattore fiscale giochi un ruolo non secondario, anche se per se stesso non determinante ⁽¹⁹⁾, nelle scelte delle imprese multinazionali.

La già rilevata discrepanza fra le reali caratteristiche e le effettive proporzioni di tali imprese, e gli schemi normativi cui esse risultano riconducibili, comporta che esse vengono ad assumere, dal punto di vista giuridico, connotazioni e forme le più disparate: al nucleo centrale del fenomeno, caratterizzato, come s'è detto, da una pluralità di unità produttive operanti sotto una direzione centralizzata, corrispondono quindi svariati modelli legislativi.

⁽¹⁷⁾ Cfr. SNOY, *Politiques fiscales*, cit., pagg. 36-37.

⁽¹⁸⁾ SNOY, *Politiques fiscales*, cit., pagg. 37-38.

⁽¹⁹⁾ Si vedano, al riguardo: SNOY, *Politiques fiscales*, cit., pagg. 18-19; DUNNING e YANNOPOULOS, *The Fiscal Factor*, cit., pagg. 72-73.

La figura più semplice, è quella della creazione, da parte di un'impresa, di « stabili organizzazioni » o di « sedi secondarie » all'estero. Genericamente, tale ipotesi può realizzarsi anche mediante un procedimento inverso, ed ossia a seguito di una « fusione internazionale », in conseguenza della quale le singole imprese, concentrate od incorporate, perdono la loro autonomia, trasformandosi in sedi secondarie dell'impresa incorporante, o dell'impresa risultante dalla fusione ⁽²⁰⁾.

Tuttavia, tale soluzione appare la meno pratica, poco prestandosi alle tecniche di *transfer pricing* ed alle altre analoghe strategie, più innanzi ricordate. Inoltre, poichè la creazione della stabile organizzazione o della sede secondaria non modifica (come s'è visto) la nazionalità dell'impresa, tale figura organizzatoria non consente di usufruire dei numerosi vantaggi, frequentemente riservati agli operatori nazionali ⁽²¹⁾.

Tali considerazioni portano dunque a preferire, rispetto alla cosiddetta « concentrazione nell'unità », la « concentrazione nella pluralità » ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ CAMPOLONGO e GRISOLI, *Le imprese*, cit., pag. 53 e segg.

⁽²¹⁾ Innanzitutto, la stabile organizzazione o sede secondaria di una società estera incorrerebbe con tutta evidenza nelle limitazioni consentite, ex art. 2510 cod. civ. per le « società nelle quali siano rappresentati interessi stranieri »: tale, ad esempio, il divieto di avere la proprietà di navi od aeromobili italiani (artt. 143 e 751 cod. civ.). È pur vero, infatti, che una autonoma società « collegata » avente nazionalità italiana, non esclude la presenza di interessi stranieri: ma essi vi possono essere più agevolmente occultati mediante il ricorso a particolari espedienti (ad es.: intestazione fiduciaria delle quote a cittadini italiani).

Inoltre, la stabile organizzazione o filiale di impresa estera resterebbe esclusa da tutti quei benefici creditizi, fiscali, eccetera, che la legge italiana riserva alle « imprese nazionali »: si veda, ad es., la legge 11 marzo 1958, n. 238, sul finanziamento delle opere pubbliche e degli impianti di pubblica utilità.

È da osservare, tuttavia, che la giurisprudenza della Cassazione, proprio allo scopo di evitare troppo facili elusioni delle norme, rispetto alle quali si renda rilevante la « nazionalità » dell'impresa, tende ad equiparare le « società-figlie » di « società-madri » estere alle sedi secondarie delle stesse: si cfr., ad es., Cass., Sez. I civ., 6 settembre 1968, n. 2881, in *Dir. Scambi Int.*, 1969, 559.

⁽²²⁾ VERRUCOLI, *Rapporto di sintesi*, in *Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, vol. II, Milano, 1968, pagg. 225.

Più frequentemente, quindi, si ricorre alla creazione del cosiddetto « gruppo d'impresе »: le singole unità produttive vengono costituite come società nazionali giuridicamente autonome, astrette tuttavia da un particolare vincolo di dipendenza dall'impresa-madre. Tale vincolo può realizzarsi secondo varie modalità: acquisizione, da parte della società-madre, del pacchetto di controllo delle società figlie; accordi assicuranti determinati poteri decisionali dell'una impresa sulle altre; creazione di organi amministrativi comuni per tutte le imprese del gruppo, eccetera ⁽²³⁾. Dal punto di vista genetico, è poi evidente che il gruppo potrà formarsi vuoi attraverso la costituzione, da parte dell'impresa-madre, di società straniera (*investimento diretto*), vuoi, all'inverso, a seguito dell'acquisto di preesistenti società straniera (*investimento finanziario*) ⁽²⁴⁾.

Altra forma assai diffusa è quella della cosiddetta « concentrazione terziaria » ⁽²⁵⁾, consistente nella creazione, da parte di più società, di un'altra autonoma impresa sociale, preposta alle attività comuni del gruppo: trattasi della figura nota sotto il nome di *joint venture* ⁽²⁶⁾.

2. L'inadeguatezza del sistema normativo rispetto alla reale consistenza del fenomeno, testè rilevata da un punto di vista

⁽²³⁾ Si cfr., al riguardo, CAMPOLONGO e GRISOLI, *Le imprese*, cit., pag. 35, ed AA. ivi citati.

⁽²⁴⁾ Si cfr.: CAMPOLONGO e GRISOLI, *Le imprese*, cit., pagg. 33 e segg. È da notare che, nell'uno e nell'altro caso, trattasi di *investimento diretto*: la partecipazione in funzione di controllo non mira, infatti, alla realizzazione di un utile speculativo (come avviene nel c.d. investimento *finanziario* o di *portafoglio*), ma costituisce, non meno della creazione di nuove imprese, un investimento di capitali a lungo termine. Si veda, sul punto, GRISOLI, *Aspetti giuridici della integrazione economica europea*, Padova, 1967, pag. 97 e segg.

La conclusione è importante, in sede operativa, nei riflessi della legge 7 febbraio 1956, n. 43, diretta ad incoraggiare l'afflusso di capitali esteri: essa, infatti, distingue gli « investimenti diretti alla creazione di nuove unità produttive o all'ampliamento di quelle già esistenti » da quelli « d'altra natura ».

⁽²⁵⁾ PAILLUSSEAU, *La société anonyme: technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, 1967, pagg. 122 e segg.

⁽²⁶⁾ Cfr. CAMPOLONGO e GRISOLI, *Le imprese*, cit., pagg. 101 e segg.

generale, si evidenzia, in modo particolare e significativo, nel settore della fiscalità.

Non già, beninteso, che i legislatori nazionali, e quello italiano in particolare, abbiano ignorato l'esistenza delle imprese multinazionali: vedremo, anzi, come esse entrino, a più titoli, nel novero delle fattispecie regolate; nè potrebbe essere diversamente, posto che i problemi connessi alla presenza di siffatte imprese si manifestano, in forma immediata e in misura eclatante, nell'ambito della fiscalità prima che in ogni altro settore.

V'è, tuttavia, nella considerazione del fenomeno da parte del patrio legislatore, come di qualsivoglia altra legislazione nazionale, un limite insuperabile, consistente, a nostro avviso, nella natura stessa della materia considerata. Dopo quanto abbiamo rilevato, crediamo infatti di poter trarre, come intuitiva, la seguente conclusione: che nè le varie legislazioni nazionali, nè i singoli accordi bilaterali intervenienti fra Stato e Stato, possono offrire un soddisfacente inquadramento della materia, esso potendo esclusivamente derivare da uno statuto a carattere plurilaterale, introducibile nell'ambito di un organismo internazionale, quale (ad esempio) l'O.C.D.E. ⁽²⁷⁾, o la stessa O.N.U., ovvero (ma limitatamente alle imprese multinazionali « a vocazione europea ») la C.E.E. ⁽²⁸⁾.

A quest'ultimo riguardo, va riconosciuto che, anche nel settore della fiscalità, qualche passo in avanti è stato compiuto, in sede comunitaria.

Invero, il diritto di stabilimento, sancito dal Trattato di Roma, comporta rilevanti implicazioni nel settore della fiscalità: da esso, infatti, consegue il fondamentale corollario, per cui i

⁽²⁷⁾ Secondo lo HELLMANN, *Weltunternehmen*, cit., pag. 1111 della trad. it., l'organizzazione « più adatta allo scopo » di redigere un « codice di comportamento » delle i.m.n. sarebbe, per l'appunto, l'OCDE.

⁽²⁸⁾ A tale impegno la C.E.E. è stata richiamata, con particolare vivezza, da SERVAN-SCHREIBER, *Le défi*, cit.; ma questo A. ritiene (e giustamente) che il problema non possa trovare adeguata soluzione ove non si sia previamente costituito, nell'ambito della Comunità, un autentico *potere federale*.

singoli sistemi fiscali debbono essere strutturati in modo che, nell'ambito di ciascuno, sussista una piena parità di trattamento fra le imprese nazionali e quelle di altri Stati membri ⁽²⁹⁾. Dovranno, quindi, essere eliminate tanto le discriminazioni fiscali a favore delle imprese nazionali, come pure quelle che si traducano, per converso, in una posizione di vantaggio per le imprese straniere.

Come primo contributo della Comunità in tale direzione, va qui ricordata la direttiva 17 luglio 1969, concernente l'armonizzazione delle imposte indirette sulla raccolta di capitali: direttiva cui il patrio legislatore delegato non ha mancato di adeguarsi, nell'attuazione della prima parte della riforma tributaria, e conformemente all'espresso vincolo posto dalla legge-delega 9 ottobre 1971, n. 825 (art. 7, 1° comma), in sede di revisione della disciplina dell'imposta di registro (art. 4, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634).

Secondo tale direttiva, per gli « apporti » a società costituite in base alla legislazione di uno Stato membro è dovuta una sola imposta, riscuotibile nello Stato dove si trova la direzione effettiva, ovvero, nel caso in cui detta direzione sia situata fuori della Comunità, nello Stato ove è allocata la sede statutaria, od infine, ove entrambe le sedi ricadano in Paesi terzi, nello Stato che ospita la succursale, cui l'apporto è conferito. Quanto alla nozione di apporto, vi rientrano la costituzione o trasformazione di società, l'aumento del capitale, il trasferimento della sede effettiva, ovvero di quella statutaria, da un Paese terzo nell'ambito della Comunità; altre operazioni possono, invece, esservi ricomprese ad iniziativa dei singoli Stati membri ⁽³⁰⁾.

Le misure più significative, ai fini dello sviluppo di imprese aventi dimensioni europee, attengono tuttavia al settore dell'imposizione diretta: la soluzione dei molti e delicati problemi, che

⁽²⁹⁾ Cfr.: SNOY, *Politiques fiscales*, cit., pagg. 48 e segg.; KEUTGEN, *Le droit des groupes de sociétés dans la C.E.E.*, Bruxelles-Louvain, pagg. 245 e segg.

⁽³⁰⁾ MAESTRIPIERI, *Aspect juridiques*, cit., pagg. 591 e segg.

si configurano nella soggetta materia, andrà quindi ricercata nell'ambito del « ravvicinamento » delle legislazioni nazionali sull'imposizione diretta, prevista dall'art. 100 del trattato ⁽³¹⁾.

Occorrerà, soprattutto, coordinare le disposizioni che regolano, attualmente in forme assai eterogenee, il trattamento degli utili distribuiti in rapporto a quelli non distribuiti. Attualmente infatti, mentre l'Italia segue il sistema cosiddetto *classico*, tassando in modo uniforme i redditi, prodotti in capo alla società, e richiamando poi all'imposizione personale, in forma del tutto autonoma, i redditi distribuiti in capo ai singoli soci, altri adottano invece il criterio delle *aliquote differenziate*, consistente nell'assoggettare i profitti distribuiti ad una tassazione attenuata (così, ad esempio, la Germania Federale), ed altri ancora (come la Francia) seguono il sistema dell'*imputazione*, ed ossia applicano un'aliquota uniforme su tutti i profitti, ma riconoscono poi, in detrazione dell'imposta personale dovuta dai soci relativamente ai profitti distribuiti, l'imposta (o una parte di essa) riscossa a carico della società ⁽³²⁾.

Per il momento si trovano all'esame del Consiglio due proposte di direttiva, presentate dalla Commissione il 16 gennaio 1969, concernenti, rispettivamente, l'adozione di regimi fiscali comuni applicabili alle fusioni, alle scissioni ed agli apporti fra società di Stati membri differenti, ed ai rapporti fra società-madri e filiali pure di Stati membri differenti.

Mentre la prima delle citate proposte di direttiva mira ad alleggerire il costo fiscale delle fusioni, delle scissioni e degli apporti comunitari, e ciò anche per compensare la mancata esten-

⁽³¹⁾ In argomento: SARMET, *Harmonisation fiscale et intégration des marchés des capitaux*, in *Vers une politique*, cit., pagg. 143 e segg.

⁽³²⁾ Cfr.: JACQUEMIN e PARMENTIER, *La double imposition économique des bénéfices des sociétés et les mesures d'allégement*, Louvain, 1968; VAN DEN TEMPLE, *Impôt sur les sociétés et impôt sur le revenu dans les Communautés européennes*, in *Etudes (S. Concurrence - Rapp. des législ., n. 15)*, Bruxelles, 1970; DEGLI ABBATI, *La tassazione del reddito delle società di capitali negli Stati membri della Comunità Economica Europea*, Padova, 1973.

sione, ad esse, delle agevolazioni previste dai singoli ordinamenti per corrispondenti operazioni nazionali ⁽³³⁾, la seconda, che si presenta di particolare interesse proprio con riferimento alla materia qui considerata, prevede l'introduzione di un regime fiscale comune, inteso a valorizzare il carattere « interno » delle operazioni fra società-madre e società-figlie: si postulano, infatti, l'esonero, in capo alla società-madre, dei redditi corrisposti dalle filiali; l'esenzione dei dividendi distribuiti da queste alla società-madre da ogni ritenuta d'acconto, ritenuta applicabile invece all'atto della distribuzione dei dividendi da parte della società-madre; infine l'introduzione di un bilancio fiscale « consolidato », opzionalmente applicabile ai gruppi d'impresa di maggiore importanza.

Peraltro, nonostante questi primi, e senza dubbio apprezzabili tentativi di pervenire alla formulazione di un diritto fiscale comune nell'ambito della C.E.E., l'imposizione delle imprese multinazionali è, a tutt'oggi, quasi interamente affidata a due sistemi normativi, parimenti inadeguati allo scopo: dall'un lato, le disposizioni di diritto interno; dall'altro le varie convenzioni internazionali bilaterali.

3. Il sistema normativo interno, attualmente in vigore, è quello portato dal t.u. delle imposte dirette, 29 gennaio 1958, n. 645, e dalle successive disposizioni sulla tassazione degli utili distribuiti dalle società di capitali, di cui alla legge 29 dicembre 1962, n. 1745, modificata con il d. legge 21 febbraio 1967, n. 22, convertito nella legge 21 aprile 1967, n. 209.

Esso costituisce, com'è noto, un sistema tributario a base prevalentemente reale, ed ossia caratterizzato da tributi che vengono prelevati sui singoli oggetti d'imposta, isolatamente considerati: onde, mentre i redditi di natura immobiliare vengono col-

(33) V.: ROELANS, *Régimes fiscaux applicables aux fusions de sociétés*, Bruxelles, 1970, pagg. 79-80.

piti da specifici tributi diretti (imposte fondiarie ed imposte sui fabbricati), tutti gli altri redditi, di capitale, di lavoro e d'impresa, scontano l'imposta di ricchezza mobile.

Nell'ambito di cosiffatto ordinamento, la tassazione personale, caratterizzata invece dall'essere il prelievo effettuato in capo al soggetto per la totalità delle manifestazioni di ricchezza che gli ineriscono, è affidata a due ulteriori tributi aventi carattere complementare, nel senso che essi completano e chiudono il sistema con una imposizione riferita alla globale capacità contributiva del soggetto e, quindi, prescindendo dalle singole fonti di essa: trattasi della imposta detta (per l'appunto) complementare progressiva, che grava sulle persone fisiche in ragione del coacervo dei redditi per loro disponibili, e dell'imposta sulle società, che colpisce congiuntamente, nei confronti degli enti tassabili in base a bilancio, il patrimonio e la quota di reddito complessivo eccedente il 6 % del patrimonio stesso.

La differente natura delle due categorie di tributi, testè ricordati, si riflette necessariamente sull'applicazione del principio di territorialità, insito nel contenuto stesso della potestà impositiva ⁽³⁴⁾: ed infatti, mentre il tributo reale viene applicato in base ad un criterio oggettivo, ed ossia avuto riguardo all'incidenza dell'oggetto dell'imposta nel territorio dello Stato, quello personale si riferisce, invece, al collegamento *del soggetto* con tale territorio (residenza, domicilio, cittadinanza, eccetera), e solo sussidiariamente, quasi per una *fiction juris* personificante una entità patrimoniale, può applicarsi in dipendenza di collegamenti d'ordine obbiettivo ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Ci sembra, infatti, da condividere l'opinione, espressa dal MAFPEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, pagg. 27 e segg., secondo cui la « localizzazione » della fattispecie tributaria discenderebbe dal collegamento, posto dall'art. 53 Cost., del prelievo fiscale con il godimento dei servizi dello Stato.

⁽³⁵⁾ Non ci sembra esatto, infatti, riferire il principio della territorialità ai soli tributi reali: anche i tributi personali rispondono a tale esigenza, differenziandosi dai primi non già perchè rispetto ad essi non operi il criterio della territo-

Quanto ai tributi di carattere reale, occorrerebbe innanzitutto distinguere, per quanto qui ne occupa, le imposte gravanti i redditi di natura immobiliare, dal tributo di ricchezza mobile.

Le prime, non danno luogo a particolari problemi d'ordine internazionale: è evidente, infatti, che il collegamento territoriale deve individuarsi, in tal caso, nell'ubicazione dell'immobile; onde il soggetto od ente straniero dovrà la relativa imposta, ovunque esso risieda. E ciò, beninteso, a prescindere dalla *vexata quaestio*, introducibile ai fini di cui diremo tra breve, se il mero possesso di un bene immobile renda configurabile l'ipotesi della « stabile organizzazione » ⁽³⁶⁾. È piuttosto, da rilevare che, a sensi dell'art. 72 del t.u., l'imposta sui fabbricati non si rende applicabile nel caso in cui il possessore della costruzione, destinata all'esercizio di una attività commerciale, eserciti *direttamente* l'attività stessa: nel qual caso, sembra incontestabile che, ove l'immobile appartenga ad una impresa estera, esso debba considerarsi « stabile organizzazione » (si faccia, ad esempio, il caso dell'albergo gestito in Italia da un operatore straniero, proprietario dell'immobile).

Più delicata, per converso, è l'individuazione del collegamento rispetto all'imposta mobiliare. Il criterio di attribuzione è, senza dubbio, quello (di carattere obbiettivo) del « luogo di produzione » del reddito: in linea di principio, può quindi affermarsi essere tassabili in Italia i redditi quivi prodotti. Tuttavia, non sempre è agevole determinare, in fatto, il luogo di produzione del reddito, onde l'art. 82 del t.u. stabilisce, *ope auctorita-*

rialità, sibbene perchè gli elementi di collegamento tra la fattispecie tributaria e il territorio sono diversi. Si cfr., al riguardo, CROXATTO, *La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria*, in *Dir. e prat. trib.*, 1972, I, 10 e segg.; GRANELLI, *La législation fiscale italienne et sa réforme par rapport au droit international*, in *Rev. sc. fin.*, 1973, 221 e segg., e specialm. 250-51.

⁽³⁶⁾ In senso affermativo, si cfr., da ultimo: Comm. centr., 17 novembre 1969, n. 9864, in *Dir. e prat. trib.*, 1973, II, 298, ed ivi nota di LOVISOLO, *Ancora a margine del concetto di stabile organizzazione, anche in riferimento alla riforma tributaria delle imposte dirette*.

tis, alcuni criteri legali di attribuzione. In particolare, mentre per alcune categorie di redditi si ricorre all'elemento *soggettivo*, talora *ex parte debitoris*, considerandosi prodotti nello stato redditi dovuti all'estero da soggetti quivi residenti o domiciliati, salvochè (trattandosi di reddito di lavoro subordinato) il soggetto erogante sia un'amministrazione pubblica italiana, ovvero un'impresa che abbia all'estero una « distinta organizzazione », talaltra *ex parte creditoris*, con conseguente tassabilità dei redditi « prodotti all'estero da soggetti domiciliati o residenti nello Stato, quando non siano tassabili nell'altro Stato in forza di accordi internazionali » ⁽³⁷⁾, in altri casi si ha riguardo ad elementi oggettivi: così, conformemente al principio della *lex rei sitae*, si considerano prodotti in Italia i redditi, da chiunque e a chiunque dovuti, garantiti da ipoteca su beni siti nello Stato, e i redditi derivanti da attività commerciali esercitate nello Stato. Quest'ultimo criterio è, poi, negli ultimi due commi del citato art. 72 ulteriormente specificato come segue: quanto alle imprese costituite nello Stato, o costituite all'estero ma aventi in Italia la sede amministrativa o l'oggetto principale della loro attività, imprese considerate (come s'è visto) « nazionali » a sensi degli artt. 2505 e 2509 Cod. civ. ⁽³⁸⁾, si hanno per prodotti nello Stato anche i

⁽³⁷⁾ Nel caso in cui il reddito, prodotto all'estero, sia esente da imposte nel luogo di produzione non già in virtù di accordo internazionale, ma per effetto di una norma statale interna, correttamente se ne è esclusa l'imponibilità presso il percettore. Si cfr. in tal senso, con specifico riferimento ai dividendi di azioni di una società svizzera, percepiti da società italiane: Cass., Sez. un. civ., 4 dicembre 1971, n. 3527, in *Dir. e prat. trib.*, 1972, II, 251, con nota di CROXATO, *Non tassabilità ai fini dell'imposta di r.m. dei dividendi di azioni di società estere*.

⁽³⁸⁾ E da avvertire, tuttavia, che, fra l'art. 82 del t.u. e l'art. 2505 cod. civ. non sussiste perfetta coincidenza, in quanto, mentre quest'ultima disposizione si riferisce alle sole società, la norma fiscale discorre invece più genericamente, di « imprese ». Residua pertanto, come ipotesi differenziale rispetto alla previsione delle due norme, quella dell'*imprenditore individuale*. Mancando, rispetto all'impresa individuale, un formale atto costitutivo (necessario, invece, per la società) riteniamo debba situarsene la costituzione nel luogo in cui si è organizzato il complesso aziendale. Cfr. in tal senso: DI PAOLO, *Testo unico delle leggi sulle imposte dirette*, Milano, s.d. pag. 110.

redditi derivanti da attività commerciali esercitate all'estero, allorché tale attività non sia svolta per mezzo di una « stabile organizzazione avente gestione e contabilità separate »; per converso, nei confronti delle altre imprese, prive di nazionalità italiana, ma esercenti attività commerciale in Italia, la tassazione è limitata al reddito delle attività esercitate « per mezzo della sede centrale, di succursali o di altre stabili organizzazioni ». Pertanto, la « stabile organizzazione » viene a costituire, vuoi dal punto di vista « positivo » (imposizione di imprese estere per redditi prodotti in Italia), vuoi da quello « negativo » (esclusione di redditi prodotti all'estero da imprese nazionali) l'elemento decisivo dell'attribuzione.

Le norme fiscali, sin qui considerate, regolano, tuttavia, uno soltanto, e neppure il più importante, fra i molti schemi, entro i quali può sussistere ed operare l'impresa multinazionale: quello dell'impresa avente all'estero una o più stabili organizzazioni.

Il t.u. tace, tuttavia, sui fenomeni, ben più rilevanti, del « gruppo d'impresa » e della *joint venture*: per questa parte, la vigente normativa ignora del tutto la realtà sottostante, considerando soltanto l'impresa italiana nella sua giuridica autonomia, e l'impresa estera soltanto se ed in quanto destinataria di redditi tassabili in Italia.

Il solo accenno a siffatta categoria di rapporti, rinvenibile nella normativa in esame, è quello contenuto nell'art. 113: secondo detta disposizione, nel reddito dei soggetti che esplicano la loro attività nello Stato « per conto di società, ditte ed associazioni estere mediante la vendita di materie prime o di merci o mediante la fabbricazione di prodotti, sono computate anche le somme corrisposte alla società, ditta od associazione estera sotto forma di maggiorazione dei prezzi delle materie prime, prodotti e merci o sotto forma di provvigioni, di compartecipazioni agli incassi, di commissioni, di premi e simili ». La norma mira, evidentemente, ad evitare il fenomeno del *transfera pricing*, ma presenta, rispetto allo scopo, alcune gravi incongruenze: *in primis*,

essa si occupa della sola vendita o fabbricazione, da parte dell'impresa italiana e « per conto » dell'impresa straniera, ignorando le molteplici altre forme di collaborazione che, nell'ambito del gruppo possono realizzarsi; secondariamente essa interviene soltanto relativamente ai trasferimenti occulti di utili, realizzati mediante maggiorazione di prezzi, pagati all'impresa straniera, mentre nessuna operatività dispiega relativamente al caso inverso del trasferimento attuato mediante riduzione dei prezzi a questa praticati.

Venendo, ora, alla tassazione diretta personale, osserviamo, che l'imposta complementare colpisce, innanzitutto, il coacervo dei redditi afferenti al patrimonio di soggetti residenti nello Stato: e ciò, conformemente al già rilevato carattere soggettivo dell'imposizione. Tuttavia, non risultando accolto il principio, cui appare invece ispirata la prossima riforma, del *world wide system* ⁽³⁹⁾ il riferimento all'elemento soggettivo non ha carattere di esclusività, ma subisce numerose attenuazioni. Infatti, mentre i redditi prodotti nello Stato concorrono a formare il reddito complessivo indipendentemente dalla persona del beneficiario (e, quindi, anche se si tratta di soggetto residente all'estero), i redditi prodotti all'estero sono soggetti all'imposta soltanto se il beneficiario è persona residente in Italia, ed a condizione che siano quivi « goduti », ovvero che, *in forza di accordi internazionali*, non siano tassabili nello Stato di produzione (art. 133). L'interesse dell'imposta complementare è, tuttavia, ai fini che qui ne occupano, assai limitato: infatti, anche se, dal punto di vista teorico, non può escludersi la configurabilità di una impresa multinazionale individuale (si faccia il caso di una persona fisica che eserciti attività in più Stati mediante stabili organizzazioni), non sembra che ciò possa manifestarsi, in linea pratica, con una apprezzabile frequenza. Tuttavia, anche nell'ambito, più frequente, delle imprese multinazionali a base societaria, non può negarsi una certa inci-

⁽³⁹⁾ Cfr. BURCIO, *Le transfert*, cit., pag. 195.

denza, a determinati effetti, dell'imposta complementare: basti por mente al fatto che essa può gravare, ad esempio, i dividendi corrisposti ai soci, i compensi degli amministratori, eccetera.

Maggiore importanza presenta l'imposta sulle società, nella duplice componente, patrimoniale e reddituale.

Nei confronti delle società nazionali, e degli altri enti nazionali tassabili in base a bilancio, l'imposta trova applicazione, quanto alla componente patrimoniale, secondo il principio della universalità dell'imposizione, nel senso che, nel patrimonio imponibile, saranno situati anche i cespiti situati all'estero (art. 147). Nè diverso principio vale per la quota gravante sul reddito: infatti, il reddito globale è costituito dalla sommatoria non soltanto dei singoli redditi determinati ai fini delle relative imposte reali, ma anche dei redditi non soggetti a tassazione reale, ivi compresi quelli percepiti « a titolo di distribuzione o ripartizione degli utili di società ed associazioni di ogni tipo » (art. 148). Ciò significa, ad esempio, che la società italiana, la quale svolga attività commerciale all'estero mediante una stabile organizzazione con separata contabilità, pagherà l'imposta in esame anche sul reddito prodotto all'estero, escluso invece, come si è visto, dall'imposizione mobiliare.

Per converso, le società ed associazioni estere operanti in Italia, ancorchè non tassabili in base a bilancio, scontano l'imposta sol quando abbiano, nello Stato, una stabile organizzazione (art. 145): in tal caso, la componente patrimoniale è limitata all'ammontare dei « capitali impiegati nel territorio dello Stato » (art. 147, cit), e quella reddituale ai redditi riferibili alla stabile organizzazione (art. 148).

È infine, da segnalare, in quanto applicabile, oltrechè alle società nazionali, alle *joint ventures*, l'art. 154, che prevede una particolare riduzione dell'imposta nei confronti delle « società finanziarie », le quali debbono risultare iscritti nell'apposito albo di cui al successivo art. 155.

Un cenno va, da ultimo, fatto all'imposta sulle obbligazioni e sugli altri « titoli similari », che colpisce, a carico dell'emittente in ragione del 5 %, con facoltà di rivalsa sugli obbligazionisti, il valore complessivo dei titoli emessi nello Stato durante l'esercizio (artt. 156, 157, 158). V'è, al riguardo, una profonda differenza fra il regime dei titoli emessi da enti nazionali, e quello delle obbligazioni contratte da enti esteri, differenza che riflette la *ratio* sottostante all'imposta societaria: infatti, mentre gli enti nazionali, purchè tassabili in base a bilancio, vi sono soggetti in ogni caso, le società ed associazioni estere, ancorchè non tassabili in base a bilancio, scontano il tributo sol quando operino in Italia « mediante una stabile organizzazione » (art. 156). Da questo punto di vista, quindi, la società multinazionale, che intenda emettere in Italia obbligazioni, potrebbe avere interesse a costituire, per la propria attività nello Stato, una autonoma società collegata: ciò, infatti, invariato restando l'onere dell'imposta sulle società, eliderebbe l'imposta sulle obbligazioni.

Come si è visto attraverso l'esame delle esposte disposizioni, assume determinante rilevanza, a molteplici effetti, il concetto di « stabile organizzazione ». Tale nozione lascia, tuttavia, nella sua pratica applicazione, larghi margini di controvertibilità: ed invero, se è pacifico, per l'espresso disposto dell'art. 82, comma 2° t.u., che costituiscono stabili organizzazioni la « sede centrale » e le « succursali », il residuo contenuto della nozione risulta spesso quanto mai controvertibile. Anche le convenzioni internazionali, pur contenendo precisazioni pattizie della « stabile organizzazione », riducono, ma non eliminano l'area di controvertibilità: esse, infatti, offrono bensì, come vedremo, alcune definizioni (positive e negative) di tale entità, ma non ne esauriscono la portata.

Analogo rilievo va fatto, a nostro avviso, per la citata proposta di direttiva C.E.E. 16 gennaio 1969 sulle fusioni, scissioni ed apporti, che mirerebbe ad introdurre (sia pure ai limitati effetti della materia trattata) una definizione comunitaria dell'*établissement stable*.

4. Numerose disposizioni prevedono, per determinate categorie di redditi, il principio della tassazione alla fonte (ritenuta): anche tale categoria di norme interessa, assai da vicino, il regime tributario delle multinazionali.

L'art. 128 del t.u., così come modificato dall'art. 1 della legge 21 aprile 1962, n. 226, dispone essere dovuta, sui compensi corrisposti (fra l'altro) agli amministratori di società, una ritenuta d'acconto dell'8 % sui 2/3 del provento lordo: la norma si presenta di particolare rilievo per il caso in cui, essendosi realizzato il « gruppo d'impresa » attraverso il sistema « personale », ed ossia preponendo alle varie società nazionali gli stessi amministratori, la società nazionale debba corrispondere compensi ad amministratori stranieri. In virtù della stessa norma, le somme corrisposte « a stranieri o ad italiani domiciliati all'estero » per canoni o proventi relativi alla cessione o concessione in uso di brevetti, disegni, processi, formule, marchi, sono soggette a ritenuta del 18 % se il beneficiario sia un'impresa tassabile in ricchezza mobile cat. B, e dell'8 % in ogni altro caso: pertanto, l'impresa-figlia italiana, che corrisponda all'impresa-madre estera un canone (ad es.: una *redevance*), opererà la ritenuta in misura del 18 % ove l'impresa estera sia (in quanto operante mediante stabile organizzazione in Italia) soggetta all'imposta di ricchezza mobile, ed in misura dell'8 % in caso contrario. In entrambe le ipotesi, tuttavia, le ritenute hanno carattere di acconto « delle imposte dovute sui redditi alla cui formazione concorrono le somme (si faccia il caso dell'impresa estera, sprovvista di stabile organizzazione in Italia, che percepisca, da un'impresa italiana, una *redevance* tassabile all'estero, o colà esente in virtù di una norma interna), la ritenuta non sarà operabile, o, quanto meno, dovrà essere rimborsata in sede di conguaglio finale ⁽⁴⁰⁾.

⁽⁴⁰⁾ *Amplius*, in argomento, BOSELLO, *Il prelievo alla fonte nel sistema della imposizione diretta*, Padova, 1972, pag. 211.

Quanto agli interessi, dovuti da soggetti residenti o domiciliati nello Stato, ovvero da società ed enti nazionali, a creditori esteri, l'intera imposta di ricchezza mobile cat. A, pari al 27 % (art. 90) sarà riscossa, e indipendentemente dalla tassabilità in Italia del percipiente, a carico del debitore, allorquando questi sia un soggetto tassabile in base a bilancio, ovvero un'azienda od istituto di credito: in tal caso, il soggetto debitore, quale sostituto l'imposta, ha rivalsa (facoltativa) verso il percipiente (art. 127). Tali interessi (ma non la relativa imposta, di cui si omette la rivalsa) ⁽⁴¹⁾, sono, poi, detraibili ai fini della tassazione mobiliare: il che ci sembra interessare particolarmente i rapporti fra società collegate ed *holdings*. Gli interessi maturati a carico di una società di capitali domiciliata nello Stato scontano quindi, alla fonte, l'intero tributo, quand'anche il beneficiario sia un soggetto del tutto estraneo all'ordinamento tributario nazionale.

Circa i dividendi, distribuiti da società di capitali, la ritenuta d'acconto è stata introdotta dalla citata legge n. 1745 del 1962, e successive modificazioni. Tale ritenuta, che si ricollega al principio della nominatività dei titoli azionari, è riscossa, per i titoli emessi nello Stato, a carico della società (art. 1), con l'avvertenza che, ove si tratti di società od associazioni estere operanti in Italia mediante stabile organizzazione, l'imponibile resta limitato agli utili derivanti da azioni o quote riferibili alla stabile organizzazione, e quindi patrimonialmente tassabili agli effetti dell'imposta societaria (art. 3, comma 6°). Per converso, nel caso in cui si tratti di utili di titoli esteri, corrisposti a beneficiari italiani, la ritenuta è operata dalla Banca d'Italia, o dagli altri istituti autorizzati, ex art. 5, d.l. 6 giugno 1956, n. 476, conv. nella legge 25 luglio 1956, n. 786, al pagamento degli stessi (art. 11). La ritenuta in esame può assumere due diverse configura-

⁽⁴¹⁾ Così: Cass., Sez. un. civ., 4 dicembre 1971, n. 3521, in *Dir. e prat. trib.*, 1972, II, 3, con nota di MAGNANI, *Sulla affermata indetraibilità dell'imposta di r.m. cat. A relativa agli interessi passivi corrisposti dagli istituti di credito*.

zioni, a seconda che il percipiente sia, oppure no, soggetto a tassazione personale per la totalità dei suoi redditi. Infatti, per i dividendi pagati a persone fisiche non residenti in Italia, e quindi soggette ad imposta complementare limitatamente ai redditi quivi prodotti, e per quelli corrisposti a società ed enti non tenuti al pagamento del tributo societario (quindi, anche alle società straniere non operanti mediante stabile organizzazione) la ritenuta, da operarsi nella misura del 30 %, ha *carattere definitivo*, così ponendosi come un'autonoma *imposta cedolare* (art. 10). Analogo principio vale per i titoli al portatore, emessi in base alle leggi di Regioni a statuto speciale. In ogni altro caso, la ritenuta è invece operata in ragione del 5 %, a titolo di acconto dell'imposta complementare o dell'imposta sulle società dovute dal percipiente (art. 1). Pertanto, gli utili pagati da una società-figlia italiana alla società-madre straniera scontreranno la cedolare « secca » del 30 per cento, ovvero la cedolare d'acconto del 5 %, a seconda che quest'ultima abbia, oppure no, una stabile organizzazione in Italia. Nel caso, invece, che si tratti di utili corrisposti da una società-figlia estera a società-madre italiana, non esente dall'imposta societaria, la ritenuta sarà, in ogni caso, del 5 %.

5. È noto, tuttavia, che le disposizioni tributarie nazionali non possono mai risultare di per sé idonee ad assicurare un equo trattamento delle fattispecie internazionalmente rilevanti: ed invero, non potendo un singolo sistema legislativo coordinarsi unilateralmente con la totalità degli altri, residuano, rispetto a tale categoria di fattispecie, lacune e discrasie tali da ingenerare un duplice ordine di inconvenienti. In molti casi, la mancata armonizzazione produce, infatti, una sorta di « vuoto fiscale », sì da consentire che determinanti indici di capacità contributiva sfuggano a qualsivoglia imposizione; talaltra, per converso, essa crea l'opposto e non meno ingiusto effetto della cosiddetta « doppia imposizione internazionale », nel senso che ciascuno dei due ordi-

namenti considerati colpisce autonomamente il medesimo presupposto.

Ad esempio, è noto che, non sussistendo accordi in materia fra l'Italia e la Confederazione elvetica, un reddito corrisposto da un'impresa elvetica ad un'impresa o ad un cittadino italiano può sfuggire a qualsivoglia trattamento tributario, in quanto, mentre l'ordinamento elvetico non prevede, al riguardo, alcuna ipotesi di imponibilità, gli artt. 82, lett. *f* e 133, lett. *c* del t.u. ostano, parimenti, alla tassazione di esso in Italia ⁽⁴²⁾. Per converso, la società di capitali con stabile organizzazione in Svizzera scontrerà, sul capitale investito nella stabile organizzazione e sul reddito da essa prodotto, tanto le imposte federali (*Wehrsteuer vom Reinertrag* ed *Ergänzungssteuer vom Kapital und den Reserven*) ⁽⁴³⁾ come l'imposta italiana sulle società.

Da ciò l'esigenza, avvertita da un sempre crescente numero di Stati, di regolare, con apposite convenzioni internazionali, tali categorie di fattispecie, così da eliminare, dall'un lato, i vuoti d'imposta, e da escludere, dall'altro, o quanto meno limitare, l'effetto della duplice imposizione.

Tuttavia, come non si è mancato di sottolineare, neppure le convenzioni appaiono strumenti idonei a razionalizzare compiutamente la fiscalità delle imprese multinazionali. Ciò dipende, a nostro avviso, da tre distinti, ma connessi ordini di motivi. Innanzitutto, le difformità fra i singoli ordinamenti nazionali, che rendono pressochè inattuabile una reciproca piena armonizzazione. In secondo luogo, e conseguentemente, il carattere bilaterale di dette convenzioni, tale da renderle inidonee ad eliminare le discrasie manifestantisi nell'ambito dei rapporti fra più di due Stati. Infine, la scarsa omogeneità delle discipline convenzionali, spesso conformantisi a principî ispiratori assai diversi.

Invero, l'esigenza di dare alle convenzioni *in subiecta materia* un assetto più omogeneo è stata avvertita da epoca assai ri-

(42) Si cfr. la sentenza citata in n. 37.

(43) Vedasi: BRANCHI, *Le imposte vigenti in Svizzera*, Milano, 1969, pag. 44.

salente, e più di un organismo internazionale ha elaborato, proprio a tale fine, progetti di convenzione-tipo; è, ad esempio, del 1927 uno schema della Società delle Nazioni ⁽⁴⁴⁾; e, più recentemente, l'O.C.D.E. ha pubblicato un suo progetto, cui non hanno mancato di uniformarsi, nelle convenzioni stipulate durante l'ultimo decennio, i singoli Stati aderenti ⁽⁴⁵⁾.

Ma, pur non volendosi sottovalutare il notevole contributo che l'adozione di schemi convenzionali uniformi può offrire alla razionalizzazione del sistema, resta pur sempre, quale limite con-naturale di dette convenzioni, il carattere bilaterale della pattuizione, vincolante gli Stati « a due a due ». Conscia, per l'appunto, di questo, la Comunità Europea ha dato l'avvio all'elaborazione delle direttive in materia di « armonizzazione » e di « ravvicinamento » dei sistemi tributari: un disegno che, se giungerà a termine, potrà approdare, quanto meno nell'ambito dei Paesi aderenti al Mercato comune, alla creazione di un ordinamento tributario integrato ed omogeneo, sorretto da un principio di sovranazionalità.

Attualmente, l'Italia è legata, per quanto riguarda l'imposizione diretta, da numerose convenzioni.

Alcune di esse hanno contenuto generale, nel senso che mirano ad una organica regolamentazione della materia ⁽⁴⁶⁾; le al-

⁽⁴⁴⁾ LEAGUE OF NATIONS, *Double Taxation and Tax Evasion*, (Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion), Ginevra, 1927.

⁽⁴⁵⁾ Cfr.: O.E.C.D., *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital* (Report of the O.E.C.D. Committee 1963), s.l., 1963.

Un analogo schema era stato approntato dall'O.E.C.E. (ora O.E.C.D.) nel 1958.

⁽⁴⁶⁾ Attualmente, sono regolati da convenzioni di carattere generale, per quanto riguarda l'imposizione diretta, i rapporti fra l'Italia e i seguenti Paesi:

— GERMANIA (conv. 31 ottobre 1925, ratif. con L. 13 dicembre 1925, n. 2161);

— AUSTRIA (scambio di note 26 agosto 1950, ratif. con L. 13 gennaio 1955, n. 132, che ha esteso ai rapporti italo-austriaci la normativa della conv. italo-tedesca);

— U.S.A. (conv. 30 marzo 1955, ratif. con L. 19 luglio 1956, n. 943);

— SVEZIA (conv. 20 dicembre 1956, ratif. con L. 13 marzo 1958, n. 28, e

tre, per converso, presentano un carattere di settorialità, limitandosi alla regolamentazione di determinate categorie di attività economiche ⁽⁴⁷⁾ o di particolari soggetti ⁽⁴⁸⁾.

successivo accordo aggiuntivo 7 dicembre 1956, ratif. con L. 12 dicembre 1967, n. 1249);

— PAESI BASSI (conv. 24 gennaio 1957, ratif. con L. 18 giugno 1960, n. 704);
— FRANCIA (conv. 29 ottobre 1958, ratif. con L. 9 febbraio 1963, n. 469, modif. con accordo 6 dicembre 1965, ratif. con L. 9 agosto 1967, n. 766);

— REGNO UNITO (conv. 4 luglio 1960, ratif. con L. 12 agosto 1962, n. 1378, modif. con prot. 28 aprile 1969, ratif. con L. 12 aprile 1973, n. 194);

— NORVEGIA (conv. 25 agosto 1961, ratif. con L. 2 marzo 1963, n. 534);

— DANIMARCA (conv. 10 marzo 1966, ratif. con L. 18 marzo 1968, n. 649);

— GRECIA (conv. 19 marzo 1965, ratif. con L. 18 marzo 1968, n. 654);

— R.A.U. (ora: EGITTO) ? (conv. 26 marzo 1966, ratif. con L. 18 marzo 1968, n. 463);

— ISRAELE (conv. 22 aprile 1968, ratif. con L. 12 aprile 1973, n. 201);

— GIAPPONE (conv. 20 marzo 1969, ratif. con L. 18 dicembre 1972, n. 855);

— BELGIO (conv. 19 ottobre 1970, ratif. con L. 30 luglio 1973, n. 527);

— TRINIDAD e TOBAGO (conv. 26 marzo 1971, ratif. con L. 20 marzo 1973, n. 167).

La Convenzione con la FINLANDIA, conclusa il 4 agosto 1967, si trova, invece, tuttora in corso di ratificazione.

⁽⁴⁷⁾ Tali, ad esempio, le Convenzioni per evitare la doppia imposizione dei redditi derivanti dalla navigazione marittima ed aerea, in atto fra l'Italia ed i seguenti Paesi:

— ARGENTINA (sc. di note 12 aprile 1949, ratif. con L. 26 novembre 1951, n. 1612);

— UNIONE DEL SUDAFRICA (acc. 26 giugno 1953, ratif. con L. 9 agosto 1954, n. 873);

— BRASILE (acc. 4 ottobre 1957, ratif. con L. 12 agosto 1962, n. 1371);

— SVIZZERA (conv. 31 luglio 1958, ratif. con L. 2 dicembre 1960, n. 1588);

— LIBANO (conv. 9 giugno 1966, ratif. con L. 13 febbraio 1960, n. 301);

— INDIA (conv. 3 febbraio 1970, ratif. con L. 12 aprile 1973, n. 210).

Lo scambio di note con il CANADA, 29 marzo 1932, ratif. con L. 25 agosto 1932, n. 1265, riguarda, invece, la sola navigazione marittima.

Può inoltre ricordarsi, fra gli accordi internazionali limitati a certi settori di attività, quello con la SVIZZERA in materia di reciproco esonero dalle imposte sui redditi delle scuole primarie e serali (sc. note 31 luglio 1935, ratif. con D.L. 19 settembre 1935, n. 1782).

⁽⁴⁸⁾ Tale è il caso dell'accordo con la SPAGNA sul regime tributario delle società (conv. 28 novembre 1927, ratif. con D.L. 7 giugno 1928, n. 1493).

V'è, inoltre, da osservare che non tutte le convenzioni generali comprendono, per entrambi gli Stati, la totalità delle imposte dirette: vi sono, ad esempio, convenzioni che escludono dal regime pattizio l'imposta sulle obbligazioni ⁽⁴⁹⁾, o la componente patrimoniale del tributo societario ⁽⁵⁰⁾.

Un principio assai importante, posto da quasi tutte le convenzioni generali, è quello detto di « non discriminazione », in virtù del quale i cittadini e le persone giuridiche di ciascun Paese contraente non possono essere assoggettati, nell'altro Stato, a trattamenti fiscali più onerosi di quelli che colpiscono, a pari condizioni, « i nazionali » ⁽⁵¹⁾. L'assunto può assumere particolare rilievo nella soggetta materia, in quanto esso impedisce — beninteso nei limiti della bilateralità — qualsiasi penalizzazione fiscale delle imprese multinazionali.

Norme assai dettagliate regolano per lo più la ripartizione, fra i due Stati, delle varie categorie di redditi.

Per i redditi d'impresa il principio, quasi universalmente introdotto, è quello per cui tutti gli utili dell'impresa, ad eccezione di quelli prodotti all'estero mediante stabile organizzazione, sono tassabili nello Stato di residenza dell'impresa stessa ⁽⁵²⁾, men-

⁽⁴⁹⁾ Cfr., in tal senso, le convenzioni con: FRANCIA (art. 2), REGNO UNITO (art. 1), GRECIA (art. 2), EGITTO (art. 1), GIAPPONE (art. 2), BELGIO (art. 2), TRINIDAD e TOBAGO (art. 2).

⁽⁶⁰⁾ Si vedano le convenzioni citate alla nota precedente.

⁽⁵¹⁾ Cfr.: conv. con PAESI BASSI (art. 21), FRANCIA (art. 22-bis), REGNO UNITO (art. 19), NORVEGIA (art. 6), DANIMARCA (art. 26), GRECIA (art. 23), EGITTO (art. 19), ISRAELE (art. 20), GIAPPONE (art. 24), BELGIO (art. 24), TRINIDAD e TOBAGO (art. 23), FINLANDIA (art. 24).

Si cfr., inoltre, per l'applicazione del medesimo principio limitatamente alle società, la conv. con la SPAGNA (art. 1).

Amplius, sulla clausola in questione, V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, pagg. 68 e segg.

⁽⁵²⁾ Art. 3 conv. GERMANIA; art. 3 conv. U.S.A.; art. 5 conv. SVEZIA; art. 4 conv. PAESI BASSI; art. 5 conv. FRANCIA; art. 3 conv. REGNO UNITO; art. 8 conv. NORVEGIA; art. 5 conv. DANIMARCA; art. 7 conv. GRECIA; art. 3 conv. EGITTO; art. 6 conv. ISRAELE; art. 7 conv. GIAPPONE; art. 7 conv. BELGIO; art. 7 conv. TRINIDAD e TOBAGO; art. 7 conv. FINLANDIA.

tre, per converso, gli utili prodotti dalla stabile organizzazione sono imponibili (anche) nello Stato ospite ⁽⁵³⁾. In tal caso, sono dichiarate deducibili le spese inerenti all'organizzazione stabile ⁽⁵⁴⁾.

Soluzioni assai varie da caso a caso presenta, invece, il regime fiscale dei dividendi ⁽⁵⁵⁾ pagati a soci esteri: tema, questo, che interessa particolarmente i rapporti fra società di capitali collegate.

Secondo una prima regola, accolta più frequentemente, i dividendi sono tassabili soltanto nello Stato di domicilio o residenza *del beneficiario*, salvochè questi non abbia nell'altro Stato una stabile organizzazione ⁽⁵⁶⁾: nel quale ultimo caso — ferme restando le attenuazioni della doppia imposizione, di cui diremo — essi si rendono tassabili in entrambi ⁽⁵⁷⁾. Peraltro, si prevede talvolta che detti dividendi possano esser colpiti anche nello Stato di domicilio della società erogante, ma in forme variamente attenuate ⁽⁵⁸⁾. Altro frequente principio è quello in virtù del quale,

⁽⁵³⁾ Cfr. nota precedente.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. nota 52.

⁽⁵⁵⁾ Tale nozione comprende, secondo la definizione offertane in taluni accordi, oltre ai redditi derivanti da azioni, quelli relativi alle azioni o buoni di godimento, alle quote di fondatore, alle quote di partecipazione agli utili, e, più in generale, alle quote sociali assoggettabili al regime delle azioni secondo la legislazione dello Stato di provenienza (così gli artt. 8 conv. SVEZIA, 7 conv. PAESI BASSI, 8 conv. FRANCIA, 11 conv. NORVEGIA, 8 conv. DANIMARCA, 10 conv. GRECIA, 10 conv. GIAPPONE, 10 conv. BELGIO, 10 conv. TRINIDAD e TOBAGO, 10 conv. FINLANDIA), o qualsiasi elementi ivi considerato « come distribuzione di utili sociali » (art. 7 conv. REGNO UNITO).

Le convenzioni con la FRANCIA, con il GIAPPONE e con il BELGIO annoverano, inoltre, fra i dividendi, i proventi delle quote minerarie.

⁽⁵⁶⁾ In base ad alcune convenzioni (ad es., quelle con la GRECIA, con ISRAELE, con il GIAPPONE, con il BELGIO, con TRINIDAD e TOBAGO) è richiesto che la stabile organizzazione « intervenga » nella produzione dei dividendi.

Altri accordi, invece, dando evidentemente per presunto tale intervento, non offrono analoga specificazione: così le conv. con la SVEZIA, con gli U.S.A., con la FRANCIA, con la DANIMARCA, con la FINLANDIA.

⁽⁵⁷⁾ In tale ultimo caso, il regime internazionale dei dividendi non si differenzia sostanzialmente da quello dei redditi d'impresa.

⁽⁵⁸⁾ Secondo le convenzioni con la FRANCIA, la DANIMARCA, il BELGIO,

quand'anche una « società residente » in uno degli Stati ricavi utili o redditi nell'altro, quest'ultimo non può prelevare alcuna imposta sugli utili « riservati » e sui dividendi pagati a soggetti in esso non residenti (⁵⁹). Secondo una recente convenzione, infine, allo Stato di appartenenza di una società avente stabile organizzazione nell'altro è consentito imporre i profitti rimessi dalla

la FINLANDIA, il prelievo da parte dello Stato della società erogante non può eccedere, in ogni caso, il 15 %. Analogo principio è accolto nelle convenzioni con la GRECIA e con ISRAELE, ma il limite è del 25 %.

Altre convenzioni distinguono, invece, il limite del prelievo alla fonte, a seconda che il soggetto percipiente sia, oppure no, una società estera avente posizioni di controllo su quella che distribuisce gli utili.

Così, la conv. con gli U.S.A. fissa il limite al 5 % nel caso in cui trattisi di società controllante almeno il 95 % dei voti e che percepisca da fonti diverse dalle sue sussidiarie non oltre il 25 % del proprio reddito lordo, e nel 15 % in ogni altro caso.

La conv. con la SVEZIA consente, invece, un prelievo alla fonte del 10 % se la società straniera esercita il proprio controllo sul 51 % almeno del capitale, e del 15 % in ogni altro caso.

Anche le conv. con il GIAPPONE e con TRINIDAD e TOBAGO fissano al 10 % il limite nei confronti delle società di controllo, ritenendo, tuttavia a ciò sufficiente una partecipazione non inferiore al 25 %; mentre, per gli altri casi, fissano il limite, rispettivamente, al 15 % ed al 20 %.

Più complesso è il criterio accolto nella conv. con il REGNO UNITO. Mentre, infatti, per i dividendi pagati a persone fisiche vale il principio della intassabilità nel Paese di provenienza, i dividendi pagati a società residente nell'altro Paese sono tassabili alla fonte, ma con il limite del 15 % se essi scontano l'imposta anche presso il soggetto beneficiario. Quest'ultimo limite è poi ulteriormente ridotto al 5 %, qualora la società beneficiaria controlli direttamente almeno il 51 % dei voti della società distributrice. Ove, tuttavia, la società beneficiaria possieda non meno del 25 % della classe d'azioni per cui vengono pagati i dividendi, il limite è elevato al 30 % per quella parte di dividendi che risultino pagati con reddito accumulato da non meno di dodici mesi rispetto alla data in cui il beneficiario ha raggiunto o superato la partecipazione del 25 %, ferme restando, invece, per il residuo, le predette percentuali del 5 % o del 15 %.

(⁵⁹) Così le convenzioni con il REGNO UNITO, la DANIMARCA, l'EGITTO, la GRECIA, ISRAELE, il GIAPPONE, il BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, la FINLANDIA.

Secondo la conv. con la GERMANIA, la tassazione dei dividendi « non come redditi del proprietario delle azioni, ma in quanto... parte di tutto il reddito industriale o commerciale della società che li distribuisce », segue le regole proprie dell'imposizione del reddito d'impresa.

stabile organizzazione ad un suo residente, ma soltanto con il limite dell'8 % ⁽⁶⁰⁾.

In una convenzione è, invece, seguita la regola opposta, per cui il dividendo è tassato nello Stato di domicilio della società erogante ⁽⁶¹⁾.

In qualche caso, infine, è prevista una terza soluzione: tassabilità del dividendo in entrambi i Paesi secondo le rispettive legislazioni, e conseguente applicazione delle norme generali sulla doppia imposizione ⁽⁶²⁾. Tuttavia, è da segnalare che, talora, il riferito principio soffre eccezione per l'ipotesi in cui i dividendi erogati da una società, che operi esclusivamente o prevalentemente in uno degli Stati, a un residente di quest'ultimo, si rendano tassabili soltanto nel primo, anche se la società erogante abbia domicilio nell'altro Stato contraente ⁽⁶³⁾.

Altrettante varietà di impostazioni, e non dissimili principî, si trovano in materia di imposizione degli interessi ⁽⁶⁴⁾.

Una prima alternativa, accolta in non poche convenzioni, e strettamente analoga al più diffuso regime dei dividendi, è quella che prevede la tassabilità degli interessi esclusivamente nello Stato di residenza del percettore, allorquando questi non abbia, nello Stato di provenienza ⁽⁶⁵⁾, una stabile organizzazione, partecipante

⁽⁶⁰⁾ Conv. TRINIDAD e TOBAGO.

⁽⁶¹⁾ Conv. PAESI BASSI, art. 7.

⁽⁶²⁾ Così la conv. con la NORVEGIA e con l'EGITTO.

⁽⁶³⁾ Conv. EGITTO: è da notare che l'attività si intende esercitata « principalmente » in uno degli Stati contraenti, allorquando i capitali ivi investiti, ovvero, alternativamente, gli utili ivi conseguiti, risultino non inferiori al 90 % del capitale, ovvero, rispettivamente, dell'utile complessivo.

⁽⁶⁴⁾ Secondo la comune definizione, desumibile dalle varie convenzioni, appartengono a tale categoria i redditi derivanti da titoli del debito pubblico, da obbligazioni, da prestiti, e, più in generale, ogni altro provento che, secondo la legge dello Stato di provenienza, sia assoggettabile al regime delle somme date a prestito: art. 9 conv. FRANCIA; art. 9 conv. DANIMARCA; art. 11 conv. GRECIA; art. 11 conv. GIAPPONE; art. 14 conv. ISRAELE; art. 11 conv. BELGIO; art. 11 conv. TRINIDAD e TOBAGO; art. 11 conv. FINLANDIA.

⁽⁶⁵⁾ La « provenienza » degli interessi è, per lo più, determinata *ratione debitoris*, nel senso che il reddito si intende provenire da uno Stato allorquando ne è debitore esso stesso, o una sua « suddivisione politica », o un suo ente locale, od

alla produzione degli stessi; e, per converso, la tassabilità in entrambi degli interessi affluenti alla stabile organizzazione ⁽⁶⁶⁾. Anche qui, non mancano tuttavia autorizzazioni allo Stato di provenienza a tassare gli interessi così corrisposti, ma con il vincolo di un limite percentuale ⁽⁶⁷⁾.

Anche l'opposta regola, dell'imponibilità degli interessi nello Stato di provenienza, trova accoglimento in non poche convenzioni ⁽⁶⁸⁾. Una particolare formulazione del medesimo principio è quella che fa riferimento, anzichè alla provenienza, alla « fonte » dell'interesse, riservandone la tassazione allo Stato nel cui territorio la fonte è situata: con la precisazione, tuttavia, che, nel caso di beni garantiti da ipoteca immobiliare, la fonte si considera ubicata nello Stato ove trovasi l'immobile ipotecato ⁽⁶⁹⁾.

Infine, è in qualche caso accolto il criterio della tassabilità in entrambi gli Stati, con conseguente coesistenza di una tassazione alla fonte (nel luogo « di provenienza ») e di una imposizione normale (in capo al beneficiario): l'effetto duplicativo è, in tal caso, evitato attraverso il riconoscimento del prelievo subito alla fonte quale « credito d'imposta » in sede di tassazione nel Paese di residenza ⁽⁷⁰⁾.

infine un soggetto in esso residente o una « stabile organizzazione » in esso situata: cfr., in tal senso, le convenzioni con la FRANCIA, la DANIMARCA, la GRECIA, il GIAPPONE, ISRAELE, il BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, la FINLANDIA.

⁽⁶⁶⁾ Conv. FRANCIA, DANIMARCA, GRECIA, GIAPPONE, ISRAELE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO.

⁽⁶⁷⁾ Tale limite è del 10 % nei rapporti con GRECIA, GIAPPONE, TRINIDAD e TOBAGO; del 15 % secondo le conv. con FRANCIA, ISRAELE, BELGIO.

⁽⁶⁸⁾ Cfr.: art. 9 conv. DANIMARCA, art. 13 conv. EGITTO, art. 11 conv. FINLANDIA.

La conv. PAESI BASSI (art. 8) chiarisce inoltre che, ove gli interessi siano corrisposti da una stabile organizzazione, essi sono tassabili nello Stato ove questa è situata.

⁽⁶⁹⁾ Art. 8 conv. REGNO UNITO.

⁽⁷⁰⁾ Art. 9 conv. SVEZIA; art. 12 conv. NORVEGIA.

Va tuttavia rilevato che il principio vale esclusivamente per i redditi provenienti dall'Italia, e non viceversa, non essendo istituita, nè in Svezia, nè in Norvegia, la tassazione alla fonte degli interessi.

Anche riguardo ai « canoni » (*redevances, royalties*) ⁽⁷¹⁾ prevale il principio della loro tassabilità nello Stato di residenza del beneficiario, sprovvisto di stabile organizzazione in quello di provenienza ⁽⁷²⁾. Qualora, per converso, il percettore della *redevance* abbia stabile organizzazione nello Stato di residenza del debitore ⁽⁷³⁾, l'imposta si rende applicabile anche in detto Stato. Identica soluzione vale, secondo altre convenzioni, per l'ipotesi in cui debitrice del canone sia una società, nella quale il beneficiario abbia una partecipazione ⁽⁷⁴⁾, ovvero nel caso in cui la *redevance* sia dovuta nell'ambito del rapporto fra società astrette da un vincolo di controllo ⁽⁷⁵⁾. Talora, è consentita la tassazione

(71) Con tale denominazione si indicano i corrispettivi dell'uso, e della concessione in uso, di diritti d'autore, brevetti, marchi, disegni, modelli, progetti, formule, processi segreti, attrezzature industriali, commerciali o scientifiche non immobiliari, informazioni relative allo *know how* (così gli artt. 6 conv. SVEZIA, 9 conv. PAESI BASSI, 11 conv. FRANCIA, 9 conv. REGNO UNITO, 13 conv. NORVEGIA, 10 conv. DANIMARCA, 12 conv. GRECIA, 8 conv. EGITTO, 18 conv. ISRAELE, 12 conv. GIAPPONE, 12 conv. BELGIO, 12 conv. TRINIDAD e TOBAGO, 12 conv. FINLANDIA).

Talune convenzioni (REGNO UNITO, NORVEGIA, EGITTO, ISRAELE), escludono poi, espressamente, l'applicabilità del regime in esame ai corrispettivi derivanti dallo sfruttamento di miniere, cave, giacimenti, eccetera.

(72) Per la nozione di « provenienza » del canone valgono principi analoghi a quelli istituiti riguardo agli interessi (cfr. n. 65).

(73) Anche a questo riguardo si presenta una situazione analoga a quella già esaminata a proposito dei dividendi (cfr. n. 56).

Alcune convenzioni richiedono espressamente che la stabile organizzazione intervenga nelle operazioni generatrici del canone: così le conv. con PAESI BASSI, FRANCIA, NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO.

Altri accordi presumono, invece, tale partecipazione, e perciò autorizzano l'imposizione del canone per il sol fatto che vi sia una stabile organizzazione nel paese di provenienza: così le conv. con U.S.A., SVEZIA, REGNO UNITO, FINLANDIA.

La convenzione con l'EGITTO si discosta, invece, da entrambe le riferite soluzioni: essa richiede bensì la « partecipazione », ma la presume *juris tantum*, addossando a chi vi abbia interesse la prova contraria.

Va infine ricordato che, secondo la conv. con il REGNO UNITO, per i canoni derivanti dalle proiezioni cinematografiche si seguono le regole proprie del reddito d'impresa.

(74) Conv. DANIMARCA.

(75) Conv. FRANCIA.

nello Stato di provenienza, indipendentemente dalle circostanze testè riferite: ma, in tal caso, l'imposizione, che acquista il carattere di tassazione « alla fonte » non può eccedere una percentuale convenzionalmente stabilita ⁽⁷⁶⁾.

Di qualche importanza, ai fini che ne occupano, è anche il regime dei compensi dovuti agli amministratori: si è già detto, infatti, che, specie nel caso in cui l'« unità » del gruppo sia realizzata a livello personale, diviene preponderante, nelle singole società nazionali del gruppo, la presenza di amministratori stranieri. In generale, è previsto che tali compensi siano tassati nello Stato di residenza della società erogante ⁽⁷⁷⁾, ovvero — formula che ci sembra equipollente, tenuto conto del concetto convenzionale di residenza — « nel luogo di prestazione del servizio » ⁽⁷⁸⁾. Al principio sono tuttavia previste, in qualche caso, particolari eccezioni, in funzione vuoi della durata della permanenza nello Stato dell'amministratore straniero, vuoi di altri elementi quali l'interesse (eventualmente) rappresentato e l'ammontare del compenso ⁽⁷⁹⁾.

Per quanto concerne i profitti derivanti dall'alienazione di beni (*plusvalenze*, *capital gains*), il regime universalmente recepito si fonda, innanzitutto, sulla differenza tra beni immobili e

⁽⁷⁶⁾ Si cfr.: conv. GIAPPONE, il cui massimo è fissato nel 10 %, e conv. TRINIDAD e TOBAGO, che prevede, invece, un limite del 5 %.

⁽⁷⁷⁾ Cfr.: art. 11 conv. SVEZIA, art. 15 conv. PAESI BASSI, art. 14 conv. FRANCIA, art. 19 conv. NORVEGIA, art. 16 conv. DANIMARCA, art. 16 conv. GRECIA, art. 8 conv. ISRAELE, art. 16 conv. GIAPPONE, art. 16 conv. BELGIO, art. 16 conv. TRINIDAD e TOBAGO, art. 16 conv. FINLANDIA.

⁽⁷⁸⁾ Art. 11 conv. U.S.A.

L'equipollenza deriva dal rilievo che le attività di che trattasi vengono, di regola, esercitate presso la sede amministrativa della società.

⁽⁷⁹⁾ Secondo le conv. con il REGNO UNITO (art. 12) e l'EGITTO (art. 11), tali compensi non sono tassabili nello stato di residenza della società quando la presenza nello Stato dell'amministratore sia inferiore a 183 giorni nell'anno, e quando la prestazione abbia luogo nell'interesse di un soggetto residente nell'altro Stato.

La conv. U.S.A. esclude dall'imposizione stessa i compensi corrisposti a soggetti la cui presenza nello Stato sia inferiore a 90 giorni nell'anno, sempreché si tratti di compensi inferiori a 2 mila dollari.

beni mobili, comprendenti, questi ultimi, l'azienda o una parte di essa. Per i primi, la potestà tributaria è attribuita, in ogni caso, secondo il principio della *lex rei sitae*; i beni mobili sono, invece, per lo più tassabili nello Stato di residenza del cedente, salvochè questi abbia, nell'altro Stato, una stabile organizzazione o una base fissa, direttamente interessata nell'operazione ⁽⁸⁰⁾. Da tale principio vengono, tuttavia, per lo più eccettuate le vendite di navi ed aeromobili, tassabili nello Stato di « direzione effettiva » dell'impresa ⁽⁸¹⁾.

Le imposizioni di tipo patrimoniale, negli accordi in cui si trovano convenzionate, seguono pure, riguardo agli immobili, la *lex rei sitae*, mentre per i mobili, eccettuati le navi e gli aeromobili tassati presso la sede di direzione effettiva dell'impresa, si ha riguardo alla stabile organizzazione cui essi ineriscono, ovvero, in mancanza, alla residenza del proprietario ⁽⁸²⁾.

Qualche convenzione estende invece, alla tassazione del patrimonio, le regole proprie dell'imposizione dei redditi relativi ai beni considerati ⁽⁸³⁾.

6. Come si è già visto, anche nelle convenzioni internazionali, non meno che nelle disposizioni di diritto interno, ricorre frequentemente, e a molteplici effetti, la nozione della « stabile organizzazione ».

⁽⁸⁰⁾ Talune convenzioni (GRECIA, art. 13; GIAPPONE, art. 13; BELGIO, art. 13), ravvisano la partecipazione della stabile organizzazione, idonea a legittimare la tassazione del *capital gain* secondo il criterio della *lex rei sitae*, nell'intervento di questa alle operazioni.

Da altre (art. 12 conv. DANIMARCA, art. 13 conv. FINLANDIA) si richiede invece il concorso di due circostanze: l'attribuibilità dei beni alienati all'organizzazione, e la stipulazione del contratto nello Stato ove essa è situata.

È da osservare, infine, che, il principio trova applicazione, *a fortiori*, nel caso in cui oggetto della vendita sia l'intera stabile organizzazione.

⁽⁸¹⁾ Tale eccezione si presenta come corollario del più generale principio, per cui le imprese di navigazione marittima od aerea sono soggette a tassazione diretta nello Stato ove trovansi la loro direzione.

⁽⁸²⁾ Cfr.: art. 23 conv. NORVEGIA, art. 22 conv. DANIMARCA, art. 5 conv. ISRAELE, art. 22 conv. FINLANDIA.

⁽⁸³⁾ Così la conv. con la GERMANIA (art. 12).

Nel tentativo di meglio precisarne il contenuto, le singole convenzioni, dopo una ricorrente definizione generale, secondo cui deve considerarsi stabile organizzazione qualsiasi sede fissa e permanente di affari, in cui l'impresa svolga in tutto od in parte la sua attività ⁽⁸⁴⁾, offrono una serie di più dettagliate specificazioni, attraverso una elencazione — ovviamente non tassativa — delle entità costituenti organizzazioni: si statuisce, così, essere organizzazioni stabili le sedi di direzione ⁽⁸⁵⁾, le « succursali » ⁽⁸⁶⁾, gli « uffici » ⁽⁸⁷⁾, gli « stabilimenti » ⁽⁸⁸⁾, le « officine » ⁽⁸⁹⁾, i « laboratori » ⁽⁹⁰⁾, le miniere, le cave, e più in generale i luoghi di estrazione di risorse naturali ⁽⁹¹⁾, i locali di vendita ⁽⁹²⁾, i magazzini quando non siano istituiti al solo fine di agevolare le consegne ⁽⁹³⁾. I cantieri di costruzione o montaggio vengono, invece, considerati tali allorquando il loro esercizio superi una certa durata nell'anno: 12 mesi secondo talune conven-

⁽⁸⁴⁾ Cfr.: art. 3 conv. FRANCIA, art. 2 conv. REGNO UNITO, art. 2 conv. NORVEGIA, art. 2 conv. DANIMARCA, art. 5 conv. GRECIA, art. 2 conv. EGITTO, art. 2 conv. ISRAELE, art. 5 conv. GIAPPONE, art. 5 conv. BELGIO, art. 5 conv. TRINIDAD e TOBAGO, art. 5 conv. FINLANDIA.

La conv. con i PAESI BASSI (art. 2) usa invece l'espressione « installazioni permanenti ».

Ampie rassegne alle diverse statuizioni in argomento leggonsi in V. UCKMAR, *L'evoluzione, con particolare riguardo all'ordinamento italiano, del concetto di « stabile organizzazione » delle imprese operanti nell'ambito di più Stati*, in *Ann. Fac. Univ. Genova* 1968; NAVA, *Stabili organizzazioni di società di capitali ed imposizione diretta nell'ambito della C.E.E.*, in *Boll. trib. inf.* 1972, 2026 ss.

⁽⁸⁵⁾ Conv. FRANCIA, REGNO UNITO, NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, EGITTO, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

⁽⁸⁶⁾ Si cfr., oltre agli accordi citati alla n. precedente, la conv. con i PAESI BASSI.

⁽⁸⁷⁾ Conv. FRANCIA, NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, EGITTO, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

⁽⁸⁸⁾ Conv. con il REGNO UNITO.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. nota 86.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. nota 87.

⁽⁹¹⁾ Cfr. nota 87.

⁽⁹²⁾ Conv. TRINIDAD e TOBAGO.

⁽⁹³⁾ Conv. FRANCIA.

zioni ⁽⁹⁴⁾, 6 mesi secondo altre ⁽⁹⁵⁾, 3 mesi secondo altre ancora ⁽⁹⁶⁾. Si chiarisce, ancora, essere stabile organizzazione il rappresentante avente uno *status* autonomo ⁽⁹⁷⁾ salvochè la rappresentanza non sia limitata agli acquisti ⁽⁹⁸⁾, e il depositario che abitualmente esegua ordini per conto dell'impresa ⁽⁹⁹⁾.

Per contro, è pattiziamente negato il carattere di stabile organizzazione ai magazzini installati a scopo di deposito, esposizione, consegna ⁽¹⁰⁰⁾, ovvero di trasformazione delle merci da parte di altra impresa ⁽¹⁰¹⁾, ed alle sedi fisse tenute per fini non direttamente produttivi, quali, ad esempio, l'acquisto di merci ⁽¹⁰²⁾, la raccolta di informazioni ⁽¹⁰³⁾, la pubblicità e lo svolgimento di attività preparatorie o ausiliarie ⁽¹⁰⁴⁾.

Si nega, inoltre, che possa ravvisarsi la stabile organizzazione (salvo il caso già detto della rappresentanza o del deposito), nei soggetti ausiliari dell'impresa (mediatori, commissionari, ec-

⁽⁹⁴⁾ NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, FINLANDIA.

⁽⁹⁵⁾ EGITTO, TRINIDAD e TOBAGO.

⁽⁹⁶⁾ FRANCIA.

⁽⁹⁷⁾ Così le conv. con PAESI BASSI, NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

La conv. con la FRANCIA precisa, altresì, essere stabile organizzazione, quanto alle imprese assicuratrici, il rappresentante che, nel territorio dell'altro Stato, riscuota premi o assicuri rischi.

⁽⁹⁸⁾ La conv. con il REGNO UNITO non sembra escludere, invece, dal concetto di stabile organizzazione l'ipotesi del rappresentante incaricato per i soli acquisti.

⁽⁹⁹⁾ Così le conv. con PAESI BASSI, REGNO UNITO, EGITTO.

La conv. con la FRANCIA, oltre ad accogliere quest'ultima nozione, *presume* l'esecuzione abituale di ordini « per conto » nel caso in cui il depositario prelevi abitualmente merci per consegnarle alla clientela.

⁽¹⁰⁰⁾ Conv. PAESI BASSI, FRANCIA, NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, EGITTO, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

⁽¹⁰¹⁾ Conv. NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

⁽¹⁰²⁾ Conv. REGNO UNITO, NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, EGITTO, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

Secondo la conv. con PAESI BASSI e FRANCIA l'esclusione opera sol quando si tratti di acquisto di « merci destinate all'approvvigionamento ».

⁽¹⁰³⁾ Cfr. n. 102.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. n. 102.

cetera) ⁽¹⁰⁵⁾, e negli agenti ⁽¹⁰⁶⁾. Molte convenzioni chiariscono poi — con statuizione che interessa particolarmente i rapporti di cui ci occupiamo — non essere sufficiente, ad integrare la fattispecie della stabile organizzazione, il controllo esercitato, su una società residente dell'uno Stato, da società residente o svolgente la propria attività nell'altro Stato ⁽¹⁰⁷⁾. Una recente convenzione ha, infine, ulteriormente precisato non potersi costituire la stabile organizzazione per il fatto che un'impresa dell'uno Stato abbia concesso in uso, o dato in locazione o in affitto, nell'altro, diritti, brevetti, marchi, disegni, modelli, progetti, formule, attrezzature diverse dai beni immobili ⁽¹⁰⁸⁾.

Un'altra ricorrente nozione, che interessa in modo particolare la soggetta materia, è quella delle « imprese associate »: trattasi, stando alla più comune definizione, di imprese i cui rapporti sono improntati a speciali condizioni accettate od imposte, diverse da quelle normalmente convenute fra imprese indipendenti, per l'essere l'una soggetta alla direzione o al controllo dell'altra, ovvero per l'essere entrambe soggette alla direzione o al controllo delle medesime persone ⁽¹⁰⁹⁾; oppure, secondo altra definizione, di

⁽¹⁰⁵⁾ Conv. PAESI BASSI, REGNO UNITO, NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, EGITTO, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

⁽¹⁰⁶⁾ Conv. FRANCIA, REGNO UNITO, NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

⁽¹⁰⁷⁾ Così le conv. PAESI BASSI, NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

La conv. EGITTO fa invece riferimento al concetto di « società sussidiaria », negandole il carattere di stabile organizzazione.

Analoga esclusione è posta, dalla conv. FRANCIA, per i casi di partecipazioni in società nazionali, o di rapporti d'affari per mezzo di « società giuridicamente indipendenti » (ad es. filiali).

La conv. REGNO UNITO esclude, infine, dal concetto della stabile organizzazione le filiali e le stabili organizzazioni di filiali, nel senso che queste ultime non possono considerarsi quali *établissements* della casa-madre.

⁽¹⁰⁸⁾ Così la più volte citata conv. con il BELGIO.

⁽¹⁰⁹⁾ Art. 6 conv. PAESI BASSI, art. 4 conv. REGNO UNITO, art. 9 conv. NORVEGIA, art. 6 conv. DANIMARCA, art. 9 conv. GRECIA, art. 4 conv. EGITTO, art. 7 conv. ISRAELE, art. 9 conv. GIAPPONE, art. 9 conv. BELGIO, art. 9 conv. TRINIDAD e TOBAGO, art. 9 conv. FINLANDIA.

imprese di cui l'una è alle dipendenze o possiede il controllo dell'altra, o che si trovano entrambe sotto il controllo di una medesima impresa o di un medesimo gruppo ⁽¹¹⁰⁾.

È interessante, a questo punto, notare come tutte le convenzioni internazionali dedichino, al problema del trattamento tributario del *transfer pricing*, quell'attenzione che, invece, esso non trova nel vigente ordinamento nazionale. Vengono, così, apprestate varie guarentigie, intese ad assicurare, la tassabilità di quei trasferimenti di reddito che, nell'ambito delle imprese multinazionali o dei gruppi multinazionali d'imprese, possono realizzarsi attraverso la manipolazione di determinati costi.

Alla riferita categoria di disposizioni appartengono, innanzitutto, quelle secondo cui il reddito della « stabile organizzazione » viene determinato attribuendo ad essa gli utili che « avrebbe potuto conseguire » come impresa distinta e separata, in regime di completa autonomia ⁽¹¹¹⁾; ovvero, secondo una diversa ma equipollente formulazione, includendo nel reddito i particolari profitti o vantaggi da essa accordati all'impresa o ad altre stabili organizzazioni della stessa ⁽¹¹²⁾.

Analogo criterio di adeguamento alla « normalità » dei mezzi praticati in condizioni di reciproca autonomia è previsto nei riguardi delle transazioni fra « imprese associate », nei confronti delle quali possono tassarsi gli utili che « sarebbero stati realizzati » in assenza di particolari rapporti di partecipazione ⁽¹¹³⁾.

Quanto agli interessi ed ai canoni (*redevances, royalties*), corrisposti in presenza di « particolari relazioni » correnti fra

⁽¹¹⁰⁾ Art. 6 conv. FRANCIA.

⁽¹¹¹⁾ Così le conv. con U.S.A., PAESI BASSI, REGNO UNITO, NORVEGIA, DANIMARCA, GRECIA, EGITTO, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

⁽¹¹²⁾ Conv. FRANCIA.

⁽¹¹³⁾ Cfr. le conv. con PAESI BASSI, REGNO UNITO, NORVEGIA, GRECIA, EGITTO, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

Secondo la conv. con la FRANCIA, si comprendono nel reddito d'impresa « gli utili che avrebbero dovuto comparire nella contabilità... ma che sono stati... trasferiti direttamente o indirettamente all'altra impresa.

l'impresa debitrice e quella creditrice, è prevista la tassabilità, come reddito, dell'eccedenza rispetto a quanto sarebbe stato convenuto in assenza di tali condizioni ⁽¹¹⁴⁾, ovvero la riduzione del costo « all'equo e ragionevole corrispettivo » ⁽¹¹⁵⁾, al « valore intrinseco e normale » ⁽¹¹⁶⁾, all'« adeguato corrispettivo » ⁽¹¹⁷⁾ della prestazione ricevuta.

Particolari disposizioni sono poi previste, vuoi nelle convenzioni generali, vuoi in quelle stipulate *ad hoc*, riguardo alle imprese di navigazione marittima ed aerea.

La regola più comune, accolta nelle convenzioni generali, è quella della tassabilità di tali imprese nello Stato ove si trova la loro « direzione effettiva », e ciò vuoi per la tassazione del reddito ⁽¹¹⁸⁾, vuoi per quella del patrimonio e dei *capital gains* ⁽¹¹⁹⁾. Spesso, poi, il principio è dichiarato applicabile anche per gli utili derivanti dalla partecipazione ad un *pool* internazionale ⁽¹²⁰⁾, e, in qualche, caso, esteso ai profitti derivanti dalla gestione di agenzie, ma limitatamente alla vendita dei biglietti ⁽¹²¹⁾.

Talora, tuttavia, l'applicazione del suddetto criterio di principio è subordinata all'ulteriore condizione che le navi o gli aeromobili « battano bandiera o posseggano la nazionalità » dello Stato ove si trova la direzione effettiva ⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Conv. con DANIMARCA, GRECIA, ISRAELE, GIAPPONE, BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, FINLANDIA.

⁽¹¹⁵⁾ Conv. EGITTO.

⁽¹¹⁶⁾ Conv. PAESI BASSI, FRANCIA.

⁽¹¹⁷⁾ Conv. NORVEGIA.

⁽¹¹⁸⁾ Art. 7 conv. SVEZIA; art. 10 conv. NORVEGIA; art. 7 conv. DANIMARCA; art. 9 conv. ISRAELE; art. 8 conv. BELGIO; art. 8 conv. TRINIDAD e TOBAGO; art. 8 conv. FINLANDIA.

⁽¹¹⁹⁾ Conv. DANIMARCA (art. 22), e FINLANDIA (art. 22).

⁽¹²⁰⁾ Così le conv. con NORVEGIA, EGITTO, GIAPPONE, ISRAELE, TRINIDAD e TOBAGO.

Anche la conv. speciale con il LIBANO accoglie analoga statuizione.

⁽¹²¹⁾ Conv. NORVEGIA e ISRAELE.

⁽¹²²⁾ Art. 6 conv. PAESI BASSI; art. 7 conv. FRANCIA.

Qualora, poi, la sede di direzione effettiva sia a bordo di una nave (circostanza, questa, non infrequente per le imprese costituite da un solo natante) si ha riguardo, secondo talune convenzioni, alla residenza del gestore, ovvero alternativamente, al porto d'approdo (*home harbour*) ⁽¹²³⁾ o di immatricolazione ⁽¹²⁴⁾.

In altre convenzioni, è fatto invece riferimento alla « residenza » ⁽¹²⁵⁾ o alla « nazionalità » ⁽¹²⁶⁾ dell'impresa, oppure si assume come esclusivo e determinante il criterio dell'immatricolazione della nave o dell'aeromobile ⁽¹²⁷⁾. Nè mancano convenzioni che introducono una differente disciplina, a seconda che si tratti di imprese di navigazione marittima od aerea: ad esempio, tassazione nel Paese di direzione effettiva dell'impresa per gli aeromobili, ed in quello di registrazione della nave, purchè coincidente con la nazionalità dell'impresa, per le navi ⁽¹²⁸⁾.

Le convenzioni speciali si riferiscono invece, per lo più, alla « costituzione » dell'impresa: ma tale concetto è poi variamente definito nei singoli casi ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²³⁾ Conv. BELGIO e FINLANDIA.

⁽¹²⁴⁾ Conv. TRINIDAD e TOBAGO.

⁽¹²⁵⁾ Art. 7 conv. EGITTO.

⁽¹²⁶⁾ Art. 8 conv. GIAPPONE.

⁽¹²⁷⁾ Art. 8 conv. U.S.A.

⁽¹²⁸⁾ Art. 8 conv. GRECIA.

⁽¹²⁹⁾ Secondo le conv. con il BRASILE e con il LIBANO, ad es., si intendono costituite in uno Stato le imprese di soggetti ivi residenti, le società ivi costituite ed aventi nello Stato la sede di direzione, infine le imprese appartenenti allo Stato.

La conv. con la SVIZZERA annovera, invece, oltre alle ipotesi testè descritte, anche le imprese a partecipazione statale.

La conv. con l'ARGENTINA considera costituite nello Stato, oltre alle imprese che presentino i requisiti di cui sopra, anche le società aventi nello Stato la propria amministrazione centrale, sempreché risultino in esso costituite.

La conv. con il SUDAFRICA statuisce invece essere costituite le imprese di navigazione nello Stato ove risiede il loro proprietario, ovvero, trattandosi di « compagnie », nello Stato in cui furono formalmente costituite, oppure in quello nel cui territorio si svolgono la loro amministrazione ed il loro controllo.

Quanto alla conv. con il CANADA, che interessa la sola navigazione marittima, essa dispone che i redditi provenienti da navi iscritte nel porto di uno Stato, e appartenenti ad imprese che non abbiano residenza o domicilio nell'altro Stato, siano tassabili esclusivamente nel primo Stato.

7. Come si è potuto constatare dalla sommaria rassegna che precede, il regime convenzionale limita, ma non esclude le possibilità di doppia imposizione: residuano, infatti, ipotesi di fattispecie che, alla stregua della normativa testè esaminata, si rendono imponibili in più d'uno Stato. Ad esempio, la tassazione dei redditi della « stabile organizzazione » da parte del Paese ospitante non ne esclude l'imponibilità da parte del Paese cui appartiene l'impresa: onde, nel caso in cui questo applicasse il *world wide system*, tali redditi sarebbero soggetti ad una doppia imposizione internazionale. Parimenti, si è visto che, in molti casi, gli interessi e i dividendi si rendono imponibili, oltrechè nello Stato di residenza del percettore, anche « alla fonte », sia pure con rigorose limitazioni. Ancora, nel caso in cui l'uno Stato includa nel reddito d'impresa le eccedenze di costo, derivanti da « particolari relazioni », tali eccedenze possono tuttavia essere computate anche nel profitto del percettore. Gli esempi sono, in realtà, numerosissimi.

Le convenzioni prevedono, pertanto, speciali accorgimenti per attenuare l'effetto di duplicazione.

Una regola assai diffusa è quella per cui, in mancanza di differenti particolari statuizioni, i redditi tassabili in uno Stato sono esentati nell'altro, ma possono tuttavia da quest'ultimo essere computati ai fini della determinazione dell'aliquota progressiva ⁽¹³⁰⁾. Tuttavia, per particolari categorie di redditi, soggetti *naturaliter* a duplice imposizione (ad es.: interessi e dividendi) l'effetto è attenuato mediante la deduzione dall'imposta dovuta allo Stato di residenza, di quella pagata all'estero ⁽¹³¹⁾, o di una aliquota percentuale sull'ammontare del reddito ⁽¹³²⁾.

⁽¹³⁰⁾ Art. 17, conv. SVEZIA, art. 22 conv. FRANCIA, art. 23 conv. BELGIO.

⁽¹³¹⁾ Si cfr., ad es., l'art. 8 della conv. SVEZIA (modif. dall'art. 2 dell'acc. aggiuntivo), il quale condiziona, tuttavia, la deducibilità in Italia dell'imposta estera al fatto che si tratti di reddito quivi assoggettabile a r.m. Analogo principio trovasi accolto nella conv. con la FRANCIA.

⁽¹³²⁾ Secondo la conv. BELGIO, tale deduzione è fissata nella misura del 15 %.

Quest'ultima regola è, invece, da numerose convenzioni estesa alla totalità dei redditi: in tal caso, lo Stato di residenza include nell'imponibile anche i redditi prodotti all'estero ma accorda, nel contempo, un « credito d'imposta ».

Tale credito è pari, in taluni casi, all'ammontare del tributo effettivamente pagato all'estero ⁽¹³³⁾; in altri, è ragguagliato invece all'ammontare dell'imposta nazionale « corrispondente » al reddito estero ⁽¹³⁴⁾, ovvero ad una quota di tale imposta, proporzionale al rapporto fra reddito estero e reddito complessivo ⁽¹³⁵⁾.

In alcuni casi, poi, il credito d'imposta viene diversamente stabilito, a seconda che la duplicazione interessi tributi di carattere reale o personale. Così, ad esempio, in numerose convenzioni è stabilita la deduzione dell'imposta estera innanzitutto da quella di r.m., in misura, tuttavia, non superiore alla quota di quest'ultima, corrispondente al reddito estero; e, successivamente, la deduzione dell'eventuale eccedenza dall'imposta personale (complementare o sulle società), sempre con il limite dell'imposta italiana corrispondente al reddito estero ⁽¹³⁶⁾; mentre, nel caso in cui si tratti di contribuente soggetto in Italia alla sola imposta personale, la deduzione ha luogo, fermo restando il limite

La conv. FRANCIA limita invece la deduzione da parte dell'Italia alla parte di tributo estero eccedente il 20 % del reddito, allorchando si tratti di interessi o dividendi non soggetti, in Italia, ad imposta di r.m.

Quanto alla conv. U.S.A. (art. 15), è previsto che per la tassazione in Italia dei dividendi, provenienti da fonti situate negli Stati Uniti, la detrazione sia pari all'8 % del reddito considerato.

⁽¹³³⁾ Così, ad es., per la deduzione negli U.S.A. delle imposte pagate in Italia (art. 15 conv. U.S.A.).

⁽¹³⁴⁾ In tal senso, vedasi: art. 23 conv. FINLANDIA.

Anche nella conv. U.S.A. è previsto, per la tassazione in Italia di redditi diversi dai dividendi, la deduzione dell'imposta pagata negli U.S.A., « per un ammontare non eccedente la quota delle imposte italiane attribuibile a tale reddito (diverso dai dividendi) nella proporzione in cui detto reddito ha concorso a formare il reddito complessivo (diverso dai dividendi) del contribuente ».

⁽¹³⁵⁾ Art. 19 conv. PAESI BASSI.

⁽¹³⁶⁾ Art. 17 conv. REGNO UNITO, art. 23 conv. DANIMARCA, art. 17 conv. EGITTO, art. 19 conv. ISRAELE, art. 23 conv. GIAPPONE, art. 22 conv. TRINIDAD e TOBAGO.

della quota d'imposta italiana corrispondente al reddito estero, solo per la parte del tributo estero eccedente una certa quota percentuale (¹³⁷).

È, poi, da sottolineare il principio, previsto in qualche convenzione, dalla *tax sparing clause*, in virtù del quale si considerano come « pagate all'estero », e quindi deducibili, le imposte non prelevate in virtù di particolari esenzioni o agevolazioni (¹³⁸).

Quanto alle imposte di carattere patrimoniale, le convenzioni che se ne occupano prevedono analoghi criteri di deducibilità, con il limite della quota d'imposta nazionale corrispondente al capitale tassato all'estero (¹³⁹).

8. La seconda parte della riforma tributaria, interessante le imposte dirette, che entrerà in vigore il 1° gennaio 1974, porterà notevoli cambiamenti anche nel regime tributario delle imprese multinazionali.

Dopo quanto abbiamo osservato circa l'inadeguatezza di qualsiasi soluzione, che non risulti sorretta da ampi accordi di carattere plurilaterale, e fondata su un principio di sovranazionalità, è evidente che neppure il nuovo regime tributario consentirà di pervenire ad un soddisfacente trattamento fiscale delle imprese multinazionali, tale da imbrigliarne le potenziali capacità di elusione, evitandone, nel contempo, una ingiusta e inopportuna penalizzazione.

Tuttavia, non può negarsi che la riforma delle imposte dirette, così come risulta strutturata dai decreti legislativi *in itinere* (¹⁴⁰), rappresenti, da parte del nostro Paese, un ragguardevole contributo al « ravvicinamento » del nostro sistema tribu-

(¹³⁷) Detta quota è fissata nel 20 % dalle conv. EGITTO e REGNO UNITO, nel 25 % dalle conv. DANIMARCA, GRECIA, GIAPPONE, ISRAELE, nel 30 % dalla conv. TRINIDAD e TOBAGO.

(¹³⁸) Così la conv. ISRAELE, nonché (ma limitatamente agli interessi) la conv. NORVEGIA.

(¹³⁹) Si cfr.: conv. DANIMARCA, ISRAELE, FINLANDIA.

(¹⁴⁰) Vedili in *Boll. trib.* 1973, 1939 ss.

tario a quelli dei *partners* europei: aspetto, questo, da non sottovalutare, in quanto è da ritenere che non soltanto la creazione, da più parti auspicata, di una società commerciale a statuto europeo, ma anche l'attuazione di più modesti progetti di adeguamento (si pensi, ad esempio, all'introduzione del « bilancio consolidato » per gruppi di imprese), non siano realisticamente ipotizzabili che nell'ambito di un sistema di ordinamenti nazionali omogenei ed integrati.

Questo contributo al ravvicinamento consiste, come altra volta ebbimo occasione di rilevare (¹⁴¹), nella sostituzione, al vigente sistema fondato prevalentemente su tributi reali, di un ordinamento maggiormente ispirato al principio della personalità dell'imposta, principio al quale si sono ormai da tempo conformati gli altri Paesi europei, e non pochi fra quelli extracuropei.

Il nuovo ordinamento delle imposte poggia, infatti, su due tributi a carattere personale, prelevati, sul reddito globale, rispettivamente, delle persone fisiche e di quelle giuridiche. Conformemente al principio del *world wide system*, proprio di tale tipo d'imposizione, i due tributi saranno quindi applicati, *tendenzialmente*, sull'intero reddito attribuibile al soggetto, ivi compreso quello comunque prodotto all'estero, onde la tassazione del solo reddito prodotto in Italia avrà luogo, sussidiariamente, nei confronti di quei soggetti che, per il mancare di un collegamento *personale* con l'ordinamento, non sono assoggettabili al riferito principio.

Riguardo all'imposta sul reddito globale delle persone fisiche (I.R.P.E.F.), occorre quindi distinguere la categoria dei soggetti residenti da quella dei non residenti.

I primi, scontreranno l'imposta progressiva sulla totalità dei loro redditi, anche se prodotti all'estero (art. 2 dello Schema di decreto istitutivo dell'I.R.P.E.F.): tuttavia, per questi ultimi redditi è riconosciuto un « credito d'imposta », corrispondente

(¹⁴¹) GRANELLI, *La législation cit.*, 250 ss.

ad una quota del tributo estero pari a quella che lo Stato di produzione accorda, a sua volta, per i redditi prodotti in Italia da suoi residenti, e, in ogni caso, non superiore ai due terzi della porzione d'imposta italiana, proporzionale al rapporto fra il reddito estero ed il reddito globale (art. 18 dello Schema cit.)⁽¹⁴²⁾.

A tale criterio fa riscontro il principio, posto dall'art. 44 del medesimo Schema, per cui i redditi di capitale, si considerano « redditi d'impresa », allorquando provengano dall'esercizio di imprese commerciali correnti nel territorio dello Stato, o dall'attività di stabili organizzazioni di imprese estere, quivi ubicate.

Le persone fisiche non residenti sono, invece, assoggettate all'imposta (talora, come vedremo, con ritenuta alla fonte) limitatamente ai redditi prodotti nello Stato: ma, per quanto riguarda il reddito d'impresa, la tassazione potrà avere luogo soltanto se esso sia quivi prodotto mediante una « stabile organizzazione » (art. 52 dello schema cit.).

Quanto alle società di persone, esse non vengono considerate, ai fini dell'imposizione personale, come soggetti autonomi: il loro reddito sarà infatti attribuito direttamente ai soci, in ragione delle rispettive quote, e colpito in capo a questi con l'I.R.P.E.F. (art. 5 dello Schema). Tuttavia, ai soli fini procedurali, il reddito di tali società sarà accertato globalmente, tanto nel caso in cui si tratti di società aventi in Italia la sede legale o amministrativa, o l'oggetto principale dell'impresa, come nell'ipotesi in cui esse vi tengano una stabile organizzazione: ma, mentre nel primo caso si includeranno nel reddito globale, da ripartire fra i soci, anche i redditi prodotti all'estero, in quest'ultimo verrà accertato il solo reddito imputabile alla stabile organizzazione (art. 52).

Sembra evidente che, per questa parte, anche i soci residenti all'estero siano soggetti all'I.R.P.E.F., dovendosi considerare la

(142) Sembra evidente che, qualora lo Stato estero applicasse, a sua volta, identico principio di reciprocità, il limite sarebbe determinato esclusivamente in base al secondo criterio.

società come loro stabile organizzazione: ma, ove si tratti di società avente nello Stato la sede o l'oggetto principale dell'impresa, essi si vedranno attribuire *pro quota*, (in deroga al principio della tassazione, a carico dei non residenti, del solo reddito prodotto nello Stato), anche i redditi sociali prodotti all'estero.

Corrispondenti principî presiedono all'applicazione dell'imposta proporzionale sul reddito globale delle persone giuridiche (I.R.P.E.G.), che colpirà le società di capitali e le altre organizzazioni di beni o di persone, escluse le società personali aventi nello Stato la sede legale o amministrativa, o l'oggetto principale dell'impresa ⁽¹⁴³⁾ (art. 2 dello schema di decreto istitutivo dell'I.R.P.E.G.). Nella disciplina di detto tributo, l'elemento determinante, ai fini dell'operatività del *world wide system*, è quello del carattere nazionale della società od ente.

Infatti, le persone giuridiche e le organizzazioni costituite in Italia, ovvero, ancorchè costituite all'estero, aventi in Italia la sede o l'oggetto principale dell'impresa, scontreranno l'imposta sulla totalità del loro reddito: ma, per la parte di reddito prodotto all'estero, sarà loro accordato il « credito d'imposta », nei limiti già visti ai fini dell'I.R.P.E.F. (art. 9 dello Schema cit.) ⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴³⁾ È da sottolineare, a questo punto, una mancanza di coordinamento fra l'art. 5 dello Schema di decreto sull'IRPEF e l'art. 2 dello Schema di decreto sull'IRPEG, con riferimento all'ipotesi della società personale avente in Italia stabile organizzazione; infatti, mentre il primo dei citati articoli annovera tale fattispecie tra quelle che legittimano il « superamento » della struttura sociale e l'attribuzione del reddito direttamente ai soci, il secondo, alla lett. d, dichiara applicabile l'imposta alle società personali che non abbiano nello Stato la sede legale o amministrativa, o l'oggetto principale dell'impresa. Se tale incongruenza non venisse in qualche modo eliminata, o sopprimendo nell'art. 5 del decreto sull'IRPEF il riferimento alla stabile organizzazione, o inserendo tale riferimento nell'art. 2, lett. d del decreto sull'IRPEG, ne conseguirebbe l'inammissibile risultato per cui tali società potrebbero dare luogo alla applicazione di entrambe le imposte: l'IRPEF a carico dei soci, e l'IRPEG a carico della società.

⁽¹⁴⁴⁾ Per la verità, il riferimento alla « costituzione nel territorio dello Stato », posto dall'art. 3 della legge delega 9 ottobre 1971, n. 825, in alternativa alla sede amministrativa o all'oggetto principale dell'attività, non appare riprodotto nell'art. 2 dello Schema, che si limita a prevedere, per l'applicazione del tributo secondo il *world wide system*, la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale dell'attività. Il riferi-

Per converso, le persone giuridiche e le organizzazioni di diritto straniero, non aventi in Italia nè la sede, nè l'oggetto principale dell'impresa, sconteranno l'imposta sui soli redditi prodotti in Italia mediante una stabile organizzazione (art. 22 dello Schema cit.).

Ai due tributi personali, testè passati in rassegna, si affianca, in funzione di « discriminazione qualitativa » ⁽¹⁴⁵⁾, l'imposta locale sui redditi (I.L.O.R.). Quest'ultimo tributo, che colpirà tutti i redditi non di lavoro dipendente, con le sole eccezioni di quelli soggetti a ritenuta a titolo d'imposta, ha carattere *reale*: eppertanto, nei rapporti che presentino elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale, essa viene applicata in base al principio del luogo di produzione. È, poi, da notare che le società di persone, al cui superamento risulta ispirata la normativa dell'I.R.P.E.F. e dell'I.R.P.E.G., sono invece considerate, quanto all'I.L.O.R., come autonomi soggetti d'imposta (art. 2 dello Schema di decreto istitutivo dell'I.L.O.R.).

Conformemente agli esposti principî, le persone fisiche, siano esse oppur no residenti nello Stato, le società personali e le persone giuridiche, siano oppur no costituite nello Stato, abbiano oppur no in esso la sede o l'oggetto principale dell'impresa, sconteranno l'I.L.O.R. per i redditi prodotti in Italia (art. 1 dello Schema cit.).

Tuttavia, nei confronti dei soggetti residenti nello Stato, e delle società aventi in Italia la sede o l'oggetto principale dell'impresa, saranno considerati come prodotti nello Stato, analogamente a quanto avviene oggi per l'imposta di R.M., anche i redditi derivanti da attività esercitate all'estero senza una stabile organizzazione con gestione e contabilità separate (art. 3 cit.).

mento alla sede legale in Italia appare, tuttavia, equipollente, posto che la localizzazione di essa rappresenta, per l'appunto, elemento determinante della « costituzione ». Si cfr., al riguardo: CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli 1953, p. 204.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr.: GRANELLI, *Contributo allo studio dell'imposta locale sui redditi*, in *Dir. e prat. trib.* 1972, I, 873 ss.

Quanto ai redditi di capitale, essi si considerano prodotti nello Stato, indipendentemente dalla residenza o nazionalità del percettore, allorquando siano dovuti da soggetti quivi residenti o da stabili organizzazioni quivi operanti (art. 3 cit.).

9. Un principio di notevole interesse che, pur essendo generalizzato, e quindi applicabile anche ai rapporti fra imprese nazionali, acquista particolare rilievo nei riguardi del *transfer pricing* operato fra unità produttive di società ed imprese multinazionali, è quello dettato dall'art. 53 dello Schema istitutivo dell'I.R.P.E.F. per l'accertamento del reddito nei confronti delle « imprese collegate »: secondo tale disposizione, che riproduce una statuizione, come s'è visto, ricorrente nelle convenzioni internazionali, e presente in alcune legislazioni straniere (così ad es., l'art. 57 del *Code général des impôts* francese), si considera quale reddito d'impresa la differenza tra i corrispettivi delle cessioni e delle prestazioni effettuate ad imprese collegate ed il loro valore normale, considerandosi come normale, per i beni destinati alla vendita, il prezzo medio delle vendite fatte dall'impresa nell'ultimo trimestre, e, per i beni non destinati alla vendita, il prezzo medio degli acquisti effettuati nello stesso periodo, esclusi le vendite e gli acquisti posti in essere tra imprese collegate, ovvero, in mancanza, il valore risultante da mercuriali, listini e tariffe del luogo.

Quanto alla nozione di imprese collegate, si considerano tali, innanzitutto, quelle appartenenti al medesimo contribuente, od a soggetti i cui redditi gli sono imputabili ai fini dell'I.R.P.E.F., e le società al cui capitale il contribuente partecipi in misura superiore alla metà. Le società si considerano, inoltre, collegate quando l'una partecipi al capitale dell'altra in misura superiore alla metà *del proprio* capitale, ovvero quando tutte partecipano ad una stessa società in misura superiore alla metà del suo capitale (¹⁴⁶).

(¹⁴⁶) Il legislatore della riforma sembra, quindi, risolvere in senso affermativo,

Alla riferita disposizione sono state mosse, da più parti, critiche non prive di fondamento. Si è osservato, ad esempio, che le prestazioni effettuate ad imprese collegate rappresentano « movimenti interni nell'ambito della medesima organizzazione produttiva », e che, quindi, la norma si risolve in una penalizzazione di un fenomeno che, invece, andrebbe incoraggiato in vista di una « razionalizzazione della distribuzione o delle esportazioni ». In particolare, si sono espresse preoccupazioni per gli inconvenienti che la disposizione in esame determinerebbe per le imprese italiane che esportano i propri prodotti affidandone la vendita sui mercati esteri a società collegate. Ancora, si è sottolineata la difficoltà, per non dire l'impossibilità, di determinare un « prezzo normale », a fronte delle numerose e imponderabili situazioni che possono influire sulla fissazione del corrispettivo. Si è proposto, quindi, e in sede più che autorevole, di disciplinare la materia sulla base dell'art. 113 del vigente t.u., estendendone peraltro, l'operatività alle « società italiane controllate da ditte estere », e rendendo possibile l'adeguamento, mediante attribuzione di utile all'impresa italiana, anche nel caso di *transfer pricing* realizzato mediante riduzioni di corrispettivo per le forniture di affiliate italiane alla casa-madre estera ⁽¹⁴⁷⁾.

Senza voler prendere partito in merito a questa delicata disputa, ci sembra di dover sottolineare che il trasferimento occulto di redditi fra imprese collegate si presenta particolarmente grave, dal punto di vista della fiscalità, proprio nell'ambito dei rapporti internazionali. Invero, nell'ambito di imprese collegate nazionali, il reddito occultamente trasferito non viene del tutto sottratto al prelievo: infatti, al maggior costo (fittizio) dell'impresa fornitrice corrisponderà un maggior reddito (lordo) della

agli effetti fiscali, il problema della configurabilità delle partecipazioni di società in altre società di persone: problema assai dibattuto, invece, nella dottrina civilistica.

⁽¹⁴⁷⁾ Tale proposta trovsi formulata nel Parere della Commissione parlamentare detta « dei Trenta » sullo Schema di decreto istitutivo dell'IRPEF, parere pubblicato in *Il Sole - 24 Ore* del 1° settembre 1973, a p. 7.

collegata: eppertanto, l'utile resterà tassabile, ancorchè in capo a un diverso soggetto. Non già, beninteso, che il fenomeno resti fiscalmente irrilevante: infatti, trattandosi (come nella specie) di un tributo personale e progressivo, l'imputazione dello stesso reddito all'uno od all'altro soggetto può comportare una diversa incidenza dell'onere dell'imposta. Ma non v'ha dubbio, a nostro avviso, che, ove il collegamento riguardi imprese nazionali ed imprese estere, il fenomeno si presenta ancor più grave, posto che il reddito trasferito resta completamente e definitivamente sottratto alla disponibilità dell'erario. D'altro canto, è evidente che qualsiasi tentativo di eliminare gli effetti di evasione del *transfer pricing* a livello internazionale rischia di creare intralci, difficoltà e penalizzazioni a quel fenomeno di integrazione delle imprese che, specialmente nell'ambito europeo, si rivela quanto mai salutare. Ciò dimostra, a nostro avviso, che soltanto una soluzione di carattere sovranazionale, realizzata a livello di Comunità Europea, potrà risolvere adeguatamente il problema temperando la duplice esigenza di impedire le elusioni tributarie e di non ostacolare l'espansione delle imprese aspiranti a dimensioni multinazionali.

Ma, a prescindere dagli esposti rilievi, ci sembra che il regime del *transfer pricing*, così come appare formulato negli Schemi dei decreti di riforma, presti il fianco ad un'altra grave obiezione: quella che l'adeguamento, ivi previsto, troverebbe applicazione soltanto nei riguardi delle imprese individuali e delle società di persone, mentre resterebbe inoperante rispetto alle società di capitali. Infatti, lo Schema del decreto istitutivo dell'I.R.P.E.G. non annovera alcuna analoga disposizione, ed anzi, l'art. 5 di esso, concernente i criteri di determinazione del reddito complessivo, non menziona, fra le molte disposizioni relative all'accertamento dell'I.R.P.E.F., dichiarate applicabili anche ai fini dell'I.R.P.E.G., il citato art. 53. In ciò, ci si è discostati dal modello d'Olttralpe: ed infatti, l'art. 209 del *Code* richiama puntualmente, fra le norme in materia di accertamento dell'*impôt*

sur le revenu des personnes physiques applicabili anche all'impôt sur les bénéfices des sociétés et autres personnes morales, il precedente art. 57.

Vero è, infatti, che il 1° comma dell'art. 5 dello Schema di decreto sull'I.R.P.E.G. richiama genericamente le « norme del decreto istitutivo dell'imposta sul reddito delle persone fisiche »; ma tale principio risulta, poi, limitato dal successivo 2° comma, che, con riferimento alle disposizioni in materia di società personali, dichiara espressamente applicabili i soli artt. 40, 44, 54, 55 e 59. Ciò porta, quindi, a dubitare dell'estensibilità quanto meno del 6° comma dello Schema di decreto sull'I.R.P.E.F., nella parte in cui precisa la nozione di « società collegate » con riferimento alle ipotesi di partecipazione « indiretta », e di partecipazione riferita al capitale della società cedente o commissionaria.

Non sappiamo se la rilevata discrasia, che condurrebbe ad ignorare il *transfer pricing* proprio nel settore in cui esso è maggiormente diffuso e di più gravi proporzioni, derivi da una semplice dimenticanza (facilmente rimediabile) dei redattori dello schema, o se, invece, si sia *pour cause* evitata la riproduzione del principio riguardo all'I.R.P.E.G., proprio in considerazione del fatto che, trattandosi di tributo proporzionale, la trasmigrazione del reddito dall'uno ad altro soggetto non inciderebbe sul carico fiscale. Se così fosse, si sarebbero sottovalutate due non trascurabili considerazioni: innanzitutto, che, ove il trasferimento abbia luogo ad una persona giuridica, ad una persona fisica o società di persone, il cui reddito, tassabile agli effetti dell'I.R.P.E.F., si collocasse in una fascia tale da comportare l'applicazione di una aliquota inferiore a quella dell'I.R.P.E.G., il trasferimento potrebbe egualmente comportare una diminuzione dell'imposta; in secondo luogo che, anche nell'ambito dei rapporti fra persone giuridiche, la diminuzione potrebbe sempre realizzarsi trasferendo il reddito ad una società il cui esercizio risulti in passivo; in terzo luogo — ed è quanto interessa sottolineare in questa sede —

che, ove il collegamento abbia luogo fra società di nazionalità diversa, si realizzerebbe una totale sottrazione di reddito per l'erario italiano.

In conclusione, quindi, riteniamo che non sia dato sfuggire alla seguente alternativa: o si rinuncia a qualsivoglia revisione dei corrispettivi praticati nei rapporti fra imprese collegate, oppure, voltachè il principio venga introdotto, esso non può che essere esteso, ed interamente, anche all'I.R.P.E.G. ⁽¹⁴⁸⁾.

10. Resta da far cenno al regime dei redditi di capitale, soggetti, nell'ambito della riforma, a ritenuta d'acconto.

Le relative disposizioni trovano la propria *sedes materiae* nello Schema di decreto sull'accertamento delle imposte dirette, agli artt. 26 e 27.

Una prima categoria di redditi soggetti a ritenuta è quella degli interessi, premi, frutti di obbligazioni ed altri redditi di capitale. Per i frutti di obbligazioni la ritenuta è, di regola, del 30 %, ridotta al 20 % per le emissioni degli enti a partecipazione statale e delle società finanziarie, ed al 10 % per quelle emesse da istituti ed aziende che esercitano il credito a medio o lungo termine. Quanto agli interessi dei depositi presso l'amministrazione postale e gli istituti di credito, la ritenuta è del 15 %.

Le ritenute predette vengono applicate a titolo d'acconto nei confronti delle persone giuridiche soggette all'I.R.P.E.G., e di quelle esenti dall'I.R.P.E.G. ma soggette all'I.L.O.R.: così, ad esempio, la ritenuta operata nei confronti di una persona giuridica straniera avente stabile organizzazione in Italia sarà dedotta dall'I.R.P.E.G., mentre quella effettuata a carico di una società estera senza stabile organizzazione in Italia sarà imputata all'I.L.O.R. Per converso, nei confronti delle persone fisiche e delle so-

⁽¹⁴⁸⁾ Anche la Commissione « dei Trenta », nel proprio Parere sullo Schema di decreto istitutivo dell'IRPEG, pubblicato in *Il Sole - 24 Ore* del 4 settembre 1973, p. 7, ha ritenuto che « fra gli articoli richiamati debba includersi anche il 53 ».

cietà di persone, soggette all'I.R.P.E.F., la ritenuta ha carattere d'imposta: pertanto, gli interessi e premi non concorrono alla formazione del reddito complessivo, soggetto a tassazione personale (art. 3 dello Schema del decreto istitutivo dell'I.R.P.E.F.).

I dividendi, intendendosi come tali « gli utili in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione distribuiti » dalle società di capitali, sono invece soggetti a ritenuta del 10 %, a titolo di acconto dell'I.R.P.E.F. o dell'I.R.P.E.G. dovuta dal soggetto percipiente; e, qualora percipiente sia una società di persone, essa sarà imputata, *pro quota*, in acconto dell'imposta dovuta dai singoli soci. Invece, nei confronti delle persone fisiche non residenti nello Stato, e delle persone giuridiche non aventi in Italia stabile organizzazione, la ritenuta è operata, a titolo d'imposta, nella misura del 30 %: ma, in tal caso, il soggetto che percepisce il dividendo avrà diritto al rimborso in Italia, entro il limite dei due terzi della ritenuta operatagli, dell'imposta pagata all'estero sul medesimo reddito.

È opportuno sottolineare, a questo punto, che alla ritenuta saranno soggetti anche gli utili distribuiti da società estere a soggetti domiciliati in Italia: infatti, l'art. 73 dello Schema in esame conserva in vigore, in quanto non diversamente stabilito, le disposizioni della legge n. 1745 del 1962 e successive modificazioni. Pertanto, la ritenuta sui titoli esteri sarà operata dalla Banca d'Italia e dalle aziende di credito, depositarie dei titoli.

Infine, i canoni (*redevances, royalties, eccetera*) saranno soggetti a ritenuta, in quanto ad essi equiparati per espressa statuizione dell'art. 49, lett. b dello Schema di decreto sull'I.R.P.E.F., secondo il regime proprio dei redditi « di lavoro autonomo »: regime dettato dall'art. 25 dello Schema di decreto sull'accertamento.

Secondo tale nuova normativa, l'obbligo della ritenuta è stabilito, innanzitutto, *intuitu debitoris*, nel senso che (pel rinvio del citato art. 25 al precedente art. 23) ad essa sono soggetti i soli canoni dovuti: da società ed enti soggetti all'I.R.P.E.G., da

società di persone od altre organizzazioni alle stesse equiparate ai fini dell'I.R.P.E.F., infine da persone fisiche esercenti imprese commerciali od agricole.

L'ammontare della ritenuta, da operare in ogni caso sull'ammontare del canone ridotto del 30 %, è diversamente stabilito, a seconda che il canone sia corrisposto ad un soggetto residente (10 %), ovvero ad un soggetto residente all'estero (20 %).

11. Un ultimo punto, sul quale riteniamo opportuno brevemente soffermarci, riguarda la permanenza in vigore, pur dopo l'entrata in vigore della riforma, delle convenzioni internazionali in materia di doppia imposizione. Il problema si pone in quanto molte delle regole, ivi stabilite, comporterebbero deroghe alle norme della nuova legislazione: si pensi — per fare un esempio — alle disposizioni che autorizzano, sui dividendi distribuiti a soggetti esteri, ritenute alla fonte inferiori al 30 %, o che, addirittura, ne inibiscono la tassazione da parte dello Stato di provenienza.

È da osservare, infatti, che le convenzioni di che trattasi contengono una precisa elencazione delle imposte vigenti all'epoca della stipulazione, e si riferiscono, quindi, espressamente al regime del t.u.

Tuttavia, non poche fra esse sono dichiarate applicabili anche alle analoghe e corrispondenti imposte, che venissero introdotte dagli Stati contraenti in sostituzione di quelle previste ⁽¹⁴⁹⁾: in tal caso, non sembrano sussistere dubbi sulla perdurante operatività delle loro disposizioni.

Peraltro, in alcune convenzioni è previsto che, ove nell'ordinamento di uno degli Stati contraenti dovessero essere introdotte « rilevanti modificazioni », debba farsi luogo a nuove con-

⁽¹⁴⁹⁾ Così le conv. con la SVEZIA, i PAESI BASSI, la FRANCIA, il REGNO UNITO, la NORVEGIA, la DANIMARCA, la GRECIA, l'EGITTO, ISRAELE, il GIAPPONE, il BELGIO, TRINIDAD e TOBAGO, la FINLANDIA.

sultazioni ⁽¹⁵⁰⁾: ora, è da ritenere che la riforma delle imposte dirette in Italia, comportando l'introduzione di nuovi principî, quali quello della personalità dell'imposizione e del *world wide system*, si traduca in una « rilevante modificazione », tale da imporre, per l'appunto, l'apertura delle consultazioni.

Più delicato, infine è il caso delle convenzioni che nulla prevedono al riguardo ⁽¹⁵¹⁾: in tale ipotesi, stante il loro espresso ed esclusivo riferimento ai tributi abrogati, potrebbe fondatamente sostenersene la caducazione.

⁽¹⁵⁰⁾ Cnov. PAESI BASSI, FRANCIA, EGITTO.

⁽¹⁵¹⁾ Così, ad es., la conv. U.S.A.

ANTONIO EMANUELE GRANELLI

**L'APPLICAZIONE DELL'INVIM
IN UN CONTESTO INFLAZIONISTICO
E IL PRINCIPIO DELLA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA (*)**

(*) Comunicazione al Convegno di Studio su *Imposte e inflazione*, organizzato dalla Camera di Commercio di Pavia in collaborazione con l'Istituto di Finanza della Università di Pavia (Pavia, 28 giugno 1975).

SOMMARIO: L'a. intende dimostrare come i tentativi di giustificare l'imposizione degli incrementi di valore relativi ad immobili prodotti da variazioni monetarie si infrangano contro obiezioni decisive.

Il problema della rilevanza della svalutazione monetaria nel quadro di un'imposta sugli incrementi di valore immobiliari, già vivacemente dibattuto, sotto il vigore del previgente sistema tributario, con riferimento all'imposta sul plusvalore delle aree fabbricabili (L. 5 marzo 1963, n. 246) ⁽¹⁾, sopravvive, dopo l'entrata in vigore della riforma tributaria, riguardo all'applicazione dell'INVIM (D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643), risultando, anzi, ulteriormente drammatizzato: esso, infatti, ha formato oggetto di una questione di illegittimità costituzionale, recentemente sollevata da una Commissione tributaria di merito ⁽²⁾.

A differenza della legge n. 246, che, enumerando tra le « voci » della dichiarazione tributaria una categoria residuale, costituita da « ogni elemento necessario od utile per il calcolo dell'incremento di valore », poteva offrire all'interprete un argomento favorevole alla detassazione delle variazioni meramente nominali ⁽³⁾, il decreto istitutivo del nuovo tributo non lascia adito a dubbi circa la completa irrilevanza del fenomeno inflazionistico riguardo all'applicazione dell'INVIM: donde la necessaria prospettazione del problema in termini di sospetta violazione del-

⁽¹⁾ Ci permettiamo rinviare, sull'argomento, a GRANELLI, *Plusvalenze monetarie e plusvalenze reali nella tassazione degli incrementi di valore delle aree fabbricabili*, in *Riv. giur. ed.*, 1966, II, 77 e segg.

⁽²⁾ Comm. trib. 1° grado Tortona, 19 febbraio 1975, in *Giur. ital.*, 1975, III, 2, con nota di GRANELLI, *L'inflazione e l'INVIM: profili costituzionali*.

⁽³⁾ Si veda infatti, nel senso che il plusvalore monetario dovesse essere imputato ai « fattori incrementativi » ex art. 23: Cons. Stato, Ad. plen., 12 novembre 1965, n. 31, in *Dir. e prat. trib.*, 1966, II, 523, con nota di GRANELLI, *Ancora sul regime impositivo degli incrementi di valore delle aree fabbricabili*.

l'art. 53 Cost. Non riteniamo, infatti, di poter seguire l'opinione, da taluno avanzata, secondo cui la perdita del valore della moneta troverebbe una sorta di compensazione forfettaria nella deduzione del 4 % annuo, ammessa dall'art. 14 del decreto ⁽⁴⁾: invero, anche a voler prescindere dalla evidente inidoneità di un tale meccanismo a riflettere la reale entità del fenomeno inflazionistico, sembra a noi che siffatta detrazione assolverebbe ad una funzione affatto diversa; che è quella di assestare la progressività delle aliquote in ragione inversa rispetto alla durata del periodo incrementativo ⁽⁵⁾.

In attesa di conoscere, sul punto, il pensiero della Corte costituzionale, ci sia consentito svolgere, in argomento, alcune brevi considerazioni, intese a dimostrare come i vari tentativi di giustificare l'imposizione degli incrementi di valore prodotti da variazioni monetarie si infrangano contro obiezioni a nostro avviso decisive.

La Commissione centrale, occupandosi dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili, ha ripetutamente affermato l'imponibilità del plusvalore « monetario », invocando il principio nominalistico (art. 1227 cod. civ.) ⁽⁶⁾. A siffatta impostazione, è agevole replicare che tale principio, concernente l'estinzione dei debiti pecuniari, appare del tutto inconferente al problema in esame.

⁽⁴⁾ SPADA e VOIELLO, *L'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili*, Torino, 1974, pag. 30.

⁽⁵⁾ FILIPPI, *L'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili*, Milano, 1974, 137.

⁽⁶⁾ Cfr.: Comm. centr., 11 luglio 1967, n. 92003-006 bis, in *Boll. Trib.*, 1967, 1975; 12 dicembre 1967, n. 93843, *ivi*, 1968, 1888; 22 dicembre 1967, n. 94176, *ibidem*, 2206; 23 gennaio 1968, n. 94620, *ibidem*, 2204; 20 febbraio 1968, n. 95322, *ivi*, 1968, 264; 9 aprile 1968, n. 96389, *ibidem*, 1882; 14 maggio 1968, n. 97046, *ibidem*, 1974; 4 giugno 1968, n. 97476, *ibidem*, 2204; 8 luglio 1969, n. 7132, *ivi*, 1970, 1404; 16 luglio 1969, n. 7610, *ibidem*, 1615; 16 dicembre 1969, n. 12104, *ivi*, 1972, 796; 5 giugno 1970, n. 6138, *ivi*, 1971, 1969. E si cfr. altresì, nel medesimo senso: App. Bologna, 16 aprile 1969, in *Giur. ital.*, 1970, I, 2, 690, con nota di GRANELLI, *Vincoli di piano regolatore, « zone bianche » ed esenzioni oggettive dalla imposta straordinaria sul plusvalore delle aree edificabili*.

È significativo, al riguardo, che la stessa Corte di cassazione, nella sua più risalente giurisprudenza, favorevole alla imposizione delle plusvalenze nominali ⁽⁷⁾ — giurisprudenza ora superata da un recente *revirement*, che ha portato la Suprema Corte a negare la idoneità di siffatte variazioni a costituire componenti di reddito ⁽⁸⁾ — abbia distinto l'ipotesi in cui la differenza tra il costo ed il prezzo realizzato dipenda dalla ragione di scambio del cespite alienato, da quella in cui, per il costituire la prestazione pecuniaria un mero « surrogato » del bene, come avviene, ad esempio, nel caso di corresponsione di indennità espropriativa, la moneta assolve, nel rapporto, non già alla funzione di strumento di scambio, ma a quella di unità di misura dei valori patrimoniali.

Neppure ci sembra di poter seguire l'argomentazione, frequentemente addotta, della difficoltà di determinare l'effettiva incidenza della svalutazione monetaria ⁽⁹⁾. Potrebbe a ciò replicarsi, invero, che, come insegnavano gli antichi, *adducere inconueniens non est solvere argumentum*. Ma, anche a voler seguire la logica del criticato ragionamento, non scorgiamo davvero dove risieda siffatta insormontabile difficoltà, visto che, ad altri effetti, l'adeguamento monetario di determinati valori è stato pacificamente introdotto: basti ricordare — per addurre solo il più recente esempio — l'art. 429, comma 3° cod. proc. civ., nel nuovo testo risultante dalla novella di cui alla legge 1 agosto 1973, n. 533, ove è stabilito che il giudice, allorquando condanna al pagamento di crediti di lavoro, « deve determinare, oltre agli in-

(7) Cass., Sez. Un. civ., 17 marzo 1938, n. 905, in *Foro it.*, 1938, I, 835, con nota di BIAMONTI, *Le plusvalenze monetarie costituiscono reddito tassabile quando siano realizzate in caso di alienazione?*

(8) Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 1974, n. 2874, in *Dir. e prat. trib.*, 1975, II, 3 e segg., con nota di V. UCKMAR, *Le differenze di numerario conseguenti alla svalutazione monetaria non sono assoggettabili a tassazione*, ed in *Riv. dir. e sc. fin.*, 1975, II, con nota di GRANELLI, *Svalutazione monetaria, reddito e incrementi di valore*.

(9) Si cfr., ad esempio: ROMANO, *Imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili e modifiche alle norme relative al contributo di miglioria*, Merciano di Romagna, s.d., pag. 3.

teressi nella misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal lavoratore per la diminuzione di valore del suo credito... ».

Si dice, ancora — e questo è argomento di ben maggiore serietà — che l'imposizione degli incrementi nominali trova fondamento in una esigenza redistributiva, mirando essa a colpire, con uno specifico prelievo, i soggetti i quali, grazie alla titolarità di « beni rifugio », sono precedentemente sfuggiti al prelievo inflazionistico, subito invece da altri: la tassazione dell'incremento da svalutazione sarebbe, quindi, giustificata dal rilievo che l'imposta viene assolta con moneta svalutata ⁽¹⁰⁾.

È stato, infatti, osservato, in linea di teoria generale, che la inflazione « agisce come un'imposta, decurtando i redditi... a taluni patrimoni »: onde la situazione dei possessori di beni non svalutabili viene ad essere, in presenza del fenomeno inflazionistico, « relativamente migliore rispetto a quella degli altri individui » ⁽¹¹⁾.

Indubbiamente, sembra anche a noi che la rivalutazione nominale del patrimonio, derivante dalla sua « insensibilità » al fattore inflazionistico, possa concretare una manifestazione di capacità contributiva. Vero è, infatti, che essa rappresenta, in termini reali, non già un guadagno, nè un effettivo arricchimento, ma piuttosto una « perdita evitata » ⁽¹²⁾; ma è parimenti evidente che, assunto l'art. 53 Cost. nel contesto dei principi solidaristici cui la Costituzione si ispira, la situazione di chi si sia sottratto al depauperamento generale non può differenziarsi, dal punto di vista della capacità contributiva, da quella di chi abbia conseguito un incremento di ricchezza.

Se, invero, come appare innegabile, il prelievo tributario opera e deve operare, in situazione inflazionistica, come stru-

⁽¹⁰⁾ SERA, *L'imposta sulle aree fabbricabili*, Napoli, s.d., pag. 129.

⁽¹¹⁾ COSCIANI, *Istituzioni di scienza delle finanze*, Torino, 1970, 6^a ed., pag. 219; A. ROMANI, *Gli incrementi patrimoniali e l'imposta sul reddito*, Roma, 1964, pagg. 17 e segg.

⁽¹²⁾ EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, in *Scritti economici, storici e civili*, Milano, 1973, pagg. 6 e segg. e specialmente pagg. 82-84.

mento deflattivo (*fiscal drag*), può affermarsi che il principio della commisurazione del carico tributario alla capacità contributiva individuale vincola il legislatore a far gravare gli effetti deflattivi sui soggetti che dall'inflazione non siano stati colpiti.

Tuttavia, le considerazioni di cui sopra in tanto possono valere ad escludere il contrasto dell'imposizione di variazioni nominali con l'art. 53 Cost., in quanto esse riguardino tributi che, per il loro carattere di generalità, esprimano una *causa impositionis* compatibile con la riferita funzione: tali, cioè, da far gravare l'onere del *fiscal drag* su tutte le situazioni che, rispetto ad esso, si pongono quali manifestazioni di capacità contributiva.

In tale prospettiva, e pur non nascondendoci le autorevoli contrarie opinioni manifestate al riguardo ⁽¹³⁾, non sembra a noi di dover ravvisare un'ipotesi di violazione dell'art. 53 Cost. nella imposizione delle plusvalenze nominali, realizzate od iscritte, ai fini della contribuzione diretta: infatti, poiché la plusvalenza costituisce, nell'ambito di tale sistema, una componente di reddito, essa, ancorchè nominale, appare idonea ad esprimere la capacità contributiva di chi non ha subito la falcidia inflazionistica ⁽¹⁴⁾.

Parimenti, una imposta generalizzata sui guadagni di capitale « non prodotti », sul tipo della *capital gains tax*, sarebbe, a nostro avviso, pienamente idonea a colpire gli incrementi monetari conseguiti da cespiti non svalutabili.

Tuttavia, il carattere *speciale* dell'INVIM, che grava non già su tutti gli incrementi di valore patrimoniale, ma esclusivamente su quelli relativi ad immobili, riflette una *ratio* a nostro avviso del tutto incompatibile con la sua utilizzazione in termini di *fiscal drag*.

È evidente, infatti, che l'oggetto di siffatto tributo non è l'incremento di valore in sè e per sè considerato, ma il particolare

⁽¹³⁾ Da ultimo: V. UCKMAR, *Le differenze*, cit., loc. cit.

⁽¹⁴⁾ GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Milano, 1961, pagg. 196 e segg.; MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, pagg. 106 e segg.

beneficio che esso manifesta, come prodotto di una posizione di vantaggio determinatasi, per effetto di condizioni esterne, quali l'espansione dell'abitato, l'aumento della popolazione residente, l'intervento di scelte e soluzioni urbanistiche, rispetto a taluni beni: in ciò consiste, appunto, il motivo del suo gravare esclusivamente sugli immobili, ed ossia sui cespiti che, per la loro natura, vengono solidamente valorizzati da tali cause specifiche ⁽¹⁵⁾.

Non v'ha dubbio quindi, che l'inflazione sia estranea a siffatta *ratio* giustificatrice: essa, infatti, produce la rivalutazione nominale di tutti i cespiti patrimoniali non monetari, e non soltanto dei beni immobili. Ne deriva che, assegnandosi all'INVIM, con il farla gravare sulle differenze monetarie, una funzione cui essa appare, per motivi inerenti alla sua stessa struttura, inidonea, si discriminano situazioni che, ben differenziabili dal punto di vista del beneficio, risultano, invece, identiche nella diversa ottica del *fiscal drag*: non si vede, infatti, per qual motivo dovrebbero subire tale effetto i titolari di immobili, e non, invece, coloro che, essendosi, al pari di essi, sottratti alla falce inflazionistica attraverso l'utilizzazione di altre categorie di « beni-rifugio », dimostrano, sotto tale profilo, identica capacità contributiva.

(15) Si cfr., per tale prospettiva, GRANELLI, *La tassazione dei plusvalori nella riforma tributaria*, in *Boll. Trib.*, 1972, pagg. 837 e segg.

ADALBERT POLAČEK

I PRINCIPI DEL PROCESSO CIVILE ROMANO
E LE TEORIE MODERNE

(SAGGIO D'INTERPRETAZIONE STRUTTURALISTICA) (*)

(*) Questo articolo riproduce il testo, in parte rielaborato, della conferenza tenuta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino il 29 marzo 1974.

SOMMARIO: I. *Il diritto e la vita della società.* — II. *Lo strutturalismo.* - 1. Linguistica strutturale. - 2. I principi della dottrina. - 3. Sistemi ed elementi. - 4. Genesi delle attività legislative. - 5. Monocausalità del modo di pensare. - 6. Pericolo delle generalizzazioni. - 7. Conservatorismo del diritto. - 8. Claude Lévi-Strauss, proibizione dell'incesto. - 9. Analisi statica e diacronica. — III. *Il processo.* 1. Tappe storiche. - 2. Genesi del processo. - 3. Organizzazione del sistema della società romana. - 4. Consigli familiari e reali. - 5. Prime liti. - 6. *Denegatio*. - 7. Caduta del regno. — IV. *Teorie moderne.* - 1. Teoria « democratica ». - 2. Teoria « della giustizia arbitrale ». - 3. Teoria del Kaser. — V. *Strutturalismo quale metodo di lavoro.*

I. Potrebbero forse sembrare strani i tentativi di porre in circolazione idee nuove che facciano vacillare gli uditori o i lettori nella loro fedeltà al retaggio lasciato loro da generazioni di insigni studiosi. Ma è ugualmente noto che certe discipline storiche, non eccettuato il diritto antico, hanno perduto molto della loro attrattiva nella società contemporanea ⁽¹⁾. Pur tuttavia sarebbe motivo di profondo rammarico se dovessimo limitarci a constatare soltanto come siffatte conclusioni, sebbene di frequente citate, vengano in pratica misconosciute. Conviene rievocare l'idea enunciata già un secolo e mezzo fa da uno studioso tedesco, il cui nome è garanzia di un esempio autorevole e risalente. Questi, il Savigny, avvertì che il diritto non possiede un'esistenza in sé, in quanto esso non è che la vita della società, osservata da un punto di vista particolare ⁽²⁾. Si riconosce generalmente che il diritto non è prodotto di autogenesi, ma opera di uomini, e risultato di lotte per la sua formazione ed il suo funzionamento. Eccoci dunque arrivati ad un punto essenziale dell'analisi dei fe-

(1) È particolarmente il metodo di interpretazione usato in queste discipline spesso come una specie di « l'art pour l'art » che è la pietra dello scandalo più scottante.

(2) Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 30, ora in J. STERN, *Thibaut und Savigny. Zum 100jährigen Gedächtnis*, Berlin 1914, p. 88 s.

nomeni sociali: conviene studiare non solamente gli aspetti formali, esteriori, di questi fenomeni, ma anche l'interdipendenza tra essi e la loro base materiale ⁽³⁾. Di qua, la via conduce alla necessità di studiare la struttura ed il funzionamento della società in questione.

II. 1. Le parole « struttura », « funzionamento » evocano necessariamente il quadro della lotta per un movimento teorico che suscitò attenzione ed eccitazione nel mondo scientifico già qualche anno fa. Oggi, l'interesse si è evidentemente attenuato. Si potrebbe dire, forse, che sarebbe quasi inutile parlare di problemi già superati.

Però anche il cosiddetto strutturalismo come prodotto dello spirito umano era ed è soggetto alle leggi ch'esso stesso ha scoperto e formulate. Proprio da questo punto di vista è da spiegare la sua caduta. Parecchi strutturalisti, particolarmente i francesi, aspiravano a collocare questo movimento sul piedistallo di una nuova filosofia, se non su quello di una nuova ideologia sociale. In questa direzione, lo strutturalismo non era in grado di riuscire. La società umana e la sua vita sono fenomeni troppo eterogenei e troppo eteromorfi per esser compresi in schemi prevalentemente artificiali. Sarebbe falsa l'assimilazione dello strutturalismo al pensiero di una società tecnocratica o di una società del consumo ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ L'espressione « base materiale » è usata in un senso un po' diverso da quello usato per es. da K. Marx. Qui la « base materiale » è uguale al « sistema materiale » i cui elementi diedero o danno la spinta decisiva a questo o quell'istituto sociale. A proposito di Marx, cfr. più oltre la n. 11.

⁽⁴⁾ La letteratura generale sullo strutturalismo è immensa, mentre è assai modesta quella concernente lo strutturalismo nelle scienze giuridiche. Per economia di spazio saranno citati solamente alcuni lavori nei quali il lettore troverà rinvii bibliografici ulteriori. — Cf. A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris 1973; J. M. AUZIAS, *La chiave dello strutturalismo* (trad. dal francese), Milano 1969; R. BASTIDE, *Sens et usage du terme Structure dans les sciences humaines et sociales*, 's-Gravenhage 1962; A. HERNANDEZ GIL y otros, *Estructuralismo y Derecho*, Madrid 1973; POLAČEK, *Strukturalismus in der Rechtsgeschichte. Methode oder Illusion?*, in *IVRA* 23 (1972), pp. 26 ss. Cfr. anche, *infra* la n. 8.

È stata la linguistica strutturale che ha scoperto leggi e strumenti di lavoro resistenti agli oltraggi del tempo, strumenti che potrebbero trovare l'applicazione utile anche nell'orbita dello studio dei diritti dell'antichità.

2. Ecco gli aspetti principali della questione:

Il padre della linguistica strutturale, e ugualmente, dello strutturalismo moderno, *Ferdinand de Saussure* ⁽⁵⁾, descrive la lingua come un sistema di segni sul cui significato il rispettivo collettivo (stirpe, nazione) si è accordato. Questa convenzione preliminare è *condicio sine qua non* di ogni lingua. Così, la lingua (*langue*) è un « patrimonio » di segni che la prassi del parlare (*parole*) ha accumulato nelle persone appartenenti allo stesso gruppo linguistico. Dunque, la lingua è, secondo questa dottrina, un sistema grammaticale, esistente virtualmente nel cervello di ogni individuo, che però, nella sua totalità, è solamente patrimonio della rispettiva collettività sociale. Il « parlare », al contrario, è un atto individuale, un atto di volontà dell'individuo, in quanto esso dipende dal grado dell'evoluzione e dell'intelligenza di chi parla.

Sappiamo per esperienza che la stessa parola non designa sempre ed in ogni caso la stessa cosa. Ecco la differenza tra il *significante*, cioè l'espressione linguistica, ed il *significato*, cioè il contenuto dell'espressione. È soltanto l'uomo con la sua attività d'interpretazione che era ed è in grado di dare a concrete espressioni un contenuto ed un senso concreto. Il significato viene ad essere subordinato al significante, e l'uomo solo può attivare questo rapporto. È evidente che queste nozioni sarebbero applicabili, *mutatis mutandis*, nell'ambito di altre scienze sociali, incluso il diritto.

Lo stesso Saussure scoprì ancora un altro teorema utile ugualmente per gli studi giuridici, e specificamente storico-giu-

⁽⁵⁾ Opera postuma, *Cours de linguistique générale*³, Paris 1967, trad. italiana a cura di T. De Mauro, Bari 1967.

ridici e cioè: solamente un'analisi *sincronica* che si occupi dei rapporti logici e psicologici, colleganti termini e fenomeni coesistenti e formanti un sistema, è capace di rilevare le qualità costituenti del sistema. La linguistica *diacronica* studia invece i rapporti, colleganti termini successivi, non percepiti da una medesima coscienza collettiva. In altri termini: questo teorema avverte che solo un'analisi statica, una visuale in sezione dell'epoca di cui si tratta, è in grado di presentare un quadro preciso del come in quell'epoca la società effettivamente viveva, e quali fattori esercitavano influenza sulla sua vita.

La dottrina saussuriana non è rimasta senza imitatori e neanche senza critici. Non è questa la sede per analizzare i dettagli di queste polemiche teoriche. I principî della dottrina strutturalistica non hanno perduto la loro attualità, sebbene le discussioni su problemi di struttura siano sfociate in colorite dispute filosofiche ⁽⁶⁾. È infatti deplorabile la riluttanza degli studiosi occidentali a mettersi d'accordo su una comune linea, o almeno su un'unica definizione dello strutturalismo come tale ⁽⁷⁾.

3. Però, la situazione non è così drammatica come si potrebbe credere ad un primo sguardo. Il tallone d'Achille della scienza ed anche della politica del mondo cosiddetto libero, la discordia, è un sintomo caratteristico del sistema stesso, che il metodo strutturalistico sarebbe in grado di spiegare facilmente.

D'altra parte, liberate le conclusioni *metodologiche* e alle quali sono arrivati gli scienziati a est e a ovest dall'alluvione

(6) Per farsi una idea di come la filosofia astratta sia in grado di intimorire un giurista abituato a formulazioni chiare, conviene dare una occhiata al lavoro di uno degli strutturalisti francesi più importanti, JEAN POUILLON, il quale ha presentato nella rivista *Les Temps Modernes*, n. 246, novembre 1966, la descrizione seguente:

« In ogni insieme organizzato e ridotto a sistema, esiste una configurazione di elementi più ristretta che lo definisce, contemporaneamente nella sua singolarità e nella sua comparabilità poichè è la variabilità di questa configurazione che lo colloca fra gli altri insieme definiti secondo la stessa procedura ». Dice di questa spiegazione un altro autore francese, Jean-Marie Auzias (l.c. p. 13): « Speriamo che tutte queste parole in *tà* chiariscano il lettore ».

(7) Cf. *IVRA* cit., n. 8.

di ornamenti speculativi, si presenterà al lettore un quadro coerente ed univoco ⁽⁸⁾.

Così si può dire in coscienza che — per la dottrina orientale e occidentale — un sistema è un insieme, una totalità di elementi, uniti — in certo rapporto ed in certe relazioni — gli uni agli altri. Un elemento è la parte elementare, indivisibile, del sistema. Naturalmente, secondo la legge linguistica, l'uso dei termini corrisponde sempre a una situazione concreta. Dunque, un certo ordine sociale è un sistema materiale i cui elementi sono le classi (gli strati) sociali. Le classi sociali sono ugualmente sistemi i cui elementi sono le singole persone o certi gruppi di queste.

Gli elementi ricevono impulsi esterni (si parla qui di « inputs ») oppure producono proprie spinte (gli « outputs »). Il modo in cui gli elementi sono uniti gli uni agli altri, caratterizza — in sostanza — la struttura della società (= del sistema). C'è una differenza fondamentale tra la nozione di « struttura » e quelle di « funzione ». La funzione di un sistema o di un elemento risponde alla questione come quel sistema o quell'elemento reagisce agli impulsi ch'esso ha ricevuti.

La dottrina distingue sistemi materiali e immateriali. Esempio classico di sistema materiale è la società umana. Dipende dalla situazione — come è stato spiegato sopra — se prendiamo per sistema tutta la società umana per tutto il mondo o una società locale come Stato, nazione, stirpe e così via.

Esempio modello di sistema immateriale è quello che ha fondato tutto lo strutturalismo: la lingua. Anche il diritto è un tipo di sistema immateriale. Anche questo rappresenta — analogamente alla lingua — un patrimonio di « segni » o di espressioni linguistiche unite in complessi obiettivi, regolanti da un

(8) Per la letteratura « orientale » (dei paesi socialisti) cf. particolarmente *I sistemi di segni e lo strutturalismo sovietico*. A cura di R. FACCANI e U. ECO, Milano 1969; *Marxistische Philosophie. Lehrbuch.*, Berlin RDT 1967, part. pp. 207-263, 552-624; A. KONDRATOV, *Suoni e segni* (trad. dal russo), Roma 1973.

punto di vista speciale, cioè dal punto di vista giuridico, le reciproche relazioni tra membri della stessa collettività oppure le relazioni tra membri di questa collettività e membri di un'altra collettività, di un sistema materiale estraneo.

4. Affinchè un'idea divenga — per una certa collettività sociale — regolamento obbligatorio, essa deve passare attraverso parecchie tappe. Essa può nascere, teoricamente, nel cervello di ogni membro della società. Ognuno può formularla, parlando. Sino a questo punto ci bastano — per interpretare la situazione — le regole della linguistica strutturale. Tuttavia, la realizzazione pratica dipende da fattori di gran lunga più concreti. È necessario, in questo caso, che la stessa idea sia emessa, difesa, propugnata e convertita in una norma obbligatoria da quei membri della società che hanno il *p o t e r e* di farlo con tacito o esplicito consenso, con volontario o forzato accordo di tutta la società. Da questo punto di vista, la società umana è stata *s e m p r e* divisa in due grandi gruppi: la classe dirigente e tutti gli altri. Questa divisione è, naturalmente, troppo grossolana e superficiale. Le fonti storiche provano che gli impulsi per questa o quella attività legislativa provenivano e provengono da differenti elementi sociali del sistema. Quella divisione sembra essere precisa solamente a proposito della tappa finale, relativa all'approvazione legale della norma in questione. Però, anche in questo caso, non senza eccezioni. Il diritto consuetudinario, per esempio, nasce a poco a poco, senza che sia possibile individuarne il creatore. In ultima istanza, naturalmente, anche il diritto consuetudinario deve la sua esistenza al consenso tacito o esplicito della classe dirigente ⁽⁹⁾.

È universalmente noto che non vi furono mai sistemi assolutamente invariabili. Il teorema formulato da Eraclito “πάντα ῥεῖ”,

(9) Si dice che la Repubblica Popolare Cinese ha fatto un salto dal medioevo all'alta cultura moderna. Ecco la concezione cinese del diritto: « Il diritto non è che una forma della volontà dello Stato, pubblicata dalla classe dirigente e realizzata per forza ». Cf. LYUN-HSYON-SU, in *Osteuropa-Recht*, III, 1969, p. 157.

non ha mai perduto la sua attualità. Era ed è l'uomo che poteva e può dare la spinta alla nascita, alla modificazione ed anche all'abolizione di questo o di quell'elemento del sistema giuridico. Però, l'interpretazione puramente formale, in cui l'uomo anonimo appare come l'autore dei singoli elementi del sistema giuridico, isola — prendendo il via da questo punto di vista — l'effetto sia dalla sua base originaria sia da tutti gli impulsi che hanno esercitato un'influenza decisiva al raggiungimento di esso. In tal modo essa viene a distaccare l'edificio non soltanto dal terreno, ma altresì dai suoi veri costruttori.

5. È ugualmente necessario menzionare ancora, almeno di volo, un altro fenomeno molto importante così per l'attività di ogni individuo come per l'attività della collettività: il modo di pensare. La psicologia, particolarmente la psicologia strutturale, ha dimostrato che il modo di pensare dell'uomo è prevalentemente *monocausale*. Questo modo prende le mosse da un unico nesso causale, spesso adattato e rimaneggiato nel cervello dell'individuo non solamente in dipendenza del grado della sua intelligenza ma anche dal suo desiderio personale e/o dal desiderio del relativo gruppo sociale.

Questo punto di partenza esercita influenza decisiva su tutta l'attività di ogni elemento della società. La stessa presa di posizione è ancorata, in prevalenza, già nella subcoscienza dell'individuo, come conseguenza dell'influsso dell'ambiente, delle proprie disposizioni mentali, delle intenzioni personali e di quelle del gruppo. S'aggiunge che l'uomo è spesso pronto a concepire le situazioni in « corto circuito », ciò che può facilmente condurre a semplificazioni troppo grossolane ed inesatte, oppure anche erronee.

Nessuno è completamente immune dagli effetti di questo modo di pensare. L'esperienza offre numerosissimi esempi che non di rado gli organi decisionali avevano in partenza una certa idea delle decisioni da prendere, e solo dopo ne hanno cercato le

rispettive motivazioni. Parecchi errori giudiziari vanno imputati proprio a questo, per non parlare dei cosiddetti processi politici.

Sarebbe veramente erroneo desumere da quei casi estremi una regola assoluta. La varietà e la variabilità di situazioni, desideri, sforzi ed effetti mantengono il relativo modo di pensare e di agire degli individui in continua agitazione se non addirittura in conflitto. Il principio sopra menzionato di perpetuo movimento (« *panta rhei* ») serba la sua validità anche nell'orbita dei fenomeni or ora spiegati.

6. Bisogna aggiungere che l'uomo ha propensione per le generalizzazioni: metafore e metonimie sono in uso anche nella lingua del popolo dai tempi più antichi. Invece di additare concretamente l'autore, si usano espressioni generali come, per esempio, « le autorità repubblicane » o « imperiali », « il clero », « la Chiesa » (oppure oggi anche « la stampa »), o comunque non si parla affatto dell'autore. Talvolta una generalizzazione può essere motivata, talaltra essa svisa il quadro. Esempio pratico: gli schiavi. A volte, da un certo punto di vista, essi infatti rappresentano un elemento o un sistema sociale omogeneo, altre volte sarebbe, invece, erroneo ridurli tutti al medesimo denominatore. Ugualmente non si concluderebbe nulla se — per spiegare mutamenti del funzionamento degli istituti sociali — si volesse finire col cercare un espediente nel ricorrere a affermazioni troppo generali oppure a allusioni vaghe alle « necessità economiche » o agli « imperativi sociali »! ⁽¹⁰⁾.

7. Si dice che il diritto, questo campo d'azione particolare dello spirito umano, si distingue per la sua stabilità, per il suo conservatorismo. O, in altre parole, il diritto come il sistema immateriale di « sovrastruttura » ⁽¹¹⁾ dipende dalla sua base ma-

⁽¹⁰⁾ Cf. J. GAUDEMET, in *Labeo* 19 (1973), p. 63.

⁽¹¹⁾ Si tratta della notissima formulazione di K. MARX, *Per la critica dell'economia politica*, Prefazione, ed. italiana, 1957, p. 10 s., il quale distingue tra « base

teriale. Fino a che non si operano mutamenti sostanziali nella base, la società non sente il bisogno di cambiare il sistema delle regole di convivenza, limitandosi solamente a questa o a quella modificazione particolare. Non vengono mutate, abolite o create che singole norme, in conformità alle regole del *giuoco* delle forze sociali nel sistema.

L'interpretazione che è comunemente in uso, particolarmente l'interpretazione chiamata « dogmatica », trae le sue conclusioni dalle decisioni dei competenti organi legislativi o dai rapporti registrati nelle opere dei giuristi. Però, questo modo di procedere non è esclusivo. Le riflessioni ed analisi relative all'argomento possono svolgersi anche nel senso inverso.

Perchè, anche ove la società di questa o quell'epoca non avesse avuto leggi scritte, i membri della stessa, come organismo (= sistema) organizzato, sarebbero stati costretti in ogni caso a osservare certe regole di convivenza, cioè regole di *f u n z i o - n a m e n t o* del sistema. Era il desiderio della società di vivere in condizioni che assicurassero questo fine. Era il gioco delle forze, cioè l'effetto della rispettiva attività degli elementi del sistema, che concretizzava quei desideri in adeguate formulazioni, in conformità alle regole scoperte dalla linguistica strutturale.

Fenomeni di lotta d'interessi possono trovarsi — *mutatis mutandis* — in ogni tappa storica della società umana, non essendo essi dipendenti dal tempo, ma immediatamente collegati alle qualità personali dell'individuo. Come i documenti scritti degli ultimi cinque millenni provano, l'uomo non è, a tutt'oggi, sostanzialmente cambiato, rispetto alle sue buone o meno buone qualità personali (inclusi invidia, sete d'oro e sete di potere). La

reale » (materiale) da lui chiamata anche « struttura economica della società (= rapporti di produzione) e « sovrastruttura giuridica e politica ».

Questa concezione non è affatto identica alle nozioni strutturalistiche moderne, spiegate nel testo sopra. La « sovrastruttura » di Marx è, piuttosto da questo punto di vista, simile ai « sistemi immateriali ».

Però, la differenza non è sostanziale, e dipende solamente — secondo le leggi della linguistica strutturale — dal senso che si attribuisce al significante ed al significato.

struttura e la funzione del sistema decidevano e decidono quando l'individuo era o è in grado di realizzare da sè o in unione con altri, le sue intenzioni relative a un cambiamento dello stato presente.

Dunque, nè interpretazioni dogmatiche nè speculazioni teoriche sono in grado di spiegare da sole tutte le relazioni e tutti gli impulsi che davano, ed anche oggi danno, la spinta a questi o quei regolamenti giuridici. Invece di analizzare prima le singole norme o i singoli istituti giuridici, e solo dopo dedurne anche conclusioni economico-sociali, sarà utile esaminare prima la struttura della società dell'epoca in questione ed il suo funzionamento.

8. Ormai è il momento di menzionare uno dei più importanti strutturalisti moderni, Claude Lévi-Strauss, e di sviluppare qui almeno la sua teoria relativa alla proibizione dell'incesto, un fenomeno che interesserà, senza dubbio, e i giuristi e i sociologi ⁽¹²⁾.

L'autore dice su questo punto: « La proibizione dell'incesto è il processo per mezzo del quale la natura opera da sola, essa accende la scintilla sotto l'azione della quale si forma una struttura di un nuovo tipo e di carattere più complesso che si sovrappone, integrandole, alle strutture più semplici della vita animale. Essa agisce e da sola determina l'avvento di un ordine nuovo ».

Sotto questa spiegazione, un po' poetica, si occulta un fatto naturale che è la consanguineità, e un fatto culturale, l'alleanza, il matrimonio. L'alleanza richiede un fenomeno speciale che Saus-

⁽¹²⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris 1949, pp. 31, 129 ss., 147 ss., 198 s.; Id., *Antropologia strutturale* (trad. a cura di P. Caruso), Milano 1964.

AUZIAS, *L.c.*, pp. 86 s. apprezza la spiegazione presentata da Lévi-Strauss a proposito delle relazioni natura-cultura come « una delle maggiori conquiste dello strutturalismo ».

Cf. anche D. 50 ,17, 30 Ulp.: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*. (A proposito dell'integrità del testo cf. *Ind. itp., ad legem*).

sure unisce alle parole: l'arbitrarietà. È la convenzione che serve come base generalmente riconosciuta per la nascita dell'istituto culturale nuovo, chiamato matrimonio. È una norma con la quale l'organizzazione sostituisce il caso. Di più, a partire dal momento in cui il gruppo (= un sistema sociale sinora chiuso) va a cercare le sue femmine al di fuori, in via di cosiddetta esogamia, si assiste a un progresso sociale perchè dei gruppi più vasti s'integrano gli uni con gli altri. Questa integrazione presuppone il principio di reciprocità realizzato attraverso lo scambio dei doni. La femmina non è più oggetto di mera soddisfazione sessuale, ma un dono che i membri dei gruppi scambiano. Per usare l'idea dell'autore francese diremo, che in questo modo il passaggio dalla Natura alla Cultura sboccia in Istituzione. Il matrimonio è una parte di un sistema di prestazioni, come la Previdenza Sociale.

Per bene comprendere tutto questo bisogna sottrarsi alle illusioni che ci hanno presentato alcuni autori moderni. Per spiegare la mentalità della società d'allora, si è fatto spesso ricorso a un paragone pericoloso e falso con la mentalità « primitiva ». È veramente l'ora di finirla con i tentativi di confondere l'antico con il primitivo e il primitivo con l'infantile. La società umana ha sempre affrontato problemi la cui soluzione richiese e richiede intelligenza e abilità. Kant e il suo moderno editore Cassirer considerano — come si sa — il progresso umano non come una somma di fatti che si aggiungono gli uni agli altri, ma come ripresa e sviluppo di forme e processi. Bisogna aggiungere la notissima tesi di Lenin per cui lo sviluppo della società umana deve essere interpretato non come un moto rettilineo o circolare, ma come un moto a spirale: la società percorre forme che sembra avere già attraversate. Sarebbe, certo, molto utile applicare queste nozioni anche allo studio ed alle indagini storico-giuridiche.

Lévi-Strauss ha spiegato il fenomeno sopra menzionato, la proibizione dell'incesto, su base strutturalistica. Le strutture elementari sono, secondo lui, quelle della parentela. Lo scambio

delle femmine è o fu una serie di segni, dai quali si riconosce un essere come un altro del quale si ha bisogno e le relazioni sono allora concepite come « delle prestazioni totali ». Le donne ne sono il mezzo, che realizza e lo scambio e la cultura. L'autore ha spiegato minutamente che come il rapporto di scambio, anche quello relativo alle femmine, è dato anteriormente alle cose cambiate e indipendente da esse. E se i beni isolatamente sono identici tra loro, cessano di esserlo quando li si collocano nel posto che loro appartiene nella struttura in questione. Si mostra che la struttura, nella sua profondità, è una specie di meccanismo. È utile menzionare — in questo ordine di idee — anche la cosiddetta analisi dogmatica. Questa prenderebbe il via semplicemente dal fatto che « in questa o quella società valevano in questa o quell'epoca regolamenti relativi alla ' proibizione dell'incesto ' », senza preoccuparsi del funzionamento del sistema e degli *inputs* e *outputs* che dettero la spinta decisiva per la genesi dell'istituto.

9. Era naturale che neanche la dottrina di Lévi-Strauss sfuggisse alle critiche. L'autore ha formulato le sue concezioni sulla base di indagini svolte in società da lungo tempo immobili nel loro sviluppo. Da ciò i suoi oppositori deducono che sarebbe impossibile applicare il suo metodo alle società che presentano delle macro-variazioni, quali quelle che, per esempio, caratterizzano da un secolo le società industriali.

Nondimeno, queste divergenze sono soltanto apparenti. È chiaro che l'analisi strutturalistica possiede un campo di operazione solido e sicuro, se osserva sistemi immobili. Questo è, fra l'altro, un invito diretto e indiretto, indirizzato a tutte le ricerche storiche. Quando la storia non si è ancora impossessata di una società, la struttura di questa sembra operarvi nella sua permanenza.

Però, una siffatta conclusione non sarebbe che un sofisma, un'illusione ibrida. È vero che nella società d'oggi con le po-

tenziali o effettive macro-variazioni le strutture sembrano operarvi. Però, anche in queste società moderne — oppure riguardo a queste — è possibile trattenere il tempo, sezionare il sistema in questione per svelarne e la funzione e la struttura.

Nell'ambito delle scienze storiche si obietta ugualmente contro un'analisi strutturalistica che questa, concentrandosi su concreti punti storici, perde di vista lo sviluppo progressivo della società e delle sue istituzioni sociali. Viene spesso citata, in questo rapporto, la famosa legge fisica d'incertezza messa in evidenza dal premio « Nobel » Heisenberg. Per lui, quando si conosce la velocità di un elettrone, non si conosce affatto la sua posizione. Quando si conosce la sua posizione, non se ne conosce la velocità.

Pur tuttavia, l'applicazione di questo teorema all'analisi strutturalistica non è che un formalismo. Si dimentica che l'analisi strutturalistica *statica* non esclude l'analisi diacronica. Al contrario, ambedue le analisi si completano l'un l'altra.

La situazione è uguale al metodo usato da molti anni con incontestabile successo nella criminalistica. Come si sa, la polizia, per chiarire certi avvenimenti sospetti, si serve a volte del film: l'attività delle persone osservate viene fotografata (di nascosto). Poi, il film viene proiettato. In certi momenti, la proiezione viene arrestata per offrire agli investigatori la possibilità di analizzare la situazione. Poi il film continua a scorrere: a velocità normale, al rallentatore, con ritorno all'indietro.

Come si sa questa tecnica di film investigativi non trova applicazione esclusiva solamente nell'ambito dell'attività della pubblica sicurezza. Sono particolarmente le scienze tecniche e naturali che usano il film in modo analogo. Tornerebbe, certo, a vantaggio delle scienze storiche, se anche queste facessero uso — *mutatis mutandis* — di metodi investigativi sperimentati in altre discipline da molto tempo.

L'antropologia strutturale, e con essa tutte le altre scienze sociali, dimostrano, che lo strutturalismo consiste essenzialmente in una distinzione quasi aristotelica tra la forma e il contenuto.

Convieni di nuovo mettere in rilievo il teorema scoperto dalla linguistica strutturale che le parole sole dicono poco o nulla sul contenuto del segno. Non è necessario che al livello di vocabolario già esistano relazioni obbligatorie ⁽¹³⁾! Un teorema di cui conviene tener conto particolarmente nelle scienze storiche.

III. 1. Prima di esaminare il secondo punto principale di questo articolo, cioè la questione dei principî (e primordi) del processo civile romano, sarà forse utile — per la plasticità del quadro — fissare le pietre miliari dell'evoluzione politica dello Stato romano:

Avvenimento:	A.U.C.	A.C.	Dopo la caduta del regno	Fra i singoli avvenimenti
Fondazione di Roma (tradizione)	—	753	—	—
Caduta del regno	245	509	—	245
Fine della repubblica	727	27	482	482
Legge delle XII tavole . . .	304	450	59	59
Praetor urbanus	387	367	142	83
Rottura del monopolio giuridico dei sacerdoti	454 500	300 254	209 255	67 ⁽¹⁴⁾ 113 ⁽¹⁵⁾
Praetor peregrinus	512	242	267	58
Lex Aebutia	± 604	± 150	± 359	± 92
Riforme di Silla: 8 pretori a Roma	673	81	428	± 69
Lex Iulia iudiciorum privatorum	737	17	492	64
Decadenza del processo formulare		Fine del III secolo d.C.		

⁽¹³⁾ LÉVY-STRAUSS, *Antropologia* cit. (citato qui secondo l'edizione tedesca, Frankfurt/M. 1967, p. 49; cfr. anche p. 224 *ibid.*).

⁽¹⁴⁾ Pubblicazione dello « *ius Flavianum* »; la *lex Ogulnia* aprì formalmente l'accesso alle cariche di sacerdoti ai plebei.

⁽¹⁵⁾ Ti. Coruncanus, primo pontefice plebeo; primo sacerdote di questa dignità che dava consultazioni giuridiche in pubblico.

Come si vede, il regno durò appena 250 anni. Una vita di doppia lunghezza fu concessa alla repubblica, e — come si sa — la stessa durata fu accordata all'impero occidentale. Solo dopo 60 anni, cioè al tempo della seconda generazione dopo la caduta del regno, il diritto consuetudinario che era stato in uso fino ad allora, venne codificato. Seguirono altre tre generazioni e i Romani non ebbero ancora uno specifico magistrato giudicante. Ci volle uno spazio di più di 200 anni per rompere il monopolio giuridico dei sacerdoti in favore della più vasta laicizzazione del processo civile. Anche gli avvenimenti ulteriori si fecero aspettare: passarono quattro generazioni tra il primo pretore urbano e quello peregrino, tre generazioni tra questo e la legge Aebutia, e, come mostra la tabella che precede, solamente al tempo della seconda generazione un nuovo avvenimento riformatore potè realizzarsi, verso la fine della repubblica.

È naturale che lo spazio cronologico tra i singoli avvenimenti non dica, al primo sguardo, nulla della loro incidenza riformistica o rivoluzionaria. Pur tuttavia, la lunghezza dei singoli spazi da una parte e l'attualizzazione di cambiamenti in sostanza rivoluzionari dall'altra parte segnalano l'esistenza di diverse forme di negazione interna degli istituti in questione. Le spinte emesse nel fluire del movimento da singoli elementi della comunità, mostrarono con urgenza sempre maggiore che la funzione di quegli istituti non era più in grado di tener dietro allo sviluppo della vita pratica. La forma presente fece il suo tempo per essere sostituita da una forma nuova.

2. Dobbiamo ricercare la genesi del processo civile romano nell'epoca in cui c'era già un *sistema* sociale, cioè un insieme organizzato con una certa struttura e una certa funzione. Questi erano già i più antichi gruppi che — isolati gli uni dagli altri — abitavano il paese. È logico e naturale che, già in quell'epoca primitiva, gli uomini non vivessero in condizioni paradisiache, che già in quell'epoca nascessero nel seno di quegli organismi con-

flitti tra singoli membri (= elementi) del sistema. La funzione del sistema esigeva la presenza di un elemento che — come autorità riconosciuta dagli altri elementi del sistema — fosse in grado di risolvere i problemi in questione.

La vita in un certo paese non poté lasciare questi gruppi per sempre in isolamento. Contatti reciproci provocavano impulsi fuori e dentro i gruppi, e conducevano all'arricchimento del patrimonio lessicale e delle regole di convivenza indispensabili.

Il fatto che un giorno quei gruppi più o meno isolati si siano uniti in una collettività, rappresenta un cambiamento non solamente quantitativo ma anche qualitativo: i piccoli sistemi sinora indipendenti si sono uniti per creare un nuovo sistema di ordine superiore, i cui elementi erano quei piccoli elementi anteriori. Non mirava, certo, questo cambiamento a un modo di vita completamente nuovo. Mancavano per una tale intenzione non solamente parole (cioè espressioni con la rispettiva forma e contenuto), ma anche condizioni materiali. Con la creazione di un nuovo sistema, i suoi membri risolsero soltanto quei problemi coi quali essi erano alle prese.

3. Sorge naturalmente la questione di sapere chi o che cosa rappresentava il sistema e gli elementi. Roma antica era — come è notissimo — una comunità agraria, nella quale le singole famiglie rappresentavano unità sociali ed economiche.

Sistema superiore a quello della famiglia erano le *gentes*. È ancora largamente controversa, in dottrina, la natura delle *gentes*. In ogni caso, v'era una differenza sostanziale tra *gens* e *familia*. Capo autoritario della *familia* era — da tempi antichissimi — il *pater familias*. Le fonti non documentano un *pater gentis*. Ecco anche la differenza tra il sistema *familia* e il sistema *gens*. Nella famiglia, c'era soltanto un membro (un elemento) autorizzato a giudicare e regolare i fatti dei membri del sistema. Nella *gens*, c'erano parecchi sistemi-*familia* uniti, senza pregiudici-

zio della posizione degli elementi dirigenti delle singole famiglie nei loro proprii sistemi di famiglia.

Appare così che la funzione di questi due sistemi, cioè dei sistemi *familia* e dei sistemi *gens* era diversa. Un'unione di questa specie fu possibile solo nel momento in cui le condizioni materiali furono mature per facilitarla. Non mancava poi che l'ultimo passo per trasformare il sistema *gens* in un sistema centralmente organizzato, per creare lo Stato.

Gli elementi dirigenti dei sistemi *familia*, i *patres familias*, serbarono anche nel tempo del regno il loro ruolo dirigente; essi formavano — fra l'altro — il senato primitivo, l'assemblea dei *patres familias*.

Rimane aperta la domanda del come stessero le cose nel sistema delle *gentes*. Non è ancora sufficientemente chiaro, come le *gentes* fossero organizzate, se in modo monarchico o collettivo, cioè se le *gentes* avessero un gerente, un « leader », o se i *patres familias* decidessero in comune.

Però, come abbiamo visto sopra, le famiglie romane erano sistemi chiusi: gli impulsi decisivi, cioè, si concentravano inevitabilmente in un unico punto centrale, il *pater familias*. Il sistema delle *gentes*, invece, era un sistema aperto: i suoi elementi, le famiglie, unite in *gentes*, non si trovarono in un rapporto di superiorità o di subordinazione, i loro impulsi reciproci avevano, in principio, lo stesso valore. Erano senza dubbio, in primo luogo, piuttosto impulsi di carattere personale, provenienti dal di fuori, che conducevano le singole famiglie, o più esattamente, i loro rappresentanti, i *patres familias*, a riunirsi per discutere problemi di comune interesse, come ad esempio i matrimoni tra membri di famiglie diverse e i relativi affari materiali e personali. I principî delle relazioni matrimoniali elaborati da Lévy-Strauss riguardano, senza dubbio, anche la situazione or ora menzionata. Si aggiungevano sicuramente altri problemi d'interesse comune, quali quelli relativi all'agricoltura o all'allevamento del bestia-

me: ma tutti questi non oltrepassarono, evidentemente, l'ambito delle limitate attività locali.

Soltanto l'aumento progressivo dei diversi impulsi, particolarmente di quelli provenienti dai sistemi esterni, aprirono il cammino ad una forma d'organizzazione superiore, ad un sistema centralmente organizzato, allo Stato. Gli elementi dirigenti della comunità romana sentivano — con progressiva insistenza — la necessità dell'organizzazione e guida unitaria da una parte, e le pressioni dei conquistatori etruschi dall'altra parte ⁽¹⁶⁾.

4. C'è un principio verificato dall'esperienza umana che avverte che potere ed autorità sugli uomini sono la base legale per la loro differenziazione giuridica e sociale.

Questo principio di autorità valeva anche nella società romana. La *potestas* dei *patres familias* riservava loro una posizione straordinaria riguardo ai membri della loro *familia*. Le fonti non offrono molte informazioni su questa attività interna dei *patres familias*. Nondimeno possiamo credere — alla luce dei

(16) Per un primo orientamento su questioni ricadenti in questo quadro: F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, Napoli I. 1958; *Intorno all'origine della repubblica romana e della magistratura*, in « *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* », J. Vogt zu 75. Geburtstag gewidmet (a cura di H. TEMPORINI), I. 1, Berlin-New York 1972, pp. 217 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959; F. F. ABBOT, *A History and Description of Roman Political Institutions*, New York 1963; J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris 1967; F. CASSOLA, *La repubblica romana*, in « *Nuove questioni di storia antica* », Milano 1968, pp. 283 ss.; E. FERENCZY, *Zur Verfassungsgeschichte der Frührepublik*, in « *Beiträge zur Alten Geschichte und deren Nachleben. Festschrift für Franz Altheim* », a cura di R. STIEHL e H. E. STIER, I. Berlin 1969, pp. 136 ss.; A. GUARINO, « *Dal 'regnum' alla 'respublica'* », in *Labeo* 9 (1963), pp. 346 ss. e « *Post reges exactos* », *ibidem* 17 (1971), pp. 309 ss.; S. I. KOVALIOV, *Storia di Roma*, I, Roma 1971; L. R. MÉNAGER, *Nature et mobiles de l'opposition entre la plèbe et le patriciat*, in *RIDA* 39 (1972), pp. 367 ss.; M. CAPOZZA, *Roma fra monarchia e decemvirato nell'interpretazione di Eutropio*, Roma 1973.

Per le relazioni relative al processo civile anche M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966 (con vasta bibliografia).

risultati delle ricerche del Kunkel (¹⁷) — che il *pater familias* — prima di decidere nell'ambito del suo *ius vitae necisque*, o prima di decidere le questioni di maggior rilievo — convocasse di regola i membri della sua famiglia ad un consiglio di casa. C'erano naturalmente, anche in quell'epoca, liti fra membri della stessa famiglia che ugualmente venivano deferite all'autorità del capo della famiglia affinché questi — nella sua saggezza — suggerisse alle parti i criteri direttivi di una giusta composizione.

Costituitosi il sistema superiore — come abbiamo rilevato — era naturale che il modo di risolvere i problemi famigliari non cambiasse. Sorsero, però, problemi nuovi nel momento in cui l'impulso per una lite partì da un elemento del nuovo sistema per colpire un altro elemento. Pensiamo qui ai casi in cui, per esempio, un *pater familias* avesse ferito un altro *pater familias*, o un membro di una famiglia avesse ferito un membro di un'altra famiglia. Era necessario che si facesse attivo il sistema superiore: nella organizzazione gentilizia i *patres* come tali, e nel regno? — ecco la questione. Anche se attribuissimo ai primi re romani soltanto l'autorità di comandante militare, per la loro attività non era decisiva — secondo gli assiomi della linguistica strutturale — la sola descrizione della loro posizione nel sistema, ma il contenuto reale della stessa e la loro autorità come tale. I potenti cercavano — dai tempi antichissimi — di serbare e assicurare la loro posizione per assicurare così il loro potere. Il grado di questo potere di cui essi s'impadronivano, dipendeva sempre dai risultati del giuoco delle forze, da quegli interni *inputs* e *outputs* nel sistema.

Non può sorprendere che anche i re romani si siano circondati di una schiera di accompagnatori e consiglieri. I rappresentanti dei gruppi (elementi) autorevoli del sistema (i rappresentanti delle *gentes* e delle *familiae*) ritenevano — allora, come in ogni tempo — che fosse un loro diritto quello di « esser pre-

(17) W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München 1962, in particolare p. 36 s.

senti » e « di prender parte al discorso ». Oltre a ciò, i « duci » si circondavano sempre e intenzionalmente di accompagnatori che sceglievano tra i potenti rappresentanti di importanti gruppi sociali. Senza o addirittura contro la volontà di questi, i re o gli altri elementi dirigenti non erano mai in grado di serbare e mantenere la loro posizione.

5. Sorge la questione di sapere chi fosse autorizzato a rivolgersi al re e con che liti. Dobbiamo tener conto del fatto che la comunità romana contava, verso la fine del regno, appena da 10 a 15 mila membri su un territorio di appena 12 km quadrati. Quindi il numero delle persone con capacità attiva o passiva di presentare una lite al re, era assai limitato. Si trattava in sostanza di patrizi *patres familias*, il cui numero non poteva oltrepassare i limiti della reciproca conoscenza. Era limitato anche il numero delle liti per le quali l'individuo poteva rivolgersi al re: praticamente entravano in considerazione solamente casi corrispondenti alla struttura e alla funzione del sistema. A quell'epoca, per esempio, il furto, se il quadro non aveva potuto essere ucciso sul luogo, oppure il danno cagionato da *iniuria*, da persone *in potestate* o da un animale domestico; oppure liti nascenti dal giro d'affari, allora naturalmente assai limitato; oppure liti di eredità.

Ci si può porre la domanda se — in quei tempi remoti — era assolutamente necessario che le parti si rivolgessero con le loro liti al re.

Ogni evento di controversia che sorge in una collettività, è un impulso che turba l'equilibrio tra gli elementi nel sistema. Sappiamo che la natura stessa provvede alla eliminazione di ogni disturbo sostanziale dell'equilibrio esistente. Se le parti (= i relativi elementi) si accordano l'una con l'altra, non è necessario che sia attivata una misura per restaurare l'equilibrio precedente. Se le cose non vanno così, la pace interna del sistema corre pericolo. Devono essere applicate le misure per la composizione della lite. Se i tentativi di accomodare la lite in modo amichevole nau-

fragano, rimane un solo *ultimum refugium* — se la pace violata deve essere restituita allo stato di prima — cioè: rivolgersi a quel membro del sistema la cui autorità, generalmente riconosciuta, offre una soluzione che può e deve essere accettata. Ecco la conclusione che non sorge solamente da un'analisi strutturalistica, ma che venne ripetutamente verificata dall'esperienza dell'umanità.

Finchè la giustizia dei Romani fu sotto l'influsso della religione, e gli Dei erano interrogati per decidere le liti private, la relativa sentenza era semplicemente presentata come la « comunicazione della volontà degli Dei ». Però, la società romana si liberò presto — come si sa — di questa forma di giustizia. È naturale che questo sviluppo fosse immediatamente collegato collo svolgimento della vita materiale dei Romani e col rilassarsi del loro vincolo personale all'antica struttura del sistema sociale. I contatti economici, politici e anche privati con altre nazioni o con singoli membri di esse davano numerosissime spinte a ripensare queste o quelle istituzioni della loro vita quotidiana ⁽¹⁸⁾. Inoltre, la laicizzazione della vita a Roma si affermò anche per motivi probabilmente più semplici: l'autorità dell'elemento dirigente che tutti potevano immediatamente vedere e udire, impedì di abbandonarsi al caso. Perchè l'esperienza ha sicuramente provato più volte che c'era una discrepanza evidente tra l'avviso degli dei e la vera giustizia, la realtà.

6. È naturale che con l'indebolirsi del sistema immateriale di ordalie, il ruolo del re come « magistrato giusdicente » supre-

⁽¹⁸⁾ Cf. per es. POLAY E., *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Budapest 1964, pp. 14 ss., sebbene l'autore sembri esagerare la situazione sicuramente poco fortunata degli schiavi, mettendo da un lato il fatto che la schiavitù era solamente una forma speciale e specifica di rapporto di lavoro, un istituto sociale in quell'epoca indispensabile per la vita della società (cf. IVRA cit., cap. II 4). A proposito del trattamento degli schiavi antichi conviene far presente la « legislazione sanguinaria contro gli espropriati a partire dalla fine del secolo XV » che non era, in sostanza, meno dura del trattamento al quale erano esposti gli schiavi dei Romani dell'epoca regia e prima repubblicana. (Cf. IVRA cit., n. 29).

mo acquistasse risalto. Sorge la domanda se il re poteva decidere egli stesso la lite che gli era presentata, od anche se era *obbligato* a deciderla. Tocchiamo — fra l'altro — la notissima questione della *denegatio actionis* ai primordî della procedura civile romana, una questione che è stata oggetto di discussioni appassionate nei primi decenni del nostro secolo ⁽¹⁹⁾.

La risposta emerge dall'analisi della situazione.

Poteva anche accadere, in quei tempi remoti, che un querelante s'indirizzasse al re con un affare che palesava — al primo sguardo — frode e malizia, oppure con un affare così futile che il re avrebbe compromesso la sua dignità se avesse voluto occuparsi di siffatte cose. Oppure, al contrario, l'affare poteva essere così complicato che il re — fedele a tutti i suoi doveri — non era praticamente in grado di esaminarlo compiutamente da solo. Oppure, altri affari pubblici potevano occupare il re a tal segno, da non essere veramente in grado di esaminare minuziosamente ogni affare che gli era presentato.

Se il re avesse rifiutato di occuparsi di faccende futili o maliziose — ed il suo seguito avesse mostrato la stessa opinione — il circuito sarebbe stato chiuso: nessun altro elemento della società era in grado di prendere — *rebus sic stantibus* — una decisione diversa.

E se il caso esigeva un esame più profondo e il re ne incaricava uno o parecchi membri del suo seguito, chi era in grado di capovolgere tale decisione?

Se si trattava di un affare assai serio (omicidio di un cittadino libero; lite in merito ad una grande proprietà) la presenza di coloro che avevano il diritto riconosciuto di prender parte alla discussione sull'argomento, era gradita anche al re stesso, poichè gli consentiva di dividere la responsabilità del verdetto con i suoi consiglieri nobili.

V'era un particolare gruppo di nobili che esercitava una in-

⁽¹⁹⁾ Cf. KASER, *op. cit.*, p. 23 (ed anche 53 con richiami bibliografici); A. METRO, *La « denegatio actionis »*, Milano 1972, non mi è stato accessibile.

fluenza importante sul diritto: i sacerdoti. Membro di questo gruppo (elemento) della società era naturalmente anche il re, in quanto egli stesso esercitava, fra l'altro, funzioni religiose. Nel periodo delle ordalie, l'influsso dei sacerdoti era incontestabile. Ma anche dopo, il loro influsso non fu eliminato, ma venne portato su un nuovo livello. I sacerdoti rimasero gli unici esperti ed interpreti del diritto consuetudinario ereditato di generazione in generazione ⁽²⁰⁾. Era naturale che il re interpellasse, sui casi che doveva decidere, il suo consiglio di sacerdoti.

Prima di concludere, vediamo ancora la questione se nei casi in questione il re oppure le persone da lui incaricate fossero rappresentanti del potere esecutivo pubblico ⁽²¹⁾, o piuttosto persone di fiducia delle parti, la cui sentenza le parti erano pronte ad accettare. È evidente che ogni vicino sarebbe stato in grado di rendere un siffatto amichevole servizio alle parti. Resta da vedere se le parti avrebbero accettato l'opinione del vicino-giudice, qualora la sua sentenza non fosse piaciuta all'una o all'altra. Sappiamo che anche oggi, nei paesi ultramoderni, con un livello di civiltà assai elevato, le cose non stanno così. Lo si voglia o no, dobbiamo ritornare a uno dei punti di partenza: un complesso organizzato è inimmaginabile senza organizzazione. E un'organizzazione è inimmaginabile senza ordine realizzabile — sulla base di un accordo comune precedente — anche contro le intenzioni o i desideri di un membro della collettività, particolarmente ostinato.

Il re e le persone da lui incaricate erano persone di fiducia, ma non solamente delle parti litiganti, poichè il re era persona di fiducia di tutta la società che a lui aveva affidato la cura del funzionamento del sistema, compresa la risoluzione delle liti private.

I membri della società non potevano ottenere la sicura so-

⁽²⁰⁾ Cf. sopra n. 14 e 15.

⁽²¹⁾ Il termine è stato usato, in conformità agli assiomi della linguistica strutturale, per avvicinare la situazione alle nozioni proprie del lettore moderno.

luzione della loro « causa » se non da quell'elemento a cui la collettività aveva trasferito l'autorità in tale materia.

7. La caduta del regno fu — anche in quei tempi — questione di potere politico. La forma sociale in atto aveva fatto il suo tempo e i conflitti interni superarono i limiti della sopportabilità. Si realizzò un cambiamento qualitativo: dal funzionamento del sistema sulla base del regno si passò al funzionamento sulla base della repubblica.

A proposito di questo mutamento della struttura del sistema, la letteratura moderna ha assunto posizioni diverse. La questione del titolo originario dei primi magistrati repubblicani è — come si sa — il punto più discusso ⁽²²⁾. Però, proprio in questo punto si mostra l'utilità delle nozioni elaborate dalla linguistica strutturale: per il funzionamento del sistema, il titolo (la denominazione) del suo elemento dirigente era, in realtà, la questione meno importante. Gli antichi stessi esprimono francamente questa conclusione ⁽²³⁾.

Non è questa la sede per analizzare dettagliatamente tutte le questioni che rientrano nel quadro della storia dei primordi della repubblica romana. Nondimeno, possiamo affermare con sicurezza che la vita di ogni giorno non cambiò: le condizioni materiali rimasero le stesse di prima. Ecco: era necessario avere un

⁽²²⁾ Intorno alla vastissima bibliografia relativa alla questione del mutamento di costituzione, incluso l'anno di questo mutamento, e dei primi magistrati repubblicani, cf. CASSOLA, *l.c.*, pp. 287 ss.; DE MARTINO, *Intorno cit.*, pp. 233 ss.

⁽²³⁾ Cf. per es. CIC., *De leg.* 3, 3, 8: *Regio imperio duo sunt, ique a praeuendo, iudicando, consulendo praetores, iudices, consules appellamini.* - LIV., 3, 55, 12: *... iis temporibus nondum consulem iudicem, sed praetorem appellari mos fuerit.*

Diversa è anche la terminologia degli storiografi romani a proposito della nomina (creazione) dei primi magistrati repubblicani. Cfr. DE FRANCISCI, *l.c.*, pp. 384 ss., 406 ss.

Questa promiscuità di parole non significa che la critica moderna non debba far ogni sforzo per ricostruire quanto più esattamente è possibile il relativo quadro storico. Nondimeno, questa promiscuità segnala ugualmente che i Romani stessi davano spesso poco peso alla espressione esterna (al significante).

magistrato repubblicano per amministrare, fra l'altro, anche la giustizia. E gli stessi motivi inducevano i supremi magistrati repubblicani alle medesime misure che prendevano i loro predecessori regi nell'ambito della loro attività giudiziaria.

Le relazioni degli autori posteriori presentano solo un quadro di come questi s'immaginavano la vita dei loro antenati. Però se, ad esempio, con la caduta del regno e l'installazione della repubblica si fosse instaurato un ordinamento contenzioso completamente nuovo, gli scrittori antichi non avrebbero mancato di metterlo in rilievo. Non avendolo fatto, confermano l'argomento *per negationem*. Inoltre, l'analisi strutturalistica arriverà allo stesso risultato: niente fu cambiato a proposito del funzionamento interno del sistema. Soltanto un elemento politico anteriore (il re) fu eliminato e sostituito da un elemento formalmente nuovo, dai magistrati repubblicani. Quale sia stato l'effetto di questo evento, lo racconta Livio.

3, 9, 2: *C. Terentilius Harsa tribunus plebis... per aliquot dies patrum superbiam ad plebem criminatus, maxime in consulare imperium tamquam nimium nec tolerabile liberae civitati invehebatur: nomine enim tantum minus invidiosum, re ipsa prope atrocius quam regium esse; quippe duos pro uno dominos acceptos, immoderata, infinita potestate, qui soluti atque effrenati ipsi omnes metus legum omniaque supplicia verterent in plebem. Quae ne aeterna illis licentia sit, legem se promulgatarum ut quinque viri creentur legibus de imperio consulari scribendis; quod populus in se ius dederit, eo consulem usurum, non ipsos libidinem ac licentiam suam pro lege habituros.*

Lo storiografo romano c'informa che la plebe — un grande elemento nel sistema della società romana — si lagnava dell'insopportabilità della situazione dopo la caduta del regno, a seguito

dei provvedimenti emessi dai nuovi magistrati giudicanti. Questi si comportavano da usurpatori peggiori dei re.

L'interpretazione cosiddetta dogmatica si accontenterebbe della semplice constatazione di questo stato di cose. L'analisi strutturalistica è obbligata a penetrare nel fondo del fenomeno.

Perchè i nuovi magistrati repubblicani erano peggiori dei re? Colla caduta del regno è cambiata la funzione dell'elemento dirigente. Prima, il re era unico elemento dirigente e il periodo del suo potere non era limitato ad un periodo troppo breve. Dunque, il re (e come provano i documenti storici, ciò vale soprattutto per i migliori dei re) poteva reputarsi, si reputava ed era reputato padre di tutti, responsabile del benessere di tutta la popolazione: i faraoni egiziani colla loro ideologia politico-religiosa di *Maat* ne sono un esempio classico ⁽²⁴⁾.

I re romani, non oppressi immediatamente nè dal tempo nè dalla paura della fine del loro potere, potevano governare, cioè funzionare quale elemento dirigente del sistema, in modo più obiettivo e più giusto dei loro successori repubblicani.

È ovvio e fuori d'ogni dubbio, che neanche l'epoca dei re si sviluppò senza conflitti sociali. Sappiamo che, per esempio, Tarquinio Prisco raddoppiò il numero dei membri del senato, aggiungendo ai *patres antiqui* i *patres minorum gentium*. È notissimo che già la società antica era divisa in due grandi parti in antagonismo: il patriziato e il proletariato plebeo. Non è naturalmente questa la sede per analizzare le complesse relazioni tra

(24) Questo quadro risponde naturalmente alla situazione in cui le mutue relazioni dei singoli elementi del sistema — sebbene diverse nei particolari — sono in ultima istanza equilibrate. Impulsi che passano questi limiti, provocano per lo più reazioni a catena, sconvolgendo il sistema intero, colpendo anche elementi che in origine stavano a parte: cfr. le cause della caduta del regno (l'impulso definitivo fu, secondo la nota tradizione, il suicidio di Lucrezia, in seguito allo stupro con cui essa fu disonorata dai Tarquini) e le sue conseguenze (fu infine espulso anche il marito di Lucrezia, Lucio Tarquinio Collatino, pur senza aver commesso alcuna colpa). Cf., recentissimamente, CAPOZZA, *L.c.* pp. 30 ss., e 61 s., e, particolarmente, la valutazione dell'epoca regia presentata dallo storiografo romano del IV secolo d.C. Eutropio. Una dettagliata analisi della struttura e dei relativi impulsi sarebbe veramente stimolante.

questi due gruppi della *civitas Romana*. Nondimeno conviene, almeno, ricordare che quel funzionamento del sistema sociale romano con tanti impulsi contrari attirò ripetutamente l'attenzione degli studiosi moderni. Studiati la natura e i motivi dell'opposizione tra plebe e patriziato, parecchi autori dimostrarono come, già in quell'epoca remota, l'elemento dirigente del sistema sa-
pesse assicurarsi il predominio sociale e politico ⁽²⁵⁾.

Il tentativo di Tarquinio il Superbo di usurpare il potere assoluto, dopo essersi prima assicurato l'appoggio di una parte del senato (probabilmente i suoi compagni di stirpe), accelerò lo scoppio della rivoluzione. Venne mutata la qualità personale dell'elemento dirigente del sistema. Non cambiò troppo la sua funzione, non venne meno la lotta di classi, che passò ed operò su un altro livello. Conosciamo le secessioni della plebe, l'istituzione dei magistrati plebei, la codificazione del diritto consuetudinario.

8. Però, la classe dirigente continuava a tenere fermamente in mano una delle più rilevanti e importanti funzioni del sistema: l'amministrazione della giustizia. Questa determinazione della classe dirigente emerge con chiarezza, per esempio, nel momento in cui i patrizi dovettero cedere uno dei due posti consolari ai plebei (367). Contestualmente i patrizi — come ho ricordato sopra ⁽²⁶⁾ — crearono la pretura, accessibile — per un periodo assai lungo — solo a membri della loro classe.

I patrizi dominarono la giustizia anche da un altro punto di vista: per il tramite dei sacerdoti e dei giudici. I primi tennero fino al periodo repubblicano avanzato il loro monopolio della giurisprudenza. I giudici furono — per un periodo ancora più lungo — esclusivamente membri della classe dominante. Così — per un periodo di secoli — il cerchio della giustizia romana rimase chiuso. Cambiò la posizione degli elementi, ma la struttura generale della società non cambiò.

⁽²⁵⁾ Cf. MÉNAGER, *l.c.* (*supra* n. 16).

⁽²⁶⁾ *Supra* III. 1.

Dobbiamo chiederci perchè il controllo e l'amministrazione della giustizia erano così importanti per la classe dominante. La spiegazione è molto semplice. In origine, la capacità di partecipare al giudizio spettava esclusivamente ai *patres familias* del patriziato. Oggetto delle liti erano prevalentemente affari di proprietà. L'interesse della classe possidente a tenere la giustizia nelle sue mani è conseguenza logica di questo stato di cose. Questo spiega anche — dallo stesso punto di vista — l'evidente conservatorismo del sistema giuridico romano. La classe dirigente avendo interesse vitale a non cambiare la funzione di questo sistema *immateriale*, non poteva aver interesse a cambiare dettagli di sistema, salvo in caso di necessità. Di qui nasce anche, fra l'altro, la vitalità del processo per *legis actiones*.

IV. 1. Concludendo, ancora un breve sguardo alla dottrina moderna sulle questioni afferenti alle nostre riflessioni ⁽²⁷⁾.

La cosiddetta « teoria democratica », legata al nome di Ihering ⁽²⁸⁾, teoria alla quale si sono associati parecchi studiosi posteriori (anche Wenger) ⁽²⁹⁾, insegna che la separazione del processo civile romano in due stadi, *in iure* e *in iudicio*, sorge dall'idea d'imparzialità: il cittadino romano aveva — secondo quanto afferma questa dottrina — il diritto inalienabile di affidare la sua lite ad un concittadino politicamente libero. Nondimeno, questa tesi urta contro la testimonianza delle fonti. Le parti ed anche i giudici erano membri del medesimo elemento. Dunque, contro chi era rivolto quel diritto all'imparzialità politica? E chi poté essere garante di questa imparzialità? Fino alla tarda repubblica i giudici erano membri dello stesso elemento sociale.

⁽²⁷⁾ La letteratura relativa a questo complesso di questioni è vastissima. Per le ragioni ricordate *supra* n. 4, l'attenzione sarà consacrata almeno agli aspetti più importanti. Per la completezza del quadro verranno ricordate anche tesi che la critica ha già univocamente respinto.

⁽²⁸⁾ *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁵, II. 1, Leipzig, 1895, pp. 78 s.

⁽²⁹⁾ *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli 1948, pp. 58 ss. (con rinvii bibliografici).

Inoltre, un altro elemento della stessa società, la plebe, poté ottenere una parte di quei « diritti democratici » solamente con una continua lotta contro la classe dominante.

2. Secondo un'altra tesi che dominò la dottrina per più di un mezzo secolo, la cosiddetta « Schiedsgerichtstheorie » (= teoria della giustizia arbitrale) ⁽³⁰⁾, alla quale si sono ugualmente associati parecchi studiosi (ci sia permesso di citare, almeno, l'insigne e compianto romanista E. Betti) ⁽³¹⁾ la *litis contestatio* formulare aveva un valore essenzialmente identico al *compromissum*, che dominava — secondo questa ipotesi — la decisione delle liti di tutta l'epoca precedente.

Anche questa teoria venne combattuta, non di rado con vigore polemico. Uno dei primi oppositori fu il Wenger che la combattè già un mezzo secolo fa ⁽³²⁾.

Si suppone che, nei tempi antichissimi, la società non abbia conosciuto mezzi di esecuzione, cioè mezzi di realizzazione immediata pronunciata dall'organo autorizzato dalle parti o dalla società a decidere le controversie per le quali i membri della stessa società si erano rivolti agli organi or ora menzionati. Però, l'umanità non si è mai fermata a metà strada, se una certa soluzione sembrava necessaria.

Sappiamo che, ad esempio, gli Egiziani antichi risolsero la questione dell'esecuzione della sentenza in modo veramente originale e efficace: le parti dovevano giurare di sopportare cento

⁽³⁰⁾ Padre di questa teoria è — come si sa — M. WLASSAK, particolarmente in *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien 1921, p. 247. Bibliografia ulteriore presso G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln-Graz 1957, p. 4 n. 11.

⁽³¹⁾ Particolarmente *Processo civile (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino 1966, p. 110 ss.

⁽³²⁾ *Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts*, München 1925, pp. 22 s.; *Abhandlungen zur antiken Geschichte*, in *Festschrift für Gustav Hanaussek*, Graz 1925, pp. 5 ss.; *Studi Solazzi cit.*, 49 ss. Letteratura ulteriore presso BROGGINI, l.c., p. 7 n. 14; KASER, *Zivilprozeßrecht cit.*, p. 20 n. 22 e 23; *Prätor und Iudex im römischen Zivilprozeß*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 31 (1964), p. 334.

colpi di bastone, se avendo perduto la causa, non fossero pronte a eseguire la sentenza.

L'interpretazione dogmatica si accontenterebbe di questa semplice constatazione. L'interpretazione strutturalistica no. Ci verrà in aiuto la linguistica strutturale. Come si è rilevato, all'inizio delle nostre riflessioni, nella parola si trova il germe di tutti i cambiamenti. Ciascun germe è inizialmente lanciato da un certo numero di persone prima di entrare nell'uso. È difficile immaginare che, anche nei tempi antichissimi, l'organo autorizzato dalle parti o dai membri del sistema a « giudicare » (cioè a risolvere la lite in questione) non si sia preoccupato della questione del come salvare e assicurare la sua autorità. Non sarebbe servito a nulla, se per esempio il re, coll'assistenza dei suoi consiglieri, avesse emanato una decisione che, in fin dei conti, fosse rimasta lettera morta.

Se leggiamo le XII tavole, vediamo che già in quell'epoca l'esecuzione della sentenza dell'organo giudicante era assicurata in modo efficace e persuasivo ⁽³³⁾.

Sarebbe illusorio presumere che i giudizi dei re fossero solo pantomime senza carattere obbligatorio per le parti, ed anche per tutta la società.

È stata la dottrina moderna che ha complicato la vita aggiungendo ai fenomeni ed agli istituti antichi, aspetti propri del nostro modo di pensare. Gli antichi consideravano — come è universalmente noto — i negozi giuridici semplicemente come realtà, e non si preoccuparono affatto dell'idea se il loro modo di assicurare la funzione desiderata del sistema, e le connesse formulazioni verbali, sarebbero piaciute agli eventuali ricercatori di qualche secolo o di qualche millennio più tardi.

3. Fedeli all'impegno di presentare le situazioni con oggettività, dobbiamo ricordare ancora una tesi proposta di recente.

Lo studioso tedesco M. Kaser ammette l'attività giudiziaria

(33) Cf. in particolare tab. I, 1.

dei re, però, quanto alla divisione del processo posteriore in due stadi, parte da una posizione diversa ⁽³⁴⁾. Accennando a due tipi di giudici del procedimento per *legis actiones*, lo *iudex* e l'*arbiter*, il Kaser pensa che la divisione del procedimento in due stadi fosse necessaria, perchè il pretore voleva sbarazzarsi di un peso eccessivo. Oltracciò, a proposito, dell'*arbiter*, perchè questo era un giudice il cui compito consisteva nell'inquisire e conciliare, a proposito del *iudex* per motivi giuridico-politici.

Il Kaser considera il pretore come uomo politico, e le sue decisioni come emanazioni di volontà (*Willensentscheidung*). La sentenza invece è — secondo l'autore citato — decisione basata su cognizioni oggettive. Per questa ragione il pretore cedette il compito di accertare il *quid iuris* al giudice.

Però anche questa teoria suscita obiezioni. Il duplice stadio del procedimento civile romano non fu innovazione introdotta dai pretori, ma era già noto — come riconosce il Kaser stesso ⁽³⁵⁾ — ai tempi del regno. L'istituzione della pretura non fu che un effetto della lotta di classe, ed, in ultima istanza, una misura tecnico-amministrativa.

Ugualmente deve essere considerata contraria alla verosimiglianza storica l'ipotesi che il collegio dei pontefici costituisse una specie di *consilium* del magistrato giusdicente e che le soluzioni da loro suggerite avessero una funzione vincolante per il magistrato. Una siffatta congettura dimentica l'autonomia del collegio dei pontefici, al quale era riservata la *interpretatio*, ma non mai l'*administratio iuris* ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ *Tijdschrift* cit., 344 ss.; *Römische Gerichtsbarkeit im Wechsel der Zeiten*, in *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, 1966, pp. 33 ss.; *Prozeßrecht*, 33.

⁽³⁵⁾ *Prozeßrecht*, p. 31.

⁽³⁶⁾ L'attività del magistrato giusdicente a proposito dello *ius civile* e dello *ius honorarium* meriterebbe un'analisi oggettiva. Conviene ricordare, in particolare, che dalle circa 800 *leges* soltanto una ventina regolò questioni di diritto privato. Cf. F. SCHWIND, in *Studi Solazzi*, cit., p. 773; H. HÜBNER, *Jurisdiktionsgewalt und « demokratische » Bindung des römischen Prätors*, in *Gedächtnisschrift Hans Peters*, Berlin-Heidelberg-New York 1967, pp. 97 ss.

Neanche la posizione storica del *iudex privatus* corrisponde al quadro presentatoci dallo studioso or ora menzionato. Il *iudex* non era mai delegato del magistrato giusdicente, bensì organo della *civitas*. Inoltre, tanto il *iudex*, quanto il magistrato, erano membri della stessa classe sociale. Sarebbe illogico considerare i pretori come « juristische Laien » (= laici nel campo della giurisprudenza). È notissimo che la pretura era magistratura superiore, e i pretori avevano precedentemente ricoperto magistrature inferiori che postulavano evidentemente, fra l'altro, certe conoscenze di diritto. Inoltre nessun giovane romano era preparato nella casa familiare esclusivamente o per la carriera di pretore o per quella di giudice.

Infine, sarebbe contrario alla realtà storica ridurre l'attività (la funzione) del supremo magistrato giusdicente a quella di portavoce di un libero consorzio di uomini, del suo « consilium », la cui funzione era completamente diversa da quella del magistrato.

V. Prima di por termine alle nostre riflessioni, ancora qualche osservazione sul *metodo*. Non era naturalmente possibile svolgere in un contributo di modeste proporzioni tutti gli aspetti dei problemi giuridico-sociali e metodologici che rientrano nel quadro dell'argomento. Uno degli spunti per questa relazione è stato offerto dalle idee del Savigny, esposte al principio delle nostre riflessioni.

È vero, che nè il grande Savigny, nè in seguito altri studiosi insigni ⁽³⁷⁾ sono stati capaci di padroneggiare le indagini giuridiche o storico-giuridiche al di là delle vie battute. Ma è ugualmente vero che è stato ripetutamente provato, anche in tempi recentissimi e nella maniera più drastica, che il cosiddetto metodo

(37) Per es. Kantorowicz, Rittner, Krause (cf. *IVRA* cit., n. 45). Sarà utile menzionare *expressis verbis* almeno quest'ultimo: « Noch immer geht das Wort von Heinrich Brunner um, das er 1885 geschrieben hat: 'Für die Rechtsgeschichte bleibt, was sie dogmatisch nicht erfassen kann, totliegender Stoff' ». (In: *Historische Zeitschrift* 209, 1969, p. 19).

dogmatico può bloccare anche i giuristi più autorevoli ⁽³⁸⁾. Pensiamo, per esempio, alla pirateria dell'aria a seconda che — ad azione terminata — i pirati siano o non siano protetti da un'efficace forza politica. Oppure a cause, sia pubbliche (come per esempio i cosiddetti processi politici) sia private nelle quali « un interesse particolarmente importante » si sia fatto valere tra le quinte. Oppure ai recentissimi casi di rispetto e mancato rispetto delle norme di diritto internazionale nell'ONU. Emerge la necessità imprescindibile di non considerare i sistemi sociali immateriali (diritto incluso) come fenomeni sospesi nel vuoto. Si evidenzia la necessità di studiare non solamente i rapporti effettivi tra i singoli elementi di un certo sistema, ma anche le ragioni degli impulsi da questi elementi emessi o ricevuti.

È il metodo « strutturalistico » che segue questo cammino. La sua denominazione non è che il risultato dell'accordo esterno, secondo le regole della linguistica strutturale. Riguardo al *c o n t e n u t o* dell'espressione, il « metodo strutturalistico » non è che *c h e s t r u m e n t o* di lavoro.

Il suo compito non consiste nel trasferire concezioni moderne nel modo di pensare delle nazioni ed epoche storiche. Nemmeno è suo compito sostituire il metodo dogmatico, ma completarlo. Il suo compito principale è analizzare il sistema materiale di un'epoca per collocare organicamente l'istituto, la norma, la decisione, le misure in questione in esatta relazione coi fattori (elementi e impulsi) che l'hanno provocata e che hanno stabilito la formulazione esterna di essa.

Si può dire che molti studiosi lavorano con un metodo che è uguale ed analogo al metodo strutturalistico. Ciò non solo è possibile, ma addirittura sicuro: ed invero le strutture sono preesistite a Ferdinand de Saussure. Ma, perchè non chiamare le cose col loro nome?

(38) Cf. per es. l'eccellente articolo di C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Scritti in onore di Mario Casanova*, Milano 1971, pp. 241 ss.

Pur tuttavia, resta aperto il problema, se questo metodo sarà in grado di superare il letargo che pesa sulla disciplina la cui sorte non ci può lasciare indifferenti, ed evitare che lo studio dei diritti antichi costituisca solamente un contributo alla conservazione dei sistemi giuridici in via di superamento, se potrà, soprattutto, riconquistare l'interesse della società d'oggi attraverso una più esatta valutazione dei condizionamenti storici, sociali, culturali entro cui si muove l'attività umana in tutte le epoche storiche. La risposta dipende, naturalmente, in primo luogo della volontà degli studiosi stessi.

È ugualmente nelle loro mani provare che lo studio di quei sistemi giuridici ha da essere non un mero lavoro archeologico, perchè più d'un istituto presentatoci oggi da questo o quel rappresentante della vita pubblica come « novissima scoperta della scienza », ha, sia la sua radice, sia il suo riscontro, negli istituti analoghi creati da uomini vivi già qualche secolo o qualche millennio fa. Occorre veramente provare non solamente come quei sistemi materiali e immateriali avrebbero dovuto dogmaticamente funzionare ⁽³⁹⁾, ma anche — ed in particolare — come essi in realtà funzionavano, e perchè funzionavano proprio così.

⁽³⁹⁾ Cfr., a mo' di esempio, J. M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford 1966. Di diverso avviso, KASER, *Jahrbuch* cit., p. 32.

Come esempio, nell'ambito di diritto internazionale moderno, fra l'altro, J. PUENTE ECIDO, *Condiciones de Voto en los Organos Políticos de la Sociedad de Naciones y Naciones Unidas*, in *Zeitschr. f. ausländisches öff. Recht. u. Völkerrecht*, 33 (1973), pp. 223 ss.

INNOCENZO MAZZINI

**LA TERMINOLOGIA
DELLA RIPARTIZIONE TERRITORIALE ECCLESIASTICA
NEI TESTI CONCILIARI LATINI DEI SECOLI IV E V**

(CONTRIBUTO SOCIOLINGUISTICO)

SOMMARIO: I. Premessa. — II. La provincia: a) denominazione specifica: *provincia*; b) denominazioni generiche: *principalis cathedra*, *matrix cathedra*. — III. La capitale di provincia: denominazioni generiche: *prima cathedra*, *prima sedes*, *apostolica sedes*. — IV. La diocesi: denominazioni: *dioecesis*, *parrocchia*, *ecclesia*, *cathedra*, *plebs*. — V. La parrocchia: denominazioni: *ecclesia*, *parrocchia*, *plebs*. — VI. Conclusione.

I

PREMESSA

Il presente rappresenta la continuazione del saggio « *La terminologia dell'organizzazione gerarchica nei testi conciliari latini dei secoli IV e V* », apparso nel n. 25 (1972-73) di questa *Rivista*, pp. 1-45.

Con il presente, come con il precedente intendo fare un discorso lessicale-semantic, con lo scopo di approfondire le conoscenze relative a quel periodo fondamentale della storia della chiesa postcostantiniana, in cui questa, uscita dalla clandestinità, cerca di crearsi un proprio spazio, una propria struttura e potere, nell'ambito dell'impero temporale.

È ormai diffusa ed accettata l'opinione che lo storico ed il filologo non debbano più procedere per strade parallele, ma che le due discipline siano piuttosto da considerare, in qualche modo, complementari (¹).

(¹) Grande merito nella diffusione di questa convinzione tra i filologi va attribuito a G. DEVOTO (recentemente scomparso): dopo essere stato tra i primi ad attuare un collegamento tra la storia politica e la storia linguistica con il suo capolavoro, ancora oggi fondamentale, la *Storia della lingua di Roma*, Bologna 1969 = Roma 1940, ultimamente, forte della esperienza di molti anni di studio e di ricerche, è ritornato ad insistere sulla opportunità di tale collegamento in *Storia politica e storia linguistica*, "Aufstieg und Niedergang der römischen Welt", I, 2 Berlin 1972, pp. 457-65, in particolare p. 458. Il collegamento tra fatti sociali in senso lato e linguistici è postulato ed insieme dimostrato da una scienza relativamente giovane, ma già molto ricca

Sono stati presi come oggetto di studio i medesimi testi conciliari già utilizzati nel precedente lavoro, al quale si rinvia per le notizie storiche e bibliografiche relative ai vari testi esaminati, nonchè per le abbreviazioni usate.

Gli studiosi della storia ecclesiastica e politica del tardo impero, trovandosi di fronte, in molti casi, alla coincidenza dei limiti territoriali della diocesi ecclesiastica con quelli della *civitas* e della provincia ecclesiastica con quelli della provincia civile se ne sono domandati il perchè. A riguardo si possono sostanzialmente distinguere due posizioni: 1) la corrispondenza è intenzionale da parte dell'autorità ecclesiastica, dovuta alla volontà di questa di ricalcare nella sua struttura e sostituire nelle sue funzioni politico-religiose il sacerdozio addetto al culto imperiale, ancora diffuso e potente nel tardo impero; 2) la corrispondenza ha finito per realizzarsi naturalmente in seguito a situazioni di fatto e vantaggi pratici obiettivi: l'evangelizzazione partita dai centri urbani più grandi, la maggiore facilità di avere contatti con le autorità civili della *provincia* o della *civitas*. La prima tesi è stata sostenuta soprattutto tra la fine del secolo scorso e l'inizio del presente ⁽²⁾, la seconda, suggerita con validi argomenti dal Leclercq ⁽³⁾, è oggi comunemente accettata ⁽⁴⁾.

di contributi come la sociolinguistica. Si potrebbe citare molti studi e saggi di carattere generale; mi limito ad indicare una raccolta, ricca di bibliografia, curata da P.P. GIGLIOLI, *Language and social context*, Harmondsworth 1972, di recente apparsa anche in traduzione italiana, Bologna 1974. Per quanto concerne invece i contributi specifici nel campo lessicale, specie se in diacronia, essi sono ancora poco numerosi. Per problemi di orientamento generale alla sociolinguistica, si può citare il recentissimo G. BERRUTO, *La sociolinguistica*, Bologna 1975.

(2) E. DESIARDINS, *Géographie historique et administrative de la Gaule romaine*, III, Paris 1893, pp. 417-524; G. PERROT, *Asiarcha*, "Daremborg-Saglio", I, Paris 1875, pp. 467-469; P. MONCEAU, *De communi Asiae provinciae*, Paris 1895, p. 117; C. JULLIAN, *Histoire de la Gaule*, VIII, Paris 1962, p. 302 (rist.).

(3) *Divisions administratives et ecclésiastiques*, in *DACL*, IV, Paris 1923, cc. 1212-1219.

(4) J. GAUDEMET, *L'église dans l'empire romain (IV et V siècles)*, Paris 1958, pp. 326-327; JONES, *The later Roman Empire*, II, Oxford 1964, p. 881; W.M. FLÜCHL, *Geschichte des Kirchenrechts*, I², München 1960, pp. 153-164 (*passim*); F. CLAEYS BOUVAERT, *Métropole*, in *DDC*, VI, Paris 1956, p. 873.

Anche il presente articolo può rappresentare una conferma per la seconda tesi: si vedrà infatti più avanti che se in taluni casi la denominazione delle varie suddivisioni territoriali ecclesiastiche, è identica a quella delle corrispondenti ripartizioni territoriali dell'impero, più spesso si impone anche una terminologia di estrazione tipicamente cristiana, sebbene svuotata del suo contenuto paleocristiano.

Dalla lettura dei testi conciliari latini dei secoli IV e V risulta l'esistenza delle tre principali ripartizioni territoriali ancora oggi vigenti nel mondo cattolico: la provincia, la diocesi e la parrocchia, o meglio, dai testi conciliari risulta l'esistenza di singole comunità operanti entro limiti territoriali determinati e soggette rispettivamente all'autorità del metropolitano o primate, del vescovo, del presbitero o diacono. I termini di cui sopra, oggi chiaramente tecnici ed univoci, non sono, escluso *provincia*, ancora chiaramente tali, o per lo meno, non sono gli unici; per ognuno dei tre significati o realtà esistono vari significanti o segni. Nel presente studio verranno analizzate tutte le varie denominazioni usate per indicare le tre realtà territoriali di cui sopra e secondo questi tre campi semantici sarà ripartita la trattazione.

II

LA PROVINCIA

a) Denominazioni specifiche: *provincia*.

Il termine *provincia* ⁽⁵⁾ appartiene essenzialmente al linguaggio amministrativo. Inizialmente, intendo prima della con-

(5) E., cc. 19 (*bis*), 24; C. I, *praef.* (*ter*); C. II, *praef.*, cc. 8 (*bis*), 12 (*bis*); N., *praef.*; T., *praef.*, cc. 1 (*quater*), 2; C. III, cc. 1, 2, 7, 41, 42; Tol., cc. 11, 20; M., cc. 9 (*bis*), 8 (*bis*) 24, 25, 27 (*quingies*); Tel., *praef.*; C. 419, *praef.* (*quater*), cc. 2, 4, 7 (*bis*); R., c. 3; Ar., cc. 17, 20; Va., c. 1; Tur., c. 12.

Il cod. K (*Coloniensis* 212, s. VI-VII) nell'elenco delle sottoscrizioni ai concili di Orange e Vaison, riportando il luogo di provenienza dei vari vescovi partecipanti, indica anche la provincia: 16 volte nelle sottoscrizioni al concilio di Orange, 23 in quelle al concilio di Vaison.

quista romana della Sicilia e Sardegna (241-238 a.C.), esso è tecnico per significare le competenze del singolo magistrato fornito di *imperium*, distinte da quelle del *collega*. Successivamente indica anche l'autorità di un magistrato su una determinata regione conquistata o, più concretamente, la stessa regione; in quest'ultimo caso va precisato che si tratta sempre di un territorio extra italico ⁽⁶⁾. Con la riforma amministrativa attuata da Diocleziano, il territorio dell'impero viene ripartito in nuove circoscrizioni e *provincia* viene chiamata la terza suddivisione in ordine di importanza e di estensione dopo la prefettura e la diocesi. La provincia è retta da un governatore che può avere il titolo di *rector*, *corrector* o *praeses* e che risiede nel capoluogo (*metropolis*). Si tratta di una unità territoriale che resiste a lungo nel tempo, anche se le guerre, le invasioni barbariche e le varie vicende politiche talora, in casi singoli, possono determinare la soppressione di talune, la creazione di altre o la modificazione dei confini. L'importanza della provincia nell'amministrazione del tardo impero si può indirettamente dedurre anche dalla frequenza con cui il termine ricorre nel codice di Giustiniano: il Mayer sotto la voce *provincia* riporta più di settecento passi ⁽⁷⁾.

Nella letteratura cristiana dei primi secoli il termine non ottiene una particolare fortuna e, soprattutto, non assume significati nuovi propri dell'uso cristiano ⁽⁸⁾. Solo quando, nel corso dei secoli IV e V, si precisa e consolida l'istituto della provincia ecclesiastica ⁽⁹⁾ il termine negli scritti cristiani ricorre anche

⁽⁶⁾ Circa l'evoluzione semantica di *provincia*, sopra sintetizzata, una trattazione più ampia si può trovare in V. PISANI, *Il latino provincia*, in *Rend. Ist. Lomb.* 1940-1941, pp. 148-156.

⁽⁷⁾ *Vocabularium Codicis Iustiniani*, I, Hildesheim 1965 (rist.), cc. 1977-1981.

⁽⁸⁾ In TERT., *An.* 42 ... *de alia provincia animae*, *provincia* sta per « mondo ultraterreno ». Si tratta ad ogni modo di un semantema isolato, in Tertulliano una innovazione stilistica frutto del suo spirito creativo, senza successo nella lingua della comunità.

⁽⁹⁾ I primi riferimenti all'esistenza della provincia ecclesiastica risalgono all'inizio del IV secolo, ma la diffusione dell'istituto provinciale non è contemporanea ovunque. In Africa la prima provincia di cui si ha notizia è la Numidia, attestata dal

con il significato tecnico di territorio soggetto alla giurisdizione del metropolita (Optat. 3, 3; 3, 9; 7, 1; Bonif. I, *Epist.* 3, 1 (PL 20, 756 C) ecc.).

Si tratta di un arricchimento semantico che in questo caso, non nasce dall'essenza innovatrice del cristianesimo, ma dalla coincidenza della realtà indicata dai cristiani con quella significata dal medesimo termine nel linguaggio amministrativo civile.

Nei canoni conciliari oggetto del nostro studio la parola provincia ricorre con frequenza ed i suoi uso e valore sono chiaramente tecnici ed univoci, indica sempre e soltanto la ripartizione territoriale del mondo cristianizzato soggetta alla giurisdizione del primate. L'istituto provinciale risulta avere le seguenti caratteristiche:

1) Comprende varie diocesi o meglio vari territori, soggetti a loro volta alla giurisdizione di singoli vescovi, ciò risulta chiaramente dai riferimenti alla pluralità dei vescovi esistenti al suo interno: C. III, c. 7 *Quisquis episcoporum accusatur ad primatem provinciae ipsius causam deferat accusator*; Tol., c. 11 *Si quis de potentibus clericum aut quemlibet pauperiorem aut religiosum expoliaverit et mandaverit ad ipsum episcopus ut eum audiat et is contempserit: invicem mox scripta percurrant per omnes provinciae episcopos, et quoscumque adire potuerint...*; cfr. ancora Tur., c. 12; C. II, c. 8.

305 circa. Nell'Italia suburbicaria le provincie ecclesiastiche, data la presenza accentratrice di Roma non si definiscono mai. In Gallia l'organizzazione metropolitana viene introdotta nel corso del IV secolo, intorno alla metà; naturalmente si precisa prima nel sud ove l'evangelizzazione è più avanzata. Per la Spagna l'esistenza dell'organizzazione provinciale non è così chiaramente documentata come per altre parti dell'impero, però non credo, si debba mettere in dubbio come finora si è fatto (cfr. più avanti p. 241, n. 12). Per notizie più dettagliate circa l'organizzazione provinciale in occidente, in particolare in Africa e Gallia, si può utilmente consultare J. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 382-388; G. BARDY, *Afrique, les Institutions*, in *DDC*, I, Paris 1936, cc. 294-307; E. GRIFFE, *La Gaule chrétienne à l'époque romaine*, I², Paris 1964, pp. 332-336.

2) È posto a capo della *provincia* il vescovo della metropoli, *metropolitanus*; le sue funzioni sono essenzialmente di ordine amministrativo e disciplinare, in prima istanza nei confronti dei vescovi della *provincia*, in seconda istanza anche nei confronti dei presbiteri e diaconi. M., c. 24 *Sane si episcopi, inter quos causa versatur, diversarum sunt provinciarum, ille primus det iudices, in cuius provincia est locus de quo contenditur*; cfr. anche C. II, c. 12; M., c. 21 ecc.

3) In linea di massima la provincia ecclesiastica coincide con quella civile, anzi l'esistenza della seconda può essere un criterio per la costituzione della prima. Ciò è valido, stando alle deliberazioni del concilio di Torino, almeno per la Gallia: il concilio di Torino è chiamato a dirimere due controversie territoriali: il primato di Marsiglia sulla provincia civile di nuova istituzione, la *Narbonensis II* ed i primati di Vienne ed Arles sulla *Viennensis*. Dopo la creazione della *Narbonensis II* (380 circa) ⁽¹⁰⁾ i vescovi di questa provincia si rifiutarono di accettare il primato di Marsiglia, politicamente appartenente alla *Viennensis*. Il vescovo di Marsiglia tuttavia aveva sempre esercitato sulle chiese della *Narbonensis II* un primato di fatto, sia a causa della lontananza della vera metropoli Vienne, sia soprattutto a causa del prestigio che gli derivava dall'antichità della sede, chiesa madre, centro di predicazione e diffusione del cristianesimo nella zona. Il concilio risolve la questione nel modo seguente: *Nam cum primo omnium vir sanctus Proculus Massiliensis episcopus civitatis, se tanquam metropolitanum ecclesiis quas in secunda provincia Narbonensi positae videbantur, diceret praeesse atque per se ordinationes in memorata provincia summorum fieri sacerdotum, siquidem assereret easdem ecclesias vel sua parriocias fuisse, vel episcopos a se in iisdem ecclesiis ordinatos, e diverso eiusdem regionis episcopi aliud defensarent ac sibi alterius provinciae sacerdotem praeesse non debere con-*

(10) E. GRIFFE, *op. cit.*, I, p. 352.

tenderent, id iudicatum est a sancto synodo contemplatione pacis et concordiae ut non tam civitati eius ... quam ipsi potissimum deferretur ut tamquam pater filiis honore primatus assisteret. Dignum enim visum est ut, quamvis unitate provinciae minime tenerentur, tamen pietatis affectu. Haec igitur ipsi tantum in die vitae eius forma servabitur ut in ecclesiis provinciae secundae Narbonensis quas vel suas parrocias, vel suos discipulos fuisse constituerit ordinatos, primatus habeat dignitatem. L'eccezione fatta per Proculo, limitata alla durata della sua vita, conferma l'accettazione del principio della corrispondenza tra provincia civile ed ecclesiastica. L'accettazione del principio di cui sopra risulta anche più chiaramente dal canone 2 del medesimo concilio, relativo alla seconda controversia: *Illud deinde inter episcopos urbium Arelatensis et Viennensis qui de primatus apud nos honore certabant, a sancto synodo definitum est, ut qui ex his approbaverit suam civitatem esse metropolim, is totius provinciae honorem primatus obtineat* ⁽¹¹⁾.

La coincidenza territoriale tra provincia civile ed ecclesiastica si può indirettamente dedurre anche dalle menzioni che vengono fatte, nei vari canoni conciliari, di province civili in contesti di legislazione ecclesiastica. Per l'Africa sono nominate le seguenti provincie: *Mauritania Caesariensis* (C. 419, praef.); *Numidia* (C. II, c. 8 (bis), C. 419 praef., cc. 11, 17; M., c. 27); *Byzacena* (C. 419 praef., c. 7; M., c. 27); *Proconsularis* (C. 419, praef.); *Tripolitana* (M. c. 27). Per la Gallia *Narbonensis* II (T., c. 1 (bis); A., cod. K; Va., cod. K); *Viennensis* (Ar., cod. K; Va., cod. K) *Lugdunensis* (Ar., cod. K); *Alpium maritimarum* (Ar., cod. K; Va., cod. k). Per la Spagna: la Gallecia ⁽¹²⁾.

(11) La data del trasferimento della prefettura da Treves ad Arles viene fissata con verosimiglianza negli anni 395-396. In proposito cfr. J.R. PALANQUE, *La date du transfert de la préfecture des Gaules de Trèves à Arles*, in *REA*, pp. 359-365; E. GRIFFE, *op. cit.*, I, pp. 336-340; J.J. HATT, *Histoire de la Gaule romaine*, Paris 1966, p. 349.

(12) Tra le varie sottoscrizioni dei partecipanti al concilio arausicano il cod.

b) denominazioni generiche: *principalis cathedra* ⁽¹³⁾, *matrix cathedra* ⁽¹⁴⁾.

Il termine *cathedra* traslitterazione non arcaica ⁽¹⁵⁾ di καθεδρα si diffonde ampiamente nella letteratura latina a partire

Coloniensis riporta la seguente: *Ex provincia Gallaecia, civitate Lecentium, Augustinus episcopus, Deudatus diaconus*. Questa sottoscrizione, per l'esistenza dell'istituto ecclesiastico della provincia in Spagna, o almeno per l'esistenza della provincia ecclesiastica di Gallecia nella prima metà del V secolo, rappresenta, a mio avviso, una testimonianza abbastanza sicura. Ad ogni modo credo che si possa sostenere anche per la Spagna l'esistenza dell'istituto ecclesiastico della provincia già all'inizio del IV secolo, sul fondamento di altri indizi. Nei concili di Spagna la parola *provincia* ricorre cinque volte (tre nel concilio di Elvira, due in quello di Toledo) e sempre per delimitare la validità o la applicabilità di talune norme disciplinari concernenti il clero. E evidente che non potrebbe esistere o sarebbe comunque priva di effetto una legislazione provinciale senza un'autorità provinciale in grado di farla rispettare. Se adunque si deve postulare un'autorità ecclesiastica provinciale, *ipso facto* si deve supporre l'esistenza dell'istituto provinciale ecclesiastico: E., c. 19 *Episcopi, presbyteres et diacones de locis suis negotiandi causa non discedant, nec circumeuntes provincias quaestuosas nundinas sectentur ... et si voluerint negotiari, intra provinciam negotientur*; E., c. 24 *Omnes qui peregre fuerint baptizati, eo quod eorum minime sit cognita vita, placuit ad clerum non esse promovendos in alienis provinciis*; Tol., c. 11 *Si quis de potentibus clericum ... expoliaverit et mandaverit ad ipsum episcopus et eum audiat et si contempserit, invicem mox scripta percurrant per omnes provincias episcopos ... ut excommunicatus habeatur ...*; Tol., c. 20 *Quamvis paene ubique custodiatur ut absque episcopo chrisma nemo conficiat, et tamen quia in aliquibus locis vel provinciis presbyteri dicuntur chrisma conficere, placuit ex hoc die nullum alium nisi episcopum chrisma conficere*.

I dubbi degli studiosi circa l'esistenza dell'organizzazione provinciale in Spagna nel IV secolo nascono da un dato negativo, cioè dalla mancanza di sicuri riferimenti, nelle denominazioni tecniche usuali quali *metropolitanus*, *primae sedis episcopus*, *primas*, ecc. al primate di provincia. A mio avviso nel c. 58 del concilio di Elvira c'è un riferimento preciso, se non al primate, alla sua sede: precisamente nell'espressione *prima cathedra episcopatus: placuit ubique et maxime in eo loco in quo prima cathedra constituta est episcopatus, ut interrogentur hi qui communicatorias litteras tradunt, an omnia recte habeant suo testimonio comprobata*. L'espressione *prima cathedra* indica sicuramente, nei testi conciliari, la sede del primate di provincia, così in C. II, c. 12 *alii episcopi usurpatione quadam usurpant, contempto primate cuiuslibet provinciae suae, ad desiderium populi episcopum ordinare, sine litteris ad se primae cathedrae manantibus, neque postea acceptis*; cfr. anche C. III, c. 43 *... conspirantes cum plebibus propriis ... ab ipsis principalibus cathedris removeantur*. Per la bibliografia relativa alle varie interpretazioni date dell'espressione *prima cathedra episcopatus* cfr. J. GAUDEMET, op. cit., p. 388, nn. 2, 3, 4.

⁽¹³⁾ C. III, c. 43.

⁽¹⁴⁾ M., c. 25.

⁽¹⁵⁾ La trascrizione della aspirata *th* con *th* non avviene prima della seconda metà del secondo secolo a.C. (M. LEUMANN, J.B. HOFMANN, A. SZANTYR, *Lateinische Grammatik*, I, München 1963, p. 130 s.).

dai poeti augustei e designa, inizialmente, una *sella delicatior* di cui fanno uso soprattutto le donne, poi un sedile qualunque con spalliera. In senso tecnico può indicare il sedile di coloro che esercitano un'attività di insegnamento (retori o poeti) (Mart. 1, 776, 14), oppure l'ufficio stesso del docente (Iuv. 7, 203).

La letteratura dei cristiani recepisce immediatamente il termine che compare già nella *Vetus Latina* (Matth. 21, 12; 23, 2) ⁽¹⁶⁾ e ne documenta un notevole arricchimento semantico, insieme a tecnicizzazione nell'ambito del linguaggio ecclesiastico in senso stretto. In riferimento agli ecclesiastici superiori può indicare sia concretamente la sedia ad essi riservata (*Peregr. Aeth.* 37, 1; 45, 2; 46, 1 ecc.), sia in senso traslato la dignità episcopale (Cypr., *Epist.* 17, 2; *Optat.* 1, 15 ecc.), sia infine il territorio affidato alla giurisdizione di un vescovo o di un presbitero ed insieme la chiesa principale di quel territorio ⁽¹⁷⁾. Il primo esempio di *cathedra* in cui è implicito il riferimento al territorio mi sembra quello del can. Mur. 75 *Sedente cathedra urbis Romae Pio Episcopo...*; più tardi sono gli esempi in cui il valore di territorio è prevalente, se non addirittura esclusivo (*Optat.*, 1, 15; *August.*, *Epist.* 209, 7; *Leo M.*, *Epist.* 14, 8 ecc.).

Nei testi conciliari *cathedra* può comparire da solo ed in questo caso indica il territorio affidato alla giurisdizione di un vescovo, la diocesi (cfr. p. 254), oppure, accompagnato dagli attributi *principalis* e *matrix*, può designare il territorio affidato alla giurisdizione del primate: M., c. 25 *Si in matricibus cathedris episcopus negligens fuerit adversus haereticos, conveniatur*

(16) È molto significativo per la diffusione del termine nella lingua viva delle prime comunità cristiane il fatto che tutta la tradizione manoscritta della *Vetus latina* sia concorde nel rendere il greco *καθεδρα* mediante la sua traslitterazione, cfr. A. JÜLICHER, *Itala. I Matthäus Evangelium*, Berlin 1938.

(17) Il *Thesaurus* (III, 611-613) non fa cenno del significato territoriale di *cathedra*, così neppure il BLAISE, *Dictionnaire latin français des auteurs chrétiens*, Paris 1954.

a vicinis episcopis diligentibus et ei sua negligentia demonstratur ut se excusare non possit. Quod si ex die quo convenitur, intra sex menses, si in eius provincia executio fuerit, et non eos ad unitatem catholicam convertendos curaverit, non ei communicetur donec impleat; C. III, c. 43 Dico si placet circa hos (coloro che si rifiutano di partecipare al concilio), non tantum dioeceses non esse servandas, verum etiam de propria ecclesia quae illis male faverit, omnino admittendum, ut etiam publica auctoritate reiciantur, atque ab ipsis principalibus cathedris removeantur. Il significato di territorio affidato alla giurisdizione del primate per *principalis cathedra* in C. III, c. 43 si può ricavare dal contesto: la disposizione di cui sopra riguarda soltanto i vescovi, quindi se *dioeceses* sono i territori retti da vescovi, le *principales cathedrae* dovrebbero essere i territori retti dai primate. La stessa struttura del periodo che mette in opposizione *dioeceses* a *principales cathedrae* autorizza questa interpretazione.

Riepilogando, circa le denominazioni della provincia si può constatare quanto segue:

1) per indicare l'istituto della provincia ecclesiastica nei testi conciliari si ricorre a due termini, *provincia* e *cathedra*. 2) *Provincia* estraneo alla tradizione del latino cristiano, ma comune nella terminologia dell'organizzazione territoriale dell'impero, è chiaramente tecnico e di gran lunga preferito. 3) *Cathedra* è proprio dell'uso linguistico dei cristiani, ma è generico (ha bisogno di essere specificato da *principalis* e *matrix*) ed evidentemente, anche per questo motivo, non regge la concorrenza di *provincia*. 4) Per spiegare la preferenza accordata a *provincia* non sono da trascurare (oltre naturalmente alla sua tecnicità) altri fattori, come il diffondersi dell'istituto in questione a partire dall'inizio del IV secolo e la coincidenza, nella maggior parte dei casi, tra i limiti territoriali della provincia ecclesiastica e quelli della civile.

III

LA CAPITALE DELLA PROVINCIA

Denominazioni generiche ⁽¹⁸⁾: *prima cathedra*, *prima sedes*, *apostolica sedes*.

Prima cathedra indica la capitale di provincia in E., c. 58 e C. II, c. 12 (cfr. p. 241, n. 12).

Prima sedes ⁽¹⁹⁾. *Sedes* è termine comune e di grande diffusione nella letteratura latina di tutte le epoche, può indicare un sedile o seggio qualunque oppure, in senso più ampio, una sede o luogo in cui qualcuno o qualcosa abita o si trova. Non appartiene al linguaggio amministrativo laico come tecnicismo, rimane sempre un vocabolo proprio della lingua comune.

Presso gli scrittori cristiani *sedes* parallelamente con *cathedra* subisce un certo ampliamento semantico ed insieme tecnicizzazione, soprattutto nel latino ecclesiastico in senso stretto: in particolare può indicare la sede episcopale o chiesa vescovile (August., *C. Cresc.* 3, 58, 64; *Optat.* 1, 58 ecc.).

Nei nostri testi il termine *sedes* ricorre accompagnato dagli attributi *prima* e *apostolica*. L'espressione *prima sedes* indica sempre e soltanto la città capitale della provincia ecclesiastica. L'esempio più antico è quello del c. 8 del II concilio cartaginese: *Valentinus primae sedis provinciae Numidia dicit...*

⁽¹⁸⁾ La denominazione tecnica nei secoli IV e V era (cfr. Hier c. *Ioh.* 37; Pelag., *In II Cor.* 1, 1 ecc.) ed è tuttora *metropolis*, che però, nei testi conciliari, almeno quelli da me esaminati, non compare mai. La parola ricorre solo nel c. 2 del concilio di Torino, ma indica chiaramente la capitale della provincia civile. Il fatto che *metropolis*, nei testi conciliari non ricorra mai non è, malgrado le apparenze, in contraddizione con la frequenza di *metropolitanus*, se si considera che nel contesto dei canoni conciliari « europei » (solo in questi ricorre *metropolitanus*, cfr. I. MAZZINI, *La terminologia dell'organizzazione gerarchica*, ..., p. 29) non ricorre mai l'opportunità di un riferimento al concetto di capitale di provincia ecclesiastica.

⁽¹⁹⁾ C. II, c. 8; C. III, cc. 7, 28; M., c. 24; C. 419; Tel., *praef.*

Apostolica sedes (²⁰). L'attributo *apostolica* riferito a *sedes* ne evidenzia in primo luogo il rapporto diretto avuto con un apostolo (²¹) (perché o chiesa fondata, o retta da un apostolo); il significato di capitale di provincia ecclesiastica nell'espressione *apostolica sedes* è secondario e dovuto al fatto che in realtà le sedi evangelizzate direttamente dagli apostoli sono state di solito, le città più importanti che, dopo la divisione amministrativa operata da Diocleziano, hanno finito, naturalmente, per divenire anche capitali di provincia.

Nei testi conciliari l'espressione *sedes apostolica* ricorre solo due volte ed anche in questi casi il significato di capitale di provincia ecclesiastica è secondario e chiaramente derivato; in ambedue i casi *sedes apostolica* viene chiamata Roma.

Per quanto concerne le denominazioni della capitale della provincia ecclesiastica nei testi conciliari si può così sintetizzare: 1) per indicare la capitale della provincia ecclesiastica si fa uso dei termini *sedes* e *cathedra*; 2) sia *cathedra* che *sedes* sono termini fatti propri dalla tradizione linguistica della comunità cristiana, ma non sono assolutamente tecnici e per ciò devono essere specificati rispettivamente dagli aggettivi *prima*, *apostolica*, e *prima*; 3) La denominazione tecnica *metropolis* non ricorre mai, però considerato l'uso di *metropolitanus*, non è da ritenersi intenzionalmente evitata; l'assenza dai testi conciliari esaminati è piuttosto frutto di pura combinazione.

IV

LA DIOCESI

Mentre nei secoli IV e V l'istituto della provincia ecclesiastica nel mondo cristianizzato occidentale è in fase di organiz-

(²⁰) Tel., *praef.*, c. 1; C. 419, c. 2.

(²¹) Con la funzione di evidenziare un rapporto diretto con gli apostoli, l'aggettivo ricorre nella letteratura cristiana anche riferito ad *ecclesia* e *sacerdos* (A. BLAISE, *Le vocabulaire latin des principaux thèmes liturgiques*, Turnhout 1966, pp. 492. 520-521).

zazione (cfr. p. 238, n. 9), l'istituto della diocesi, inteso come territorio soggetto alla giurisdizione del vescovo è ormai riconosciuto ovunque, come provano le numerose norme concernenti i criteri di spartizione del territorio, variamente ripetute e riconfermate, o rimesse in discussione (M., c. 21; C. II, c. 11; C. III, cc. 20, 42; Innocent. I, *Epist.* 40 (P.L. 20, 606-607); Sulp. Sev., *Chron.* 12, 23 ecc.).

Denominazioni: *dioecesis*, *parrocchia*, *ecclesia*, *cathedra*, *plebs*.

Dioecesis ⁽²²⁾ è traslitterazione del greco *διοίκησις* che in origine, come del resto è chiaro dall'etimo, significa amministrazione della casa, secondariamente, per facile estensione può indicare amministrazione di qualunque altra cosa o, concretamente, la stessa cosa amministrata, come il territorio o il denaro. Il termine viene documentato nella lingua scritta latina soltanto nel senso di territorio amministrato e dipendente da qualche autorità. Il primo scrittore pagano che documenta il termine *dioecesis* è Cicerone, nelle lettere (*Att.* 5, 21, 7; 5, 15, 3; 6, 2, 4; *Famil.* 3, 8, 4); con esso designa alcune ripartizioni territoriali della provincia di Asia da lui governata. Nel caso di Cicerone si tratta di compartimenti giudiziari, già esistenti nel regno di Pergamo prima che questo divenisse provincia romana (133 a.C.) e successivamente mantenuti con la medesima denominazione. Le attestazioni successive sempre in ambito pagano, son rare e si rinvencono soltanto in epigrafi, esempi: CIL III, 431 *Pro* (curator) (imp) *Caesaris Tra(iani) Hadriani (Au)g ad diocesim Alexandri(ae)*; XIV 3599 *Legato prov. Afri(cae) dioceseos cartaginien(sis)*; ambedue le iscrizioni sono del secondo secolo, rispettivamente della prima e seconda metà.

Dagli esempi sopra addotti, da un lato, si deduce con sicurezza che il termine *dioecesis* nel mondo romanizzato poteva indicare (almeno dal I s. a.C.) una suddivisione amministrativa

(22) C. II, cc. 5, 11 (*ter*); C. III, cc. 20, 42, 43 (*ter*), 44, 46 (*sexies*); Tur., c. 9; C. 421, c. 3; Tol., c. 20.

della *provincia* ⁽²³⁾, dall'altro si può supporre che questa denominazione non doveva essere molto fortunata o comunque ufficiale ed, in ogni caso, propria soprattutto della parte ellenistica dell'impero. Non è infatti senza significato l'assenza del termine da testi letterari di un certo livello oppure ufficiali e giuridici e, di contro, l'attestazione in iscrizioni commemorative di personaggi di secondo piano. Anche il fatto stesso che a partire da Diocleziano il termine *dioecesis* acquista grandissima diffusione, con tutti i crismi della ufficialità, per significare una ripartizione territoriale molto diversa da quella precedentemente indicata e soprattutto molto più grande, non ripartizione della provincia, ma ampia zona geografica comprendente più provincie, senza lasciare tracce, almeno in nostro possesso, della continuazione dell'uso precedente, può costituire la riprova della scarsa diffusione nel senso primitivo.

Per il significato acquistato da *dioecesis* successivamente alla riforma di Diocleziano, non è necessario riportare esempi tanto esso è noto ed attestato in ogni sorta di documenti, sia letterari che epigrafici ⁽²⁴⁾.

La letteratura cristiana in lingua greca documenta il termine con il significato cristiano di governo del mondo o reggimento dell'universo da parte di Dio e delle potenze soprannaturali già in *I Clem.* 20, 1 e poi successivamente con sempre maggiore frequenza. Più tardo è l'uso nel senso di governo o amministrazione ecclesiastica di una chiesa o comunità; le prime attestazioni, se non erro, risalgono allo Ps. Clemente, *Epist.* 3 (P.G. 2, 37 A) *Hom. Clem.* 3, 64; *Epiph. Haer.* 68, 1 ecc., cioè si collocano tra la fine del III secolo e l'inizio del IV.

Negli scritti cristiani in lingua latina, *dioecesis* pur non essendo ignorato nell'uso civile postdiocleziano (Filastr. 121, 3;

⁽²³⁾ KOENERMANN, *Dioecesis*, in *Paul-Wissowa*, V, Stuttgart 1903, 721-723; C. JULLIAN, *Dioecesis*, in *Daremberg-Saglio*, II, Paris 1892, p. 226.

⁽²⁴⁾ Cfr. TLL V, 1223-1224; H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena 1907, p. 148 s.; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 76.

Coll. Avell. 241, 2 (a. 521) ⁽²⁵⁾, rivela arricchimenti semantici propri dei cristiani: amministrazione di una chiesa o comunità (*August., epist.* 209, 8; *Coll. Avell.* 137, 1 (a. 517)) ⁽²⁶⁾; singola comunità governata da un vescovo o presbitero, senza riferimento al territorio (*August., Epist.* 222, 3); comunità e territorio amministrati, considerati unitamente (*Ruric., Epist.* 2, 6); territorio dipendente dalla giurisdizione o di un vescovo o di un presbitero (*August., Epist.* 132, 3) ⁽²⁷⁾.

Il primo esempio di *dioecesis* con sicuro valore di circoscrizione territoriale dipendente dall'autorità di un vescovo, si trova in una lettera di Innocenzo I (401-417), *Epist.* 40 (PL 36, 606) al vescovo Florentino di Tivoli ⁽²⁸⁾: *Nam Nomentanam sive Felicciensem paroeciam ad suam dioecesim pertinentem invasisse te, non sine dolore conquestus est.* Altri esempi sicuri si possono trovare nelle epistole di Agostino 8, 3, 9; 149, 1, oppure in Sidonio *Epist.* 1, 6, 7 ⁽²⁹⁾.

Nei testi conciliari studiati il termine *dioecesis* compare 19 volte, ma il valore di territorio soggetto alla giurisdizione di un vescovo emerge con chiarezza solo nel c. 9 del concilio di Tours: *De praesumptoribus ita placuit observari, ut si quis episcopus*

⁽²⁵⁾ CSEL 33, 2.

⁽²⁶⁾ CSEL 33, 2.

⁽²⁷⁾ I primi esempi sicuri, per quanto mi risulta, in cui *dioecesis* indica il territorio affidato alla giurisdizione di un presbitero sono quelli dei canoni 8 e 23 rispettivamente dei concili Epaonense (517) e di Aurel (541). Cfr. anche A. SCHEUERMANN, *Diözese (Dioikesis)*, in *RAC*, III, Stuttgart 1957, cc. 1056-1062.

⁽²⁸⁾ L'esempio di *dioecesis* ricorrente nella lettera del concilio di Arles a papa Silvestro tradita dal *cod. Parisinus* 1711 non è stato preso in considerazione, anche se a mio avviso indica chiaramente il territorio affidato alla giurisdizione di un vescovo, perché la lettera in questione molto probabilmente non risale alla data del concilio, ma è posteriore, molto probabilmente non anteriore al pontificato di Damaso. Cfr. I. MAZZINI, *Lettera del concilio di Arles (314) a papa Silvestro tradita dal cod. Parisinus 1711. (Dubbi intorno alla sua autenticità)*, in *VC* 27, 1973, pp. 282-300.

⁽²⁹⁾ Il *Thesaurus* (V, 1224, 10) tra gli esempi di *dioecesis* con valore di circoscrizione territoriale dipendente dall'autorità di un vescovo citano anche Sidon., *Epist.* 9, 16. In verità nel passo citato è chiaro solo il valore di territorio, ma non è possibile dedurre con sicurezza che si tratti anche, in particolare, di territorio retto da un vescovo; dal contesto non risultano riferimenti a vescovi: *Nam peragratiss forte diocesibus, cum domum veni ... festinus exscripsi.*

in ius fratris sui, suam conatus fuerit inserere potestatem, ut aut dioeceses alienas transgrediendo terminos a fratribus constitutos pervadat, ... ab universorum fratrum et consacerdotum suorum communione se alienum efficiendum non dubitet.

Negli altri casi il termine *dioecesis* non implica necessariamente la nozione di territorio ⁽³⁰⁾. Per l'esattezza mi sembra di poter precisare i seguenti significati: 1) comunità di fedeli retta da un vescovo ⁽³¹⁾, talora più precisamente comunità periferica o secondaria, comunità di campagna ⁽³²⁾; 2) governo, amministrazione o giurisdizione di un vescovo ⁽³³⁾.

Parrocchia ⁽³⁴⁾ è trascrizione del greco *παροικία* ⁽³⁵⁾. Nella

⁽³⁰⁾ Di diverso avviso sono F. CLAYERS BOUVAERT, *Dioecèse*, in *DDC*, II, Paris 1930, c. 1258 e P. FOURNERET, *Dioecèse*, in *DThC*, IV, 2, Paris 1924, c. 1363 per i quali *dioecesis* indica il territorio soggetto alla giurisdizione del vescovo nel c. 5 del II concilio cartaginese e nei cc. 42, 43, 44, 46 del III. Ugualmente K. MÜLLER, *Kleine Beiträge zu alten Kirchengeschichte: 18 Parochie und Diözese im Abendland in spätröm. u. merow. Zeit*, in *Zeit. Neut. Wiss.* 32, 1933, pp. 149-185.

⁽³¹⁾ C. II, c. 5 *Felix episcopus Selemselitanus dixit: ... insinuo ut dioeceses quae numquam episcopos acceperunt, non habeant et illa dioecesis quae aliquando habuit habeat proprium, et si accedente tempore, crescente fide, dei populus multiplicatus desideraverit proprium habere rectorem, eius videlicet voluntate in cuius potestate est dioecesis constituta, habeat episcopum.* Cfr. ancora C. II, c. 11; C. 421, c. 3; C. IV, c. 46.

⁽³²⁾ C. III, c. 44 *Epigonius episcopus dixit: in multis conciliis hoc statutum est ... ut clericum alienum nullus sibi praecripiat ... Dico autem Iulianum ... ita temerarium et audacem extitisse ut eum qui a me baptizatus est, ... mihi ab eodem commendatus, cumque multis annis a me aleretur atque incresceret, hunc ut dixi baptizatum in ecclesia mea, per manum parvitas meae constat, idem in dioecesi mapaliensi lector esse coeperat, immo annis ferme duobus legerat, nescio quo contemptu humiliatis meae, idem Iulianum eum arripuit ...* In questo canone il significato di comunità periferica risulta chiaramente dall'opposizione *mea ecclesia* e *dioecesis mapaliensis*, la *dioecesis mapaliensis* è parte della *ecclesia* retta da Epigonio. Il significato di comunità periferica o di campagna è chiaro anche in Tol. c. 20 ... *placuit nullum alium nisi episcopum chrisma conficere et per dioeceses destinare, ita ut de singulis ecclesiis ad episcopum ante diem paschae diaconi aut subdiaconi destinentur.* Cfr. C. III, c. 43.

⁽³³⁾ C. III, c. 20 *Placuit ut a nullo episcopo usurpentur plebes alienae, nec aliquis episcoporum supergrediatur in dioecesi suum collegam;* C. III, c. 42 ... *hoc dico non debere rectorem accipere eam plebem quae in dioecesis semper subiucuit, nec unquam proprium episcopum habuit.*

⁽³⁴⁾ T., c. 1 (bis).

⁽³⁵⁾ Trascrizione in senso stretto si può definire solo la forma *paroecia*, sicuramente la più diffusa. Sono attestate contemporaneamente anche le forme *parochia* e

letteratura greca il termine era ampiamente diffuso, già prima dell'avvento del cristianesimo e come le forme *πάροιχος* e *παροικέω* rendeva il concetto dell'abitare presso o, nella lingua giuridica, la condizione del *πάροιχος* cioè del domiciliato in una patria di adozione ⁽³⁶⁾.

Il termine ottenne subito grande fortuna nell'uso delle primitive comunità cristiane greche, soprattutto a causa dell'influsso biblico, in particolar modo dei Settanta (nei Settanta compare 14 volte, 2 nel Nuovo Testamento: *Act.* 13, 117 e 1 *Petr.* 1, 17) ⁽³⁷⁾. Nel Vecchio Testamento *παροιμία* è l'esilio del popolo ebreo, oppure anche la terra straniera in cui trascorre il suo esilio; negli Atti degli Apostoli *παροιμία* è ancora, in senso vetero testamentario, la *terra Aegypti*, nella Lettera di Pietro invece è la permanenza del cristiano su questo mondo ⁽³⁸⁾. Ritorna con il significato della *I Petr.* anche nella *II Clem.* 5, 1 ⁽³⁹⁾. Nella seconda metà del II secolo comincia ad essere documentato il termine *παροιμία* nel senso di singola comunità cristiana. Il primo esempio di quest'uso ricorre nella sottoscrizione della lettera diretta dalla chiesa di Smirne a quella di Filomeno (155-157): καὶ πάσαις ταῖς κατὰ πάντα τόπον τῆς ἁγίας καὶ καθολικῆς ἐκκλησίας παροιμίαις; un altro esempio notevolmente antico ricorre in un

parrochia. La forma *parrochia*, nei due esempi che stiamo per prendere in considerazione è riportata concordemente da tutta la tradizione manoscritta eccetto dal *Parisiensis lat.* 1452 che preferisce *parrochia*. Ugualmente nell'esempio del c. 3 del concilio di Riez che sarà esaminato più avanti, la maggior parte dei manoscritti preferisce *parrochia*, pur essendo attestate anche le forme *paroecia* (cod. *Novariensis* LXXXIV) e *parrochia* (*Berolinensis Phil.* 1743).

⁽³⁶⁾ Cfr. P. DE LABRIOLLE, *Paroecia*, in *ALMA*, 1927, p. 196; H. LELERCQ, *Paroisses rurales*, in *DACL*, XIII, Paris 1938, cc. 2197 ss.

⁽³⁷⁾ R. MORGENTHAUER, *Statistik des neutestamentlichen Wortschatzes*, Frankfurt 1958.

⁽³⁸⁾ Per l'uso ed il significato di *παροιμία* nel Bibbia greca cfr. KL. u. MA. SCHMIDT-MEYER, *πάροιχος, παροιμία, παροικέω*, in *Theol. Wört. z. N. T.*, V, Stuttgart 1954, pp. 841-852.

⁽³⁹⁾ I cristiani si sentono su questa terra come stranieri in una patria che non è la propria. Il concetto viene ripetuto variamente dai primi scrittori cristiani (*Herm.*, 1, 1; *Diogn.* 5, 5; *Apol.* 38, 3; *Res. carn.* 47; *Adv. Marc.* 3, 23 ecc.); cfr. P. DE LABRIOLLE, *op. cit.*, p. 197.

documento del 212 riportato da Euseb., *Hist. eccl.* 5, 18, 9 ⁽⁴⁰⁾. Nei due esempi sopra ricordati *παρoικία* è la singola comunità cristiana, in cui anche il clero è compreso. A partire dagli inizi del IV secolo *παρoικία* ricorre frequentemente nel senso di comunità, ma si tratta di comunità governata, in cui non è compreso il clero, in particolar modo il vescovo (Euseb., *Hist. eccl.* 3, 4, 5; 6, 23, 3; 6, 2, 2; 5, 5, 18 ecc.). Sempre a partire dall'inizio del I secolo più completamente *παρoικία* può indicare la singola comunità cristiana retta dal vescovo e compresa entro certi limiti territoriali; insomma, il territorio diventa una componente semantica essenziale di *παρoικία*, così nel c. 17 del concilio di Ancira ⁽⁴¹⁾.

In latino il termine *paroecia* è un « cristianismo diretto », cioè uno di quei termini, in maggior parte grecismi, indicanti « cosa cristiana », concetto o istituzione propri del cristianesimo. Presso le prime comunità cristiane di lingua latina, come pure successivamente, *paroecia* nel senso primitivo di permanenza del cristiano su questo mondo o vita terrena, non ottiene successo, anzi è sconosciuto; la riprova più evidente si può trarre dalle versioni pregeronimiane della Bibbia, ove *paroecia* non ricorre mai e *παρoικία* è tradotto sempre con *incolatus*, *peregrinatio* o perifrasi varie ⁽⁴²⁾.

Solo a partire dalla seconda metà del IV secolo *paroecia* comincia a diffondersi e soltanto con il valore terminale di comunità stabile in un certo luogo, retta da un vescovo o da un presbitero (Hier., c. *Vigil.* 3; August. *Epist.* 219, 2), o semplicemente

⁽⁴⁰⁾ Cfr. EUSÈBE DE CESARÉ, *Histoire ecclesiastique*, I. V-VII, text grec. trad. et not. par. G. BARDY, in *SC*, 41, Paris 1955, p. 55.

⁽⁴¹⁾ C.J. HEFELE, H. LECLERCQ, *Histoire des conciles*, I, 1, Paris 1907, p. 320.

⁽⁴²⁾ Per le traduzioni pregeronimiane della *I Petr.* cfr. *Epistulae Catholicae*, hrg. von W. THIELE, in *Vetus Latina. Die Reste der altlateinischen Bibel*, 26/1, Frankfurt 1956-1969. *Paroecia* è evitato sempre anche nella *Vulgata* di Girolamo; mentre tuttavia nel caso di Girolamo può aver influito una certa preoccupazione letteraria, nel caso dei primi traduttori è soltanto il pubblico che condiziona il rifiuto di certe parole, in questo caso grecismi, per altro, in altri casi, accettati senza riserve di sorta.

nel senso di territorio soggetto alla giurisdizione di un vescovo o presbitero ⁽⁴³⁾ (Hier., *Epist.* 51, 2 (a. 394) ⁽⁴⁴⁾; August., *Epist.* 24, 6; Sidon., *Epist.* 7, 6, 8; *Vit. Patr. Jurens.* 43, 4; 141, 3 ecc.).

Nei testi conciliari il termine *parrocchia* compare due volte con il significato di territorio, o meglio, circoscrizione episcopale, affidata alla giurisdizione di un vescovo. Il significato di cui sopra risulta abbastanza chiaramente dal contesto, in quanto con *parrocchia* si designa una suddivisione del territorio della *provincia*, suddivisione retta da un vescovo: T., c. 1 (cfr. pp. 240-241).

Ecclesia ⁽⁴⁵⁾, trascrizione di ἐκκλησία ⁽⁴⁶⁾, come *paroecia* in latino è un « cristianismo diretto »; ma, a differenza di quest'ultimo, si diffonde ampiamente, fin dai primi tempi del cristianesimo, sia nella lingua corrente della comunità, sia nella lingua scritta di ogni livello.

Ecclesia nella letteratura latina dei cristiani riveste essenzialmente tre significati: chiesa cattolica ⁽⁴⁷⁾, edificio del cul-

⁽⁴³⁾ La differenziazione semantica di *paroecia* da *dioecesis* come territorio affidato alla cura di un presbitero comincia a definirsi solo ai primi del VI secolo (I. DE LA TOUR, *Paroisses rurales du VI au XI siècles*, Paris 1900, p. 51) anche se non mancano già prima usi tecnici, come ad es. in Sidon., *Epist.*, 7, 6, 8.

⁽⁴⁴⁾ CSEL 44, I, p. 397.

⁽⁴⁵⁾ Chiesa cattolica: E., cc. 16, 20, 22, 41, 49; A., c. 9; Col., cc. 8, 11, 14; C. I, *praef.*; C. II, c. 7 (*ter*); V., *praef.*, c. 4; C. III, cc. 9 (*bis*), 48; M., *praef.*; C. 421, *praef.* (*bis*); Va., c. 3; A. II, cc. 30 (*bis*), 31. Edificio del culto: E., *praef.*, cc. 29, 38, 45, 46, 52, 56; C. III, cc. 30, 39, 44, 47; T., *praef.*; Tol. cc. 4, 5 (*bis*), 9, 13, 16 (*bis*); M., c. 12; R., c. 3 (*quinqüies*), 4; Ar., cc. 5 (*bis*), 9 (*quinqüies*), 17; A. II, cc. 21, 30 (*bis*), 32, 34, 51. Comunità cristiana: E., c. 58; C. II, c. 8; V., *praef.*, c. 1; N., *praef.* (*bis*); C. III, cc. 31, 41, 43, 44, 45 (*septies*), 50; T., cc. 1 (*ter*), 2, 7; Tol., *praef.* (*bis*); M., *praef.* (*bis*), cc. 15 (*bis*), 21 (*bis*); C. 419, *praef.* (*bis*), cc. 3, 4 (*bis*), 7, 8, 9 (*bis*), 10; R., *praef.* (*ter*) cc. 4, 3, 5 (*quinqüies*), 6 (*bis*); Ar., cc. 5, 6, 20; Va., cc. 4 (*bis*), 6 (*bis*) Tel., cc. 6, 7; A. II, c. 35; Tur., c. 11.

⁽⁴⁶⁾ Il greco ἐκκλησία a sua volta è calco semantico dell'ebraico *Qahal Jahweh*, cioè il popolo di Javé, radunato davanti a lui per culto o per altri motivi; come calco della suddetta espressione ebraica ricorre per la prima volta nei LXX (M.P. ELLEBRACHT, *Remarks on the vocabulary of the ancient orations in the Missale Romanum*, Nijmegen 1962, pp. 5-6).

⁽⁴⁷⁾ CH. MOHRMANN, *Altchristliche Sondersprache in den Sermones des Hl. Augustin*, Amsterdam 1965 (rist.), pp. 105-106.

to ⁽⁴⁸⁾, singola comunità cristiana (Cypr., *praescr.* 20, 5; 27, 3; *Epist.* 8, 3 ecc.). Nel terzo significato la nozione di territorio, più o meno implicita, può in determinati contesti divenire prevalente e quindi *ecclesia* può passare ad indicare soprattutto il territorio in cui una certa comunità si trova, in particolare il territorio soggetto all'autorità di un vescovo (diocesi) o quello soggetto alla giurisdizione di un presbitero (parrocchia) (August., *Epist.* 125, 2; 128, 3; Hier., *Epist.* 51, 1; Felix II, *Epist.* 1, 19 (PL 13, 23 A); Damas., *Epist.* 4, 9 (PL 13, 360 A), ecc.).

Nei testi conciliari oggetto della nostra ricerca, il termine *ecclesia* ricorre numerose volte con i tre significati sopra indicati. Rimanendo nel tema della presente ricerca ci interessa rilevare quei canoni in cui nel termine *ecclesia* è prevalente, o comunque particolarmente evidente, la nozione di territorio, comunità cioè che si trova entro un certo territorio, soggetto alla giurisdizione di un vescovo. Nei seguenti canoni conciliari la nozione di territorio per *ecclesia* si evidenzia abbastanza chiaramente grazie al contesto: un verbo di moto che implica l'idea dello spazio, un attributo toponomastico, il genere stesso delle disposizioni o divieti.

C. II, c. 8 *Alypius episcopus ecclesiae Tagastensis, legatus provinciae Numidiae dixit...*; C. II, c. 37 *Cresconius Villaeregiensis episcopus, plebe sua derelicta, Tubiniensem invasit ecclesiam...*; T., c. 1 (cfr. pp. 240-241); T., c. 2 ... *decretum est ut, si placet, memoratarum urbium episcopis unaquaeque de his viciniore sibi intra provinciam vindicet civitates, atque eas ecclesias visitet quas oppidis suis proximas magis esse constet*. Cfr. ancora C. 419, *praef.*, cc. 3, 4 (*bis*), 7, 8, 9; A. II, c. 32; C. III, c. 21; Ar., c. 5; Re., c. 3.

(48) CH. MOHRMANN, *Les dénominations de l'église en tant qu'édifice en grec et en latin au cours des premiers siècles chrétiens*, in *Rev. Scienc. Relig.*, 36, 1962, pp. 155 ss. Sia per il significato di chiesa cattolica che per quello di edificio del culto esistono numerose attestazioni; cfr. TLL, V, 35-39 A. BLAISE, *op. cit.*, s.v.

Cathedra. Il significato di territorio soggetto alla giurisdizione di un vescovo non si può escludere per gli esempi di *cathe-dra* ricorrenti nei canoni 21 e 24 del concilio di Milevi, sebbene in questi stessi canoni (specialmente nel c. 21) *cathedra* possa significare anche, come del resto *dioecesis* (cfr. p. 250, n. 33), la stessa autorità o giurisdizione episcopale: c. 21 *Item placuit ut quicumque episcopi, quascumque ecclesias vel plebes, ad quas suam cathedram aestimant pertinere, non ita repetierint...*; c. 24 *Item placuit, ut quicumque negligunt loca ad suam cathedram pertinentia, ... convenientur a... diligentibus vicinis episcopis. ... cum hoc iudices episcopi cognoverint, suae cathedrae loca restituant.*

Plebs ⁽⁴⁹⁾ è termine di grande diffusione in tutta la letteratura e nei vari documenti scritti pagani anteriori e posteriori al cristianesimo. Nell'uso più antico (epoca repubblicana) ed insieme più tecnico e più precisamente delimitato, indica tutti coloro che sono liberi e non appartengono alla classe sociale dei patrizi, una categoria di liberi diciamo di second'ordine, con diritti politici e civili limitati ⁽⁵⁰⁾. Differisce da *populus* in quanto questo secondo termine comprende tutti i liberi, sia patrizi, sia plebei. Gaius, *Instit.* 1, 3 (cfr. Iust., *Instit.* 1, 2, 4) *Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur connumeratis etiam patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur...* ⁽⁵¹⁾. È chiaro che in epoca repubblicana *plebs* è termine che implica di per se stesso una

⁽⁴⁹⁾ Comunità di cristiani in cui sono compresi anche i chierici minori retta da un vescovo o da un presbitero: E., c. 77; C. I, cc. 5 (ter), 7, 12 (bis); C. II, cc. 11, 40; C. III, cc. 2, 7, 20, 40, 42 (ter), 44, 45; M., c. 21; Tel., *praef.*; R., cc. 3, 6, 4; Tur., cc. 1, 2; Singola comunità compresa entro un certo territorio: Col., *praef.*; C. II, c. 7; C. III, c. 38; C. 419, c. 2; M., c. 21.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 632; ivi anche bibliografia circa l'uso pagano di *plebs*.

⁽⁵¹⁾ Cfr. ancora Cic., *Mur.* 1, 1; Liv. 2, 56; Gell., *Noct. Act.* 10, 20, 5; Laet. *Div. Inst.* 1, 15, 32. La definizione di Gaio e quelle deducibili dai passi sopra citati rispecchiano più una situazione storica che attuale.

connotazione negativa e delle sfumature dispregiative, in quanto indica una classe inferiore. La costituzione dello stato legalitario ⁽⁵²⁾ a cui dà inizio soprattutto Giulio Cesare, poi perseguita più o meno radicalmente da vari imperatori, sotto la spinta e con l'appoggio delle categorie più intelligenti e facoltose della *plebs*, determina una progressiva ascesa di questa verso la conquista di quei diritti e poteri di cui era priva e logicamente una progressiva diminuzione delle connotazioni negative nel termine *plebs* che sempre più spesso ricorre come sinonimo di *populus*: Sall., *Catil.* 39, 1; *Jug.* 30, 40 ⁽⁵³⁾; Liv. 2, 56, 15; 2, 9, 5; 4, 9, 8 ecc.; Tac., *Ann.* 15, 18; *Cod. Theod.* 12, 12, 13 (*Impp. Theod. Arc. et Hon. AAA Apodemio PP.* a. 392). Coloro però che pur appartenendo alla *plebs*, cioè pur essendo liberi, continuano a rimanere esclusi dal reale godimento dei diritti politici e civili e comunque sono privi di effettivo potere, costoro continuano ad essere chiamati *plebs* e nei loro confronti la antica connotazione negativa del termine *plebs* rimane e viene messa in evidenza o attraverso il contesto (ad es. per mezzo della contrapposizione con un'*élite* raffinata e ricca come in Hor., *Carm.* 2, 2, 18; *Epist.* 1, 1, 59; *Iuv.* 11, 194) ecc.) oppure attraverso l'uso di aggettivi apertamente negativi come *perdita* (Circ., *Att.* 7, 3, 5), *misera* (Horat., *Sat.* 18, 8, 10), *sordida* (Tac., *Hist.* 1, 4; 3, 74) ⁽⁵⁴⁾, *ventosa* (Horat., *Epist.* 1, 19, 37), *inops* (Liv. 34, 31, 12), *infirmus* (Tac., *Hist.* 2, 38; 2, 91) ecc.

In definitiva nel latino pagano si possono rilevare due usi di *plebs*, uno chiaramente classista ed insieme caratterizzato da

⁽⁵²⁾ Il rapporto tra la « nobilitazione » di *plebs* e la costituzione dello stato legalitario è messo in luce da R. HASEK, *Zur Frage der spätromischen Plebs*, in *Die Rolle der Plebs in spätromischen Reich*, hrsg. von V. BEŠELIEV e W. SEYEFARTH, Berlin 1969, pp. 19-22.

⁽⁵³⁾ C. SALLUSTIUS CRISPUS, *Invective und Episteln*, hrsg., übersetzt., Komment. v. K. VRETSKA, I. Heidelberg 1961, pp. 63-64, n. 8; J. HELLEGOUARCH, *Le vocabulaire des relations et des partis politiques sous la république*, Paris 1963, p. 516.

⁽⁵⁴⁾ Per il significato di *plebs sordida* nel passo in questione cfr. Z. YAVETZ, *Plebs and Princeps*, Oxford 1969, pp. 142 ss. (ivi anche bibliografia relativa).

sfumature dispregiative e negative, un altro in cui *plebs* equivale a *populus*, senza sfumature dispregiative. Il secondo significato è caratteristico essenzialmente del periodo imperiale e si aggiunge al primo, senza tuttavia sostituirlo mai definitivamente.

Presso i cristiani *plebs* ottiene una diffusione notevolissima ed oltre a conservare i due significati propri dell'uso pagano sopra illustrati, nel contesto di un discorso concernente i cristiani o il mondo cristianizzato, tende a specializzarsi in due nuove accezioni: 1) *plebs* è la cristianità nel suo insieme, oppure il popolo ebreo preso anch'esso nel suo insieme; b) *plebs* è la singola comunità, con riferimenti più o meno espliciti al territorio in cui si trova, costituita dai semplici fedeli (laici) e, oppure anche dai chierici minori, considerata in opposizione al clero, vescovo e presbiteri o tutt'al più diaconi, che la governano. Più frequentemente, almeno nei primi secoli la contrapposizione è con il vescovo data la struttura prevalentemente monocomunitaria della diocesi ⁽⁵⁵⁾.

Vari studiosi si sono chiesti in quale rapporto si trovino i due significati cristiani con quelli pagani sopra illustrati, più precisamente se i due semantemi cristiani siano da porre in rapporto di derivazione con il significato classista del *plebs* pagano oppure no. Sostanzialmente si possono distinguere tre posizioni: 1) J. Schrijnen e Ch. Mohrmann ⁽⁵⁶⁾, H. Janssen ⁽⁵⁷⁾ hanno soste-

(55) Gli studiosi hanno rivolto il loro interesse soprattutto al secondo semantema, o in una prospettiva diacronica, oppure con note puntuali su singoli passi. Cito alcuni studi: P.W. HOOGERP, *Étude sur le latin du cod. Bobiensis K des Évangiles*, Wageningen 1930, p. 230; H. GOELZER, *Étude lexicographique et grammaticale de la latinité de Saint Jérôme*, Paris 1894, p. 232; E. TIDNER, *Sprachlicher Kommentar zur lateinischen Didachia apostolorum*, Stokholm 1938, pp. 167 ss.; M. SAINIO, *Semasiologische Untersuchungen über die Entstehung der christlichen Latinität*, Helsinki 1940, pp. 50 ss.; J. WASZINK, *Quinti Sptimi Tertulliani De Anima*, Amsterdam 1947, p. 171; A.A. BASTIAENSEN, *Observations sur le vocabulaire liturgique dans l'itinéraire d'Égerie*, Nijmegen 1962, pp. 5 ss.

(56) *Studien zur Syntax der Briefe des hl. Cyprian, I*, Nijmegen 1936, pp. 57-60.

(57) *Kultur und Sprache. Zur Geschichte der alten Kirche im Spiegel der Sprachentwicklung von Tertullian bis Cyprian*, Nijmegen 1938, pp. 54-69; 60-71.

nuto che punto di partenza per i due significati cristiani di *plebs* è il valore neutro di *plebs* sinonimo di *populus*; 2) E. Löfstedt ⁽⁵⁸⁾ ha indicato l'origine dei semantemi cristiani nel significato classista di *plebs* = classi inferiori in opposizione a quelle elevate; V. Loi ⁽⁵⁹⁾ ritiene che i due significati cristiani, cristianità e singola comunità cristiana siano da ricollegare *recta via* ai due significati pagani, rispettivamente a quello per cui *plebs* è semplicemente sinonimo di *populus* e a quello classista di ceti inferiori.

Concordo pienamente con il Loi nel ritenere che il significato classista del *plebs* pagano con la sua connotazione negativa e spregiativa, è alla base dell'uso cristiano di *plebs* = singola comunità. Poichè nel senso di singola comunità cristiana *plebs* indica soprattutto i laici o al più, anche i chierici minori in opposizione al clero superiore che li governa, è evidente che designando una categoria di persone le quali, rispetto ad un'altra, si trovano in condizione di inferiorità, finisce per assumere quella connotazione negativa e dispregiativa che è propria del *plebs* classista pagano. La connotazione negativa che risulta dalla contrapposizione frequente con *clerus* ⁽⁶⁰⁾, *presbyter* ⁽⁶¹⁾ e molto più spesso *episcopus* ⁽⁶²⁾, talora può essere accentuata da aggettivi negativi o dispregiativi o comunque che ne evidenziano lo stato di inferiorità, come del resto si è rilevato per l'uso pagano (cfr. p. 256) quali *misera* ⁽⁶³⁾, *devota* ⁽⁶⁴⁾, *incauta* ⁽⁶⁵⁾, *simplex* ⁽⁶⁶⁾ ecc.

⁽⁵⁸⁾ *Syntactica*, II, Lund 1956 (rist.), pp. 469-470.

⁽⁵⁹⁾ *Populus Dei e Plebs Dei. Studio linguistico sulle denominazioni del popolo di Dio nel latino paleocristiano*, in *Salesianum* 27, 1965, pp. 606-626.

⁽⁶⁰⁾ Tert., *Exort. cast.* 7, 3; *Monog.* 12, 1; *Commod., Instr.* 2, 26, 9; *Priscill., Tract.* 1, 39; 2, 51; *Vict. Vit., Hist. persec.* 2, 41; *August., Serm. M. Denis* 17, 8 ecc.

⁽⁶¹⁾ *Commod., Instr.* 2, 35, 17; 2, 28, 9 ecc.

⁽⁶²⁾ Tert., *Ieun.* 13, 3; *Cypr., Epist.*, 42, 2; 19, 2; 51, 1; *Lucif. Cal., Athan.* 1, 10; 1, 30; *Priscill., Tract.* 2, 50 *Alc. Avit., Epist.* 28 75, ecc.

⁽⁶³⁾ *Commod., Instr.* 2, 28, 9.

⁽⁶⁴⁾ *Commod., Instr.* 2, 35, 17.

⁽⁶⁵⁾ *Lact., Div. Inst.* 4, 30, 3.

⁽⁶⁶⁾ *Lact., Div. Inst.* 4, 30, 3.

Neppure tuttavia nel primo significato cristiano di *plebs*, cioè in quello di Cristianità nel suo insieme, mi sembra che il valore classista primitivo del termine *plebs* sia senza influsso. Se da parte dei cristiani non si fosse avvertito in *plebs* una connotazione in qualche modo negativa, non si sarebbe sentito, come invece è avvenuto quasi sempre, il bisogno di nobilitare il termine *plebs* con attributi che avevano, quanto meno, una funzione distintiva ⁽⁶⁷⁾: *mea*, *tua*, *sua* ⁽⁶⁸⁾, *sacra* ⁽⁶⁹⁾, *sancta* ⁽⁷⁰⁾, *fidelis* ⁽⁷¹⁾, *christiana* ⁽⁷²⁾, *divina* ⁽⁷³⁾, *caelestis* ⁽⁷⁴⁾, *dominica* ⁽⁷⁵⁾, *spiritalis* ⁽⁷⁶⁾; oppure con genitivi di possesso o specificazione quali: *Domini* ⁽⁷⁷⁾, *Dei* ⁽⁷⁸⁾, *Christi* ⁽⁷⁹⁾, *credentium* ⁽⁸⁰⁾. Il senso classista in *plebs* = Cristianità, non è rilevabile all'interno della realtà significata, cristiani presi nel loro insieme, sia laici che ecclesiastici, ma è rilevabile come componente esterna. I cristiani nel loro insieme, rispetto a Dio, sono naturalmente *plebs*, cioè ugualmente sottomessi, senza posizioni privilegiate che li distinguono, ma rispetto alle altre *plebes*, in particolare rispetto ai pagani ⁽⁸¹⁾, oppure rispetto ai laici presi a parte, quasi cristiani di

⁽⁶⁷⁾ Si trova anche *plebs* da solo, nel senso di Cristianità (Cypr., *Epist.* 63, 13; 59, 18; *Dom. orat.* 23 ecc.), ma in contesti in cui il significato risulta chiaramente, cfr. V. Loi, *op. cit.*, p. 611.

⁽⁶⁸⁾ I possessori *mea*, *tua*, *sua* accompagnano *plebs* soprattutto, anche se non esclusivamente, nel significato di popolo ebreo e sono frequenti soprattutto nella Bibbia, in particolare nel Vecchio Testamento.

⁽⁶⁹⁾ Ambros. *Epist.* 41, 23.

⁽⁷⁰⁾ Ambros. *Epist.* 22, 10; *Paen.* 2, 10, 91; Damas., *Epigr.* 82.

⁽⁷¹⁾ Ambros. *Epist.* 40, 19.

⁽⁷²⁾ Salv., *Gubern.* 6, 40.

⁽⁷³⁾ Lact. *Div. Inst.* 4, 26, 21; 4, 17; *mort.* 51, 4.

⁽⁷⁴⁾ Greg. M., *Indict.* 6, 13, 2.

⁽⁷⁵⁾ Cypr., *Mont. Sina et Sion* 15.

⁽⁷⁶⁾ Cypr., *Mont. Sina et Sion* 15.

⁽⁷⁷⁾ Ambros. *Epist.* 2, 16.

⁽⁷⁸⁾ Commod., *Instr.* 2, 18, 17; Lact., *Div. Inst.* 4, 26, 41; 7, 14, 5. Firm. Mat. 2, 3.

⁽⁷⁹⁾ Cypr., *Op. clem.* 22.

⁽⁸⁰⁾ Cypr., *Epist.* 63, 13.

⁽⁸¹⁾ Tutti i termini usati dai primi cristiani per indicare i pagani avevano

secondo ordine, rappresentano una *plebs* scelta che naturalmente va caratterizzata con gli aggettivi nobilitanti di cui sopra.

In *plebs* nel senso di singola comunità, con il precisarsi della organizzazione territoriale del mondo cristianizzato, si aggiunge il concetto della delimitazione territoriale e *plebs* può indicare anche il territorio in cui una comunità si trova e su cui un ecclesiastico superiore, vescovo, presbitero o diacono esercita la propria giurisdizione. In definitiva, come per *paroecia* ed *ecclesia*, anche in *plebs* si verifica il passaggio dal significato più o meno astratto di comunità a quello di comunità compresa entro un territorio ed infine, addirittura a quello di territorio a prescindere dall'idea di comunità; un passaggio in ultima analisi dalle persone alle cose, dallo spirituale al terreno. Tra i primi esempi di *plebs* in cui al concetto di comunità si aggiunge quello di territorio, comunità compresa entro determinati limiti geografici, per quanto mi risulta, si può addurre un passo di Opt. Mil. 1, 25 *Donatus ultro prius Cartaginem redit. Quo audito Caecilianus ad suam plebem properavit*. Esempi di *plebs* invece in cui il concetto di comunità è scomparso o divenuto del tutto secondario rispetto a quello di territorio sono molto più tardi, tra i primi si può citare la *Lex Alamann.*, tit. 81 *Ibi de praesente sit comis de plebe illa* ⁽⁸²⁾, e più chiaramente in senso ecclesiastico, i concili Romano (826), Parigino (829), Tridentino (840) ⁽⁸³⁾. Questo significato terminale di *plebs* è quello che in sostanza è rimasto nell'italiano *pieve* ⁽⁸⁴⁾.

nell'uso corrente pagano una sfumatura negativa ed una connotazione dispregiativa, che nell'uso cristiano rimane, ma naturalmente nei confronti dei pagani: *gentes, gentiles, pagani, barbari* ecc.

⁽⁸²⁾ J.F. NIMEYER, *Mediae latinitatis lexicon minus*, fasc. IX, Leiden 1962, p. 807.

⁽⁸³⁾ MGH *concilia*, I, Hannoverae 1909, pp. 578, 627, 750, 790.

⁽⁸⁴⁾ C. BATTISTI, G. ALESSIO, *Dizionario etimologico italiano*, IV, Firenze 1950, p. 2914. In particolare P. AEBISCHER, *La diffusion de plebs « paroisse » dans l'espace et dans le temps*, in *Rev. d. Ling. Roman.*, 1964, pp. 143-165, precisa, soprattutto in base alle fonti diplomatiche ed alla toponomastica, che *plebs*, nel senso di parrocchia dovette ottenere fortuna soprattutto nelle seguenti regioni: Toscana, Romagna, Emilia, Marche, Abruzzi, parte della Lombardia e parte del Veneto.

Nei testi conciliari il termine *plebs* compare abbastanza spesso, non è mai accompagnato da uno degli aggettivi o genitivi « nobilitanti » sopra elencati, indica sempre la singola comunità, o singole comunità minori, rette da un vescovo o presbitero; talora sono abbastanza evidenti i riferimenti territoriali, cioè, in certi casi, *plebs* indica abbastanza chiaramente una comunità che si trova in un certo luogo. Non oso dire che il concetto di territorio nei casi sopra detti sia esclusivo nel termine *plebs*, ma sicuramente vi è compreso. Per questo motivo inserisco il termine *plebs* a questo punto, come designazione del territorio affidato alla giurisdizione di un vescovo. Nel significato di diocesi *plebs* non diventerà mai tecnico, come *dioecesis*, ma nei secoli IV e V in cui ancora non esiste una terminologia univoca per le ripartizioni territoriali ecclesiastiche, *plebs* pur nella sua genericità, non è meno espressivo di *cathedra*, *ecclesia*, *paroecia* e *dioecesis* stesso. In particolare mi pare che la nozione di territorio affidato alle cure di un vescovo risulti abbastanza chiaramente, unitamente a quella di comunità, nei seguenti canoni, sia grazie ai riferimenti toponomastici, sia grazie all'uso di verbi di moto che presuppongono una dimensione spaziale: C. III, c. 38 *Nam Cresconius Villaerugiensis plebe sua derelicta, Tubiniensem invasit ecclesiam, et usque hodie commonitus secundum quod statutum fuerat, relinquere eandem quam invaserat plebem contempsit*; Col., praef. *Cumque recitata fuisset epistola plebis Agrippinensium et omnium castrorum Germaniae secundae...*; C. 419, c. 2 *Et cum legisset Faustinus episcopus plebis Potentinae, provinciae Italiae Picensi, legatus ecclesiae romanae, dixit...*; cfr. ancora C. II, c. 7; C. III, c. 40.

Quanto è stato detto intorno ai termini usati nei testi conciliari per indicare la circoscrizione territoriale soggetta alla giurisdizione del vescovo può essere così sintetizzato:

1) la diocesi può essere designata con i seguenti termini: *dioecesis*, *parrocia*, *ecclesia*, *cathedra*, e *plebs*; nessuno è an-

cora chiaramente tecnico ed univoco, meno usati sono *parrocchia* e *cathedra*.

2) Tutti i termini di cui al punto 1 hanno una notevole tradizione di uso nella lingua dei cristiani, alcuni però solo in greco (*dioecesis* e *parrocchia*).

3) Per tutti il significato territoriale rappresenta lo stadio terminale di una evoluzione semantica che va o dall'astratto e spirituale al concreto (*dioecesis*, *cathedra*, *parrocchia*), o dalle persona alle cose, precisamente dal senso di singola comunità cristiana, senza distinzioni gerarchiche, a comunità costituita soprattutto di laici, legata ad un certo territorio e retta da un ecclesiastico superiore, ed infine a territorio semplicemente (*parrocchia*, *ecclesia*, *plebs*).

4) Soltanto *plebs*, *ecclesia* e *cathedra* mostrano, nell'uso delle comunità cristiane di lingua latina, l'evoluzione sopra tracciata. *Dioecesis* e *parrocchia* vengono recepiti nel latino dei cristiani allo stadio, praticamente terminale, della loro evoluzione semantica.

V

LA PARROCCHIA

L'istituto della parrocchia in senso moderno, territorio in cui opera una certa comunità, sottomesso alla giurisdizione di un presbitero ed affidato alla sua cura, nei secoli IV e V è scarsamente diffuso, ma non se ne può negare l'esistenza. Gli stessi canoni conciliari che saranno riportati subito sotto ne sono la prova dell'esistenza. La terminologia per indicare tale istituto è naturalmente imprecisa e si confonde con quella usata per l'istituto della diocesi, perchè, in fondo, la parrocchia è una piccola diocesi ed il presbitero un piccolo vescovo con funzioni e poteri limitati, con chierici minori alle sue dipendenze.

Denominazioni: *Ecclesia*, *parrocchia*, *plebs*.

Per *ecclesia*, *parrocchia* e *plebs* il significato di comunità compresa entro certi limiti territoriali ed affidata alla cura di un pre-

sbitero si può dedurre, nei canoni sotto riportati, dall'uso di verbi di moto che implicano un riferimento al territorio, oppure dal contenuto stesso dei singoli canoni.

Ecclesia. C. 421, c. 9 *Item placuit, ut eo modo non vendant rem ecclesiae presbyteri ubi sunt constituti*; Tol., c. 20 *...ita placuit ut de singulis ecclesiis ad episcopum ante diem paschae diaconi destinentur aut subdiaconi, ut confectum chrisma ab episcopo destinatum ad diem paschae possit occurrere*; Tur., c. 11 *Si quis vero clericus absque episcopi sui permissu, derelicta ecclesia sua, ad alium se voluerit transferre locum...* Questo canone parla di *clericus*, ma anche il *presbyter* è *clericus* ⁽⁸⁵⁾; in ogni caso, *ecclesia* qui designa una comunità minore all'interno di un territorio retto da un vescovo. Comunità minore all'interno di una circoscrizione episcopale, senza tuttavia riferimenti espliciti al presbitero anche in M., c. 21 *Item placuit ut quicumque episcopi, quascumque ecclesias vel plebs quas ad suam cathedram aestimant pertinere...*

Parrocchia. R., c. 3 *...hoc etiam praesens conventus statuit ab omnibus debere servari, id est ut cuicumque de fratribus (vescovi partecipanti al concilio di Riez) tale aliquid caritatis consilia dictaverint, liceat ei unam parrociarum suarum ecclesiam cedere...*, in questo canone se *parrocchia* non ha espressamente il valore di territorio e comunità in esso costituita ed affidata ad un presbitero, indica in ogni modo chiaramente una comunità o suddivisione territoriale minore all'interno della circoscrizione vescovile.

Plebs. C. III, c. 42 *Spigonius episcopus dixit... quod ple-risque stolidi adversus episcopos suos cervices erigunt presbyteri, vel convivii sibi conciliantes plebem..., hoc dico non debere rectorem accipere eam plebem quae in dioecesi semper subiaccuit...*, in questo esempio è chiaro il senso di comunità retta da un presbitero, meno evidente è il riferimento al territorio. In C. I, c. 11

(85) I. MAZZINI, *La terminologia dell'organizzazione gerarchica* ..., p. 41.

Optantius cum se repraesentaret pactum mecum habuit et divisimus plebes; ...contra hoc pactum circuit plebs mihi attributas... è evidente solo il significato di comunità minore all'interno di una circoscrizione vescovile, manca il riferimento alla giurisdizione del presbitero ed ai limiti territoriali in cui la comunità opera; cfr. ancora M., c. 21 sopra riportato.

In breve: 1) Per designare l'istituto della parrocchia, nei testi conciliari si fa ricorso a *ecclesia*, *parrocchia* e *plebs*. 2) Nessuno di questi termini è ancora chiaramente tecnico, il significato si deduce dal contesto. 3) Per quanto concerne l'evoluzione semantica di ciascuno, si può ripetere quanto è stato già rilevato per ognuno nel senso di diocesi.

VI

CONCLUSIONE

Giunti al termine della presente ricerca, così possono esserne sintetizzate le risultanze:

1) Nei testi conciliari dei secoli IV e V per designare le ripartizioni del territorio ecclesiastico anche oggi in vigore, non si fa uso, eccetto *provincia*, di una terminologia tecnica ed univoca, si ricorre a vari termini di cui alcuni possono indicare sia la diocesi che la provincia (*plebs*, *parrocchia*, *ecclesia*), altri sia la provincia, sia la sua capitale, sia la diocesi (*cathedra*, *sedes*) sebbene, per questi ultimi, si debba rilevare un tentativo di operare una certa distinzione o meglio tecnicizzazione, attraverso il ricorso ad attributi, come *prima*, *principalis*, *matrix*, *apostolica*.

2) Nonostante la fluidità delle relative denominazioni, non si può negare l'esistenza dei tre istituti. Ciò che va rilevato di diverso tra i tre istituti nei secoli IV e V ed oggi, è il fatto che in ognuno di essi la comunità come insieme di persone o credenti è da considerare ancora come una componente fondamentale; la

componente territorio subentra proprio in questo periodo ed ancora non si può ritenere, in genere, prevalente. È certamente anche il permanere della componente comunità, che giustifica l'uso di tutti quei termini che anteriormente erano usati semplicemente per indicare la comunità, come insieme dei credenti.

3) Escluse *provincia*, *plebs* e *sedes*, tutte le altre denominazioni delle ripartizioni territoriali ecclesiastiche sono grecismi: *cathedra*, *paroecia*, *ecclesia*, *dioecesis* (*metropolis*). Dei sopraccitati grecismi, *paroecia* e *dioecesis* entrano nel latino dei cristiani solo nello stadio terminale o semiterminale della loro evoluzione semantica, una evoluzione che va dall'astratto al concreto, dalle persone alle cose.

4) Tutte le denominazioni delle ripartizioni territoriali ecclesiastiche, esclusa *provincia*, sia quelle latine sia quelle greche, avendo una lunga tradizione di uso nella lingua dei cristiani, mostrano chiaramente una evoluzione semantica molto interessante che rispecchia l'evoluzione della chiesa da istituzione spirituale e comunità di credenti, senza distinzioni sociali e gerarchia al suo interno, a istituzione sempre più terrena, con capi, una gerarchia e delle suddivisioni amministrative che in qualche modo ricalcano quelle dell'impero.

5) La terminologia dell'organizzazione territoriale civile è accettata e fatta propria solo nel caso di *provincia*, per il resto si fa ricorso, come già si è detto, a termini di tradizione cristiana; non ricorrono mai le denominazioni delle corrispondenti ripartizioni civili: così la diocesi non è designata con *civitas* o *municipium*, nè la parrocchia con *vicus* o *pagus*. La non accettazione delle denominazioni civili corrispondenti per la diocesi e la parrocchia può essere spiegata sia con il perdurare della componente comunità, nell'istituto territoriale ecclesiastico, sia insieme con la volontà di evitare una laicizzazione troppo scoperta. La tendenza alla laicizzazione, alla istituzionalizzazione o integrazione

della chiesa, nell'era postcostantiniana è un fatto indiscutibile, però è chiaro che si vuole procedere su questa strada con estrema cautela. Così si preferisce svuotare gradualmente del primitivo significato dei termini di tradizione cristiana, anziché crearne dei nuovi o addirittura prenderne in prestito dal linguaggio amministrativo civile.

ANNA MARIA GIOMARO

PER LO STUDIO
DELLA *LEX CORNELIA DE EDICTIS* DEL 67 A.C.:
LA PERSONALITÀ DEL TRIBUNO PROPONENTE,
GAIO PUBLIO CORNELIO

SOMMARIO: 1. La *lex Cornelia* c.d. *de edictis*: importanza dei problemi da essa suscitati. Le due principali posizioni interpretative sulla legge. Introduzione all'analisi della personalità di Cornelio. — 2. La personalità di Cornelio nella sua attività politica come *quaestor* militare prima del 67 a.C. — 3. Le vicende e le polemiche del tribunato del 67 a.C.: la personalità di Cornelio attraverso le sue leggi e le sue proposte. Il contrasto fra Cornelio e il senato. — 4. L'accusa mossa contro Cornelio per il *crimen de maiestate*: le varie e controverse vicende dell'incriminazione e del processo. — 5. Un'interpretazione politica della figura del tribuno come partigiano di Pompeo. — 6. Spunti critici nell'orazione *pro Cornelio* di Cicerone, pronunciata in occasione del processo del 65; ulteriori documentazioni sul carattere politico della personalità di Cornelio. — 7. Conclusione: la *lex Cornelia* vista in correlazione con le altre iniziative del tribuno, a coronamento delle tendenze antisenatorie rivelate da tutta l'attività di Cornelio. Un'ipotesi circa la durata della legge.

1. La *lex Cornelia* c.d. *de edictis* del 67 a.C. ⁽¹⁾ rappresenta senz'altro un momento di fondamentale importanza nello studio dei problemi che si agitano attorno all'editto pretorio: infatti

(1) La legge disponeva *ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent* (Asc., in *Corn.* p. 52). Sappiamo dallo stesso Asconio che il promotore del plebiscito — perché di plebiscito, appunto, si tratta — e cioè il tribuno della plebe del 67 a.C., Gaio Publio Cornelio —, fu accusato *de maiestate* e processato; Cicerone fu allora il suo difensore, e la tradizione e la critica ciceroniana del tempo e dei secoli immediatamente seguenti ha inneggiato all'orazione *pro Cornelio* come a una delle migliori dell'oratore di Arpino. Essa non ci è pervenuta, ma possiamo ricostruirla, almeno nei suoi tratti essenziali (a parte i pochi cenni che Quintiliano le dedica nelle sue *institutiones oratoriae*) attraverso i commentari di Asconio, dai quali viene una delle due sole testimonianze che abbiamo della *lex Cornelia* (Asc., *loc. cit.*: *Aliam deinde legem, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis tulit, ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent: quae res conctam gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie ius dicere assueverant, sustulit*). Il passo di Asconio è stato posto in relazione con un brano delle *storie romane* di Dione Cassio, riferito allo stesso anno, il 67 a.C., ed allo stesso tribuno: *οἱ στρατηγοὶ πάντες τὰ δίκαια καθ' ἃ δικάσειν ἐμελλον, αὐτοὶ συγγράφοντες, ἐξετίθεσαν· οὐ γὰρ πῶς πάντα τὰ δικαιώματα τὰ περὶ τὰ συμβόλαια διετέτακτο. ἐπεὶ οὖν οὔτε ἐσάπαξ τοῦτ' ἐποίουν οὔτε τὰ γραφέντα ἐτήρουν, ἀλλὰ πολλάκις αὐτὰ μετέγραφον καὶ συχνά ἐν τούτῳ πρὸς χάριν ἢ καὶ κατ' ἔχθραν τιῶν, ὥσπερ εἰκός, ἐγίνετο, ἐσηγήσατο κατ' ἀρχάς τε εὐθὺς αὐτοὺς τὰ δίκαια οἷς χρῆσονται προλέγειν, καὶ μηδὲν ἀπ' αὐτῶν παρατρέπειν* (Dio. Ca. XXXVI, 40, 1-2). Si è voluto dare una denominazione precisa alla legge: la si è, quindi, indicata col *cognomen* del tribuno propo-

essa è stata considerata a proposito della trattazione della discrezionalità del pretore nella sua carica e, soprattutto, nei confronti del proprio editto, e, più in particolare, trattando dei limiti di tale discrezionalità, del potere di *denegatio*, del valore di certe espressioni come *causa cognita* e simili, degli abusi dei magistrati, e, infine, dei rapporti fra editto perpetuo, editto repentino e decreti.

Le soluzioni che la dottrina ha proposto al problema del valore e della natura di questa legge si ispirano, quindi, a due concetti assolutamente contrapposti del potere del pretore. E se il valore della *lex Cornelia* è stato sottolineato, dal punto di vista costituzionale, da parte di coloro che hanno visto in essa il punto d'arrivo di una tendenza limitatrice della discrezionalità pretoria, tendenza che, dopo aver dato luogo a varie, ma occasionali manifestazioni, si affermava ora legislativamente, costituendo il primo passo verso la codificazione dell'editto stesso ⁽²⁾; d'altra

nente, come di regola, e con un *index* variabile, che ora richiama quella che, secondo la dizione letterale di Asconio, può essere la materia diretta della legge, cioè gli editti dei pretori (*lex Cornelia de edictis*, o *de edicto pratoris*, ecc.), ed ora, invece, indica più specificamente il contenuto, o meglio, il fondamento degli editti stessi, la *iurisdictio* (*lex Cornelia de iurisdictione*).

(2) Secondo tale interpretazione il valore della *lex Cornelia* sarebbe, come si è detto, addirittura costituzionale. Originariamente, infatti, l'editto pretorio si sarebbe presentato come semplice programma indicativo circa l'amministrazione della *iurisdictio* nel corso del nuovo anno. In ogni caso il *praetor* avrebbe conservato piena libertà di valutare se concedere o non concedere le tutele promesse, se attenersi all'editto o discostarsene (cfr. B. BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, in *Scritti giuridici*, II, Milano 1965, p. 519; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946, p. 105; E. BETTI, *Diritto romano*, Padova 1935, p. 49). Col tempo, però, pur interpretando sempre l'editto come non vincolante per il magistrato, si venne riconoscendo la validità di certi vincoli (vuoi imposti dall'esterno, vuoi innati nella figura del pretore), quali la *fides* antica (cfr. F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, Firenze 1946, p. 193 s.), l'*intercessio* e la pubblica fama (cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, I, Milano 1963, p. 177 ss.), qualche specifica disposizione del senato o degli editti stessi (cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 177 ss., e, in particolare, per quel che riguarda la clausola edittuale *quod quisque iuris*, p. 180 ss.; A. METRO, *La lex Cornelia de iurisdictione alla luce di Dio. Ca. XXXVI, 40, 1-2*, in *IURA*, 20, 1969, p. 502 s.). Nell'ambito, appunto, di questa particolare concezione del potere pretorio, la *lex Cornelia* rappresenterebbe il momento in cui si avverte finalmente la necessità di attuare un sistema stabile di diritto. Di conseguenza, intendendo la legge così, letteralmente, i

parte, però, il silenzio che le fonti hanno conservato sulla legge potrebbe essere inteso, come di fatto è stato inteso, quale indizio del valore soltanto marginale e contingente che la legge avrebbe avuto ⁽³⁾, come dimostrerebbe il discorso che Cicerone rivolge

pretori non avrebbero avuto più, in nessun caso, la facoltà di discostarsi dall'editto perpetuo, cioè da quello emanato all'inizio dell'anno di carica. In questo senso E. BETTI, *Su la formula del processo civile romano*, in *Filangieri*, 39, p. 674 ss. (in particolare p. 675); CARRELLI, *op. cit.*, p. 106; L. CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Palermo 1961, p. 137; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, p. 206 nt. 6; P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma 1968, p. 423; V. ARANCIO RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli 1957, p. 153; J. ELLUL, *Histoire des institutions de l'antiquité*, Paris 1961, p. 389; M. LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi Bonfante*, II, Milano 1930, p. 508 ss. In particolare si può ricordare il DE MARTINO, il quale, pur propendendo per la visione costituzionale (cfr. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, p. 71 e nt. 6), altrove (*Storia della costituzione romana*, III, Napoli 1958, p. 131 ss.) inquadra la legge in un certo clima di riorganizzazione anche morale, se non prevalentemente morale, che Roma visse negli anni fra il 78 e il 60-59 a.C. Un problema particolare si pone, invece, il LEVY-BRUHL (H. LEVY-BRUHL, *La denegatio actionis sous la procédure formulaire*, Lille 1924, p. 70 s.), che, incline ad attribuire al provvedimento un valore costituzionale, si domanda, però, se la legge avesse avuto carattere innovativo, come ritiene la maggior parte degli autori che seguono questa opinione, oppure se non avesse fatto altro che ricordare imperativamente ai magistrati i loro obblighi legali, dopo che essi, in mezzo ai torbidi del periodo, si erano assunti posizioni di indipendenza esagerata. Il LEVY-BRUHL propende per questa seconda ipotesi (è da notare che questo Autore, con pochi altri, riferisce la *lex Cornelia* all'età di Silla, con evidente travisamento delle fonti).

Con tratti più originali hanno trattato della *lex Cornelia*, sempre in senso costituzionalistico, e spesso in diretta polemica con i sostenitori dell'altra interpretazione della legge (cfr. *infra*, nt. 3) G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, p. 108 ss.; SCHULZ, *op. cit.*, p. 199; F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano 1954, p. 156; G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, Bologna 1965, p. 52 ss.; METRO, *op. cit.*, *passim* (ed ora, anche, *La denegatio actionis*, Milano 1973, p. 145 e nt. 176); B. VONCLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris 1968, p. 187 ss.

(3) Al di là e al di sopra di tutte le limitazioni possibili, soggettive ed oggettive, che la tradizione giuridica romana poté opporre alla ampiezza del potere pretorio, il *praetor* avrebbe conservato sempre la più lata discrezionalità. Si discute soltanto se egli godesse di tale autonomia anche nei confronti del proprio editto unicamente nei casi in cui egli stesso se la fosse riservata tramite apposite clausole edituali (*causa cognita*, *si iusta causa mihi esse videbitur*, *uti quaeque res erit animadvertam*, ecc.; cfr. per tutti METRO, *La denegatio*, *cit.*, *passim*), oppure anche qualora nulla fosse disposto al riguardo (cfr. R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960, capp. III e IV). A tal proposito appare controverso anche il valore che il termine *cognitio* assume nelle fonti romane, in particolare nei riguardi dell'attività del pretore. Le due tesi principali fanno capo, l'una al LEVY-BRUHL (cfr. *La denegatio*, *cit.*,

contro il malgoverno di Verre, soprattutto per il suo comportamento nei confronti del proprio editto ⁽⁴⁾.

p. 51 ss. inoltre *La causae cognitio sous la procédure formulaire*, in *Tijd. v. Rechts-geschied.*, 5, 1924, p. 383 ss.; più recentemente PUGLIESE, *Actio*, cit., p. 108 ss.; LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 52 ss.; *In tema d'origine del processo extra ordinem*, in *Studi Volterra*, II, Milano 1971, p. 665 ss., e, in particolare, p. 679), l'altra al MARTINI (cfr. *Il problema*, cit., e, ora, *Causae cognitio e discrezionalità*, in *Studi Donatuti*, II, Milano 1973, p. 695 ss.). La *lex Cornelia* non avrebbe affatto avuto, quindi, quel valore costituzionale che si potrebbe credere, ed anzi solo occasionalmente avrebbe riguardato l'argomento degli editti pretori, senza carattere incisivo. Questa impostazione del problema muove dalle parole del KRÜGER (*Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*², München-Leipzig 1912, p. 34, in specie, nt. 7), il quale parla molto genericamente di abusi dei magistrati, e, basandosi sul solo argomento e *silentio*, trae, infine, la conclusione che la legge non giunse neppure all'età di Adriano, dal momento che le fonti del periodo invitano spesso i pretori ad allontanarsi dall'editto, cosa che risponde, poi, alla pratica dei pretori stessi. Altri autori, come il WENGER (*Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, p. 408 e nt. 6) e il DE FRANCISCI (*Storia del diritto romano*, II, Milano 1944, p. 14, ed anche *Arcana imperii*, III, 1, Milano 1947, p. 166), hanno indicato nella *lex Cornelia*, in maniera più specifica, il provvedimento che voleva reprimere gli abusi dei magistrati e gli effetti disastrosi dello strapotere che essi venivano arrogandosi. Così, oltre gli autori già citati, il MOMMSEN, *Storia di Roma antica*, III, 1, Torino 1925, p. 139, il quale ricollega direttamente la *lex Cornelia* all'attività di reazione alla riforma sillana; e anche S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Roma 1928, p. 65 nt. 1; MARTINI, *Il problema*, cit., p. 38 s.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Milano 1963, p. 265; BRONDI, *op. cit.*, in particolare p. 533; *Prospettive romanistiche*, Milano 1935, p. 38 e nt. 1; J. GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité*, Paris 1967, p. 576.

Di fronte al silenzio delle fonti sulla *lex Cornelia*, del resto, anche gli autori che aderiscono alla visione costituzionalistica devono dare una giustificazione. Lo stesso METRO (*La lex Cornelia*, cit., p. 500 nt. 4) finisce, quindi, per riconoscere che la legge aveva un valore temporaneo: « Il fatto che la *lex Cornelia* intese porre rimedio ad una situazione contingente potrebbe essere sufficiente, a mio avviso, a spiegare (ammesso che di tale circostanza occasionale sia necessario trovare una spiegazione) perché di tale legge, che pure introdusse un così importante temperamento alla discrezionalità dei pretori, siano rimaste così poche tracce nelle fonti ... Non è necessario, dunque, affermare piuttosto sbrigativamente che la *lex Cornelia* non deve essere stata applicata troppo rigidamente ... ».

⁽⁴⁾ Il passo di Cicerone è il seguente: *Et cum edictum totum eorum arbitratu, quamdiu fuit designatus, componeret, qui ab isto ius ad utilitatem suam nundinarentur, tum vero in magistratu contra illud ipsum edictum suum sine ulla religione decernebat. Itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum in quibus ita intercessit, quod iste aliter atque ut edixerat describeret. Quod vos oblitos esse non arbitror, quae multitudo, qui ordo ad Pisonis sellam isto praetore solitus sit convenire; quem iste conlegam nisi habuisset, lapidibus coopertum esset in foro. Sed eo leviores istius iniuriae videbantur quod erat in aequitate prudentiaque Pisonis paratissimum perfugium, quo*

Mi sembra, però, che sia stata accordata attenzione alla *lex Cornelia* da un punto di vista troppo astratto⁽⁵⁾, cioè cer-

sine labore, sine molestia, sine impensa, etiam sine patrono homines uterentur (Cic., in Verr. II, 46, 119). Secondo il MARTINI (*Il problema*, cit., p. 38), l'episodio concorre a chiarire, appunto, gli scopi della *lex Cornelia*, dalla quale il pretore non sarebbe stato *tout court* vincolato alle sue predisposizioni edittali. Infatti il Martini rileva che nel passo di Cicerone si parla di numerose *intercessionibus* opposte da Pisone a Verre, il quale troppo frequentemente era venuto meno alle singole disposizioni del suo editto *sine ulla religione*. L'*intercessio* di Pisone era, dunque, giustificata — conclude il Martini — dal fatto che Verre aveva agito *sine ulla religione*, e non, semplicemente, perché egli avesse operato in contraddizione con le promesse da lui espresse nell'editto.

Il VONCLIS, *op. cit.*, p. 187 ss., cerca, invece, la soluzione del problema circa il valore della *lex Cornelia* nel passo successivo dello stesso Cicerone (Cic., in Verr. II, 46, 120: *Nam, quaeso, redite in memoriam, iudices, quae libido istius in iure dicundo fuerit, quae varietas decretorum, quae nundinatio, quam inanes domus eorum omnium qui de iure civili consuli solent...*), concludendo che a provocare il veto di Pisone non fu tanto il fatto che Verre fosse venuto meno alle promesse da lui stesso rese note nell'editto, e neppure, di per sé, la circostanza che le ripetute violazioni avvenissero *sine ulla religione*, ma piuttosto il fatto che, nel discostarsi dall'editto, Verre non tenesse alcun conto della consultazione dei giuristi.

Infine il CERVENCA (*Recensione a Martini*, in *BIDR.*, 64, 1961, p. 383 ss.) ed il LUZZATTO (*Il problema*, cit., p. 69 ss., e, anche, *In tema di origine*, cit., p. 679 s.), argomentando dal fatto che il periodo direttamente riferito a Pisone (*intercessit quod iste aliter atque ut edixerat decrevisset*) non fa alcun accenno al *sine ulla religione*, concludono (rifiutando, con ciò, l'esegesi particolare del Martini) che questa ultima espressione non fa altro che aggravare il fatto stesso che più volte Verre aveva violato l'editto. Quest'atto, in sé e per sé, rimarrebbe, quindi, la base su cui si giustifica l'*intercessio*, senza che la clausola aggravante potesse modificare minimamente l'illiceità di tale comportamento.

⁽⁵⁾ Una trattazione a parte merita la tesi svolta dal CERVENCA (*Recensione*, cit.), in diretta contrapposizione all'opinione del MARTINI. Secondo il Cervenca, le due teorie — quella che vede nella *lex Cornelia* un provvedimento di valore costituzionale, e quella che la riduce a norma di carattere transitorio e contingente per impedire gli abusi dei pretori — trovano nella legge stessa il luogo di una pacifica convivenza, senza venir meno ai propri caratteri fondamentali. Adattamenti e compromessi non sarebbero possibili fra le due teorie, essendo esse diametralmente opposte; l'unica possibilità di conciliazione sarebbe, perciò, quella di considerarle come le due facce della stessa medaglia, ambedue elementi dello stesso provvedimento (l'uno, cioè la necessità di reprimere gli abusi, sarebbe la motivazione politica nell'ambiente storico in cui il provvedimento sorse, e l'altro, invece, rappresenterebbe l'effetto concreto, anche al di là delle intenzioni dell'autore, per cui, dopo il 67 a.C. i pretori sarebbero rimasti vincolati, essi stessi, ai loro editti). La *lex Cornelia*, perciò, risponderebbe a due esigenze molto sentite nel suo tempo, ma distinte: in essa occorrerebbe separare il movente politico occasionale, rappresentato dagli abusi dei magistrati, e il contenuto giuridico, che è, appunto, l'imposizione di un vincolo alla discrezionalità del pretore.

cando solamente di ricavarne argomenti per fondare con maggior solidità le conclusioni circa il presupposto implicito di essa, il valore vincolante o meno dell'editto ⁽⁶⁾.

In tal maniera non si è tenuto conto, fra l'altro, di un ulteriore elemento di valutazione: della personalità, cioè, del tribuno proponente, Gaio Publio Cornelio, esaminata attraverso le singole proposte legislative avanzate durante la carica, nonchè dei risvolti politici di tale personalità. L'insieme delle iniziative assunte dal tribuno e la loro valutazione complessiva, anche alla luce dei movimenti di fazioni nel I sec. a.C., come substrato in cui necessariamente si innesta la *lex de edictis*, può risultare, invece, argomento interessante per comprenderne il significato.

2. Asc., *In Corn.* p. 50: C. Cornelius homo non improbus vita habitus est.

Così inizia il commento di Asconio Pediano all'orazione ciceroniana *pro Cornelio* ⁽⁷⁾: vi leggiamo subito una definizione riassuntiva e moralistica dell'individuo, che può forse dare, a prima vista, l'impressione di essere benevola, ma che appare, in fondo, astiosamente contraria. Cornelio fu *homo non improbus*: ma l'espressione usata ci fa intendere che, nel pensiero di Asconio, non poteva qualificarsi senz'altro come *probus*, e così, come sempre accade quando si vuol dare un giudizio non troppo negativo, ma nemmeno positivo, l'autore latino sceglie la via di mezzo.

(6) Ciò soprattutto per gli autori aderenti all'interpretazione costituzionalistica. Essi, infatti, trattando, in genere, della *lex Cornelia* nell'ambito dello svolgimento della teoria dell'editto, suggestionati forse dall'importanza della materia che la legge doveva trattare e dall'indice ad essa attribuito, hanno creduto di trovarvi una prova di certe loro opinioni sull'attività dei magistrati urbani, la prova, cioè, che l'editto pretorio, almeno dopo il 67 a.C., avrebbe avuto un valore vincolante anche per il pretore edicante (cfr., per tutti, METRO, *La denegatio*, cit., in particolare, p. 145 ss.). In tal modo, però, si rischia di incorrere in un circolo vizioso, perché si fonda l'affermazione del carattere vincolante dell'editto sulla *lex Cornelia*, e, viceversa, si dimostra il valore del provvedimento sulla base delle diverse concezioni intorno all'editto stesso.

(7) Cfr. Asconio Pediano, in *Cornelianam actionem*, che ho letto nell'edizione di A.C. CLARK, Oxonii 1962, e Dione Cassio, *historiae romanae*, XXXVI, 38-40 (la parte, appunto, relativa alla *leges Corneliae latae*).

Del resto, per interpretare il *non improbus vita* mi sembra esemplificativo il seguente passo il Quintiliano.

QUINT., *inst. or.* V, 13, 26: Quod autem posui, referre, quo quidque accusator modo dixerit, huc pertinet, ut, si est minus efficaciter elocutus, ipsa eius verba ponantur; si acri et vehementi fuerit usus oratione, eandem rem nostris verbis mitioribus proferamus, ut Cicero de Cornelio 'codicem attigit' et protinus cum quadam defensione, ut, si pro luxurioso dicendum sit: 'objecta est paulo liberalior vita'.

Un buon oratore — dice Quintiliano — (e Asconio, per quel poco che sappiamo di lui, riteneva di essere il depositario di tutte le arti classiche e di tutte le virtù) ⁽⁸⁾ deve saper attenuare, dove e quando sia necessario, le espressioni più forti e che potrebbero nuocere, senza venir meno del tutto alla verità.

Il passo di Quintiliano è interessante anche sotto altri due profili: innanzi tutto perchè è una delle poche testimonianze che ricordino, sia pure in maniera fugace, la *pro Cornelio* di Cicerone, e, in secondo luogo, perchè accenna al fatto che l'oratore nell'assumere la difesa del tribuno, dovette parlare, di lui e del fatto che lo aveva portato davanti all'accusa, *mitioribus verbis*. Ma questo è un punto su cui ritornerò più ampiamente nel § 6.

L'atteggiamento negativo, che Asconio dimostra nei confronti di Cornelio fin dal primo passo del suo commento, non scompare neppure in seguito, ma, anzi, riaffiora qua e là, pur rimanendo in secondo piano rispetto alla narrazione dei fatti e al commento. Non aiuta a comprendere l'antipatia di Asconio neppure una interpretazione politica della figura di Cornelio, interpretazione cui ho fatto cenno precedentemente e che svilupperò sulla base di altre fonti, per cui il tribuno si rivela sincero seguace del partito pompeiano e assertore delle grandezze di Pompeo. In-

(8) Cfr. E. PARATORE, *Storia della letteratura latina*, Firenze 1962, p. 755-756.

fatti, mentre Asconio appare completamente estraneo alla politica, nel I sec. d.C., sotto il dominio dei Flavi, le vicende di Cesare e di Pompeo e di una repubblica pericolante, dovevano essere sentite come un passato definitivamente tramontato, mentre ormai generale era l'acquiescenza al principato.

Asconio informa, poi, che la carriera politica di Cornelio iniziò sotto l'egida di Pompeo, del quale il futuro tribuno fu *quaestor*, per sovrintendere alle finanze delle spedizioni del condottiero.

Asc., l.c.: *Fuerat quaestor Cn. Pompeii...* ⁽⁹⁾.

Con una certa approssimazione si può dire che egli fu eletto *quaestor* di Pompeo nell'età minima richiesta, qualunque essa fosse — e la sua determinazione si aggira, come noto ⁽¹⁰⁾,

⁽⁹⁾ Per un esame dei profili storici e giuridici di questa magistratura si veda DE MARTINO, *Storia*, cit., II, Napoli 1966, p. 206 ss.

⁽¹⁰⁾ L'analisi che il DE MARTINO (*Storia*, cit., II, p. 363 ss.) compie sul problema dei limiti d'età per l'elezione alle singole magistrature, presenta tutti i dubbi non risolti fra i quali la dottrina tuttora si dibatte. La questura è, infatti, la prima tappa del *cursus honorum*. Secondo la *lex Villia annalis* [cfr. nel DE MARTINO, *loc. cit.*, le fonti; si veda anche G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912 (anast. Hildesheim 1967), p. 278], che Livio riporta all'anno 180 a.C., prima di poter essere eletti alla questura occorre aver militato o essere stato iscritto per dieci anni nelle liste dell'esercito. L'età minima sarebbe, perciò, secondo il MOMMSEN, quella di 28 anni. Secondo l'opinione di altri autori, invece, la *lex Villia* non si sarebbe limitata a porre queste regole generali (circa l'attività militare che doveva precedere la questura, e circa l'intervallo di due anni che doveva fraporsi tra una magistratura e l'altra della carriera politica). Essa avrebbe indicato, anche, in maniera espressa, l'età richiesta per ciascuna magistratura, fissando dei limiti che sarebbero stati, poi, gli stessi che riscontriamo nel periodo di Cesare e Cicerone. Secondo quest'ultima teoria, quindi, l'età minima della questura sarebbe di 33 anni. E, d'altra parte, non si possono neppure trascurare certi casi, molto probabilmente eccezionali, che sembrano derogare all'una o all'altra opinione: Ti. Gracco, per esempio, fu eletto *quaestor* all'età di 26 anni.

Le perplessità della dottrina in proposito sono poi aggravate dal fatto che, per il periodo che qui interessa, occorre aver riguardo anche alla *lex Cornelia de magistratibus*, mentre non è dato sapere se con questa legge Silla avesse, fra l'altro, mutato i criteri legali circa l'età per accedere alle varie magistrature. Le norme che vigevano all'epoca di Cicerone richiedevano 43 anni per il consolato, 40 per la pretura, 37 per l'edilità curule, 33 per la questura. E allora ogni dubbio sembrerebbe risolto perché gli anni della vita di Cornelio che ci interessano sono, appunto, gli anni in cui

fra i 26, i 28 e i 33 anni — perchè la foga politica che il personaggio dimostrerà induce a pensare che non avesse posto tempo in mezzo nel dare inizio al suo *cursus honorum*. Era, e lo vedremo, un giovane ambizioso, cresciuto in un periodo turbolento che presentava troppi pericolosi esempi di personali iniziative di governo contro le leggi della repubblica, senza reazione da parte del senato, era, infine, dotato di forte energia (tanto che Asconio lo definirà *iusto pertinacior*) ⁽¹¹⁾ volta ad ottenere quanto desiderava. Sembra logico, perciò, che, non appena ebbe compiuta l'età legislativamente richiesta, subito si sia incamminato per la strada della carriera politica.

Date le disposizioni della *lex Villia*, due anni almeno dovevano passare prima che Cornelio potesse essere eletto ad un'altra magistratura (non pare che la *lex Cornelia de magistratibus* ponesse un diverso intervallo per l'elezione a cariche diverse): dunque Cornelio era tribuno, possiamo dire, fra i 28 ed i 35 anni. Perchè avesse scelto proprio il tribunato della plebe come seconda magistratura non possiamo sapere: certo è che la *lex Pompeia de tribunicia potestate*, reinserendo il tribunato fra le magistrature onorarie, aveva restituito nel 70 ai tribuni tutta la primitiva dignità sottratta loro da Silla. Pertanto la carriera di Cornelio si presentava chiara e facile, aperta ad ogni successo, agli inizi dell'anno del tribunato, il 67 a.C.

3. Il testo di Asconio continua riportando le notizie più interessanti relative al tribunato ricoperto da Cornelio nel 67.

Asc., *L.c.*: Fuerat... dein tribunus plebis C. Pisone

comincia a svolgersi anche la carriera politica di Cicerone (lo stesso Asconio ricorda, nella *Corneliana*, la pretura di Cicerone, gerita nel 66 a.C.); dunque, gli stessi limiti d'età saranno stati rispettati anche da Cornelio. Le difficoltà, tuttavia, rimangono sempre, perchè le fonti documentano che, negli stessi anni, Cesare saliva alla magistratura due anni prima di Cicerone, e Catone il giovane un anno prima. Si è, allora, pensato che i criteri di determinazione dell'età minima richiesta fossero due, uno per i puri politici, e uno per coloro che avessero prestato il servizio militare. Ma si tratta solo di ipotesi di cui non si hanno prove.

⁽¹¹⁾ Cfr. *infra*, p. 278.

M. Glabrione consulibus biennio ante quam haec dicta sunt. In eo magistratu ita se gessit ut iusto pertinacior videretur.

Asconio riferisce che Cornelio fu eletto tribuno due anni prima del processo in cui fu pronunciata in sua difesa l'orazione di Cicerone, e fornisce, in questo passo, alcuni rilevanti elementi di giudizio. Infatti *iusto pertinacior* indica il pensiero dell'autore sulla personalità di Cornelio: *iusto pertinacior*, cioè troppo ostinato, troppo arrogantemente fermo e costante nelle sue idee, disposto a tutto pur di farle trionfare. Il resto della narrazione dimostra e giustifica questa espressione, tratteggiando da vicino i fatti di quel tribunato che provocarono una frattura profonda fra il senato e Cornelio.

ASC., *L.c.* : Alienatus autem a senatu est ex hac causa.

Segue, nel testo, la specificazione della *causa*, la quale comprende e riassume alcune iniziative e proposte di legge del tribuno che incontrarono l'opposizione del senato e sulle quali, invece, Cornelio insistette cercando di far valere, fors'anche al di là del possibile e del lecito, la sua posizione costituzionale.

Il primo provvedimento che Asconio riferisce al tribuno Cornelio (non sappiamo se fosse veramente il primo, ovvero soltanto il primo che rivestisse un certo significato per delineare il particolare rapporto che si creò tra Cornelio e gli ottimati) è una *relatio ne quis legatis exterarum nationum pecuniam expensam ferret*.

ASC., *in Corn.* p. 50-51 : Rettulerat ad senatum ut, quoniam exterarum nationum legatis pecunia magna daretur usura turpique et famosa ex eo lucra fierent, ne quis legatis exterarum nationum pecuniam expensam ferret. Cuius relationem repudiavit senatus et decrevit satis cautum videri eo senatusconsulto quod aliquot ante annos L. Domitio C. Caelio consulibus factum erat, cum senatus ante paucolos annos ex eodem illo senatusconsul-

to decrevisset ne quis Cretensibus pecuniam mutuam daret. Cornelius ea re offensus senatui questus est de ea in contione: exhauriri provincias usuris; providendum ut haberent legati unde praesenti die darent...

Il problema che viene qui richiamato riguarda un particolare aspetto del dominio romano in provincia: la provincia si presentava, infatti, come campo proficuo di ampie attività di speculazione finanziaria. Se i provinciali avevano bisogno di denaro per provvedere, in pari tempo, al tributo annuale da versare a Roma ed alla ricostruzione dei luoghi sconvolti dalle recenti guerre di conquista, vi erano privati cittadini che prestavano loro, 'benevolmente', anche ingenti somme, richiedendone poi, però, tassi d'interesse veramente spaventosi, i quali finivano per impoverire completamente la provincia, che già prima si trovava in precarie condizioni. Così Cicerone ricorda come normale il caso di Giunio Bruto, che aveva prestato agli abitanti di Salamina la somma di 106 talenti al tasso del 48 % ⁽¹²⁾.

Per risolvere questo problema e porre una remora a così gravi inconvenienti Cornelio *rettulerat ad senatum... ne quis legatis exterarum nationum pecuniam expensam ferret*. Ma il senato rifiutò di prendere in esame la cosa, dicendo che già su quell'argomento era stato disposto tutto quanto era necessario, con un preciso *senatusconsultum* emanato *aliquot ante annos*,

⁽¹²⁾ Circa il governo e l'amministrazione delle province nell'età repubblicana vedi DE MARTINO, *Storia*, cit., II, p. 281 ss.

Per quel che riguarda, più in particolare, il punto che qui interessa, cioè le speculazioni finanziarie in provincia, cfr. lo stesso DE MARTINO, *Storia*, cit., III, p. 333-334, dove è riportato anche l'episodio di Giunio Bruto (di cui Cic., *ad Att.* VI, I, 4); cfr. ancora R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano 1969, p. 62 ss. e ntt. 26-27; G. PUGLIESE, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Syntheseleia Arancio Ruiz*, II, Napoli 1964, p. 972 ss.; V. ARANCIO RUIZ, *Le tavolette cerate di Ercolano e il contratto letterale*, in *Studi Redenti*, I, Milano 1959, p. 113 ss.; *Testi e documenti. Tavolette ercolanesi (debiti di denaro)*, in *BIDR.*, 61, 1958, p. 293 ss.

Per ciò che riguarda i *legati* di cui ci parla il testo di Asconio, si tratta dei *decem legati*, dieci cittadini romani, nominati per dare esecuzione in provincia alle istruzioni del senato, con il quale rimanevano poi sempre collegati. Cfr. DE MARTINO, *Storia*, cit., II, p. 284, ed ivi bibliografia e fonti.

sotto il consolato di L. Domizio e C. Celio (cioè nel 94 a.C.) ⁽¹³⁾, dal momento che, sulla base di quello stesso senatoconsulto, il senato aveva poi emanato un *decretum*, *ante pauculos annos ... ne quis Cretensibus pecuniam mutuam daret*.

Asconio dà notizia, dunque, di un senatoconsulto, non meglio identificato. La circostanza, però, che esso venga indicato, senza una propria denominazione, soltanto con la data di emanazione, e cioè col nome dei consoli eponimi, può far pensare che si trattasse di una disposizione di grande notorietà, ancora al tempo di Asconio stesso. Tuttavia noi non abbiamo nelle fonti altre notizie su di esso.

Probabilmente il caso concreto che si presentava era questo. I *legati* di una certa provincia, o anche di più province, avendo raccolto i fondi necessari per la restituzione del capitale, si erano spaventati di fronte al pensiero delle lunghe economie che dovevano ancora sostenere per poter corrispondere anche gli interessi. Perciò avevano esposto a Roma le loro lagnanze, e Cornelio se ne era fatto interprete. Non si trattava, comunque, da parte di Cornelio, di una vera e propria proposta legislativa, quanto, piuttosto, di una denuncia, nel senso indicato, dei problemi finanziari delle province, che, con ogni probabilità, egli aveva avuto modo di toccar con mano direttamente durante il periodo della sua

⁽¹³⁾ Cfr. T.R.S. BROUGHTON, *The magistrates of the roman republic*, II, New York 1952, p. 12. Per il provvedimento qui ricordato da Asconio vedi ancora DE MARTINO, *Storia*, cit., III, p. 131, nt. 24: il DE MARTINO, però, confonde in un'unica disposizione il *decretum* senatorio *ne quis Cretensibus pecuniam mutuam daret* con il precedente senatoconsulto del 94 a.C. Sulla base di tale equivoco, perciò, il senatoconsulto stesso non è stato mai riguardato con la dovuta attenzione. Il CRIFÒ (G. CRIFÒ, *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in *BIDR*, 71, 1968, p. 31 ss., e, in specie, p. 58) ne fa cenno appena, e soprattutto per discutere la data del provvedimento (*op. cit.*, nt. 108), che non sarebbe l'anno 94, ma, seguendo la versione di Dione Cassio, il 70-69 a.C. In realtà, anche questo autore sovrappone i due provvedimenti, come il De Martino, solo che invece di riferirsi all'epoca del primo, considera la data del secondo solamente. Qualche accenno più ampio fornisce la LORETI LORINI (B. LORETI LORINI, *Il potere legislativo del senato romano*, in *Studi Bonfante*, IV, Milano 1930, p. 379 ss., e, in specie, p. 386), la quale distingue un decreto senatorio del 94 a.C. e un senatoconsulto del 69: viceversa, si è detto che dei due provvedimenti il primo era un senatoconsulto ed il secondo un decreto.

quaestura militare agli ordini di Pompeo. Lo stesso Asconio, nel riferire le vicende, parla di una *relatio* (e non *rogatio*), di un *rettulerat* (e non semplicemente *tulerat*, come viene usato per le *rogationes*); e forse per questo motivo, perchè, cioè, non si tratta di una proposta di legge, ma di una semplice relazione al senato, allorchè Dione Cassio espone a sua volta le *leges Corneliae latae* nel 67 a.C., non fa nessun accenno a questo episodio.

In ogni modo, la prima iniziativa di Cornelio era rivolta ad ottenere dal senato una disposizione decisa e precisa contro le speculazioni finanziarie in provincia. Questa intenzione risulta chiaramente da due espressioni del testo di Asconio che si riferiscono al discorso, con cui Cornelio si presentò dapprima davanti al senato (*rettulerat ad senatum ut, quoniam exterarum nationum legatis pecunia magna daretur usura turpiaque et famosa ex eo lucra fierent...*), e poi *in contione* (*exhauriri provincias usuris...*): come si vede, la preoccupazione di Cornelio era accentrata sulle *usurae*, e proprio queste, dunque, egli cercava di evitare ⁽¹⁴⁾. Ma la reazione del senato fu categorica. Verisimilmente una decisione nel senso richiesto dal tribuno avrebbe ostacolato in modo principale proprio quella classe senatoria alla quale Cornelio si era rivolto. Non si deve dimenticare, infatti, che i senatori erano esclusi, per divieto legislativo o per consuetudine, da certe attività commerciali, le quali avrebbero potuto nuocere, forse, alla serenità con cui erano, invece, chiamati a reggere Roma e il suo dominio: così essi non potevano impiegare il loro

(14) In tal senso bisogna ricordare ancora C. NICOLET, *Le sénat et les amendements aux lois à la fin de la République*, in *RHD*, 36, 1958, p. 262 ss., e, in specie, p. 262-266; anche il NICOLET motiva l'iniziativa di Cornelio nei confronti dei provinciali con queste parole: « proposition justifiée par les gains scandaleux que les prêteurs, les sénateurs ou leurs hommes de paille en retiraient ». Un ulteriore argomento a convalidare tale conclusione può essere tratto dalla *lex Gabinia de versura provincialibus non facienda*. Il CRIFÒ (*op. cit.*, p. 59 nt. 113) discute la datazione di tale legge (il 67, come propongono il Costa e il Rotondi; il 61, come vorrebbe il Willems; il 58, come insegna il Mommsen; il 56, come ipotizza lo stesso Crifò). Ciò che, però, appare interessante in questa sede è il ripetersi a distanza di pochi anni degli stessi problemi presentati da Cornelio.

patrimonio nei commerci marittimi, e ancora — a parte il logico divieto di esercitare professioni *infames* — non potevano dedicarsi ad attività che richiedessero loro la maggior parte della giornata, non potevano ottenere appalti per forniture pubbliche, nè per la percezione delle imposte. È, quindi, molto probabile che i finanziamenti alle province, dato anche il loro ingente ammontare, provenissero, per larga parte, da elementi di rango senatorio, che trovavano così modo di speculare aggirando le proibizioni. Perciò, la denuncia di Cornelio, diretta a far vietare il prestito alle province, colpiva principalmente il senato. Ed è lecito, forse, a questo punto, porsi un ulteriore interrogativo circa le reali intenzioni del tribuno, e cioè se egli avesse veramente in animo di giovare agli interessi dei provinciali, o piuttosto di nuocere alle più o meno celate attività speculative dei senatori.

Il senato, con la sua risposta, si riservava di valutare le esigenze finanziarie dei provinciali caso per caso, secondo discrezionali valutazioni d'opportunità. Così già il consesso dei *patres* aveva disposto col *decretum ne quis Cretensibus pecuniam mutuatam daret*; e ciò senza bisogno di una legge, la quale avrebbe imposto una soluzione unica, una volta per tutte, cosa che avrebbe potuto essere contraria all'equità, e che, soprattutto, date le circostanze del momento, si sarebbe presentata come assolutamente negativa per gli interessi senatori.

Ritornando alla narrazione di Asconio, la seconda iniziativa che il grammatico riferisce a Cornelio è una *rogatio ne quis nisi per populum legibus solveretur* ⁽¹⁵⁾. Era consuetudine an-

⁽¹⁵⁾ Negli anni del primo sviluppo dell'ordinamento politico-giuridico romano, il senato non aveva facoltà di dispensare i *cives* dall'osservanza delle leggi. Esso poteva soltanto dare impulso alla deliberazione in questo senso, ma la prerogativa, in sostanza, spettava ai comizi. In casi di assoluta urgenza e necessità anche il senato poteva concedere la *legibus solutio*, ma soltanto in via preliminare: l'opportunità del provvedimento doveva essere ancora discussa nel comizio, per ottenere la ratifica della decisione senatoria. In ogni caso il senato avrà esercitato la sua influenza presso i singoli magistrati, affinché essi presentassero ai comizi la richiesta (cfr. DE MARTINO, *Storia*, cit., II, p. 170). Infine nella pratica non si applicò più la regola dell'approvazione

tica che il senato sottoponesse ad approvazione popolare i provvedimenti con i quali, di propria iniziativa, avesse stabilito di esentare un singolo individuo dall'osservanza di qualche legge, in modo che, libero in tutte le sue attività, non fosse da essa ostacolato o danneggiato. Il senato, però, accentrando in sè ogni potere, aveva ben presto obliterato gli antichi costumi, si era arrogato la facoltà assoluta di svincolare chi volesse dalle leggi, senza alcun richiamo al popolo.

Asc., in *Corn.* p. 51 : ... promulgavitque legem qua auctoritatem senatus minuebat, ne quis nisi per populum legibus solveretur. Quod antiquo quoque iure erat cautum; itaque in omnibus senatusconsultis quibus aliquem legibus solvi placebat adici erat solitum ut de ea re ad populum ferretur: sed paulatim ferri erat desitum resque iam in eam consuetudinem venerat ut postremo ne adiceretur quidem in senatusconsultis de rogatione ad populum ferenda; eaque ipsa senatusconsulta per pauculos admodum fiebant. Indigne eam Corneli rogationem tulerant potentissimi quique ex senatu quorum gratia magno pere minuebatur; itaque P. Servilius Globulus tribunus plebis inventus erat qui C. Cornelio obsisteret. Is, ubi legis ferundae dies venit et praeco subiciente scriba verba legis recitare populo coepit, et scribam subicere et praeconem pronuntiare passus non est.

Di fronte alla proposta di Cornelio il senato cercò di correre ai ripari: si valse, infatti, della cooperazione del collega di Cornelio nel tribunato, P. Servilio Globulo, che paralizzò la *rogatio*. Fu costui che, quando Cornelio volle presentare al popolo la sua proposta, *et praeco subiciente scriba verba legis recitare populo coepit, et scribam subicere et praeconem pronuntiare passus non*

popolare. Mentre Livio attesta la disciplina primitiva ancora per gli anni del III sec. a.C., Asconio mostra che nel 67 a.C. la situazione è molto mutata: il cambiamento è da porre, perciò, nel corso del II sec. a.C.

est; e *praeco* e *scriba* rifiutarono, allora, di compiere il loro ufficio, perchè esso era vanificato dall'*intercessio* di Globulo.

Ci si può chiedere di che tipo fosse l'*intercessio* opposta da Globulo a Cornelio, se, cioè, fosse il veto che comunemente il magistrato poteva opporre all'altro magistrato di *par maiorve potestas*, oppure l'arma concessa ai soli tribuni, da usarsi per gravi motivi di politica interna e costituzionale, tale, quindi, da porre il tribuno, come arbitro della correttezza di tutto il governo, alla pari e al di sopra dei consoli stessi e di coloro che ricoprivano le cariche più alte ⁽¹⁶⁾. Poichè l'*intercessio*, in questo caso, proviene da un tribuno ed è volta contro un tribuno, il dubbio è legittimo.

Consideriamo, a questo proposito, tutto il passo relativo alla vicenda, nonchè il seguito ed il suo esito.

ASC., L.C.: Tum Cornelius ipse codicem recitavit.
Quod cum improbe fieri C. Piso consul vehementer queretur tollique tribuniciam intercessionem diceret...

Come risulta dalla nostra fonte, in seguito all'*intercessio* di Globulo, quando il *praeco* e lo *scriba* rifiutarono le loro funzioni, Cornelio lesse egli stesso al popolo la sua proposta, provocando, però, in tal modo, fra le altre, un'aspra reazione da parte del console Pisone, che si dimostrò assolutamente intransigente nei confronti di questa illegalità costituzionale. Pisone lamentò, in particolare, che l'atto di Cornelio venisse a togliere valore all'*intercessio* tribunizia. Ora, il qualificativo *tribunicia* potrebbe

(16) Infatti il COLI (cfr. U. COLI, voce *Intercessio*, in *Noviss. Dig. Ital.*, VIII, Torino 1962, p. 787 ss.) distingue tre tipi di *intercessio*, a seconda che il veto sia posto dal collega di *par potestas*, dal magistrato di *maior potestas*, ovvero, infine, dal tribuno. Nel primo caso l'*intercessio* è un effetto naturale dei criteri della collegialità nella magistratura; nel secondo caso è giustificata dall'*imperium*, cioè dal diritto di dare ordini che compete al magistrato di grado maggiore, al quale tutti, cittadini e magistrati inferiori, devono sottostare; nel terzo caso è un potere eccezionale concesso ai tribuni per la tutela degli interessi popolari, mediante il quale essi possono opporsi ai consoli (purché si sia entro la cerchia dell'antico *pomerium*), e, nel caso fosse necessario, possono anche punirli direttamente.

essere posto, senza specifico significato, solamente per indicare la provenienza dell'*intercessio*; come potrebbe anche stare a significare il particolare valore che in quel caso veniva ad assumere l'*intercessio* stessa. E quando alcuni fra i più influenti senatori accusarono Cornelio, *dixerunt autem hoc: vidisse se cum Cornelius in tribunatu codicem pro rostris ipse recitaret, quod ante Cornelium nemo fecisse existimaretur. Volebant videri se iudicare eam rem magnopere ad crimen imminutae maiestatis tribuniciae pertinere; etenim prope tollebatur intercessio, si id tribunis permetteretur. Non poterat negare id factum esse Cicero, is eo confugit ut diceret non ideo quod lectus sit codex a tribuno imminutam esse tribuniciam potestatem* (Asc., in *Corn.* p. 53). Qui non si parla soltanto di *intercessio tribunicia*, bensì, addirittura, di *maiestas tribunicia*, e poi di *tribunicia potestas*, che sembrerebbero espressioni assai più significative.

Si tratterebbe, in sostanza, del veto particolarmente concesso ai tribuni e solo ai tribuni, come strumento di progresso giuridico e di pace sociale ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ Si deve tener presente, a tal proposito, quanto nota il COLI (*op. cit.*, p. 788): « Si avverta poi — scrive l'Autore — che, nel caso molto frequente d'opposizione di tribuno a tribuno, non era in gioco la *tribunicia potestas*, bensì la *par potestas*, sicché l'opposizione doveva coerentemente manifestarsi in modo non diverso dall'opposizione del collega nelle magistrature del popolo ». Il discorso che fa il Coli (e con lui gran parte della dottrina) è questo: allorché un tribuno opponeva al console il suo veto, la forza di esso riposava nel carattere della *sacertas*, nella sacralità ed inviolabilità della persona del tribuno stesso, il quale, se il console non ottemperava al divieto, ve lo poteva costringere con la forza. Quindi, se l'opposizione si verificava fra due tribuni, essendo ambedue *sacri*, verrebbe meno la possibilità della coercizione materiale, e, di conseguenza, si deve ritenere che fra tribuni fosse possibile la sola *intercessio* basata sui criteri della collegialità che non vengono mai meno.

Direi, però, che questo discorso non escluda, in maniera assoluta, la possibilità di una vera *intercessio tribunicia* anche contro un tribuno. Ammettiamo, per ipotesi, che Globulo avesse opposto il normale veto che un magistrato di *par potestas* oppone al suo collega: sarebbe stata sufficiente l'iniziativa contraria di Cornelio a giustificare un processo *de maiestate*, fondato essenzialmente, non sulla violazione degli obblighi derivanti dalla magistratura collegiale, bensì su quei richiami specifici e ripetuti all'*imminuta potestas tribunicia* e al *crimen* relativo (quando *potestas tribunicia* è proprio l'espressione che riassume in sé i caratteri di privilegio religioso della magistratura plebea)?

Sulla natura del veto di Globulo, nel senso di *intercessio tribunicia*, non sembra

In ogni modo, come si è visto, Cornelio disattese, senza timore, il veto, e, pur conscio di attirarsi così tutti i fulmini dell'olimpico senatorio, presentò egli stesso la sua proposta.

Asc., l.c.: Quod cum improbe fieri C. Piso consul vehementer quereretur tollique tribuniciam intercessionem diceret, gravi convicio a populo exceptus est; et cum ille eos qui sibi intentabant manus prendi a lictore iussisset, fracti eius fasces sunt lapidesque etiam ex ultima contione in consulem iacti.

Allora Cornelio, spaventato forse dalla violenza nascosta nell'elemento popolare, dalle illegittimità compiute, dal fatto, infine, che per causa sua si fosse giunti ad alzare le mani sul console e ad infrangere le insegne del suo *imperium*, si ritirò dalla *contio*. La trattazione dell'argomento proseguì in senato ed anche qui la battaglia non fu facile.

Asc., in *Corn.* p. 51-52: ... quo tumultu Cornelius perturbatus concilium dimisit actutum. Actum deinde eadem de re in senatu est magnis contentionibus. Tum Cornelius ita ferre rursus coepit ne quis in senatu legibus solveretur nisi CC adfuissent, neve quis, cum solutus esset, intercederet, cum de ea re ad populum ferretur. Haec sine tumultu res acta est.

Il tribuno si risolse a modificare la sua originaria proposta, formulando una soluzione di compromesso. La nuova proposta, che giunse abbastanza felicemente in porto (*haec sine tumultu res acta est*), ottenendo il riconoscimento di legge, disponeva, dunque, che il senato avesse il potere di *solvere legibus*, purchè, però, fossero presenti almeno 200 senatori, per garantire una certa imparzialità della decisione e l'intervento in essa delle più disparate tendenze ⁽¹⁸⁾; inoltre, colui che fosse stato così svincolato

porsi alcun dubbio il MEIER (C. MEIER, *Die loca intercessionis bei Rogationen. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Bedingungen der tribuniciischen Intercession*, in *Museum Helveticum*, 25, 1968, p. 86 ss.).

(18) È noto che nel senato patriziato e *nobilitas* avevano la maggioranza (vedi

dagli obblighi di legge non avrebbe avuto ancora la pienezza dei poteri, e, in particolare, la possibilità di vincere l'opposizione popolare mediante un veto, quando la risoluzione senatoria fosse portata alla cognizione del popolo.

Di fronte all'originaria proposta di Cornelio, la nuova legge costituiva senz'altro una vittoria dei senatori. Asconio, infatti, già in occasione della prima *rogatio* aveva denunciato il malcostume del senato, che prendeva ormai le decisioni più importanti in una ristretta minoranza, al fine di favorire compiacentemente i propri sostenitori e si è visto come, nell'occasione di questa denuncia, il grammatico usasse delle espressioni particolarmente forti, quali ... *promulgavitque legem qua auctoritatem senatus minuebat...*, e ... *potentissimi quique ex senatu quorum gratia magnopere minuebatur*.

Ma anche la nuova soluzione di compromesso, sia pure *sine tumultu* ... *acta*, non aveva soddisfatto il senato, poiché Asconio, dopo aver menzionato la legge finalmente approvata, soggiunge :

Asc., in *Corn.* p. 52 : *Nemo enim negare poterat pro senatus auctoritatem esse eam legem; sed tamen eam tulit invitis optimatibus, qui per paucos amicis gratificare solebant.*

In Dione Cassio troviamo un'analoga ricostruzione degli avvenimenti che accompagnarono la proposta di Cornelio *de legibus solutione*. Movente interno appare anche qui l'irritazione del tribuno per l'opposizione che il senato manifestava alle sue iniziative.

P. WILLEMS, *Le sénat de la république romaine*, I, Paris 1935, p. 159 ss.). È vero che nella *nobilitas* rientrano, ormai, oltre agli elementi patrizi, anche quelli di estrazione plebea che abbiano ricoperto, però, magistrature curuli: tuttavia i rappresentanti del ceto che poi Sallustio chiamerà dei *populares* sono sempre una minoranza. D'altra parte nell'anno 65 a.C. il numero dei membri del senato dovrebbe essere compreso fra 300 e 450 (avvicinandosi di più alla prima che alla seconda cifra). Quindi, dati anche i sommovimenti contrari alla *nobilitas* del II sec. a.C., e la reazione del senato alla proposta di Cornelio, è pensabile che nel numero di 200 senatori, richiesti per la *legibus solutio*, rientrassero, in una certa misura, anche i *populares*.

DIO. CA. XXXVI, 39, 2: ἀγανακτήσας οὖν ἐπὶ τούτοις ὁ Κορνήλιος γνώμην ἐποιήσατο μὴ ἐξεῖναι τοῖς βουλευταῖς μήτε ἀρχὴν τινι ἔξω τῶν νόμων αἰτήσαντι διδόναι μήτ' ἄλλο μηδὲν τῶν τῷ δήμῳ προσηκόντων ψηφίζεσθαι· τοῦτο γὰρ ἐνενομοθέτητο μὲν ἐκ τοῦ πάνυ ἀρχαίου, οὐ μέντοι καὶ τῷ ἔργῳ ἐτηρεῖτο.

La descrizione del tumulto popolare, che segue la proposta di Cornelio e l'opposizione del senato, assume anche qui colori assai vividi (*διασπάσασθαι ἐπεχείρησεν*), benchè Dione Cassio abbia riassunto, forse troppo, le caratteristiche e la vastità della reazione senatoria.

DIO. CA. XXXVI, 39, 3-4: θορύβου τε ἐπ' αὐτῷ πολλοῦ συμβάντος (καὶ γὰρ ἀντέπρασσον τῶν τε ἄλλων τῶν ἐκ τῆς γερούσιας συχνοὶ καὶ ὁ Πίσων) τάς τε ῥάβδους αὐτοῦ ὁ ὄχλος συνέτριψε καὶ αὐτὸν διασπάσασθαι ἐπεχείρησεν. ἰδὼν οὖν τὴν ὀρμὴν αὐτῶν ὁ Κορνήλιος τότε μὲν, πρὶν ἐπιψηφίσαι τι, διαφῆκε τὸν σύλλογον, ὕστερον δὲ προσέγραψε τῷ νομῷ τὴν τε βουλὴν πάντως περὶ αὐτῶν προβουλεύειν καὶ τὸν δῆμον ἐπάναγκας ἐπικυροῦν τὸ προβούλευμα.

Ma più preciso appare, nello storico greco, il processo di formazione della proposta, la quale risulterebbe costruita in due tempi: dapprima, infatti, essa prevedeva solamente il lato negativo della questione, il divieto: *μὴ ἐξεῖναι τοῖς βουλευταῖς μήτε ἀρχὴν τινι ἔξω τῶν νόμων αἰτήσαντι διδόναι μήτ' ἄλλο μηδὲν τῶν τῷ δήμῳ προσηκόντων ψηφίζεσθαι*. Invece, dopo aver sperimentato, attraverso la resistenza del senato, come quel germe di corruzione tardasse a morire, Cornelio avrebbe aggiunto alla proposta la menzione della necessità della ratifica popolare, cioè il comando positivo. E in questo secondo momento appare adombrata la soluzione di compromesso alla quale fu, infine, costretto il tribuno, e della quale abbiamo parlato: la modificazione della proposta per l'intervento del senato, e le varie vicende che accompagnarono la formulazione della nuova legge rimangono, quindi, velate (*προσέγρα-*

πε τῷ νόμῳ τήν τε βουλὴν πάντως περὶ αὐτῶν προβουλεύειν καὶ τὸν δῆμον ἐπάναγκες ἐπικυροῦν τὸ προβούλευμα).

In realtà, considerando attentamente la formulazione del divieto, si può notare che esso risulta, a sua volta, costituito da due distinte disposizioni, l'una, che non fosse concesso ai senatori di dare, a chi lo richiedesse, il potere di agire al di fuori delle leggi (μήτε ἀρχὴν τινι ἔξω τῶν νόμων αἰτήσαντι διδόναι), l'altra, di portata più ampia, che non fosse lecito agli stessi senatori di decretare in null'altro che fosse di competenza del popolo (μήτ' ἄλλο μηδὲν τῶν τῷ δήμῳ προσηκόντων ψηφίζεσθαι). Invece la modifica o aggiunta, apportata dallo stesso Cornelio dopo le vicende del tumulto, rivela un'unica direttiva. Infatti Cornelio dispone, ora, che il senato abbia sì, la facoltà di deliberare in ordine a quelle questioni (τήν τε βουλὴν πάντως περὶ αὐτῶν προβουλεύειν), però solo con carattere preliminare (πρὸ βουλεύειν, πρὸ βούλευμα), e che, in un secondo tempo, il popolo debba necessariamente ratificare la delibera (τὸν δῆμον ἐπάναγκες ἐπικυροῦν τὸ προβούλευμα): dove è chiaro che la direttiva corrisponde in pieno alle intenzioni del tribuno, quali ci appaiono dal solo μήτ' ἄλλο μηδὲν τῶν τῷ δήμῳ προσηκόντων ψηφίζεσθαι.

Asconio prosegue a questo punto dicendo:

Asc., l.c.: Aliam deinde legem, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis tulit, ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent: quae res cunctam gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie ius dicere assueverant, sustulit ⁽¹⁹⁾.

Il tono della narrazione è, come si vede, lo stesso. Ritroviamo le stesse espressioni, le stesse parole già usate, *invitis, gratiam*; e questo ripetersi sta quasi ad indicare come identico sia il motivo ispiratore di quest'ultimo provvedimento e dei precedenti ⁽²⁰⁾. Si potrebbe, è vero, cogliere un'apparente differenza

⁽¹⁹⁾ Cfr. *supra*, § 1.

⁽²⁰⁾ Della testimonianza di Asconio vanno posti, in particolare luce alcuni tratti.

fra la *lex de edictis*, che fu emanata *multis tamen invitis*, e l'in-

Innanzi tutto il grammatico dice, a proposito dei pretori, *qui varie ius dicere assueverant*; e *assuesco* è un verbo incoativo, indica un'azione che si vien facendo, in un continuo progredire. Di fronte a tutte le possibili espressioni che la lingua latina offre, la scelta di questo verbo può essere indicativa. E ciò nel senso che la *lex Cornelia* trasse origine non da esigenze profonde ed antiche dell'ordinamento giuridico romano, ma da contingenze prodottesi col tempo e giunte al loro culmine nei primi decenni del I sec. a.C.

E bisogna anche considerare i pochi tratti forniti da Asconio circa l'uso anteriore alla legge. Dire « pochi tratti » è già dir molto, perché, in realtà, si tratta di un solo avverbio, *varie*, che condensa in sé decenni d'abusi: *varie* — io credo — significa « variamente » o « diversamente », oppure « ora in un modo, ora in un altro », e lascia al pretore una troppo lata discrezionalità, permettendo interpretazioni diverse della stessa clausola edittale, a seconda delle circostanze e delle influenze esterne, risolvendosi talvolta in un'attività contraddittoria in sé stessa, priva di ogni coerenza con lo spirito dell'editto. *Varie* indica, perciò, tutto il profondo degenerare della funzione giurisdizionale dei pretori in Roma, i quali si erano arrogati col tempo, e soprattutto durante i contrasti politici del I sec. a.C., poteri sempre più ampi. Basta ricordare che l'avverbio *varie* ha la stessa radice tematica di quel *varietas decretorum* di cui parla Cicerone (Cic., in *Verr.* II, 1, 119-120), che trova, appunto, la stessa spiegazione: il problema della *lex Cornelia* è il problema della corruzione politica che entra nel mondo magistratuale, ed il provvedimento, forse, mirava ad impedire quella *libido ... in iure dicundo*, quella *varietas decretorum* che lamenta Cicerone (Cic., *loc. cit.*).

Non è, perciò, inopportuno passare a considerare il senso del termine *gratia* presso i latini. Lo stesso Cicerone, che Asconio doveva certo seguire come esempio letterario, definisce l'espressione nel modo seguente: *gratia est in qua amicitiarum et officiorum alterius memoria et remunerandi voluntas continetur* (Cic., *inv.* 2, 66). ERNOUT-MELLET, riportando il passo (cfr. voce *gratia*, in *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, p. 282 ss.), lo pone come esemplificativo del significato astratto del termine, coincidente con « riconoscenza » (infatti il termine può assumere principalmente tre significati: quello astratto di « riconoscenza », quello più concreto di « servizio reso, atto mediante il quale ci si acquista della riconoscenza », e, infine, « credito, influenza »). È, però, significativo il fatto che Cicerone usi il termine *gratia*, in altri passi delle sue opere, con un chiaro senso di concretezza. Nel *commentariolum petitionis*, che per lui scrisse il fratello Quinto, e che poi l'oratore rivede per suo conto, fra i vari consigli di propaganda elettorale, si legge: *Nam hoc biennio quattuor sodalitates hominum ad ambitionem gratiosissimorum tibi obligasti, C. Fundani, Q. Galli, C. Corneli, C. Orchivi ... qua re hoc tibi faciendum est, hoc tempore ut ab his quod debent exigas saepe commonendo, rogando, confirmando, curando ut intellegant nullum se unquam aliud tempus habituros referendae gratiae* (Q. Cic., *comm. pet.* 5, 19). Il passo, che citerò a suo tempo, anche per altri aspetti, appare molto interessante perché riporta ben due volte il termine in questione, e, inoltre, in rapporto proprio alla persona di Cornelio. Quinto ricorda al fratello che nei due anni trascorsi egli si è guadagnato l'amicizia di uomini *ad ambitionem gratiosissimi*: è da notare, innanzi tutto, il termine che indica il rapporto, l'*obligasti*, che fa venire alla mente l'idea di un vero e proprio

vitis optimatibus che viene dichiarato a proposito del provvedimento sulla *legibus solutio*. Ma la differenza è più apparente che reale. È, infatti, evidente che contro la *lex de edictis* si sarà manifestata l'opposizione dei pretori, quale ci viene documentata dallo stesso Asconio e accentrata in poche espressioni: l'una di tali espressioni indica negli *ambitiosi praetores*, appunto, coloro cui la legge è destinata; l'altra suggerisce l'effetto del provvedimento, cioè il *cunctam gratiam ... sustulit*; la terza, infine, il *varie ius dicere*, fornisce elementi riguardo alla circostanza precisa che la legge voleva emendare ⁽²¹⁾. Non bisogna, però, dimen-

vincolo, fondato su circostanze che sono qualcosa di più di una semplice amicizia. E, del resto, questi uomini sono, ripeto, *ad ambitionem gratiosissimi*, sono, cioè, ben consci di ciò che li lega all'oratore, ed hanno la possibilità di ripagare nel modo più pieno, con la loro gratitudine, i favori ricevuti. Ma questa gratitudine, si badi bene, è essa stessa attiva, è diretta *ad ambitionem*, può, cioè, procurare a Cicerone l'appoggio elettorale dei quattro uomini, i quali si sentiranno anche impegnati ad una sorta di propaganda in suo favore. Un secondo punto del testo che qui interessa porre in evidenza è quello in cui Quinto ammonisce: mai essi troveranno un momento più opportuno per dimostrare la loro riconoscenza (*referendae gratiae*: lett. « per restituire il favore »). Infine, lo stesso termine *gratia* compare ancora nel testo di Asconio a proposito della *rogatio Cornelia de legibus solutione, qua auctoritatem senatus minuebat* (Asc., in *Corn.* p. 51), e, ancora con riferimento ai senatori *quorum gratia magnopere minuebatur* (*ibidem*): il termine è qui usato in senso astratto, come « influenza, autorità » del senato e dei senatori. Ma, considerando per un momento le circostanze che inducono l'autore a servirsi della parola, si potrebbe ritornare anche al significato di « possibilità di concedere facilitazioni », dal momento che si trattava della proposta che doveva impedire al senato di sollevare dall'osservanza delle leggi quei soggetti che il senato stesso volesse favorire, indipendentemente dalle disposizioni popolari. Come lo stesso Asconio dice, i senatori *per paucos amicos gratificari solebant*: e mi sembra chiaro, anche qui, l'uso del verbo *gratificor*, che ha la stessa radice tematica di *gratia*. E ancora la radice del termine *gratia* (sempre nella sua forma verbale) è usata in rapporto al pretore Cassio, il quale non si presentò nel giorno stabilito per il primo processo, probabilmente *gratificans reo* (Asc., in *Corn.* p. 52): e *gratiam facere* significa fare una condizione di favore a qualcuno [il *Thesaurus linguae latinae*, vol. VI, fasc. XI, Lipsiae 1950, p. 2206, fra le accezioni del termine, ne riporta una particolarmente legata all'ambiente giudiziario: « *speciatim de favore (fere iniquo) iudicantium (testium al.) erga reum vel erga potentem* »].

(21) Si veda anche la testimonianza di Dione Cassio (Dio. Ca. XXXVI, 40, 1-2, cit. nella nt. 1). Alcuni autori ritengono che si tratti semplicemente di una parafrasi del commentario di Asconio, altri, scoprendo nello storico greco una maggior cura dei particolari, hanno pensato che Dione Cassio abbia ripreso dalla stessa fonte da cui trae materia Asconio, forse con una maggior precisione tecnica nell'esposizione delle

ticare che questi pretori — i quali sarebbero poi entrati a loro volta nel senato — appartenevano allo stesso ceto degli ottimati, avevano interessi comuni, sentivano le stesse esigenze, incontravano le stesse opposizioni, e, soprattutto, erano anch'essi interessati a quel predominio aristocratico che il senato voleva mantenere e contro il quale, invece, le leggi di Cornelio si dimostravano tanto audaci ⁽²²⁾.

varie leggi. Il METRO, infine, basa su questo passo tutta una ricostruzione specifica e nuova del significato della *lex Cornelia* (cfr. METRO, *La lex Cornelia*, cit., *passim*).

Di Dione Cassio vorrei sottolineare, in primo luogo, il termine *χάρις*, che corrisponde perfettamente al latino *gratia*; *μεταγράφω*, del resto, significa « cambiare, mutare discrezionalmente ed incoerentemente », secondo le preferenze del pretore, i suoi favoritismi o i suoi rancori (*πρὸς χάριν ἢ καὶ κατ' ἐχθρὰν*); infine le decisioni del pretore divenivano *συχνά*, cioè contrastanti e contraddittorie, ed in questo termine possiamo trovare una certa analogia con il *varie* asconiano). La legge di Cornelio avrebbe, perciò, sottratto completamente ai pretori la possibilità di guadagnarsi grazia presso gli amici, e soprattutto presso i potenti, perché essi venivano a perdere la facoltà di eludere le disposizioni edittali in loro favore. Si spiega così l'*ambitiosi*, riferito da Asconio ai pretori stessi: l'aver favorito un potente poteva assicurare ai magistrati un appoggio di non poco conto nella ulteriore carriera politica.

Dione Cassio, in particolare, insiste sul fatto che, come accennavo, i pretori si lasciavano influenzare da favoritismi e rancori, i quali — aggiungiamo noi — potevano essere di natura personale, o anche di natura politica. È indicativo il fatto che Dione Cassio, collochi espressamente il provvedimento di Cornelio nel quadro politico che caratterizza il I sec. a.C. Fondare la legge semplicemente sulle esigenze che premevano in Roma in séguito agli abusi magistratuali, non mi sembra sufficiente. Abusi ce n'erano stati, e gravi, anche prima di Verre, moltissimi se ne saranno verificati anche dopo la *lex Cornelia*. Non credo, quindi, che essi facessero sentire la loro urgenza nel I sec. a.C. più che in altra epoca, tanto da giustificare il commento di Dione Cassio: *τότε σύμπαν οὕτως ἐπιμελὲς τοῖς Ῥωμαίοις κατὰ τὸν χρόνον ἔκεινον τὸ μηδὲν δωροδοκεῖσθαι ἐγένετο ὥστε πρὸς τῷ τοὺς ἐλεγχομένους κολάζειν καὶ τοὺς κατηγοροῦντας αὐτῶν ἐτίμων* (Dio. CA. XXXVI, 40, 3). È, invece, la politica che trova il suo acme in questo secolo, la politica intesa come lotta di partiti, *mos partium et factionum* (SALL. *Iug.* 41, 1). Certo che il *δωροδοκεῖσθαι* di cui parla Dione senza altro specificare, il « ricevere doni », indica semplicemente un fenomeno di corruzione senza alcun riferimento politico; è la determinazione temporale, il *κατὰ τὸν χρόνον ἔκεινον*, che mi fa propendere per l'interpretazione che ho detto, perché appunto nel I sec. a.C. più che in altri momenti sogni imperialistici individuali, personali indirizzi politici, più o meno chiari, sconvolgono la società romana.

(22) Proprio la clausola edittale *quod quisque iuris* può rappresentare un'indicazione circa lo stato di fatto che si era creato in Roma e che costituì la causa della disposizione di Cornelio. L'editto è fatto risalire a Caio Ottavio, padre di Augusto e pretore nel 61 a.C., oppure a Cneo Ottavio, pretore durante l'epoca di Silla, e, preci-

Asconio, concludendo, infine, l'analisi dell'attività di Cornelio durante il tribunato, prima di passare a narrare le vicende della sua incriminazione e del processo, sottolinea, ancora una volta, i contrasti che accompagnarono sempre le azioni del tribuno:

Asc., *l.c.*: Alias quoque complures leges Cornelius promulgavit, quibus plerisque collegae intercesserunt: per quas contentiones totius tribunatus eius tempus paraectum est ⁽²³⁾.

samente nel 79. Cicerone, nel passo da cui si è dedotta la paternità del provvedimento, così si esprime: *His rebus nuper C. Octavius iucundissime fuit, apud quem primum licitor quievit, tacuit accensus, quotiens quisque voluit, dixit, et quam voluit diu. Quibus ille rebus fortasse nimis lenis videretur, nisi haec lenitas illa severitatem tueretur. Cogebantur Sullani homines, quae per vim et metum obstulerant, reddere. Qui in magistratibus iniuriose decreverant, eodem ipsis privatis erat iure parendum. Haec illius severitas acerba videretur nisi multis condimentis humanitatis mitigaretur* (Cic., *ad Q. fr.* I, 1, 7, 20). La datazione precisa di questo editto è, quindi, controversa: il METRO (*La lex Cornelia*, cit., p. 519 ss.) ritiene di poter superare tutti i dubbi della dottrina ponendo la disposizione nell'anno 79 a.C. Le limitazioni alla discrezionalità pretoria introdotte da questo editto sono magistralmente descritte dal PUGLIESE (*Il processo*, cit., II, 1, p. 177 ss.) e dal METRO (*loc. cit.*), il quale, poi, pone appunto in diretta relazione l'editto stesso con la *lex Cornelia* del 67. Ad ogni modo, ai nostri fini interessa semplicemente il commento di Cicerone, e il fatto che l'editto si inquadri negli anni delle lotte di potere (siano esse le prime schermaglie fra Cesare e Pompeo, ovvero le repressioni del partito sillano contro i resti del partito di Mario, come è, forse, più probabile, sulla base di quel *Sullani homines* del passo ciceroniano). Le lotte di fazione avevano permesso ai magistrati di toccare il fondo della corruzione, dettando essi statuizioni con chiara ispirazione di parte. Si trattava spesso di confische di fondi, pronunzie di proscrizioni, e, con ogni probabilità, clausole di sfavore nei confronti di determinate persone, legate al partito avverso. Il rimedio apportato a questo stato di fatto dall'editto *quod quisque iuris*, che poi entrò come clausola editale tralasciata nel programma di ogni pretore, era, però, un rimedio limitato. L'editto, allora, potrebbe davvero costituire un precedente della *lex Cornelia*, nel senso che mentre esso impediva al magistrato l'applicazione di sistemi discriminatori ingiustificati, la *lex* del tribuno Cornelio avrebbe vietato, durante l'anno, decisioni su argomenti non contemplati dall'editto, prescindendo dalle direttive dell'editto stesso.

⁽²³⁾ Il testo parla della semplice *promulgatio* di disposizioni che furono rese inoperanti dall'*intercessio*, restando, quindi, allo stadio di proposte. Ma non si deve dimenticare quel *plerisque* con il quale Asconio sembra limitare ad alcuni, anche se alla maggior parte dei casi, l'intervento così drasticamente negativo dei colleghi. Accanto alle proposte che non assunsero alla dignità di leggi, il testo lascia indovinare altre leggi vere e proprie, che, però, Asconio non ricorda espressamente perché il suo

Purtroppo Asconio non riporta (direttamente, almeno) alcuna delle ulteriori e numerose proposte che il tribuno Cornelio formulò nel 67 a.C., dalle quali avremmo potuto trarre forse ulteriori indicazioni circa la personalità del loro autore. Il grammatico si limita a dire che, per la maggior parte, esse furono paralizzate dall'*intercessio*. Già si è visto come, a proposito della *lex Cornelia de legibus solutione*, il senato, facendo pressione sul tribuno Globulo, avesse ottenuto che Cornelio incontrasse il veto nell'ambito della stessa magistratura in cui svolgeva le sue funzioni. Qui il testo parla, molto genericamente, di *collegae*, i quali si opposero mediante *intercessio*. Se non si può escludere che alcuni abbiano agito per convinzione, certamente altri si saranno lasciati influenzare dal particolare sfavore che accompagnava ormai il tribuno presso il senato, presso molti magistrati, ed, infine, presso i ceti più influenti.

Un accenno su uno, almeno, di questi provvedimenti ulteriori ci è, però, fornito, sia pure in maniera indiretta, attraverso le parole di Cicerone, riportate nel seguito del suo commento dallo stesso Asconio.

CIC. in Asc., in *Corn.* p. 66: Qua re cum haec populus romanus videret et cum a tribunis plebis doceretur, nisi poenam accessisset in divisores, exstingui ambitum nullo modo posse, legem hanc Corneli flagitabat, illam quae ex senatusconsulto ferebatur repudiabat, idque iure, ut docti sumus, duorum consulum designatorum calamitate.

et eadem de re paulo post:

Ut spectaculum illud re et tempore salubre ac necessarium, genere et exemplo miserum ac funestum videremus.

Asconio trascrive qui un brano dell'orazione di Cicerone, in cui l'oratore aveva trattato, appunto, il problema del *crimen de*

intento era di sottolineare il contrasto fra Cornelio ed il senato, al quale contrasto la citazione di queste ultime leggi nulla aggiungeva.

ambitu ⁽²⁴⁾ e le giuste reazioni di Cornelio contro di esso. Lo stesso Asconio precisa di aver avvicinato, con le parole *et eadem de re paulo post*, due passi che nell'orazione si trovavano di poco staccati ⁽²⁵⁾. E, a giustificazione dell'ultimo periodo di Cicerone, soggiunge:

Asc., l.c.: P. Sullam et P. Autronium significat, quorum alterum L. Cotta, alterum L. Torquatus, qui cum haec Cicero dicebat consules erant, ambitus damnarant et in eorum locum creati erant ⁽²⁶⁾.

I passi di Cicerone, staccati dal contesto in cui dovevano inserirsi originariamente, non risultano, purtroppo, molto chiari; ma ulteriori notizie su questa legge, sono contenute in altri passi dello stesso commento di Asconio (così, per esempio, il fatto

⁽²⁴⁾ Non sappiamo quali pene fossero previste per i rei di *ambitus* dalla *rogatio Cornelia*: si possono solamente fare delle ipotesi. Bisogna tener presente che, data la reazione del senato, quale poi vedremo, e dei *divisores*, evidentemente la proposta aggravava le pene già precedentemente fissate, e queste, in base all'ultima disposizione sull'argomento che ci sia pervenuta, la *lex Cornelia de ambitu* di Silla (di una più recente *lex Aurelia de ambitu* del 75 a.C. conosciamo solo il nome), prevedevano l'ineleggibilità per dieci anni (cfr. U. COLI, voce *Ambitus*, in *Noviss. Dig. Ital.*, I, Torino, 1957, p. 534 ss.). Sulla base delle parole di Asconio (*nisi poenam accessisset in divisores extingui ambitum nullo modo posse*...), si può, però, ritenere che per la prima volta fosse prevista una pena anche per i *divisores*, cioè per i fautori ed istigatori del *crimen* stesso (circa il valore del termine *divisores*, cfr. ROTONDI, *op. cit.*, p. 370). In tal modo si spiega anche la grave reazione dei medesimi *divisores* alla ben più favorevole *lex Calpurnia de ambitu*, che, come vedremo, fu approvata al posto della proposta di Cornelio (vedi *infra*, p. 299 s.).

⁽²⁵⁾ Sulla base di tale testimonianza non è possibile concordare con l'opinione della GRIFFIN (M. GRIFFIN, *The tribune Cornelius*, in *The Journal of Roman Studies*, 63, 1973, p. 202), secondo la quale Asconio avrebbe trattato in maniera particolare delle sole disposizioni di Cornelio che anche Cicerone ricordava nel suo discorso, riassumendo le altre fra le *aliae complures leges*. In questo caso, infatti, Asconio non ha menzionato separatamente la *rogatio de ambitu*, che Cicerone, invece, aveva addirittura esaltato.

⁽²⁶⁾ Questo passo è stato discusso, anche recentemente, in relazione al problema delle procedure dell'elezione al consolato di Cotta e Torquato, appunto, dopo la condanna *de ambitu* dei due consoli regolarmente eletti per quello stesso anno, il 66 a.C. (cfr. M. MELLO, *Sallustio e le elezioni consolari del 66 a.C.*, in *La parola del passato*, 18, 1963, p. 36 ss.; e G. V. SUMNER, *The consular elections of 66 b.C.*, in *Phoenix*, 19, 1965, p. 226 ss.). L'analisi di questo problema ci porterebbe, però, troppo lontano dal tema del presente studio.

che essa stabiliva una grave pena contro i *divisores*, cioè contro i favoreggiatori dei candidati convinti di *ambitus*, in pratica, contro i dispensatori dei doni a nome dei candidati stessi), e anche in Dione Cassio.

Anzi, proprio in Dione Cassio, la *lex de ambitu* assume una rilevanza particolare, e su di essa lo storico si sofferma più che sugli altri provvedimenti di Cornelio. Si veda:

DIO. CA. XXXVI, 38, 4-5: αἴτιον δὲ ὅτι Γάιος τις Κορνήλιος δημαρχῶν πικρότατα ἐπιτίμια τάξαι κατ' αὐτῶν ἐπεχείρησε καὶ αὐτὰ καὶ ὁ ὄμιλος ἤρεϊτο. ἡ γὰρ βουλὴ συνιδούσα ὅτι τὸ μὲν ὑπερβάλλον τῶν τιμωρημάτων ἐν μὲν ταῖς ἀπειλαῖς ἐκπληξίν τινα ἔχειν, οὔτε δὲ τοὺς κατηγορήσοντας οὔτε τοὺς καταψηφισμένους τῶν ὑπαιτίων, ἅτε καὶ ἀνηκέστων αὐτῶν ὄντων ῥαδίως εὕρισκε, τὸ δὲ δὴ μέτριον ἐς τε τὰς κατηγορίας συχνοὺς προάγει καὶ τὰς καταψηφίσεις οὐκ ἀποτρέπει, μεταρρυσμίσαι πῃ τὴν ἐσθήγησιν αὐτοῦ καὶ τοῖς ὑπάτοις νομοθετῆσαι αὐτὴν ἐκέλευσεν.

Confrontando questo testo di Dione Cassio con quello di Asconio, precedentemente citato, risulta che vi fu effettivamente una proposta di Cornelio sul broglio elettorale, ma che essa non trovò l'approvazione del senato, nonostante che fosse appoggiata incondizionatamente dal popolo. Al suo posto, su iniziativa dei consoli sollecitati dal senato, fu approvata la *lex Calpurnia de ambitu*.

A questo punto è da notare che Dione parla, riguardo a Cornelio, di tre proposte: la prima quella *de ambitu*, appunto ⁽²⁷⁾; poi quella *de legibus solutione*, di cui già si è ampiamente discusso ⁽²⁸⁾; ed infine la *lex Cornelia de edictis* ⁽²⁹⁾. Non vi è

⁽²⁷⁾ Tutto il testo di DIONE CASSIO, dal passo XXXVI, 38, 1, al XXXVI, 40, 3, riguarda il tribunato di Cornelio nel 67; le vicende della proposta *de ambitu* ne occupano la maggior parte per l'arco di sei paragrafi (sui complessivi undici dedicati alle leggi di Cornelio), dal XXVI, 38, 1 al XXXVI, 39, 1.

⁽²⁸⁾ Cfr. i testi relativi di DIONE CASSIO (XXXVI, 39, 2, e XXXVI, 39, 3), citati *supra*, a p. 288 s.

⁽²⁹⁾ Il passo greco riguardante questo provvedimento (Dio. Ca. XXXVI, 40,

menzione, invece, della *relatio ne quis exterarum nationum pecuniam expensam ferret*, che, dal canto suo, Asconio ricorda prima di ogni altra. E in Asconio, appunto, proprio dal fatto che i *patres conscripti* non avevano voluto ascoltare la proposta diretta a migliorare la situazione provinciale, derivava l'irritazione di Cornelio, e, forse, il motivo interiore che aveva spinto il tribuno, quasi per ripicca, a formulare la proposta *de legibus solutione* che tanto doveva diminuire l'*auctoritas* del senato. Anche in Dione Cassio quest'ultimo progetto di legge assume la veste di reazione personale all'opposizione del senato, ma l'occasione è data qui dal rifiuto con cui il senato stesso aveva respinto, perchè troppo severa, l'iniziativa del tribuno nei confronti dell'*ambitus*.

Della legge in sè Dione Cassio non dice molto, limitandosi a descrivere, prima ancora di parlare del provvedimento in concreto e delle reazioni da esso provocate, la situazione di corruzione che circondava le magistrature romane, e le pene che, precedentemente, erano state previste contro l'*ambitus*.

DIO. CA. XXXVI, 38, 1 : ἐπὶ μὲν δὴ τοῦ Ἀκιλίου τοῦ τε Πίσωνος ταῦτά τε οὕτως ἐγένετο, καὶ κατὰ τῶν δεκάσμου περὶ τὰς ἀρχὰς ἀλισκομένων ἐνομοθετήθη πρὸς αὐτῶν τῶν ὑπάτων μήτ' ἄρχειν μήτε βουλευεῖν σφῶν μηδέν, ἀλλὰ καὶ χρήματα προσοφλίσκάνειν.

Dione fa poi cenno degli interventi dei tribuni della plebe, e dei tumulti popolari che la situazione aveva provocato ⁽³⁰⁾, per concludere, infine, nel modo seguente :

DIO. CA. XXXVI, 38, 3 : ἐπραξαν δὲ τοῦθ' οἱ ὑπατοὶ οὐχ ὅτι καὶ ἤχθοντο τῷ πράγματι (αὐτοὶ γὰρ διασπουδάσαντες ἀπεδείχθησαν, καὶ ὃ γε Πίσων καὶ γραφεὶς ἐπὶ τούτῳ καὶ πρὸς ἑνὸς καὶ πρὸς ἐτέρου τινὸς ἐξεπρίατο τὸ μὴ κατηγορηθῆναι) ἀλλ' ὅτι ἡναγκάσθησαν ὑπὸ τῆς γερούσιας.

1-2) è riportato supra, alla nt. 1; si è anche rilevato (supra, nt. 21) il significato che potrebbe avere il passo immediatamente seguente, DIO. CA. XXXVI, 40, 3, ai fini di una ricostruzione del valore della legge.

(30) Cfr. DIO. CA. XXXVI, 38, 2: ἐπειδὴ γὰρ ἦ τε τῶν δημάρχων δυναστεία

Ciò che spinse, dunque, Cornelio alla formulazione della sua proposta *de ambitu*, fu una situazione senz'altro preoccupante. Dione rileva che i magistrati e i candidati alle magistrature non avevano più alcun ritegno (*κατὰ τῶν δεκασμοῦ περὶ τὰς ἀρχὰς ἀλισκομένων*). Dopo il ripristino della *tribunicia potestas*, sulla base di alcuni interventi dei tribuni sull'argomento, si erano poi create delle fazioni nell'ambito di tutte le magistrature, che aggravavano ancor più le cose e contribuivano a rendere il periodo ancor più turbolento (DIO. CA. XXXVI, 38, 2: *ἐπειδὴ γὰρ ἡ τε τῶν δημάρχων θυναστεία ἐς τὸ ἀρχαίων ἐπανελήλυθει... συστάσεις καὶ παρακελευσμοὶ παμπληθεῖς ἐφ' ἀπάσαις ταῖς ἀρχαῖς ἐγίνοντο ...*). Gli stessi consoli, che erano stati a loro volta denunciati per il *crimen de ambitu*, avevano fatto in modo che l'accusa non avesse più seguito (... *ἔπραξαν δὲ τοῦτ' οἱ ὕπατοι οὐχ ὅτι καὶ ἤχοντο τῷ πράγματι ...*), ed anzi Pisone era giunto persino a corrompere diversi personaggi per sfuggire all'accusa mossa contro di lui (... *καὶ ὁ γε Πίσων καὶ γραφεῖς ἐπὶ τούτῳ καὶ πρὸς ἐνὸς καὶ πρὸς ἑτέρου τινὸς ἐξεπρίατο τὸ μὴ κατηγορηθῆναι ...*). Inoltre, la pena tradizionalmente prevista, l'ineleggibilità del reo, o il venir meno dei suoi poteri nel caso che il reato fosse stato scoperto dopo l'assunzione della carica (... *ἐνομοθετήθη πρὸς αὐτῶν τῶν ὑπάτων μήτ' ἀρχεῖν μήτε βουλευεῖν σφῶν μηδὲνα ...*), risultava inadeguata. Infine, dopo aver ricordato la proposta di Cornelio e la nuova norma di iniziativa consolare, Dione Cassio aggiunge un ultimo particolare sulla questione:

DIO. CA. XXXVI, 39, 1: *ἐπεὶ δὲ αἱ τε ἀρχαιρεσίαι προεπηγγελμέναι ἦσαν, καὶ κατὰ τοῦτ' οὐδὲν προνομοθετηθῆναι πρὸ αὐτῶν ἐζῆν, καὶ οἱ σπουδαρχίωντες πολλὰ καὶ κακὰ ἐν τῷ διακενῷ τούτῳ ἐποιοῦν, ὥστε καὶ σφαγὰς γίνεσθαι, τόν τε νόμον ἐψηφίσαντο καὶ πρὸ ἐκείνων ἐσενεχθῆναι καὶ φρουρὰν τοῖς ὑπατοῖς δοθῆναι.*

es τὸ ἀρχαίων ἐπανελήλυθει, καὶ πολλοὶ τῶν ὑπὸ τῶν τιμητῶν διαγεγραμμένων ἀναλαβεῖν τρόπον τινὰ τὴν βουλευίαν ἐσπούδαζον, συστάσεις καὶ παρακελευσμοὶ παμπληθεῖς ἐφ' ἀπάσαις ταῖς ἀρχαῖς ἐγίνοντο.

Lo storico riferisce che, poichè già prima che fosse disposta la nuova disciplina dell'*ambitus* erano state convocate le assemblee per l'elezione dei magistrati, e, pertanto, la nuova legge non poteva applicarsi prima di detta elezione, al fine di porre ugualmente un freno alle molte illegalità commesse in quel frangente (le quali erano sfociate persino in vari omicidi), fu disposto che la legge avesse immediatamente vigore, e che i consoli, per evitare azioni armate contro di essi a causa della loro iniziativa, fossero forniti di una scorta ⁽³¹⁾.

Il Rotondi, a proposito della *rogatio de ambitu* di Cornelio ⁽³²⁾ formula l'ipotesi che la pena proposta fosse l'esilio, ed osserva che il senato, ritenendo che, per la soverchia severità, la legge sarebbe stata inefficace, provvide a bloccarla facendo proporre dal console in carica, Calpurnio Pisone, una nuova *rogatio* sullo stesso scottante argomento ⁽³³⁾. La *lex Calpurnia de ambitu*, invece, dovette risultare più mite della proposta di Cornelio, e rispondere, perciò, assai meglio alla politica accomodante del senato, che non voleva disgustare nessuno — e, soprattutto, nessun personaggio influente — con atteggiamenti troppo intransi-

⁽³¹⁾ Appunto sulla base di questi particolari la GRIFFIN (*op. cit.*, p. 197 ss.) respinge l'ordine cronologico delle disposizioni quale appare da Dione Cassio (e ritenuto il più conforme al vero da W. McDONALD, *The tribune Cornelius of 67 b.C.*, in *Classical Quarterly*, 23, 1929, p. 201 s.). Nota la GRIFFIN che anche Cornelio avrebbe portato (o avrebbe cercato di portare) la sua proposta alla votazione popolare prima dell'elezione dei magistrati, se è vero che la proposta del console, senz'altro successiva, fu approvata in quelle critiche condizioni. Ma ciò Cornelio avrebbe potuto fare solo se avesse ottenuto dispensa, ad opera del senato, delle *leges Aelia et Fufia*, che avevano reso illegale questo modo di procedere. Sembrerebbe, dunque, intrinsecamente illogico che il tribuno cercasse dapprima di eludere le leggi, e poi, come reazione al suo insuccesso, avanzasse una proposta qual'è quella *de legibus solutione*. Ma, d'altra parte, non va trascurata la considerazione che, se lo stesso Pisone fece votare la sua *lex de ambitu* prima delle elezioni, grazie ad una particolare dispensa senatoria, Cornelio, per ripicca, potrebbe aver richiesto per la *legibus solutio* il consenso del popolo, il quale non l'avrebbe presumibilmente concesso al console contro il proprio tribuno.

⁽³²⁾ Cfr. ROTONDI, *op. cit.*, p. 370.

⁽³³⁾ Infatti Asconio dice: *C. Piso ... cum legem de ambitu ex senatusconsulto graviorem quam fuerat antea ferret ...* (ASC., in *Corn.* p. 67); ci fu, dunque, un vero e proprio *senatusconsultum* che diede al console Pisone la facoltà di *ferre legem* anche prima delle nuove elezioni, contro il divieto delle *leges Aelia et Fufia*.

genti: essa prevedeva soltanto una pena pecuniaria e la perdita del *ius honorum*, che, peraltro, poteva, essere riottenuto presentando nuove denunce relative all'*ambitus* e convincendo i giudici della colpevolezza degli accusati (³⁴).

Appunto dalla *rogatio* ed approvazione della *lex Calpurnia* Cicerone trae motivo per lodare ancora una volta l'operato di Cornelio. Già l'oratore aveva rilevato l'opportunità giuridica, la *salubritas* e la *necessitas* della proposta di Cornelio sul broglio elettorale, in sè e per sè, soprattutto, per il fatto che aveva preso in considerazione anche la posizione criminosa dei *divisores*. Ora soggiunge:

CIC. in Asc., in Corn. p. 67: At enim etremi ac difficillimi temporis vocem illam, C. Corneli, consulem mittere coegisti: qui rem publicam salvam esse vellent, ut ad legem accipiendam adessent.

E Asconio, di seguito, così spiega le circostanze:

Asc., l.c.: C. Piso qui consul eodem anno fuit quo Cornelius tribunus plebis erat, cum legem de ambitu ex senatusconsulto graviores quam fuerat antea ferret et propter multitudinem divisorum qui per vim adversabantur e foro eiectus esset, edixerat id quo Cicero significat, et maiore manu stipatus ad legem perferendam descenderat.

La *rogatio Cornelia* sarebbe stata, dunque, il precedente immediato che quasi costrinse il console a formulare la sua proposta. Quest'ultima doveva poi, necessariamente, per non apparire inadeguata di fronte ai problemi posti in evidenza da Cor-

(³⁴) In questo senso limitativo deve essere interpretato il *in qua praeter alias poenas* della testimonianza che lo stesso Asconio fornisce sulla *lex Calpurnia*, in un punto del suo commento, che non pare avere, però, alcun legame con il passo che accenna alla *rogatio de ambitu*, di cui si è detto: *Lex haec Calpurnia de ambitu erat. Tulerat eam ante biennium C. Calpurnius Piso consul, in qua praeter alias poenas pecuniaria quoque poena erat adiecta* (Asc., in Corn., p. 61). Sulla *lex Calpurnia* cfr. ROTONDI, op. cit., p. 374.

nelio, tentare di risolverli, sia pure in maniera diversa. Perciò la stessa, più mite, *lex Calpurnia de ambitu* incontrò contrasti e reazioni, dal momento che introduceva pene più gravi di quelle che erano in vigore precedentemente, anche se non raggiungeva l'estrema severità di Cornelio: i *divisores* si opposero con la forza, e il console fu indotto a rafforzare la schiera armata che doveva accompagnarlo al luogo in cui la legge doveva essere presentata, per timore di quell'agitazione. Lo stesso console emanò, in quell'occasione, un editto, nel quale ammoniva tutti coloro che avevano a cuore la salvezza di Roma, consigliandoli ad approvare la legge stessa.

Non abbiamo altre notizie circa le leggi e le proposte di Cornelio. Può forse essere indicativo un passo ulteriore di Asconio, in cui il grammatico, commentando Cicerone, ricorda uno dei punti che l'oratore aveva trattato a favore del suo difeso, e, cioè, verisimilmente, il confronto fra la figura e l'attività di Cornelio e quella di Manilio, che già era stato condannato (come poi si vedrà). Asconio delinea in breve la personalità di Manilio e, parlando delle sue leggi, dice

Asc., in *Corn.* p. 56-57: Legem, inquit (*scilicet* Cicerone), de libertinorum suffragiis Cornelius C. Manilio dedit. Quid est hoc 'dedit'? Attulit? an rogavit? an hortatus est? Attulisse ridiculum est, quasi legem aliquam aut ad scribendum difficilem aut ad excogitandum reconditam: quae lex paucis his annis non modo scripta sed etiam lata esset.

Cornelio, dunque, proprio lo stesso anno, il 66 a.C., nel quale venne per la prima volta accusato *de maiestate*, cercava di completare l'opera iniziata già l'anno precedente, attraverso l'attività legislativa dell'amico Manilio, che gli era succeduto nel tribunato. La *lex de libertinorum suffragiis*, ispirata dall'esortazione di Cornelio, non ebbe, però, un buon esito: essa riproponeva un argomento troppo scottante per il senato, il quale sempre

si era opposto a soluzioni quali quella prospettata dalla legge stessa ⁽³⁵⁾.

Asc., in *Corn.* p. 57-58: Dicit (*scilicet* Cicero) de eodem Manili tribunatu. Nam cum is tribunus plebis duas leges in eo magistratu tulisset, unam perniciosam, alteram egregiam... Dictum est iam supra de his legibus, quarum una de libertinorum suffragiis, quae cum senatusconsulto damnata esset, ab ipso quoque Manilio non ultra defensa est: altera de bello Mithridatico Cn. Pompeo extra ordinem mandando...

La legge, dunque, non ebbe più seguito perchè, essendo *perniciosa*, non incontrò la necessaria approvazione del senato (in sede di senatoconsulto preventivo), e fu *damnata*.

4. Cornelio fu accusato *de maiestate* nel 66.

Asc., in *Corn.* p. 52: Sequenti deinde anno M. Lepido L. Volcacio consulibus, quo anno praetor Cicero fuit, reum Cornelium duo fratres Cominii lege Cornelia de maiestate fecerunt. Detulit nomen Publius, subscripsit Gaius.

Quale fosse l'accusa specifica appare dalla relazione di Asco-

⁽³⁵⁾ Cfr. ROTONDI, *op. cit.*, p. 375. Già Sulpicio aveva tentato di introdurre nel mondo romano, durante il consolato di Silla e Pompeo nell'88 a.C., una legge di questo tipo, *quod et initium bellorum civilium fuit et propter quod ipse Sulpicius consulum armis oppressus esse visus est* (Asc., in *Corn.* p. 57). Dunque Manilio, poco dopo l'elezione al tribunato, *legem eandem Compitalibus pertulit*; questa legge, che Asconio definisce *perniciosa*, non riuscì a superare l'ostacolo costituito dall'*auctoritas patrum*, e fu *senatusconsulto damnata*. Circa l'identità fra il senatoconsulto preventivo e la *auctoritas* del senato, contro l'opinione contraria condivisa anche dal DE MARTINO (*Storia*, cit., II, p. 128 ss., e III, p. 60 e p. 269 s.), cfr. A. BISCARDI, *Auctoritas patrum*, in *BIDR*, 48, 1941, p. 403 ss., dove l'autore tratta delle origini storiche e del concetto dell'istituto nonché delle forme delle sue esplicazioni. Cfr., anche, dello stesso BISCARDI, *Auctoritas patrum*, in *BIDR*, 57-58, 1953, p. 212 ss., in cui sono trattate le vicende dell'*auctoritas* durante la legislazione sillana e poi, fino al principato. In BISCARDI, *op. ult. cit.*, è anche vivacemente analizzata la *lex de suffragiis* di Sulpicio, i suoi intenti politici, i motivi della reazione senatoria.

nio sul secondo processo, celebrato l'anno seguente contro lo stesso Cornelio :

Asc., in *Corn.* p. 53 : *Dixerunt in eum infesti testimonia principes civitatis qui plurimum in senatu poterant, Q. Hortensius, Q. Catulus, Q. Metullus Pius, M. Lucullus, M'. Lepidus. Dixerunt autem hoc : vidisse se cum Cornelius in tribunatu codicem pro rostris ipse recitaret, quod ante Cornelium nemo fecisse existimaretur. Volebant videri se iudicare eam rem magnopere ad crimen imminutae maiestatis tribuniciae pertinere; etenim prope tolleratur intercessio, si id tribunis permetteretur.*

Tornando, per ora, al processo del 66, bisogna ricordare che il giorno in cui Cornelio doveva presentarsi davanti al pretore P. Cassio, quest'ultimo rimase assente dal luogo del giudizio, *seu advocatus propter publici frumenti curam seu gratificans reo*. Vi fu allora un tumulto popolare, eccitato *a notis operarum ducibus*, contro i due accusatori, i fratelli Comini, che temettero per la loro vita e che, salvati dall'intervento dei consoli, nottetempo fuggirono da Roma.

Asc., *l.c.* : *Et cum P. Cassius praetor decimo die, ut mos est, adesse iussisset, eoque die ipse non adfuisset seu advocatus propter publici frumenti curam seu gratificans reo, circumventi sunt ante tribunal eius accusatores a notis operarum ducibus ita ut mors intentaretur, si mox non desisterent. Quam perniciem vix effugerunt interventu consulum qui advocati reo descenderant. Et cum in scalas quasdam Cominii fugissent, clausi in noctem ibi se occultaverunt, deinde per tecta vicinarum aedium profugerunt ex urbe.*

Quando, il giorno dopo, il pretore aprì il processo ed invano ebbe chiamato gli accusatori, cancellò il nome di Cornelio dall'albo degli accusati ⁽³⁶⁾. Girava voce nella città che i Comini

(36) Nell'ambito delle note e discusse formalità che nel sistema delle *quaestiones*

si fossero lasciati corrompere e convincere al silenzio, dietro pagamento di una forte somma. Ma le parole di Asconio sembrano far sospettare che si trattasse di una calunnia, messa in giro ad arte, per screditare gli accusatori.

ASC., *l.c.*: *Postero die, cum P. Cassius adsedisset et citati accusatores non adessent, exemptum nomen est de reis Corneli; Cominii autem magna infamia flagrauerunt vendidisse silentium magna pecunia.*

L'anno dopo, nel 65, fu processato dapprima Manilio, quello stesso che era stato tribuno nel 66, succedendo a Cornelio, e che — informa Asconio — aveva guidato la turba contro i Co-

perpetuae introducono il rapporto processuale (cfr. U. BRASIELLO, voce *Processo penale (Diritto romano)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, XIII, Torino 1966, p. 1157 ss.; M.G. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano 1964, cap. II; ora anche A. BISCARDI, *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana. Note ed appunti*, Milano 1973, cap. XI in particolare), la testimonianza di Asconio suscita alcuni interrogativi.

Innanzitutto non sappiamo se il termine dato dal pretore Cassio alle parti per ricomparire davanti al tribunale, in *decimo die*, (e i nove giorni erano presumibilmente concessi per permettere alle parti di preparare le loro argomentazioni), fosse generale per ogni *crimen*, o particolare per il solo *crimen de maestitate*, o, infine, variasse caso per caso.

Senza fermarci ad analizzare il punto suddetto, un'altra questione che mi sembra, invece, utile segnalare qui, riguarda la sorte del processo nel caso in cui venissero a mancare gli accusatori, dopo che avevano dato inizio all'accusa. Il problema presentatoci dal testo si pone in termini particolari: si è ormai avuta, infatti, la *inscriptio inter reos* e la convocazione in *decimo die*; e il decimo giorno il processo si estingue perché non è presente l'accusa nelle persone dei due Comini. Si deve anche rilevare che il provvedimento che proscioglie Cornelio è un provvedimento del pretore che presiede la *questio*, senza che fosse stato chiamato ad intervenire il collegio giudicante.

Quanto alle conseguenze giuridiche che potevano colpire gli accusatori che destessero dall'accusa, almeno per il 65 a.C., la dottrina è più o meno incerta, data la mancanza di testimonianze specifiche e chiare al riguardo. Nel caso concreto, che stiamo esaminando, bisogna considerare le parole di Asconio *postero die, cum P. Cassius adsedisset et citati accusatores non adessent, exemptum nomen est de reis Corneli; Cominii autem magna infamia flagrauerunt vendidisse silentium magna pecunia* (ASC., in *Corn.* p. 52): le conclusioni saranno, dunque, diverse a seconda che si dia al termine *magna infamia* un valore giuridico, o, semplicemente, come sembra più probabile, morale. Comunque non risulta che, almeno nel caso specifico, siano state irrogate ai *tergiversatores* vere e proprie sanzioni di carattere criminale (sul problema si veda, sia pure con particolare riguardo al I sec. d.C. e al regime del senatoconsulto *Turpillianum* del 61 d.C.; BISCARDI, *Aspetti*, cit., p. 98 ss.).

mini. Manilio non si presentò al giudizio e fu condannato ⁽³⁷⁾. Questa condanna comportò, come conseguenza, la riabilitazione dei due fratelli, che, ritornati in Roma, ripeterono l'accusa contro Cornelio ⁽³⁸⁾.

Asc., l.c.: Sequente deinde anno L. Cotta L. Torquato consulibus, quo haec oratio a Cicerone praetura nuper peracta dicta est, cum primum apparuisset Manilius qui iudicium per operarum duces turbaverat, deinde quod ex senatusconsulto ambo consules... praesidebant ei iudicio, non respondisset atque esset damnatus, recreavit se Cominius, ut infamiam acceptae pecuniae tolleret, ac repetiit Cornelium lege maiestatis.

In ogni modo, di fronte a questo nuovo processo, grande apparve l'aspettativa della *civitas*. Cornelio, verisimilmente preoccupato dall'esito del processo contro Manilio, si trovava in una

⁽³⁷⁾ Un ulteriore problema che il testo di Asconio pone in tema di processo criminale è quello della contumacia. Infatti Manilio, accusato, probabilmente anch'egli, *de maestate*, non si presentò e fu condannato. Secondo il BRASIELLO (cfr. *Sull'assenza dal giudizio nel processo penale romano*, in *Studi Urbinati*, 7, fasc. 3-4, 1933, p. 1 ss.), la presenza del *reus* era necessaria e « l'assenza, quindi, se anche non era di ostacolo all'accusa, impediva la *damnatio* ... » (BRASIELLO, voce *Processo*, cit., p. 1160). In realtà, secondo il testo di Asconio la contumacia non avrebbe impedito il concludersi del giudizio in senso negativo. Né, d'altra parte, avrebbe provocato l'immediata condanna del contumace: infatti ad una difesa di Manilio nonostante la sua assenza, sembra alludere Cicerone (Q. CIC., *comm. pet.* 51: *Iam urbanam illam multitudinem et eorum studia qui contiones tenent adeptus es in Pompeo ornando, Manili causa recipienda, Cornelio defendendo* ...; cfr. anche *infra*, p. 308). Si potrebbe, perciò, ipotizzare che il processo criminale, almeno a partire dal I sec. a.C., potesse essere svolto in contumacia: l'assenza del *reus* non avrebbe impedito la trattazione della causa nel merito (salvo, forse, essere valutata come prova a sfavore). Non mi sembra particolarmente rilevante la differenza fra il *recipere*, usato a proposito della difesa di Manilio, e il *defendere*, riferito al caso di Cornelio. Il senso del discorso è il medesimo: *Manili causa recipere* significa, infatti, assumersi la causa di Manilio, cioè il processo in cui l'ex tribuno fu coinvolto. Del resto, in un passo della *Corneliana*, lo stesso Cicerone fa un diretto accenno alla sua opera di difensore nel processo di Manilio (CIC. in Asc., in *Corn.* p. 57: ... *petivit tamen a me praetor maxima contentione ut causam Manili defenderem*).

⁽³⁸⁾ In realtà il testo parla di *Cominius*, al singolare; verisimilmente uno dei due fratelli è, nel frattempo, morto, e solo l'altro, pertanto, riprende nel 65 l'accusa interrotta.

difficile posizione avendo contrari i personaggi più influenti della città, Lepido, Ortensio, Catulo, Metello Pio, Lucullo, i quali — come risulta dal testo citato sopra — portarono varie testimonianze, ricordando *vidisse se cum Cornelius in tribunatu codicem pro rostris ipse recitaret, quod ante Cornelium nemo fecisse existimaretur*, cosa che, se non fosse stata duramente punita come *crimen imminutae maiestatis tribuniciae*, avrebbe consentito per l'avvenire ai tribuni di svuotare di ogni effetto l'*intercessio* del collega ⁽³⁹⁾.

Cicerone fu chiamato alla difesa. Egli non poteva negare il fatto contestato a Cornelio, ma cercò di attenuarne la portata ⁽⁴⁰⁾, soprattutto ponendolo a raffronto con ben più gravi illegalità ⁽⁴¹⁾. Asconio soggiunge (ma potrebbe trattarsi, in parte, delle stesse argomentazioni dell'Arpinate, riassunte nel nostro testo dal commentatore),

Asc., in *Corn.* p. 53-54: *Adiumentum autem habuit (scilicet Cicero) quod, sicut diximus, Cornelius praeter destrictum propositum animi adversus principum voluntatem cetera vita nihil fecerat quod magnopere improbaretur...*

Di quest'ultimo passo è ancora necessario sottolineare il *destrictum propositum animi*, cioè l'atteggiamento di spiccata po-

⁽³⁹⁾ Cfr. Asc., in *Corn.* p. 53 (in particolare: *Volebant videri se iudicare eam rem magnopere ad crimen imminutae maiestatis tribuniciae pertinere; etenim prope tollebatur intercessio, si id tribunis permetteretur*).

⁽⁴⁰⁾ Cfr. il passo di Quintiliano, precedentemente citato, dove si insegna che un buon *retore* deve saper attenuare, se è il caso, con le proprie parole, le espressioni troppo accese dei competitori, ovvero la brutalità di fatti durante una narrazione (QUINT., *inst. or.* V, 13, 26: *... si acri et vehementi fuerit usus oratione, eandem rem nostris verbis mitioribus proferamus, ut Cicero de Cornelio 'codicem attigit', et protinus cum quadam defensione ...*; cfr. *supra*, p. 274).

⁽⁴¹⁾ Cfr. Asc., in *Corn.* p. 54: *Cicero, ut ipse significat, quadriduo Cornelium defendit; quas actiones contulisse eum in duas orationes apparet. Iudicium id exercuit Q. Gallius praetor. E precedentemente il grammatico aveva commentato: Non poterat negare id factum esse Cicero, is eo confugit ut diceret non ideo quod lectus sit codex a tribuno imminutam esse tribuniciam potestatem* (Asc., in *Corn.* p. 53).

lemica contro gli ottimati, che mai Cornelio nascose nel corso di tutta la sua vita.

Cicerone, nel suo discorso, fece leva, poi, sul fatto che lo stesso Globulo, che durante il tribunato aveva opposto l'*intercessio* a Cornelio, invece di provar risentimento per il fatto che il collega avesse ignorato il suo veto, era favorevole all'accusato. Inoltre, essendo stato quest'ultimo *quaestor* di Pompeo, godeva di grande stima presso l'esercito e presso quella parte dei senatori che si era legata, in quegli anni, al partito di Pompeo. E, infatti, l'amicizia che lo aveva legato al grande condottiero, impegnato nella guerra contro i pirati, poteva essere, e fu, di gran giovamento all'ex-tribuno nella delicata situazione in cui si trovava ⁽⁴²⁾. Cornelio sarà, infatti, assolto *magno numero sententiarum* ⁽⁴³⁾.

5. Mi sembra interessante, a questo punto, chiarire, sulla base delle fonti, la posizione politica che Cornelio interpretava in quel periodo di grande travaglio in cui si venivano formando le fazioni di Cesare e di Pompeo.

⁽⁴²⁾ Appunto questo viene a rilevare anche Quintiliano, il quale, parlando della *παρέκβασις* greca (l'*excursus* latino), ha modo di dire: *Quo ex genere est in orationibus contra Verrem compositis Siciliae laus, Proserpinae raptus, pro Cornelio popularis illa virtutum Cn. Pompei commemoratio: in quam ille divinus orator, veluti nomine ipso ducis cursis dicendi teneretur, abrupto quem incohaverat sermone deverit actutum* (QUINT., *inst. or.* IV, 3, 13). Insomma la lode di tutte le virtù di Pompeo doveva far dimenticare, attraverso l'esaltazione che accendeva nel cuore del popolo, le colpe di Cornelio. E Cicerone, ben conoscendo i giochi sottili della sua arte, con intenzione si valse della fama di Pompeo, cercando di suscitare l'effetto dell'ammirazione e della *magnificentia*, assai più che di dimostrare la pretesa innocenza di Cornelio (QUINT., *inst. or.* VIII, 3, 3: *An in causa Gaii Cicero Cornelii consecutus esset docendo iudicem tantum et utiliter demum ac latine perspicueque dicendo, ut populus Romanus admirationem suam non adclamatione tantum, sed etiam plausu confiteretur? Sublimitas et magnificentia expressit illum fragorem*). Come sempre l'orazione ciceroniana doveva essere frutto di grande abilità (ASC., in *Corn.* p. 53: *Qua vero arte et scientia orationis ita ut et dignitatem clarissimorum civium contra quos dicebat non violaret, et tamen auctoritate eorum laedi reum non pateretur, quantaque moderatione rem tam difficilem alii tractaverit lectio ipsa declarabit*).

⁽⁴³⁾ Cfr. ASC., in *Corn.* p. 72: *Magno numero sententiarum Cornelius absolutus est*. Come si vede, non si tratta, purtroppo, che di una sola riga, senza alcun ulteriore commento, che, invece, avrebbe potuto essere prezioso per la presente indagine.

Si può sottolineare, in via preliminare, come il fatto stesso che nel processo Cornelio fosse difeso da Cicerone, di tendenze chiaramente pompeiane ⁽⁴⁴⁾, sembra porsi come indizio non trascurabile. Risultano particolarmente significativi, in questo senso, due passi del *commentariolum petitionis* di Cicerone stesso ⁽⁴⁵⁾: nel primo di essi il fratello dell'oratore, Quinto, si rallegra che una gran parte della *civitas* sia favorevole alla candidatura di Cicerone al consolato, perchè con passione ha preso parte attiva nell'ultimo biennio alle vicende processuali in cui veniva esaltata la figura di Pompeo, come quella di un valoroso condottiero e illuminato legislatore nell'ambito delle magistrature cittadine. Si trovano così congiunti in poche righe tre nomi, che risultano, perciò, intimamente legati, in modo che quelli di Pompeo e di Manilio (quel Manilio di cui già abbiamo parlato, che fu tribuno dopo Cornelio, che provocò il tumulto popolare contro i Comini, e che, a favore di Pompeo, fece approvare la *lex Manilia de bello Mithridatico*) illuminano della loro luce il nome di Cornelio.

Q. CIC., *comm. pet.* 51: *Iam urbanam illam multitudinem et eorum studia qui contiones tenent adeptus es in Pompeio ornando, Manili causa recipienda, Cornelio defendendo: excitanda nobis sunt quae adhuc habuit nemo quin idem splendorum hominum voluntates haberet.*

⁽⁴⁴⁾ Essendo Cicerone favorevole al partito aristocratico, le sue vedute politiche si identificavano assai più nelle finalità aristocratiche espresse da Pompeo che in quelle di Cesare (cfr. B. BOISSIER, *Cicerone e i suoi amici*, II, Roma 1938, p. 1-28, ed anche D. STOCKTON, *Cicero: a political biography*, Oxford 1971, p. 77 e p. 146 s.). È anche noto che, allo scoppio della guerra civile, Cicerone si ritrovò, pur dopo molte incertezze, nel campo di Pompeo (CIC., *ad Att.* VII, 7). Lo stesso MOMMSEN (*Römische Geschichte*, III, Köln-Graz 1856, p. 180 e p. 217 s.), per quanto, delineando il carattere di Cicerone, lo definisca « ein politischer Achselträger » che non apparteneva a nessun partito e si volgeva là dove gli sembrava più opportuno, si trova costretto a fare riferimenti più frequenti a Pompeo che a chiunque altro.

⁽⁴⁵⁾ Ho già riportato precedentemente uno dei due passi, cioè Q. CIC., *comm. pet.* 5, 13, per analizzare, sulla base di esso, il valore del termine *gratia* presso i latini ed in particolare in Cicerone (vedi *supra*, nt. 20).

Il secondo passo del *commentariolum petitionis*, che qui interessa ricordare, presenta, ancora una volta, un certo collegamento fra Cornelio (e i *sodales* di Cornelio) da un lato e Cicerone dall'altro, al di sopra del rapporto, sia pure stretto, che poteva essere sorto tra l'oratore e l'ex tribuno da lui difeso. Si parla, invero, di *sodalitas*.

Q. CIC., *comm. pet.* 5, 13: Nam hoc biennio quatuor sodalitates hominum ad ambitionem gratiosissimum tibi obligasti, C. Fundani, Q. Galli, C. Corneli, C. Orchivi; horum in causis ad te deferendis quid tibi eorum sodales receperint et confirmarint scio, nam interfui; quare hoc tibi faciendum est, hoc tempore ut ab his quod debent exigas saepe commonendo, rogando, confirmando, curando ut intellegant nullum se unquam aliud tempus habituros referendae gratiae.

I tre personaggi che appaiono accumulati a Cornelio nella *sodalitas* con Cicerone ⁽⁴⁶⁾ erano anch'essi probabilmente di parte pompeiana, ed il rapporto di *sodalitas* indicava appunto l'identico indirizzo politico.

Anche la figura dell'uomo che appare dal processo, infine, è ben diversa da quella che sembrerebbe emergere dai dati relativi

(46) Q. Gallio è lo stesso che presiedette la *quaestio de maiestate* contro Cornelio nel 65; precedentemente era stato edile della plebe nel 67, e, nel 66, presentatosi candidato alla pretura, era stato accusato *de ambitu*, difeso da Cicerone ed assolto; lo vediamo come *praetorius* nel senato del 55 (cfr. WILLEMS, *op. cit.*, I, p. 461). Non conosciamo, invece, con esattezza, la relazione che intercorre fra Orchivio e Fundanio da una parte, e Cicerone dall'altra: ciò sappiamo soltanto che essi furono difesi da Cicerone (e ciò appunto in base al passo citato), ma non per quali accuse. Orchivius (o Orcivius) era pretore nel 66, insieme a Cicerone, e, come tale, presiedette la *quaestio de peculatu* contro Fausto Silla (CIC., *pro Cluent.* 94, 147): l'anno seguente, nel 65, egli stesso fu accusato (cfr. MUNZER, voce *Orcivius*, in PAULY-WISSOWA, *R.E.*, XVIII, Stuttgart 1939, col. 907 s.). Di Fundanio il MUNZER (voce *Fundanius*, in PAULY-WISSOWA, *R.E.*, VII, Stuttgart 1910, col. 291) fa l'ipotesi che si tratti dell'antennato di Varrone, e, forse, dello stesso che è ricordato in CIC., *ad Q. fr.* 1, 2, 10; ma nessun'altra notizia ci forniscono le fonti. Di nessuno di questi tre personaggi, infine, possiamo precisare la tendenza politica seguita nella crisi del I sec. a.C.

all'attività legislativa di Cornelio durante il tribunato. Tale attività poteva essere l'espressione di un uomo consapevole dell'importanza della sua posizione, che, non rifuggendo nemmeno da comportamenti illeciti per raggiungere il suo scopo, cerca di arginare, per quanto gli è possibile, la crisi della repubblica⁽⁴⁷⁾. Il processo presenta, invece, un uomo di parte, uno dei tanti ambiziosi che vivevano in Roma all'ombra di un partito⁽⁴⁸⁾. In questa maniera trovano spiegazione l'assenza del pretore Cassio

(47) La figura di Cornelio è stata descritta con questo significato da W. McDONALD (*op. cit.*, p. 186 ss.) e dal MEIER (*Res publica amissa*, Wiesbaden 1966, p. 141 nt. 83). Il McDONALD, in particolare, più diffusamente, prende in esame la figura del tribuno, studiandone poi soprattutto l'ordine cronologico delle disposizioni.

Fra le due testimonianze, di Asconio e di Dione Cassio, con i contrasti che ho precedentemente messo in luce riguardo alla *relatio ne quis exterarum nationum pecuniam expensam ferret* (ricordata dal solo Asconio), e alla proposta *de ambitu* (autonomamente posta in risalto dal solo Dione Cassio), il McDonald propende per la successione tramandata dallo storico greco, che prevede, appunto, come prima iniziativa la proposta *de ambitu*, poi quella *de legibus solutione*, e infine la *lex de edictis*.

(48) La correlazione fra Pompeo e Cornelio è stata notata anche (a parte la breve nota di L.R. TAYLOR, *Party politics in the age of Caesar*, Berkeley-Los Angeles 1949, p. 221 nt. 3) da R. SEAGER, *The tribunate of Cornelius. Some ramifications*, in *Hommages à Marcel Renard*, II, Bruxelles 1969, p. 680 ss.; e, ultimamente, in maniera più particolareggiata, da M. GRIFFIN, *op. cit.*, p. 196 ss. Questi autori vogliono vedere una pressoché totale corrispondenza fra le idee propugnate da Pompeo nel suo consolato del 70 a.C. (e riassunte nelle seguenti direttive di massima: 1. restaurazione della *tribunicia potestas*; 2. illuminata amministrazione in provincia; 3. controllo sulle magistrature; 4. reazione alla corruzione dilagante; 5. promesse elettorali agli italici) e le disposizioni di Cornelio nel 67. Una rilevanza somma viene ad assumere, secondo questa visuale, la proposta *de ambitu*, messa in diretta relazione con l'episodio di Cotta e Torquato (vedi *supra*, nt. 26; il breve articolo del Seager è quasi esclusivamente condotto in questo senso), della quale poi la Griffin si serve per controbattere l'ordine cronologico delle disposizioni ipotizzato da McDONALD (si vedano *supra*, le nt. 25 e 47), a favore della versione di Asconio, che, anche se con qualche dubbio, vanterebbe, a detta dell'autrice, fonti più attendibili, quali quelle rappresentate dalla storiografia. Ne deriva — e questa conseguenza mi sembra molto azzardata — che la *lex de edictis*, per poter essere armonizzata con gli indirizzi del consolato di Pompeo, viene catalogata, con la *relatio sulle usurae*, come disposizione a favore dei provinciali, e in diretto rapporto al caso di Verre (GRIFFIN, *op. cit.*, p. 208 ss.).

In realtà ritengo che l'ordine cronologico delle disposizioni di Cornelio non possa essere fissato sulla base delle nostre fonti. Infatti Asconio narra della vicenda i tratti salienti per giungere a illuminare l'attrito sorto fra il tribuno ed il senato, il tumulto, l'illegalità compiuta da Cornelio: ne è prova l'*aliae complures leges* con cui sintetizza la rimanente attività del tribuno. Quanto a Dione Cassio, invece, si può dubitare che dell'episodio gli fossero noti tutti i particolari nel loro esatto susse-

nel giorno stabilito per il primo processo, l'intervento della banda armata di Manilio, il fatto che il pretore, senza reazioni di sorta, chiudesse il processo il giorno seguente, nonchè altri momenti del secondo processo.

6. Quest'ultima interpretazione può essere ulteriormente avvalorata attraverso alcuni stralci dell'orazione di Cicerone, riportati da Asconio, e qualche altra fonte.

Nella sua difesa Cicerone analizzava tre punti principali: a) se l'accusa contro Cornelio riguardasse argomenti specifici nell'ambito del *crimen de maiestate*, ovvero fosse formulata in maniera generica; b) se veramente Cornelio avesse agito contro le disposizioni della *lex Cornelia de maiestate*; c) in caso affermativo, infine, se egli avesse agito con l'animo di violare la legge stessa.

CIC. in Asc., in *Corn.* p. 55: *Postulatur apud me praetorem primum de pecuniis repetundis. Prospectat videlicet Cominius quid agatur: videt homines faeneos in medium ad temptandum periculum proiectos.*

Di seguito a questo passo Asconio spiega,

Asc., *l.c.*: *Simulacra effigie hominum ex faeno fieri solebant quibus obiectis ad spectaculum praebendum tauri irritarentur.*

Cicerone si riferisce, nel suo discorso, alla data del primo processo, cioè al 66 a.C. (⁴⁹), e dice che, mentre egli era pretore,

guirsi (tanto è vero che delle *aliae complures leges* lo storico non fa nemmeno cenno).

È infine da notare che un'analisi completa dell'attività del tribuno Cornelio e del processo — con il rilievo di alcuni dei brevi richiami che all'episodio dedicarono Quintiliano, nelle *institutiones oratoriae* e Cicerone stesso, nella *Vatiniana* — è fornita anche dal MÜNZER, voce *Cornelius*, in PAULY-WISSOWA, *R.E.*, IV, Stuttgart 1900, col. 1252 ss.: il Münzer si attiene rigorosamente e puntualmente ai fatti (secondo la versione di Asconio), senza trarne alcuna conseguenza.

(⁴⁹) Cicerone dice *postulatur apud me praetorem*. E Asconio già precedentemente aveva accennato alla pretura di Cicerone, e, precisamente, per introdurre la nar-

gli era stata presentata una *postulatio* per il *crimen repetundarum*. Il nome di colui che presentò la *postulatio* e dell'accusato, nonché le circostanze stesse della vicenda sono volutamente tralasciati. Si tratta, in realtà, di un episodio, svoltosi durante la pretura di Cicerone, che sembra non avere alcuna attinenza con la vicenda di Cornelio, e che, probabilmente, era stato richiamato dallo stesso Cominio, nella sua accusa. Nel 66 Cicerone era stato *praetor* nella *quaestio de repetundis* contro l'annalista Licinio Macro, già tribuno nel 73, e poi governatore provinciale. Licinio Macro aveva cercato l'appoggio di Crasso per essere assolto dall'accusa: ma, quando aveva compreso che l'influenza di Crasso sulla giuria non raggiungeva l'effetto sperato, si era tolto la vita prima della sentenza, per poter lasciare il proprio patrimonio al figlio Licinio Calvo. Evidentemente Cominio, nell'accusare Cornelio, aveva richiamato il fatto per dimostrare che, come nel processo di Licinio Macro l'accusato poteva vantare dietro le sue spalle un forte appoggio (anche se poi, concretamente, dimostratosi illusorio), così ora il caso si ripeteva con Cornelio. E come in Licinio Macro, in realtà, si era visto un *homo faeneus*, in quanto lo scacco politico era stato soprattutto quello di Crasso, così le stesse circostanze si rinnovavano nel processo contro Cornelio, il quale sarebbe stato egli stesso un *homo faeneus*, che vantava dietro di sé l'appoggio di una ben più importante personalità politica⁽⁵⁰⁾. Cicerone, evidentemente, riprendeva le parole di Cominio per controbatterle, e trascurava i soggetti e le circostanze proprio perché erano già stati esposti da Cominio. Purtroppo

razione del primo processo, con le parole *sequenti deinde anno M. Lepido L. Volcacio cons., quo anno praetor Cicero fuit ...* (Asc., in Corn. p. 52); e poi, parlando del secondo processo, dice ancora: *Sequente deinde anno L. Cotta L. Torquato cons., quo haec oratio a Cicerone praetura nuper peracta dicta est ...* (Asc., in Corn. p. 53). Il passo si riferisce, perciò, all'anno del primo processo, il 66 a.C., che è appunto anche l'anno della pretura di Cicerone.

⁽⁵⁰⁾ Si noti il *videlicet*, che congiunge strettamente il ricordo del processo *de repetundis* contro Licinio Macro, con le asserzioni di Cominio sugli *homines faeneos*, come a spiegare il motivo della menzione del processo stesso attraverso ciò che di esso credeva e diceva Cominio (*prospectat videlicet Cominius quid agatur ...*).

tra i frammenti della *pro Cornelio* che Asconio ha conservato non si trova tutta la confutazione dell'oratore su questo punto ⁽⁵¹⁾. Quello che, però, si può trarre anche da questo solo passo dell'orazione è un certo significato che la figura di Cornelio viene ad assumere (e l'interpretazione che, appunto, se ne può proporre mi sembra di una certa importanza): la figura, cioè, di una semplice pedina del partito di Pompeo, uno dei molti mandati avanti a tentare il terreno, insomma un uomo di paglia.

In tal senso appare giustificato l'atteggiamento negativo nei confronti del tribuno che Asconio rivela fin dalle prime battute del suo commento ⁽⁵²⁾.

Probabilmente, poi, Cicerone esaminava il comportamento del condannato Manilio e la sua attività legislativa, della quale abbiamo avuto occasione di parlare precedentemente ⁽⁵³⁾, confermando gli indubbi rapporti che dovevano esistere fra Manilio e Cornelio, e perciò anche (non si dimentichi che Manilio è l'autore della *lex Manilia de bello Mithridatico*) fra Cornelio e Pompeo.

⁽⁵¹⁾ Qualche perplessità può permanere di fronte a quel *primum* del passo di Cicerone che sembrerebbe essere posto in correlazione con un altro avverbio temerale, e, quindi, con un'altra vicenda: « ... dapprima ... poi ». Ma, data la frammentarietà in cui ci è tramandata l'orazione, se anche possiamo ipotizzare che ci fosse un « poi », non possiamo, però, dire che cosa riguardasse.

⁽⁵²⁾ Oltre ai dubbi sulla buona fede di Cornelio che la lettura di Asconio ci ha fatto sorgere con quel *iusto pertinacior* (*supra*, p. 278), con l'espressione *seu gratificans reo*, rivolta al pretore del primo processo (*supra*, nt. 20), e con varie sfumature del discorso, si può dire, ora, di un'altra circostanza simile. Cicerone, ad un certo punto (cfr. Asc., in *Corn.*, p. 55-56), *quod vult probare desistere eum* — probabilmente Cominio — *debere ab accusatione*, porta come esempio un processo tenuto qualche anno prima fra Metello Nepos, luogotenente di Pompeo nella guerra piratica, ed un tale Curione, i quali, essendosi convenuti vicendevolmente con due diverse azioni nello stesso lasso di tempo, si erano poi accordati, onde ritirare le rispettive accuse. Cicerone vorrebbe, evidentemente, che Cominio, o chi per lui (forse può trattarsi anche di uno dei cinque *consulares* che accusarono Cornelio: vedi *infra*, nt. 58), seguisse il loro esempio, ritirando, a sua volta, l'accusa; e addita, perciò, la *virtus ac dignitas* di Metello e la *spectata adulescentia ad summam laudem omnibus rebus ornata* di Curione. A questo punto Asconio, ironicamente, commenta: *Confugit autem orator ad Metelli nobilitatem et ad Curionis industriam ut tegeret id quod illi utilius quam honestius fecerant* (Asc., in *Corn.*, p. 56); e più avanti, ancora polemicamente: *... evasit Metellus malus atque improbus civis* (Asc., *loc. cit.*).

⁽⁵³⁾ Cfr. *supra*, p. 301 s. e nt. relativa.

Come anche si è visto, Cicerone aveva dovuto abbandonare alla sua sorte Manilio, che era stato condannato. Ora poteva servire, invece, alla difesa di Cornelio, il confronto fra l'operato dei due tribuni.

Il fatto rimane sì, ma la *tribunicia potestas* non fu violata quando *Cornelius ipse codicem recitavit*, bensì, piuttosto allorché Manilio provocò la sommossa di popolo che doveva impedire il processo contro l'ex tribuno suo amico: tale, in sintesi, dovette essere, su questo punto, il discorso di Cicerone, dal momento che Manilio era già stato condannato e nulla più poteva nuocergli.

Tuttavia Cicerone, a proposito del tumulto guidato da Manilio contro i Comini nel 66, non si lascia sfuggire l'occasione favorevole per riversarne la colpa principale su altri, cioè Catilina e Cn. Pisone, che apparivano legati al partito di Cesare.

CIC., in ASC., in *Corn.* p. 58: Aliis ille in illum furorem magnis hominibus auctoribus impulsus est qui aliquod institui exemplum disturbandorum iudiciorum rei publicae perniciosissimum, temporibus suis accomodatissimum, meis alienissimum rationibus cupiverunt.

A questo punto Asconio spiega che le parole di Cicerone vogliono alludere a Catilina e Pisone, come ho già anticipato (ASC., l.c.: *L. Catilinam et Cn. Pisonem videtur significare*), e precisa che l'uno, Catilina, in quello stesso frangente, era accusato *de repetundis*, e l'altro, Pisone, ancora adolescente, *familiaris erat Catilinae omniumque consiliorum eius particeps et turbarum auctor* ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁴⁾ Nel caso particolare, che qui interessa, Catilina era stato accusato *de repetundis* al suo ritorno dall'Africa dove era stato come pretore nel 67; Asconio dice: *Fuit autem Catilina patricius et eodem illo tempore erat reus repetundarum, cum provinciam Africam obtinuisset et consulatus candidatum se ostendisset. Accusator erat eius P. Clodius, adulescens ipse quoque perditus, qui postea cum Cicerone inimicitias gessit* (ASC., in *Corn.* p. 58). Sappiamo che in quell'occasione lo stesso Cicerone assunse la difesa di Catilina, e che quest'ultimo fu assolto.

Cicerone sembra, infine, ammonire che è inutile e dannoso il tentativo di quei molti, i quali, facendo leva su di un semplice episodio dell'attività di Cornelio, cui si è data troppa importanza, cercano di diminuire l'autorità dei tribuni. È chiaro che i *multi*, ai quali vuole alludere l'oratore, sono gli ottimati, quegli ottimati che non avevano visto di buon occhio il ripristino della *tribunicia potestas* con la *lex Pompeia* del 70, quegli stessi ottimati che, come si è visto, *dixerunt infesti testimonia* nel processo di Cornelio.

CIC., in Asc., in *Corn.* p. 67: Aiunt vestros animos propter illius tribuni plebis temeritatem posse adduci ut omnino nomine illius potestatis abalienentur; qui restituerunt eam potestatem, alterum nihil unum posse contra multos, alterum longe abesse? ⁽⁵⁵⁾.

Ancora Cicerone ha modo di indicare i vari casi in cui poteva trovar luogo l'*intercessio*: non sappiamo come il passo, che sto per citare, si legasse al resto del discorso, ma, procedendo per via di logica, vien fatto di pensare che l'oratore avesse posto in dubbio la stessa legittimità dell'*intercessio* di Globulo.

CIC., in Asc., in *Corn.* p. 62-63: Est utique ius vetandi, cum ea feratur, quam diu... ferundi transferuntur; id est... lex, dum privati dicunt, dum..., dum sitella deferatur, dum aequantur sortes, dum sortitio fit, et si qua sunt alia huius generis.

Il fatto, inoltre, che Asconio introduca il passo di Cicerone con una frase che ha un preciso valore temporale (Asc., in *Corn.* p. 62: *Quo loco enumerat, cum lex feratur, quot loca intercessionis sint, ante quam qui legem fert populum iubeat discedere ... quod verbum non hoc significat quod in communi consuetudine est, eant de eo loco ubi lex feratur, sed in suam quisque*

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Asc., loc. cit.: *Manifestum puto esse vobis M. Crassum et Cn. Pompeium significari, a quibus Crassus iudex tum sedebat in Corneliū, Pompeius in Asia bellum Mithridaticum gerebat.*

tribum discedat in qua est suffragium laturus) sembra significativo. Pare, infatti, che l'illegittimità verisimilmente lamentata dall'oratore riguardasse il momento in cui era stata posta l'*intercessio*, piuttosto che il veto in sè e per sè. E, del resto, lo stesso Cicerone, per indicare i *quot loca intercessionis sint*, usa ripetutamente una particella che ha un preciso valore temporale. La casistica che propone Cicerone, in ogni modo, non è sicuramente completa: il fatto stesso che si concluda con un'espressione così generica (*et si qua sunt alia huius generis*), apre il varco a tutta una serie di altre ipotesi, altri momenti in cui poteva essere opposto il veto (fra i quali, però, si può logicamente ritenere che non rientrasse, secondo il parere di Cicerone, il caso di Cornelio) ⁽⁵⁶⁾.

(56) Sulla base del passo di Asconio sembra, dunque, che l'*intercessio* si possa porre solo *ante quam qui legem fert populum iubeat discedere*, cioè prima che il magistrato proponente inviti il popolo a prendere posto nei comizi secondo l'ordine per tribù.

Asconio parla qui, inoltre, di *quot loca intercessionis ...*: sembrerebbe che Cicerone, nel suo discorso, avesse enumerato i vari casi e le varie possibilità di *intercessio*, in maniera rigorosa e tassativa, come se ciascuna possibilità avesse una sua collocazione, non solo giustificatrice, bensì anche temporale. Di questi *loca intercessionis* alcuni sono precisi e puntuali (*dum privati dicunt; dum sitella defertur; dum aequantur sortes; dum sortitio fit*), e l'ultimo, *si qua sunt alia huius generis*, generico. Non si dimentichi, però, che la rilevata genericità di quest'ultimo caso rimane sempre limitata dalla condizione prima di validità dell'*intercessio*, e cioè che l'*intercessio* stessa sia posta *quam diu ... ferundi transferuntur*. Senza voler entrare a fondo nel problema, basta qui ricordare una recente ed interessante opinione del Meier in proposito (cfr. C. MEIER, *Die loca intercessionis*, cit., p. 86 ss.), secondo il quale anteriormente al 167 a.C. l'*intercessio* era opponibile solo dopo la lettura e dopo la discussione della proposta, in quanto un veto esplicito durante queste fasi (o addirittura prima) avrebbe costituito violazione del *ius agendi cum plebe* o *cum populo* che competeva al proponente. In seguito, invece, sull'esempio di un caso di *intercessio* prematura riferito da Livio (Liv. 45, 21), si sarebbe avuto un ampliamento dei *loca intercessionis* (come è appunto dimostrato dalla vicenda di Cornelio del 67 a.C., e da un analogo caso precedente, del 133, riguardante l'*intercessio* opposta *dum lex recitatur* ad opera di Ottavio contro la legge agraria di Ti. Gracco), dovuto al fatto che il tribuno sceglieva a suo arbitrio il momento più opportuno per arginare con il veto eventuali attacchi degli altri magistrati, e impedirne le reazioni. Quindi il *locum intercessionis* rimaneva indefinito, come non definita si presentava, in partenza, l'eventuale azione degli oppositori.

Continua poi l'oratore :

CIC., in Asc., in Corn. p. 63 : Unum tamen quod hoc ipso tribuno plebis factum est praetermittendum non videtur. Neque enim maius est legere codicem, cum intercedatur, quam sitellam ipsum coram ipso intercessore deferre, nec gravius incipere ferre quam perferre, nec vehementius ostendere se laturum invito collega quam ipsi collegae magistratum abrogare, nec criminosis tribus ad legem accipiendam quam ad collegam reddendum privatum intro vocare: quae vir fortis, huius collega, A. Gabinius in re optima fecit omnia; neque, cum salutem populo Romano atque omnibus gentibus finem diuturnae turpitudinis et servitutis afferret, passus est plus unius collegae sui quam universae civitatis vocem valere et voluntatem ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁷⁾ Mi sembra interessante riportare qui un passo di un'altra orazione di Cicerone, ove si fa riferimento al processo di Cornelio: *Sed quaero a te cur C. Cornelium non defenderem: num legem aliquam Cornelius contra auspicia tulerit, num Aeliam, num Fufiam legem neglexerit, num intercessorem vi deiecerit, num religiones polluerit, aerarium exhauserit, rem publicam compilarit? Tua sunt haec omnia: Cornelio eius modi nihil obiectum est* (CIC., in Vat. testem 2, 5). Si tratta dell'orazione in *Vatinium testem*: Vatinio era un cesariano ed aveva iniziato la sua carriera politica con la questura nel 63 a.C., sotto il consolato di Cicerone; nel 59 era tribuno, e come tale si dimostrava di idee chiaramente rivoluzionarie, e apertamente legato al console Cesare; nel 58 fu eletto *legatus* di Cesare e, in seguito, processato *de ambitu*. Nel 56 depose come testimone nel processo contro Sestio, che era difeso da Cicerone (e si può ricordare che la difesa di Sestio diede modo all'oratore di scagliarsi contro i cesariani, e, in particolare, contro Clodio). Cicerone pronunciò allora una recriminazione contro Vatinio, passando in rivista tutta la sua carriera, e dipingendolo come uomo perduto e cattivo cittadino. Nel passo riportato Cicerone — evidentemente provocato da Vatinio a giustificare, se poteva, la difesa che aveva, a suo tempo, assunto a favore di Cornelio — ripete come nella condotta del tribuno del 67 non si fossero rilevate tracce di certi comportamenti così apertamente delittuosi, come il non aver applicato le leggi ormai consolidate nella tradizione giuridica, l'aver fatto violenza al console, l'aver occupato i templi con bande armate, l'aver respinto l'*intercessio* con la violenza, l'aver approfittato dell'erario pubblico, ed altri *crimina* di questo genere. Cornelio aveva saputo frenarsi prima di giungere a certi estremi, pur se il suo entusiasmo di parte veniva accresciuto da un fiero rancore personale e si traduceva poi in un chiaro intento antisenatorio. Egli non raggiunse mai gli eccessi cui si abbandonò, per esempio, Manilio, eccessi per i quali fu poi condannato.

In questo passo appare il tema non tanto dell'illegittimità dell'*intercessio*, quanto della sua opportunità, e, pertanto, dell'opportunità della condotta di Cornelio ⁽⁵⁸⁾. Il tribuno A. Gabinio — diceva Cicerone — quando propose di attribuire a Pompeo il comando della guerra contro i pirati, compì atti anche più gravi ed illegali. Infatti — prosegue Asconio — Gabinio incontrò anch'egli l'opposizione del senato, e, quando il collega tribuno della plebe, L. Trebellio, per istigazione del senato, gli oppose l'*intercessio*, Gabinio cominciò a convocare le tribù, una per una, per deporre dalla carica il suo collega, come aveva fatto un tempo T. Gracco nei confronti di M. Ottavio. Trebellio non si era, sulle prime, lasciato intimorire, ma, vedendo che le varie tribù approvavano la *rogatio* di Gabinio, ed avevano già votato favorevolmente le prime diciassette tribù e mancava un solo voto perchè la proposta divenisse legge, ritirò l'*intercessio*. Questo Gabinio fu, per Cicerone, un *vir fortis*, il quale preferì ascoltare la voce degli interessi del popolo e *universae civitatis*, piuttosto che quella di un solo collega. Era agevole, per l'oratore, porre, anche in questo caso, un confronto con la figura e le azioni del tribuno Cornelio ⁽⁵⁹⁾.

(58) Si affaccia qui il motivo, che è tipico dell'oratoria, cui già più volte si è accennato: Cicerone tenta di minimizzare gli atti di Cornelio confrontandoli con altri ben più gravi, cioè il *sitellam* ... *deferre* (vale a dire iniziare le estrazioni a sorte per stabilire l'ordine di votazione delle tribù), o il *perferre* (portare a compimento le votazioni stesse) nonostante l'*intercessio* del collega, e ancora il giungere a far abrogare e deporre il collega dalla sua carica ed il radunare il popolo a tal fine.

(59) Mi sembra qui adombrato il concetto ciceroniano di *utilitas rei publicae* che il Jossa (cfr. G. Jossa, *L' 'utilitas rei publicae' nel pensiero di Cicerone*, in *Studi Romani*, 12, 1964, p. 269 ss.) ha posto in evidenza in tutta l'opera dell'Arpinate. Tale concetto fa della giustizia non un'idealità pura ed assolutamente incontaminabile, ma, un benessere sociale, relativo e adattabile, nel senso che non esiste una Giustizia con l'iniziale maiuscola, ma giusto è ciò che serve alla *res publica*. Ciò che qui deve esser posto in evidenza è come questo concetto del *in re optima* permetta di ricomprendere nel lecito anche ciò che lecito non è: si tratta, in definitiva, del principio machiavellico 'il fine giustifica i mezzi'. Questo principio aveva salvato Gabinio, nonostante le illegalità da lui compiute; poteva servire a salvare anche Cornelio, dato che la vicenda di Gabinio non era meno grave (cfr. Asc., in *Corn.*, p. 63-64: *Manifestum est de ea lege Gabini Ciceronem nunc dicere qua Cn. Pompeio bellum adversus*

In ogni modo Cornelio fu assolto, come si è detto, *magno numero sententiarum* ⁽⁶⁰⁾.

Quest'assoluzione quasi all'unanimità appare strana dopo le traversie del processo e tenendo conto del rancore che il senato poteva ancora nutrire contro Cornelio. È noto che, a seguito della *lex Aurelia iudiciaria* del 70 a.C., il *ius iudicarium* era ripartito tra senatori, cavalieri e *tribuni aerarii*, rappresentanti, questi ultimi, del ceto della ricca borghesia. Per spiegare, dunque, come i giudici estratti dal senato pervenissero anch'essi all'assoluzione si può pensare che il partito pompeiano, come tanto aveva già fatto per sostenere Cornelio, altrettanto brigasse per farlo assolvere, fors'anche subornando i giudici.

Analoga spiegazione può, altresì, servire a giustificare anche l'assoluzione, a grande maggioranza, da parte dei rappresen-

piratas datum est. L. autem Trebellius est tribunus plebis quem non nominat: quo perseverante intercedere — nam senatui promiserat moriturum se ante quam illa lex perferretur — intro vocare tribus Gabinius coepit ut Trebellio magistratum abrogaret, sicut quondam Ti. Gracchus tribunus M. Octavio collegae suo magistratum abrogavit. Et aliquam diu Trebellius ea re non perterritus aderat perstabatque in intercessione, quod id minari magis quam perseveraturum esse Gabinium arbitrabatur; sed post quam X et VII tribus rogationem acceperunt, ut una minus esset, et modo una superaret ut populi iussum conficeret, remisit intercessionem Trebellius: atque ita legem Gabinius de piratis persequendis pertulit). Certamente il principio dell'*utilitas rei publicae* era un principio più di ordine retorico che non giuridico, che poteva aver valore in una società concreta e volta al concreto come quella romana, solo, però, ove vi fosse qualche abile rétor (e in questo caso c'era Cicerone) capace di farlo risaltare in un insieme di argomentazioni più strettamente giuridiche (e si pensi al discorso sui vari casi di *intercessiones*).

⁽⁶⁰⁾ Un ultimo passo della *Cornelia* di Cicerone, che Asconio riporta, e che mi sembra possa essere interessante, riguarda i *principes civitatis* che come si disse, avevano accusato Cornelio (Asc., in *Corn.* p. 53, cit. *supra*, p. 303). Il passo è il seguente: *Num in eo qui sint hi testes haesitatis? Ego vobis edam. Duo reliqui sunt de consularibus, inimici tribuniciae potestatis. Pauci praeterea adsentatores eorum atque adseculae subsequuntur* (Cic. in Asc., in *Corn.* p. 70). A questo brano Asconio fa seguire immediatamente il suo breve commento, da cui si può dedurre come l'oratore di Arpino avesse cercato di scalzare, ad una ad una, tutte le accuse mosse contro il suo protetto dai maggiori personaggi del senato (Asc., in *Corn.* pp. 70-71): *M. Lucullum et M. Lepidum significat. Quinque enim consulares, ut iam diximus, in Corneliu[m] testimoniu[m] dixerunt: Q. Catulus, Q. Hortentius, Q. Metellus Pius pontifex maximus, quos hac secunda oratione tractat, et duo qui nondum dixerat quos nunc significat Lucullus et Lepidus.*

tanti dei cavalieri e dei *tribuni aerarii*. È vero che ormai anche in questi ceti della *civitas*, molti (benchè, forse, in numero minore che nell'ambito della *nobilitas*) avevano aderito al programma politico-militare di Pompeo; ma non è neppure da escludere che potessero anche essere stati corrotti e comprati alla causa di Cornelio. A sostegno di tutto ciò si può ancora citare

Asc., in *Corn.* p. 54: *Adiumentum autem habuit (scilicet Cicero) quod, sicut diximus, Cornelius praeter destriatum propositum animi adversus principum voluntatem cetera vita nihil fecerat quod magnopere improbaretur; praeterea quod et ipse Globulus qui intercesserat aderat Cornelio, et — quod ipsum quoque diximus — quod Cornelius Pompeii Magni quaestor fuerat, apud duas decurias profuit equitum Romanorum et tribunorum aerariorum et ex tertia quoque parte senatorum apud plebsque exceptis eis qui erant familiares principum civitatis.*

In conclusione, Cornelio fu, in realtà, una pedina di Pompeo. Ossequiente alle direttive del condottiero, per questo motivo egli fu tribuno della plebe e formulò delle proposte che appaiono di carattere democratico (se si vuol dare tale denominazione al partito che poi sarà di Cesare), anzi antisensorio e ciò in un momento storico in cui la plebe aveva solo l'arma della violenza e della sommossa contro il malcostume e lo strapotere. Un « tribuno » che si serviva, a vantaggio del popolo, delle armi costituzionali aveva di certo acquisito un prestigio di notevole rilievo e la sua appartenenza al partito pompeiano diffondeva in Roma, fors'anche inconsciamente, il favore per Pompeo.

Da tutto questo insieme di circostanze, confusamente sentite, nasceva la grande aspettativa popolare circa l'esito del processo.

7. Quel qualcosa di più, rispetto ad un atteggiamento partigiano, che si può notare nell'indole di Cornelio, cioè il carattere

nettamente antisenatorio della sua attività, è, forse, un elemento personale dello stesso tribuno.

Certamente non era nelle intenzioni di Pompeo, ancora indeciso circa la direzione politica da prendere tra il programma democratico-popolare e quello aristocratico-senatorio, un atteggiamento così ostile al senato. Ma Cornelio si lasciò trascinare dalla foga politica, ravvisando una offesa personale nell'opposizione del senato a molte sue leggi: una volta investito delle funzioni di difensore del popolo, emerse il suo animo nettamente ambizioso e *iusto pertinacior*, l'animo, cioè, del demagogo ⁽⁶¹⁾.

Quaestor di Pompeo, probabilmente già da prima doveva aver dimostrato il suo orientamento verso il partito di Pompeo. È, infatti, logico pensare, dato il rapporto di collaborazione strettissima che intercorreva fra il comandante militare ed il suo *quaestor*, che il senato avesse provveduto alla nomina del *quaestor* dietro suggerimento di Pompeo, il quale si era così assicurato un collaboratore di sua piena fiducia, rimastogli poi sempre fedele.

Nel tribunato Cornelio fu *iusto pertinacior*: nella testimonianza di Asconio il carattere negativo dell'aggettivo *perlinax*, che indica arroganza, temerarietà, mancanza di ogni controllo, viene rafforzato dal termine di paragone, *iusto*, che non lascia dubbi. L'espressione di Asconio sta, cioè, ad indicare una completa disapprovazione morale per il tribuno Cornelio, per la sua « arroganza » e « pretenziosità » basata sulla consapevolezza della forza dell'alto personaggio per conto del quale egli agiva.

E proprio per le estrinsecazioni pubbliche di tale carattere Cornelio si inimicò il senato. La sua attività tribunizia è tutta

(61) Il significato politico e rivoluzionario del tribunato di Cornelio può, poi, essere ulteriormente sottolineato confrontandolo col carattere nettamente aristocratico degli avversari più diretti del tribuno durante il processo. Sembra quasi che il senato volesse, con il processo, vendicarsi per gli scacchi subiti (e faticosamente arginati) nel 67 ad opera del tribuno stesso. Infatti i diretti avversari di Cornelio nella magistratura, e poi i suoi accusatori appaiono tutti di rango senatorio (Q. Catullo era addirittura il *princeps senatus*).

costellata di tentativi, di larvate ostilità, di animosità e contestazioni. Si è parlato della relazione *ne quis legatis exterarum nationum pecuniam expensam ferret* e delle sue vicende. Sia essa stata veramente la prima iniziativa del tribuno, oppure soltanto la prima importante, quella, almeno, da cui ebbe inizio l'alterco col senato, certo è che Asconio, trattando, in seguito, dell'irritazione del tribuno, ne pone come dirette conseguenze la lagnanza, che Cornelio portò direttamente davanti al popolo, ed una legge *ne quis nisi per populum legibus solveretur* (si noti, infatti, nel testo, l'enclitica *-que*, di *promulgavitque*, che unisce il ricordo della *contio* popolare alla menzione della proposta del nuovo provvedimento, che diminuiva di molto il prestigio del senato). Tutto fa pensare ad una reazione personale del tribuno che vedeva ostacolati i suoi piani, la sua attività, e che poteva rischiare, così, di rimanere screditato presso il popolo e presso i suoi.

Analogo discorso si potrebbe poi fare seguendo la versione di Dione Cassio. Come conseguenza della riprovazione senatoria nei confronti della sua proposta *de ambitu*, e dell'approvazione della *lex Calpurnia de ambitu*, Cornelio avrebbe richiesto *ne quis nisi per populum legibus solveretur*, quasi a denunciare i ragiri del senato, che, per evitare il pericolo della *rogatio* del tribuno, aveva esentato di sua esclusiva iniziativa il console Pisone dall'osservanza delle *leges Aelia et Fufia*, permettendogli di *ferre legem* prima delle elezioni dei nuovi magistrati ⁽⁶²⁾.

Il popolo, come si è visto, si sollevò a difendere il tribuno, e questi si ritrasse dalla mischia solo quando, *cum consul ... eos qui sibi intentabant manus prendi a lictore iussisset, fracti eius fascēs sunt lapidesque etiam ex ultima contione in consulem iacti*. Cornelio rinunciò ad arringare il popolo *in contione* non già per timore delle tradizioni violate, bensì perchè aveva compreso che il movimento popolare non poteva ancora vincere la potenza costituzione del console. Non era tempo, ancora, di usare della forza

(62) Sulla vicenda, cfr. *supra*, p. 298 ss. e ntt. 31, 32 e 33.

del popolo, ed anzi, un'azione, allora, poteva essere pericolosa per il tribuno e per il suo partito. Cornelio evitava, così, quello stesso errore che poi compì Manilio, incitando il popolo contro gli accusatori dell'amico onde impedirne il processo (per il quale errore lo stesso Manilio fu condannato).

Anche la *lex de ambitu* aveva un chiaro carattere polemico contro gli ottimati: tanto è vero che il senato stesso provvide con un senatoconsulto a dare incarico a Pisone di formulare una nuova e più favorevole proposta in materia. Parimenti la *rogatio Manilia de libertinorum suffragiis* — se vogliamo seguire l'ipotesi suggerita da Asconio, che, cioè, essa fosse stata ispirata dallo stesso Cornelio — prosegue e completa, in un palese clima di opposizione e di contrasto contro la classe politica dominante, l'azione che il tribuno del 67 aveva perseguito durante la sua carica ⁽⁶³⁾.

Con tali precedenti anche la *lex de edictis* riceve un preciso significato proprio dal clima di tensioni e di reazioni in cui sorge. Anch'essa, infatti, risulta ispirata alle stesse direttive politiche, e, in particolare, antisenatorie. Vista, perciò, in questa sua necessaria connessione con tutta l'attività del suo promotore, la *lex Cornelia* rivela un carattere prevalentemente politico e contingente ⁽⁶⁴⁾.

Alla luce di questa giustificazione si può, alla fine, riprendere, in breve, anche il problema della durata nel tempo della stessa *lex Cornelia*.

⁽⁶³⁾ Si può richiamare, a questo punto, un passo di Asconio, già ricordato a suo tempo: *Adiumentum autem habuit (scilicet Cicero) quod, sicut diximus, Cornelius praeter dstrictum propositum animi adversus principum voluntatem cetera vita nihil fecerat quod magnopere improbaretur* (Asc., in *Corn.* p. 53-54, cit. *supra*, p. 306). Nell'ambito dell'interpretazione che stiamo svolgendo circa i moventi dell'attività di Cornelio, l'espressione *dstrictum propositum animi adversus principum voluntatem* assume il carattere di elemento chiave.

⁽⁶⁴⁾ Si vedano le ntt. 20 e 21, con tutto il discorso fatto a proposito del termine *gratia*, e del particolare valore che esso viene ad assumere nelle espressioni riferite da Asconio e Dione Cassio alla *lex Cornelia*.

Tutte le iniziative di Cornelio, come si è visto, furono arrestate dalla reazione senatoria: la relazione *ne quis legis exterrarum nationum pecuniam expensam ferret* non ottenne alcun risultato, ma solo una secca risposta del senato in senso negativo; la proposta *de legibus solutione* dovette essere modificata e riadattata agli interessi particolari del senato; la *rogatio de ambitu* fu combattuta indirettamente con la promulgazione della proposta del console Pisone; e infine, la *lex Manilia de libertinorum suffragiis* non ebbe miglior sorte.

Si deve, a questo punto, concludere che l'unica proposta di Cornelio ad avere buon esito fu, appunto, la *lex de edictis*? In realtà, se confrontiamo la sua vicenda con quella delle altre iniziative, sembrerebbe logico desumerne che anch'essa non dovette restare in vigore per lungo tempo. Nonostante il carattere politico che la ispirava, essa aveva, però, a fondamento un'esigenza largamente condivisa, quella di arginare gli abusi magistratuali. Per tal motivo, forse, il senato non osò provvedere con un'abrogazione diretta, la quale avrebbe riproposto le gravi polemiche contro il malgoverno della *nobilitas*, che già l'episodio di Verre aveva aperto pochi anni prima ⁽⁶⁵⁾. Si potrebbe, quindi, anche

(65) Vorrei, infine, riprendere il passo tanto discusso di Cicerone, che è stato messo in rapporto con il problema della *lex Cornelia* (Cic., in *Verr.* II, 1, 46, 119, cit. *supra*, nt. 4). Innanzi tutto mi sembra doveroso precisare che la giustificazione degli interventi di Pisone non può essere ricercata nel proseguimento del discorso (o, peggio, in una parte sola di esso, come vorrebbe il VONCLIS, *op. cit.*, p. 187 s.). Si rilegga, infatti Cic., in *Verrem* II, 1, 46 120: *Nam, quaeso, redite in memoriam, iudices, quae libido istius in iure dicundo fuerit, quae varietas decretorum, quae nundinatio, quam inanes domus eorum omnium, qui de iure civili consuli solent ...* La menzione del consulto giurisprudenziale — la mancanza del quale avrebbe originato, secondo il VONCLIS, l'*intercessio* — compare, come si vede, solo dopo la *libido*, dopo la *varietas decretorum*, dopo la *nundinatio*, e cioè solo come quarto elemento nell'elenco delle illegittimità di Verre.

La *libido* di Verre *in iure dicundo*, ed in particolare nei decreti (*aliter atque ut edixerat decrevisset*) non è, si osservi bene, l'ambizione che Asconio riferisce ai pretori *qui varie ius dicere assueverant*, ma è molto di più: il termine indica non una semplice disapprovazione più sul piano del ragionamento e della legalità che su quello della morale costituzionale, ma un aperto e chiaro disgusto. Anche dopo aver spogliato l'orazione di tutto ciò che può essere enfasi retorica non mi sembra assolutamente neces-

ritenere, con tutta probabilità, che i magistrati lasciassero cadere poco alla volta la legge in desuetudine.

sario accostare la *lex Cornelia* ad un episodio di depravazione magistratuale di così ampia portata. E un argomento potrebbe essere questo: se la legge fosse stata una reazione all'episodio di Verre, e a quant'altri episodi di quella specie si fossero verificati in Roma, Cicerone, difendendo Cornelio, non avrebbe mancato di porlo in risalto, per favorire il suo protetto con la menzione di un provvedimento così giusto, ed anche per ripresentare agli occhi di Roma una sua gloria recente, la vittoria forense contro Verre. E se anche Cicerone non avesse parlato ai giudici direttamente del parallelo fra la *lex Cornelia* e le esigenze rivelate dal processo del 70 a.C., non avrebbe certamente mancato di inserirlo più tardi nel testo dell'orazione, prima che fosse diffusa come opera letteraria.

E a quel *libido*, cui accennavo, sottolineato anche dal termine *nundinatio* (il mercanteggiare nelle fiere, riferito qui polemicamente al campo della giustizia) si collega, infine, il *sine ulla religione*: la *religio* era, infatti, per i Romani, l'espressione dell'*aequitas*, dell'osservanza delle tradizioni e del buon costume (sul valore dell'espressione di Cicerone cfr. *supra*, alla nt. 4, l'opinione del MARTINI, *Il problema*, cit., p. 38). Si noti anche che il termine *nundinatio*, nella sua forma verbale, viene usato dapprima nel passo precedente (*qui ab isto ius ad utilitatem suam nundinarentur*) per introdurre il luogo in cui vengono denunciate le violazioni all'editto (*contra illud ipsum edictum suum ...*), e poi ripetuto qui, quasi ad affermarne e riaffermarne l'importanza.

JACQUES PRÉVAULT

**LE FORMES JURIDIQUES D'EXPLOITATION
DANS L'AGRICULTURE FRANÇAISE
ET LES ORIENTATIONS NOUVELLES DU DROIT RURAL**

SOMMARIO: Ch. I - *Les modes traditionnels d'exploitation agricole en France*: I. L'exploitation individuelle: A) le faire valoir direct, B) la location des terres, C) caractères de l'exploitation individuelle. - II. L'exploitation collective: A) les sociétés civiles d'exploitation, B) les sociétés commerciales. — Ch. II - *La rénovation des modes d'exploitation collectifs*: I. Les formes sociales nouvelles d'exploitation agricole: 1. les groupements agricole d'exploitation en commun; 2. les groupements pastoraux; 3. les groupements foncières agricoles. - II. Les groupements d'exploitation de type coopératif: 1. les caractères de la coopération en agriculture; 2. les coopératives agricoles au stade de l'exploitation. — Conclusion.

L'agriculture française est, actuellement, en pleine effervescence. Cette constatation peut être faite tant sur le plan économique que sur les plans social et juridique. En vingt cinq ans, l'agriculture française a connu plus de bouleversements qu'au cours des dix siècles qui ont précédé le nôtre. Depuis l'époque carolingienne jusqu'à la seconde guerre mondiale, son évolution avait été extrêmement lente. Sans doute l'histoire a-t-elle connu des transformations tant des modes de culture que de la condition sociale des cultivateurs. On a ainsi parlé d'une révolution spécifique de l'agriculture, dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, par suite de méthodes nouvelles dans l'utilisation des terres ⁽¹⁾. A cette observation on pourrait ajouter que l'apparition du machinisme en agriculture, vers le milieu du XIXe siècle, a bouleversé une seconde fois le monde rural, permettant une meilleure exploitation et entraînant une diminution appréciable de la main d'oeuvre nécessaire, première cause du dépeuplement des campagnes. Mais les structures foncières restaient sans grande modification. Depuis le lendemain de la deuxième guerre, au contraire, ce ne sont pas seulement les méthodes d'exploitation qui ont été bouleversées, mais également les structures foncières et, bien plus encore, la structure sociale du monde rural.

(1) *Agriculture 1973*, 70^e congrès des Notaires de France - tome III - *Exploitations et entreprises agricoles* - par Me Plessiet p. 17.

Les procédés de culture ont été entièrement rénovés. Les chevaux et les boeufs ont presque totalement disparu; ils ont été remplacés par des tracteurs, des moissonneuses-batteuses, voire des hélicoptères pour le sulfatage des arbres fruitiers et des vignes. L'amélioration des engrais chimiques a doublé, parfois triplé le rendement des terres, spécialement de celles produisant des céréales. Jusqu'à une date récente, les cultivateurs français travaillaient principalement pour assurer leur propre subsistance et celle de leur famille. Aujourd'hui le stade de l'autoconsommation est dépassé. La cellule familiale, unité économique de production, a généralement disparu, remplacée par une simple unité de consommation ⁽²⁾. Il en résulte que la polyculture disparaît peu à peu, cédant la place à des cultures spécialisées. Aux méthodes artisanales, succèdent des procédés industriels d'exploitation de sols. La main d'oeuvre nécessaire a pu être réduite dans des proportions de deux tiers. En revanche, la mise en oeuvre des méthodes modernes nécessitent d'énormes investissements, dépassant les possibilités des petits exploitants qui constituent pourtant la majorité.

Les structures foncières ont été sérieusement modifiées. D'innombrables petites exploitations, qui n'étaient plus viables, disparaissent de jour en jour ⁽³⁾. Les très grandes exploitations ont été morcelées. La tendance actuelle est vers la constitution d'exploitations moyennes, stables et rentables. La géographie même de la France, le visage de nos campagnes, ont souvent changé par suite des opérations de remembrement avec élimination des petites parcelles, applanissement des surfaces, suppression des talus et des haies. Les régions dites de bocage cèdent la place à de vastes plaines où sont pratiquées des cultures à grand rendement.

(2) JEAN SAVATIER, *Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée* (Mélanges Savatier, p. 363 et s.).

(3) De 1882 à 1963 les exploitations d'une superficie inférieure à 1 hectare sont passées de 2 millions à moins de 100.000 (*Agriculture 1973*, t. III, p. 18 et 202); le nombre d'exploitations qui disparaissent est actuellement de 50.000 par an (*Statistique agricole n° 42* (1969), p. 12).

La condition sociale des populations rurales a considérablement évolué. Il est évident que le cultivateur de 1974 n'accepterait plus de « gagner son pain à la sueur de son front », en vivant dans les conditions souvent misérables qu'avaient connues les générations précédentes. L'amélioration des conditions de vie, l'ouverture des paysans vers l'extérieur grâce à la facilité des transports, à la télévision et à quantité d'autres facteurs, devaient entraîner une évolution considérable de la mentalité paysanne. L'organisation du Marché Commun, enfin, permettait à l'agriculture française des possibilités d'expansion et l'incitait à se montrer compétitive ⁽⁴⁾.

Toutes ces données d'ordre économique et social faisaient naître dans les esprits un vif désir de reconstruire une agriculture dans des cadres juridiques nouveaux. Seulement une telle reconstruction ne pouvait être opérée brutalement. A l'heure présente, elle est simplement en chantier et les difficultés rencontrées ont nécessité de nombreuses modifications des plans. Depuis une quinzaine d'années, un effort considérable a été tenté, tant sur le plan économique que sur les plans civil, social, administratif et fiscal. Alors que, de tradition, l'agriculture était régie par le droit civil, une législation nouvelle est née, détachée de ce dernier et constituant un véritable droit rural autonome. L'intervention de l'Etat y prend une place de plus en plus grande. Cependant, le respect de la propriété foncière et de la liberté individuelle, auquel le monde paysan est très attaché, obligeait le législateur à laisser une large place aux institutions de droit privé.

Ce sont sur certains aspects seulement de ce droit nouveau que nous nous proposons de faire porter cette étude. Nous la limiterons à l'évolution des formes juridiques d'exploitation. Dans cette optique, l'examen de la situation de l'agriculture française

(4) En ce qui concerne la place de l'agriculture française dans le Marché Commun, nous avons eu l'occasion d'évoquer cette question au « Centro di Studi Giuridici Europei », Urbino, Agosto 1972.

nous révélera d'une part la persistance des modes d'exploitation traditionnels, qui sont presque toujours de type individuel, l'apparition, d'autre part, de formes nouvelles d'exploitation, celles là de type collectif.

Chapitre I : LES MODES TRADITIONNELS D'EXPLOITATION AGRICOLE EN FRANCE

Depuis la stabilisation, sur le territoire français, des peuples germaniques, la mise en valeur des terres a été réalisée par l'exploitation individuelle. Tantôt le propriétaire du sol exploite lui-même, avec les membres de sa famille et tout au plus quelques domestiques, (c'est ce que l'on appelle le « faire valoir direct »), tantôt il donne en location tout ou partie de ses terres à un exploitant (fermier ou métayer). Si certains domaines ruraux ont été exploités sous des formes collectives, c'est à titre tout à fait exceptionnel.

Section I : *L'exploitation individuelle.*

A) *Le faire valoir direct.*

En général, le propriétaire des terres les cultive personnellement et directement. Au lendemain de la Révolution française, le territoire a été aux mains d'une multitude de petits propriétaires fonciers, affranchis de toute emprise féodale, ayant conquis la propriété et la liberté d'exploitation. Sur le plan juridique, le Code Napoléon avait été conçu pour garantir leur autonomie. Sans doute leur était-il loisible de ne pas exploiter eux-mêmes et de donner leur domaines en location. Mais le faire valoir direct a été le procédé le plus utilisé et il se caractérise par une remarquable stabilité : On a pu établir que, de 1892 à 1970, la

proportion de terres ainsi exploitées n'avait varié que de 1 % ⁽⁵⁾. Seulement l'utilisation de ce procédé varie tout de même sensiblement selon les régions géographiques. Il n'est que de 25 % dans les plaines du Nord de la France, atteint 75 % dans la région pyrénéenne ⁽⁶⁾, 85 % dans le Puy de Dôme ⁽⁷⁾ et 95 % dans quelques départements notamment en Alsace Lorraine ⁽⁸⁾. On a même constaté un accroissement du faire valoir direct dans les zones où il était le moins répandu (Bretagne, Haute Normandie, Champagne) ⁽⁹⁾. Il paraît donc prédominer.

B) La location des terres.

Il ne faudrait pas, cependant, mépriser les autres modes de faire valoir. En effet, les statistiques établies par le Ministère de l'agriculture ont révélé que le faire valoir direct représentait seulement 52 % des terres, tandis que 45 % sont en fermage et 2,8 % en métayage ⁽¹⁰⁾.

La proportion de terres données en fermage varie à la fois à raison de la taille des exploitations et à raison des zones géographiques. Plus la superficie des domaines grandit, plus le fermage est pratiqué. Toutefois, au dessus d'un certain chiffre, d'ailleurs rarement atteint (200 hectares), on revient fréquemment au faire valoir direct ⁽¹¹⁾. Quant à la répartition géographique, la multitude de régions différentes ne permet pas d'en donner des détails. Le fermage est pratiqué partout. Il domine dans le Nord et dans l'Ouest. On notera aussi la fréquence du faire valoir

⁽⁵⁾ *Agriculture 1973*, t. III, p. 224.

⁽⁶⁾ *Cahiers de statistique agricole*, n° 156 (1970), fascicule A. 7.

⁽⁷⁾ A. M. BOURCEROIS, *L'exploitation agricole dans la législation récente* (1965), p. 161-162.

⁽⁸⁾ *Agriculture 1973*, t. III, p. 221.

⁽⁹⁾ *Cahiers de statistique agricole* n° 156, A. 17.

⁽¹⁰⁾ *Id.*, A. 5; situation toute différente dans les autres pays de la Communauté Economique Européenne, en particulier l'Italie où 18 % des terres seulement sont en fermage (*Cahier de statistique agricole* n° 162 A 4).

⁽¹¹⁾ *Id.*, A. 6.

mixte : un propriétaire foncier exploite lui-même une partie de ses terres et donne le reste en location ⁽¹²⁾.

Le métayage, qui occupe encore en Italie une place importante ⁽¹³⁾, a presque disparu en France, après y avoir joué un rôle considérable. Avant 1945, des régions entières étaient caractérisée par le métayage (spécialement le Sud-Ouest). Mais la législation nouvelle (Statut du fermage : Ordonnance du 17 oct. 1945 et loi du 13 avril 1946) est animée d'un esprit d'hostilité à l'encontre du métayage et, sans l'interdire expressément, a pris des mesures pour l'anéantir. On en trouve encore quelques traces, de la côte atlantique (Vendée) à la Saône et Loire. Mais sa disparition, dans les années à venir, est vraisemblable.

Quant aux autres formes de locations, elles sont d'une importance dérisoire. Sans doute, les baux emphytéotiques sont-ils possibles, mais très rares (dans certains départements, on n'en connaît pas un seul exemple). Certaines formes primitives de baux de longue durée n'avaient qu'un caractère local et, bien que régis encore par le code rural de 1955, sont limitées à quelques régions et disparaissaient peu à peu (ex. *baux à complant* dans les pays de la Loire, *baux à domaine congéable* en Bretagne). Une loi récente (31 décembre 1970) a tenté de créer deux formes nouvelles, sous le nom de « baux à long terme ». Mais les décrets d'application ne sont pas encore publiés et, bien que la loi soit immédiatement en vigueur, très rares sont ceux qui ont opté pour ces nouveaux systèmes (actuellement, 3 ou 4 exemples par département). En pratique, le fermage, strictement réglementé depuis 1945, constitue le seul mode habituel de location.

C) *Les caractères de l'exploitation individuelle en France.*

Que la terre soit mise en valeur directement ou indirectement, c'est à dire que l'exploitant ait la qualité de propriétaire

⁽¹²⁾ V. BOBIN, *Exploitation agricole et politique des structures* (1969) n° 71 à 75.

⁽¹³⁾ *Agriculture* 1973, t. III, p. 227; *Cahier de statistique agricole* n° 160 fasc. B.

ou celle de fermier, l'exploitation agricole française apparaît presque toujours avec les mêmes caractères spécifiques.

C'est, tout d'abord, une exploitation d'une *superficie moyenne*. Le morcellement de grosses exploitations et la disparition d'une multitude de trop petites, ont permis la consolidation d'une majorité d'exploitations moyennes, dont la superficie est montée, depuis quelques années, de 17 à 20 hectares ⁽¹⁴⁾, alors qu'en Italie elle est seulement de 6 hectares. De tous les pays du Marché Commun (à l'exception de l'Angleterre qui n'est pas encore complètement intégrée dans la Communauté économique), la France est celui qui a les exploitations moyennes les plus vastes (Allemagne 10,3 ha; Belgique 7,6 ha; Pays Bas 9,2 ha) ⁽¹⁵⁾.

Le second caractère spécifique de l'exploitation rurale française est sa *structure familiale*. L'implantation de grosses entreprises de culture, telles qu'on les rencontre aux U.S.A. et en U.R.S.S. ⁽¹⁶⁾, n'a pas réussi en France. La mécanisation elle-même, très poussée depuis quelques années, n'a pas supprimé l'organisation familiale et artisanale de l'agriculture française. Cette structure est considérée, par les économistes, comme la plus adéquate ⁽¹⁷⁾. Un certain état d'esprit s'est d'ailleurs opposé à l'introduction du capitalisme en agriculture ⁽¹⁸⁾.

Il en résulte que l'exploitation agricole française peut être définie comme une « unité de production ». C'est à ce critère que s'est rallié le législateur, depuis la loi du 15 janvier 1943 qui permet le maintien de l'indivision successorale et l'attribution préférentielle de « l'exploitation agricole constituant une unité économique qui, tant en raison de sa superficie que des éléments mobiliers et immobiliers qui la composent, peut faire vivre une famille paysanne, aidée au besoin par un ou deux domestiques

⁽¹⁴⁾ *Agriculture* 1973, t. III, p. 206.

⁽¹⁵⁾ *Id.*, p. 207 et s.

⁽¹⁶⁾ v. H. DE FARCY, *Economie rurale*, p. 248 et s.

⁽¹⁷⁾ MILHAU et MONTAGNE, *Précis d'Economie rurale*, p. 36-37.

⁽¹⁸⁾ SAINT ALARY, *Essai sur la notion juridique d'entreprise agricole* (*Revue trim. d. civil.* 1950, 129 et s.).

permanents, et peut être mise en valeur par cette famille ». Ces textes, insérés dans le code civil, ont été modifiés en 1961. La notion d'unité économique est maintenue; en revanche, le caractère familial de l'exploitation n'est plus exigée pour l'attribution préférentielle facultative; il l'est toujours lorsque la loi considère cette attribution comme un droit (c. civil art. 832-1).

TABLEAU I

PROPORTION D'EXPLOITATIONS AYANT DES TERRES
DANS UN MODE DE FAIRE-VALOIR DONNE
(pour 100 exploitations d'une classe de taille S.A.U. donnée)

N.B.: Les exploitations à mode de faire-valoir mixte sont comptées plusieurs fois.

Unité: %

Taille S.A.U. (Superficie Agricole utilisée en ha, bornes supérieures exclues)	Faire-valoir direct	Fermage	Métayage	Autres modes de faire-valoir	Proportion d'exploitations pratiquant plusieurs modes de faire-valoir % (a)
Moins de 1 . . .	93,2	11,3	2,2	0,2	6,9
1 - 2 . . .	88,8	23,3	2,3	0,4	14,8
2 - 5 . . .	86,3	36,1	3,0	0,3	25,7
5 - 10 . . .	84,2	48,7	4,6	0,3	37,8
10 - 15 . . .	81,3	59,5	4,6	0,2	45,6
15 - 20 . . .	79,5	65,7	4,4	0,3	49,9
20 - 25 . . .	76,9	69,8	4,7	0,3	51,7
25 - 30 . . .	75,1	71,8	4,9	0,4	52,2
30 - 35 . . .	73,6	74,5	4,9	0,3	53,3
35 - 40 . . .	72,2	74,7	5,6	0,3	53,0
40 - 50 . . .	72,9	76,0	5,6	0,3	54,8
50 - 70 . . .	73,4	76,6	5,6	0,3	55,9
70 - 100 . . .	74,5	77,6	4,1	0,3	56,5
100 - 200 . . .	74,6	77,5	2,4	0,3	54,8
200 et plus . . .	81,1	74,8	1,5	0,3	57,7
<i>Ensemble</i> . . .	81,8	52,8	4,1	0,3	39,0
Moins de 5 . . .	88,5	27,0	2,6	0,3	18,4
5 - 20	82,1	56,4	4,5	0,3	43,3
20 - 50	74,8	72,6	5,0	0,3	52,7
50 et plus . . .	74,2	76,9	4,5	0,3	55,9

Source: Ministère de l'Agriculture (Enquête communautaire 1967).

(a) Estimation provisoire par modo.

Si le législateur s'est basé sur un critère économique, c'est par suite de l'absence de définition juridique : l'exploitation agricole n'est pas considérée comme une unité juridique. Son existence nécessite la réunion d'éléments très différents, mais « il n'y a aucun lien de droit entre les éléments qui la composent ⁽¹⁹⁾. Elle ne constitue pas une « universalité juridique. Quant à la notion d'entreprise, l'opinion dominante l'exclut du domaine agricole. Les économistes estiment généralement qu'elle ne répond pas à la situation objective ⁽²⁰⁾, bien que certains juristes soient d'avis contraire ⁽²¹⁾. Mais ni notre législation ni notre jurisprudence ne l'acceptent en matière rurale, bien que certains textes, sans prononcer le mot entreprise, soient incontestablement inspirés de cette notion ⁽²²⁾.

Section II : *L'exploitation collective.*

Si, aux observations qui précèdent, on ajoute que la législation civile, depuis Napoléon, était nettement individualiste et que les paysans français sont restés, même à l'heure actuelle, farouchement attachés à leur autonomie, on comprendra facilement le peu de succès que pouvait obtenir, dans ce contexte, une organisation collective de l'exploitation agricole. Jusqu'à une date toute récente, elle était à peu près inexistante. Et pourtant, différents types de sociétés, proposés soit par le code civil soit par la législation commerciale, auraient pu être utilisés en agriculture. Il ne faut pas dire qu'ils ne l'ont jamais été mais plutôt que les expériences ont été tout à fait isolées.

Des intérêts d'ordres très différents inciteraient pourtant à remplacer l'exploitation individuelle par une exploitation sous

(19) Me PLESSIET in *Agriculture* 1973, t. III, p. 27.

(20) MILHAU et MONTAGNE, *op. cit.*, p. 22 et s.

(21) BOBIN, *op. cit.*, n° 63 à 66; DESPAX, *L'entreprise et le Droit*, n° 234 et s.

(22) v. DESPAX, n° 183; RIPERT, *Le statut du fermage. Du droit contractuel au droit de l'entreprise* (Recueil Dalloz 1946, Chr. 1).

forme de société. Au premier plan apparaissent des préoccupations économiques. Des exploitations individuelles insuffisantes pourraient, en fusionnant, devenir rentables. La constitution d'une société permet l'apport de capitaux que le particulier ne pourrait se procurer. Des intérêts d'ordre familial entrent aussi en ligne de compte : la constitution d'une société entre parents et enfants permet de faire participer ces derniers aux profits de l'entreprise, et cette participation peut s'accroître au fur et à mesure que le rôle des enfants est plus important. Au décès du propriétaire des terres, la conservation de l'exploitation et son attribution préférentielle ne sont pas toujours possibles. Pour éviter le partage, entraînant dislocation, le père de famille pourrait, de son vivant, constituer, avec ses héritiers, une société, avec clause de continuation entre les survivants. En pratique, ce sont les seuls motifs qui ont parfois incité à la création d'une société d'exploitation agricole, dont plusieurs types étaient à choisir.

A) Les sociétés civiles d'exploitation.

C'est la forme la plus classique de société, régie par le code civil (art. 1856-1864). Elle s'adapte parfaitement à l'agriculture. On en trouvait des exemples nombreux déjà en droit babylonien, en Grèce, à Rome et dans la France médiévale ⁽²³⁾.

Les apports des associés peuvent être effectués en propriété (terres, bétail), en jouissance, en numéraire ou en industrie (ce dernier procédé étant fréquent en agriculture : on convient d'un travail à forfait). Le partage des bénéfices se fait, le plus souvent, en effectuant sur les recettes un premier prélèvement, correspondant aux rémunérations proprement dites; le surplus est partagé, par têtes, entre les associés. Dans les sociétés civiles ordinaires, le partage n'est effectué qu'à la dissolution; mais, dans les sociétés agricoles, une clause des statuts prévoit des partages périodique. Le retrait d'un associé entraîne la réduction du capital

⁽²³⁾ LEPERGNEUR, *Les sociétés d'exploitation en agriculture* (Rec. Dalloz, 1949, chr. 157).

social. Le fonctionnement de la société est assuré par un gérant, dont les statuts limitent généralement l'étendue des pouvoirs, afin qu'il n'engage pas imprudemment la société dans des emprunts à court terme.

Si l'on examine maintenant les applications pratiques, on est quelque peu déçu. Il existe des sociétés civiles d'exploitation agricole, mais il est impossible de préciser leur importance numérique, leur répartition géographique, ni le genre de cultures dans lesquelles elles auraient le mieux réussi. Aucune statistique n'a été dressée. Peut-être ont-elles été beaucoup plus fréquentes au siècle dernier ⁽²⁴⁾; mais actuellement elles sont peu nombreuses. Des enquêtes que nous avons effectuées dans plusieurs régions, il ressort que des sociétés civiles d'exploitation ont été constituées dans deux sortes d'hypothèses. D'abord pour sauvegarder des intérêts familiaux, notamment entre cohéritiers (dans un département de l'Ouest, une dizaine d'exemples); mais les notaires se sont montrés hostiles à leur création, ce qui explique en grande partie l'échec d'une institution qui aurait été favorable au maintien des exploitations agricoles. Indépendamment de toute préoccupation d'ordre familial, on trouve encore des sociétés civiles, dans des situations tout à fait différentes les unes des autres, ici pour l'élevage des moutons, là pour l'exploitation d'une cressonnière; mais on peut en citer tout au plus 2 à 3 exemples par département ⁽²⁵⁾.

B) Les sociétés commerciales.

Toutes les formes prévues par le Code de commerce et par la loi du 22-7-1967 qui rénove la législation des sociétés commerciales, pourraient être utilisées en agriculture. Mais, en pratique, seules des sociétés de transformation et de commercialisa-

⁽²⁴⁾ JULIEN, *La société familiale en Mayenne*; des décisions de jurisprudence sur les sociétés civiles agricoles peuvent être relevées au XIX^e siècle et jusqu'en 1912.

⁽²⁵⁾ Voir l'exemple de la Motte du Caire (Basses Alpes) cité par ANDRÉE POULAIN, *Les sociétés d'exploitation agricole*, thèse Caen 1951, p. 24.

tion des produits du sol ont adopté ces formes (le plus souvent celles des sociétés anonymes ou à responsabilité limitée). Au stade de l'exploitation, les sociétés commerciales sont à peu près inexistantes. Deux raisons expliquent cette carence : d'une part une certaine hostilité des milieux ruraux à l'introduction d'institutions commerciales dans leur secteur; jusqu'à une date récente, l'agriculture était restée totalement exclue du champ d'application du droit commercial; d'autre part, des raisons fiscales, la fiscalité des sociétés commerciales étant très complexe et nécessitant une organisation comptable perfectionnée dont ne disposent pas de modestes agriculteurs, même lorsqu'il se groupent pour constituer une petite société.

Cet examen laisse facilement apparaître que, pour rénover l'agriculture en y développant des formes collectives d'exploitation, il fallait concevoir des structures juridiques nouvelles.

Chapitre II : LA RENOVATION DES MODES D'EXPLOITATION COLLECTIFS

Depuis une dizaine d'années, les structures juridiques de l'agriculture sont en pleine évolution pour ne pas dire en révolution. A côté de l'exploitation individuelle, qui demeure la règle, ont apparu des formes nouvelles d'exploitation collective que le législateur a favorisées, dans l'espoir de donner une impulsion à la production agricole française. Depuis 1960, une législation nouvelle a vu le jour et la rénovation des modes d'exploitation a été l'un de ses objectifs.

Les raisons de cette législation, réclamée depuis des années par des mouvements dynamiques de jeunes agriculteurs, sont en réalité multiples. C'était, avant tout, la volonté de survivre; nombre de domaines, exploités d'une manière familiale et artisanale, dépérissaient. Pour moderniser l'agriculture, il fallait pou-

voir faire des investissements importants. L'exploitation individuelle ne permettait pas de les envisager. Le désir des jeunes générations d'améliorer les conditions de vie, d'habitat des paysans, ne pouvait trouver satisfaction; et l'exode vers les centres urbains s'accroissait.

Il était malheureusement difficile de créer de toutes pièces des modes nouveaux d'exploitation qui puissent donner satisfaction. L'échec, en agriculture, des sociétés de type classique avait révélé l'impossibilité de transposer purement et simplement dans ce secteur des institutions qui avaient été conçues pour celui de l'industrie. Non seulement les données économiques, les conditions de travail, n'étaient pas les mêmes, mais des obstacles d'ordre psychologique constituaient, ici, un véritable barrage à toute innovation. Les paysans sont très attachés à la tradition; ils sont méfiants à l'égard des nouveautés, même si elles sont entièrement à leur avantage. De plus, ils sont restés extrêmement individualistes, attachés surtout à leur terre, à la propriété foncière personnelle, et ils n'auraient jamais accepté de faire apport de cette propriété à un organisme social qui aurait absorbé le capital et traité le cultivateur comme un salarié de l'entreprise. Toute tentative en ce sens était vouée à l'échec. Le législateur a, alors, cherché des formules qui, sans retirer aux agriculteurs ni leur droit de propriété ni la direction de leur exploitation, leur offriraient simplement la possibilité de s'associer pour s'entraider. Ainsi est née ce que l'on a appelé une « agriculture de groupe », caractérisée par une union volontaire des exploitants, généralement pour des activités limitées, cette union pouvant concerner tous les aspects de la vie professionnelle, aspects matériels, économiques, techniques, financiers. Avec l'agriculture de groupe s'ouvre une page nouvelle du Droit français et peut-être du Droit européen, car son organisation, régie actuellement sur le plan national, méritera un jour une réglementation dans le cadre de la Communauté économique européenne. Des projets en ce sens ont déjà été élaborés.

Ces institutions sont, pour la plupart, toutes nouvelles. Elles ont été non pas créées mais simplement conçues par les grandes lois d'orientation agricole, spécialement par celle du 5 août 1960. Des textes postérieurs ont tenté d'en préciser les contours, après parfois bien des tâtonnements. Certains ont paru n'être que des « ballons d'essai »; d'autres n'ont pratiquement pas eu d'application; quelques unes, en revanche, ont réussi. Et l'évolution est loin d'être terminée. L'agriculture française vit dans une phase de transition, caractérisée par un remodelage continu des institutions juridiques destinées à lui servir de cadre. On ne sera donc pas étonné de constater que les procédés modernes d'exploitation collective soient très variés, prenant tantôt des formes de type social, tantôt des formes de type coopératif.

Section I: *Les formes sociales nouvelles d'exploitation agricole.*

Elles sont nées d'un mouvement d'idées en faveur du maintien des exploitations individuelles, voulant éviter leur absorption par de grosses sociétés, dans lesquelles le paysan aurait perdu toute autonomie et même toute initiative dans le travail. On a constaté tout d'abord que, si les cultivateurs étaient hostiles à la création d'entreprises de type social, ils avaient toujours admis la nécessité d'une collaboration temporaire entre exploitations voisines, pour certains gros travaux tels que moissons ou vendanges. Tout naturellement, chaque année, ils se sont groupés pour effectuer ces travaux, ils se sontentraïdés. La législation nouvelle a voulu favoriser l'entraide, lui donner une extension qu'elle n'avait jamais connue. L'article 20 de la loi complémentaire d'orientation agricole du 8 août 1962 précise que « L'entraide est réalisée entre agriculteurs par des échanges de services en travail et en moyens d'exploitation. Elle peut être occasionnelle, temporaire ou intervenir d'une manière régulière. L'entraide est un contrat à titre gratuit, même lorsque le bénéficiaire rembourse au presta-

taire tout ou partie des frais engagés par ce dernier ». Mais jusqu'à présent, l'entraide n'avait été qu'occasionnelle. Les exemples d'entraide organisée, permanente, étaient fort rares. On doit toutefois mentionner quelques « banques du travail », telles que celles d'Espalion (Aveyron) ⁽²⁶⁾ ou d'Isigny (Calvados).

Le législateur a compris que les agriculteurs ne se sentiraient en sécurité que dans des cadres spécialement conçus pour eux et que les cadres juridiques existant ne pouvaient pratiquement pas leur être adaptés. C'est pourquoi la loi d'orientation agricole du 5 août 1960 reconnaissait la nécessité de créer des formes nouvelles d'exploitation collective. Son article 14 invitait les propriétaires fonciers et les exploitants à « faire apport de leurs droit, soit en pleine propriété soit en jouissance seulement, à des sociétés civiles d'exploitation ou des groupements de propriétaires ou d'exploitants ». Le deuxième alinéa du même article conférait au gouvernement le soin de préparer « un projet de loi tendant à définir le régime juridique de ces sociétés ou groupements » et « d'encourager leur constitution, notamment par des réductions de droits d'enregistrement et de timbre relatifs aux apports, et à donner un cadre juridique et fiscal aux échanges de services entre agriculteurs ». La concrétisation de ces idées devait être réalisée, dans les années qui ont suivi, par l'apparition d'institutions juridiques nouvelles, notamment des G.A.E.C.

I. LES GROUPEMENTS AGRICOLES D'EXPLOITATION EN COMMUN (G.A.E.C.).

Ce sont des sociétés civiles particulières, dans lesquelles les associés conservent leurs avantages individuels mais sont soumis au travail en commun, dans des conditions comparables à celles des exploitations familiales. Ils ont été créés par une loi du 8 août 1962, complétée par un décret du 3 décembre 1964 et par

⁽²⁶⁾ v. BOBIN, *op. cit.*, n° 365.

un arrêté du Ministre de l'Agriculture du 4 mars 1966 portant approbation de leurs statuts-types ⁽²⁷⁾. Le G.A.E.C. cherche à réglementer l'entraide sous toutes ses formes, dans le cadre d'une société, dotée de la personnalité morale, qui laissera à chacun de ses membres son statut d'exploitant individuel. Il se distingue de la société civile de type classique, dans laquelle les exploitations personnelles disparaissent au profit d'une exploitation unique. L'article 1er des statuts-types dit que « le groupement procède à l'exploitation des biens dont ses membres ou lui-même sont propriétaires, locataires, fermiers ou métayers et qui lui sont apportés en propriété ou en jouissance ou qui sont mis à sa disposition ».

A) Caractères spécifiques.

Le G.A.E.C. n'est pas une société de capitaux mais une société de travail, travail auquel tous les associés doivent collaborer. L'article 16 des statuts-types indique que « l'organisation du travail sera réglée par une décision de l'assemblée générale. Chaque associé doit au groupement, à la place qui lui est réservée, tout le temps nécessaire à la réalisation de son objet ». S'agissant d'une société, le G.A.E.C. a un caractère lucratif. Mais la rémunération du travail constitue le but principal visé par le groupement. Les sommes que perçoivent les associés, pour leur participation aux travaux, constituent une charge sociale (l. 8 août 1962, art. 4). Ce système garantit aux associés un salaire minimum, au cas où les bénéfices seraient minimes. Cette rémunération du travail, qui prime celle du capital, oppose nettement le G.A.E.C. aux autres formes de sociétés, où les associés sont rarement des travailleurs de l'entreprise et généralement de simple apporteurs de capitaux.

Pour favoriser la création de G.A.E.C., un certain nombre

⁽²⁷⁾ Il existe, sur les Gaec, une abondante littérature que nous ne pouvons citer ici; v. *Dictionnaire permanent de l'entreprise agricole* V. GAEC; MALÉZIEUX, *Droit rural*, p. 93.

d'avantages fiscaux (notamment le non assujettissement à l'impôt sur les sociétés) leur ont été concédés.

B) Objet et Modalités.

Les G.A.E.C. doivent avoir pour objet principal la production, subsidiairement ils peuvent viser l'écoulement des produits. Deux modalités ont été prévues. Les *G.A.E.C. complets* réalisent l'exploitation commune intégrale : leurs adhérents renoncent à toute exploitation séparée. Les *G.A.E.C. partiels* sont des groupements dans lesquels certaines activités seulement sont mises en commun, les associés conservant, dans d'autres domaines, leur exploitation individuel. Cette possibilité a été utilisée surtout dans des régions de polyculture où prédominait l'élevage, spécialement dans l'Ouest de la France. Le bétail demande une présence continuelle. En mettant en commun l'élevage, des cultivateurs se groupent et organisent entre eux un « roulement » pour le soin des animaux, en particulier des vaches laitières. En revanche, ils conservent leur exploitation individuelle pour les autres productions (telles que céréales). On trouve aussi des G.A.E.C. partiels dans des régions de vignobles : seule la vigne est mise en G.A.E.C., chacun conservant quelques terres pour d'autres activités. Mais il faut souligner que, dans l'ensemble, les G.A.E.C. partiels ne forment qu'une minorité : en 1972, 9,5 % des G.A.E.C. recensés ⁽²⁸⁾.

C) Conditions de constitution.

Ce sont, avec quelques modifications, celles des sociétés civiles ordinaires. Les apports peuvent être faits en numéraire, mais le plus souvent en nature. L'apport d'immeubles en jouissance est peu fréquent ; en pleine propriété, très rare. En revanche, les associés font couramment apport d'un droit au bail : par dérogation au statut des baux ruraux, l'accord préalable du bailleur

⁽²⁸⁾ v. *Connaissance de l'Agriculture*, Mai 1972.

n'est pas nécessaire à cette fin (art. 832 c. rural mod. l. 8 août 1962). Cette règle particulière a soulevé quelques conflits (Nancy 10 nov. 1970, Gaz. Pal. 1971. 2. 576; Trib. Gde inst. Chartres 2 fév. 1972, Gaz. Pal. 1972. 413). Le capital social est, généralement, variable, la plupart des G.A.E.C. ayant préféré cette forme. S'agissant d'une société de travail, le volume du capital est d'importance secondaire. Son chiffre minimum est fixé à 10.000 F (d. 3. 12. 1964, art. 16). Les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres. Pour éviter la réunion, aux mains d'un seul associé, d'un trop grand nombre de parts, les statuts-types ont ajouté une condition que n'avait pas prévue la loi : aucun membre du G.A.E.C. ne pourra détenir plus de 60 % des parts (statuts-types, art. 8).

La création d'un G.A.E.C. n'est pas entièrement libre. Elle est limitée, d'une part, par une condition de superficie; elle est subordonnée, d'autre part, à un agrément administratif.

En ce qui concerne la superficie, la loi d'orientation agricole de 1960 prévoyait certaines normes, pour éviter que les groupements agricoles ne deviennent de vastes entreprises, comme celles qui se sont développées dans l'industrie (v. loi 5. 8. 1960 art. 7). Malheureusement, les normes prévues n'ont pu être appliquées, les décrets d'application n'ayant jamais été pris. A défaut de limitation de superficie, qui devait être fixée par région naturelle et par type de production, la loi spéciale aux G.A.E.C. a décidé que chaque G.A.E.C. ne pourrait rassembler plus de 10 exploitants (loi 8. 8. 1962. art. 4). En pratique ce chiffre même n'est pas atteint, la plupart des G.A.E.C. ne comportant que 3 à 5 adhérents. La superficie moyenne des G.A.E.C. est de 6 à 7 fois celle des exploitations individuelles. Elle varie selon les régions géographiques. Ainsi, en 1973 on comptait en Bretagne 236 G.A.E.C. avec une superficie moyenne de 59 hectares, en Bourgogne 273 G.A.E.C. avec une superficie moyenne de 140 hectares.

Lorsque le G.A.E.C. a satisfait aux conditions légales, sa création n'est pas pour autant instantanée. Elle doit être soumise

à une reconnaissance administrative. Cette reconnaissance peut être accordée, au premier degré, par un « Comité départemental d'agrément », présidé par le préfet; au second degré, la décision rendue peut être soumise à un « Comité National d'agrément ». On notera que ces organismes n'ont pas un caractère juridictionnel. Leurs décisions seraient susceptibles de recours devant les tribunaux administratifs. Seulement, en pratique, aucun recours ne semble avoir été exercé. Il en résulte que ces Comités jouissent d'une certaine autorité et que les positions de principe, prises par le Comité National d'agrément, forment une véritable jurisprudence dont l'importance est décisive pour l'avenir. Ainsi ce Comité a refusé la reconnaissance d'un G.A.E.C. entre deux époux, estimant que le groupement visé par la loi avait pour but de permettre à l'un de ses adhérents d'être remplacé, au besoin, par d'autres membres de l'équipe, alors que cette solution serait impossible si le G.A.E.C. était limité aux deux seuls époux. Il a refusé l'agrément d'un groupement d'élevage qui s'éloignerait du type d'exploitation souhaité par le législateur et s'engagerait dans la production industrielle.

D) Fonctionnement des G.A.E.C.

Il est organisé selon les règles des sociétés civiles. Il comprend un gérant, qui ne peut être choisi hors des associés, et une assemblée générale des associés. Cette organisation, conçue pour les sociétés classiques; peut paraître bien complexe pour le fonctionnement d'un tout petit groupement de paysans. En pratique, le respect des formes n'est que de pure façade. L'assemblée générale n'existe que sur le papier; à la date convenue, le gérant examine les comptes avec un technicien, généralement un Conseiller de gestion de la Chambre d'agriculture ⁽²⁹⁾. La responsabilité des associés, à l'égard des tiers, est limitée au double du montant du capital social qu'il détient (loi 8. 8. 1962, art. 5).

(29) 85 % des G.A.E.C. font suivre leur comptabilité et leur gestion par les organismes de la Chambre d'agriculture.

E) Bilan des G.A.E.C.

Le Parlement avait mis son espoir dans une rénovation de l'agriculture par cette institution nouvelle. On avait pensé qu'en quelques années 15.000 G.A.E.C. environ auraient été créés. Or, au 1er janvier 1974, soit après 8 ans d'application de la législation sur les G.A.E.C., 3500 seulement ont été agréés ⁽³⁰⁾. D'où maintes critiques, selon lesquelles les G.A.E.C. ne seraient qu'un échec ⁽³¹⁾. Cette affirmation nous paraît inexacte. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'ils n'ont pas pris naissance aussi rapidement qu'on l'avait espéré. Mais leur nombre est en progression constante, et leur échecs insignifiants.

Le développement des G.A.E.C. s'établit comme suit :

1966 : 271	1969 : 1734
1967 : 367	1971 : 2568
1968 : 940	1973 : 3500

49 seulement ont été dissous et 161 frappés d'un retrait d'agrément ⁽³²⁾.

Sur le plan régional, leur nombre varie selon les zones géographiques. La densité la plus forte est dans l'Ouest, la plus faible dans le Centre et le Sud Est. Les superficies exploitées représentant 316.586 hectares ⁽³³⁾. Pour prendre un exemple local, dans le département de l'Ain existaient, en 1969, 28 G.A.E.C.; en 1971, 53; en 1973, 85. Les échecs sont généralement dûs à une mésentente entre associés, les jeunes agriculteurs désirant faire des investissements auxquels des coassociés plus âgés ne veulent pas participer.

Pour juger du succès ou de l'échec des G.A.E.C., le seul chiffre des créations est insuffisant. Car toute création de ce genre

⁽³⁰⁾ Statistique 1974, communiquée par le Ministère de l'Agriculture.

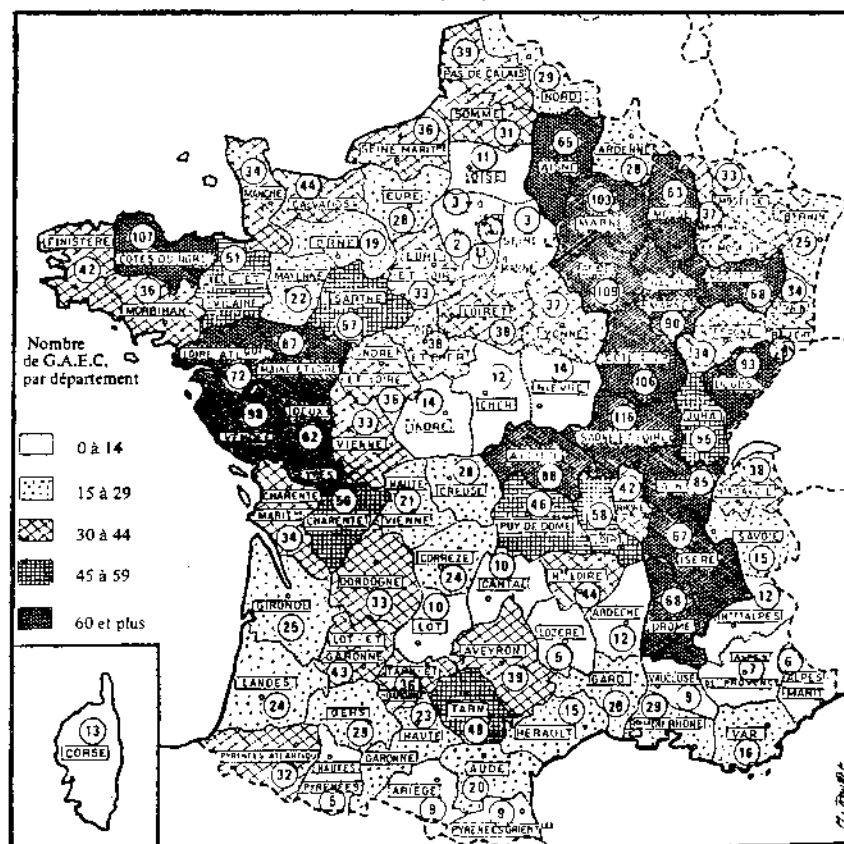
⁽³¹⁾ *Agriculture* 1973, t. III, 264; NOILHAN et S. CASANOVA, « Les G A E C ont-ils la charte juridique propre à leur développement? » (*Gaz. Pal.* 31 mai 1974).

⁽³²⁾ Statistique du Ministère de l'Agriculture.

⁽³³⁾ Id.

La carte des 3500 G.A.E.C.

au 10-12-73



constitue, en elle même, une véritable révolution en agriculture. Or une révolution qui n'est pas imposée par la force mais simplement proposée aux intéressés, ne peut être réalisée du jour au lendemain. Toute innovation en milieu rural suscite, tout d'abord, un sentiment de méfiance. Qu'il y ait un échec, même isolé et accidentel, cette attitude se transforme en hostilité. L'extension des G.A.E.C. ne pouvait pas être rapide. Mais elle est croissante. Et ce résultat constitue déjà un succès. Peut-être certains assouplissements de la législation faciliteraient-ils une plus large diffusion. Mais ce n'est pas la loi qui peut imposer aux agricul-

teurs français de rompre avec la tradition individualiste; l'institution ne sera fructueuse que si elle est librement acceptée. La difficulté est d'ordre social et psychologique, beaucoup plus que d'ordre juridique.

II. LES GROUPEMENTS PASTORAUX

Pour favoriser le développement de l'agriculture en montagne, une législation beaucoup plus récente a créé des « groupements pastoraux ». L'idée en avait été conçue, à l'époque de la création des G.A.E.C., par la loi complémentaire d'orientation agricole de 1962 (art. 32). Mais la réalisation ne date que de 1972 (loi 3 janvier et décret 4 janvier 1972).

Le groupement pastoral constitue une forme d'exploitation collective qui s'apparente aux G.A.E.C. Il a pour objet de réunir plusieurs éleveurs pour constituer un troupeau commun ⁽³⁴⁾.

Ce groupement peut emprunter la forme soit d'une société civile, soit d'une société commerciale, soit d'une coopérative. Comme les G.A.E.C., le groupement pastoral est soumis à un agrément administratif, donné par arrêté préfectoral (loi 3. 1. 1972, art. 1). Le préfet doit vérifier si les conditions présentées par le groupement correspondant à celles envisagées par le législateur. Il doit examiner notamment le nombre de têtes de bétail, afin d'apprécier si ce nombre est en rapport avec la superficie des paturages. Pour disposer de superficies suffisantes, le groupement peut, d'ailleurs, acquérir des terres. L'agrément lui permettra de bénéficier de certains avantages fiscaux.

S'agissant d'une création toute récente, il est impossible, quant à présent, de donner des précisions sur son succès. On peut toutefois présumer que cette institution étant limitée à un type particulier d'activités, qui n'est possible que dans des zones géo-

⁽³⁴⁾ V. *Dict. permanent Entreprise agricole v. Groupement pastoral*; CHESNÉ et MARTINE, *L'herbe et la neige* (Recueil Dalloz 1974, chr. 139).

graphiques assez restreintes, les réalisations n'auront jamais l'importance de celles des G.A.E.C. qui sont ouverts à des types de cultures très variés, d'élevage également, et dans toutes les régions du territoire français.

III. LES GROUPEMENTS FONCIERS AGRICOLES (G.F.A.).

Conçus déjà par la loi du 5 août 1960 (art. 4), définis par la loi complémentaire du 8 août 1962, avaient été créés des « groupements agricoles fonciers » sous forme de « sociétés civiles formées entre plusieurs propriétaires en vue de rassembler des immeubles agricoles situés dans une même commune ou dans des communes voisines, afin de sortir de l'indivision ou de créer ou de conserver une ou plusieurs exploitations agricoles ou d'en assurer la gestion » (1. 8 août 1962, art. 5). Cette définition avait l'inconvénient d'en limiter l'accès aux seuls propriétaires fonciers. D'où le peu de succès de l'institution. C'est pourquoi le législateur a tenté de la remplacer par une formule plus large, sous le nom de « groupement foncier agricole » (loi du 31 déc. 1970) ⁽³⁵⁾.

A) *Caractères spécifiques.*

Les G.F.A. ont pour objet soit la création soit la conservation des exploitations agricoles. Ils peuvent, en effet, être constitués :

— soit pour maintenir une exploitation familiale au décès de l'exploitant, les droits des héritiers sont, alors, apportés au groupement et celui ci consent un bail à celui qui travaillait déjà sur le fonds;

— soit pour réunir de petites exploitations, en groupant leur propriétaire respectifs.

⁽³⁵⁾ Sur les G.F.A., v. CHESNÉ et MARTINE, « Les lois agricoles du 31 décembre 1970 » (D. 17971, L. 249); MÉGRET, « Les Groupements fonciers agricoles » (Gaz. Pal. 1971, 2.560); *Groupements fonciers agricoles*, éd. UGEA, 1974.

La différence avec les G.A.E.C. apparaît nettement. Les G.A.E.C. ont pour seul but l'exploitation collective; ils ne peuvent être constitués qu'entre associés participant tous au travail. Les G.F.A. peuvent être constitués entre un exploitant et des apporteurs de capitaux. Bien plus, ils pourraient être créés entre seuls détenteurs de capitaux, en vue d'acquérir un domaine rural. Les G.F.A. peuvent exploiter directement. Mais ils peuvent aussi louer leurs terres. Ils sont même obligés de les donner à bail, lorsque le capital social est constitué par plus de 30 % en numéraire.

B) Conditions de constitution.

Le nombre des associés n'est pas limité. Mais les personnes morales sont exclues, ce qui est peut être regrettable car le G.F.A. a été conçu comme un moyen de drainer des capitaux de l'extérieur vers l'agriculture. Les apports peuvent comprendre soit des immeubles à destination agricole, soit des droits immobiliers (p. ex. un usufruit), soit des sommes en numéraire.

La superficie des terres entre les mains du groupement est limitée, du fait d'une réglementation générale du code rural sur les cumuls d'exploitation. A titre provisoire, la surface des terres des G.F.A. ne pourra être supérieure à 30 fois la superficie de référence définie par arrêté ministériel. On peut approximativement supposer qu'elle ne pourrait dépasser 300 à 400 hectares ⁽³⁶⁾. Mais aucune limitation n'est imposée aux G.F.A. constitués entre proches parents.

C) Fonctionnement.

Il existe trois types de G.F.A. :

- 1) ceux qui exploitent personnellement, le gérant doit en être désigné parmi les associés;
- 2) ceux qui donnent leurs terres en location (fermage);

⁽³⁶⁾ *Jurisqueleur rural* v. Exploitation rurale et orientation agricole, fasc. B5.

3) ceux qui consentent des baux de longue durée; ces derniers bénéficient d'avantages fiscaux appréciables (notamment exonération de 3/4 de la taxe, lors de la première mutation à titre onéreux).

La durée du groupement ne peut être inférieure à 9 ans, ni à la durée du bail que la société se propose de consentir (l. 31. 12. 1970, art. 5).

D) *Bilan des G.F.A.*

Il est difficile de préciser quel succès ont remporté les G.F.A. Il n'existe aucune statistique. Le Ministère de l'Agriculture déclare qu'il est dans l'impossibilité de citer des chiffres et avoue « que l'apport fait à l'agriculture de capitaux extérieurs à la profession, par l'intermédiaire de ces sociétés, est resté très limité »⁽³⁷⁾. Des enquêtes que nous effectuées, tant auprès des Chambres d'agriculture que du Notariat, il ressort que le G.F.A. n'est guère utilisé qu'en matière successorale, pour éviter un partage entraînant morcellement d'une exploitation. Toutefois, dans certaines régions, dans l'Ouest notamment, des G.F.A. ont été constitués aussi par des familles possédant de vastes superficies (800 à 1.000 hectares), afin de donner leurs terres en location dans des conditions plus avantageuses que celles offertes par le statut du fermage. Mais ces exemples ne sont pas nombreux. D'une manière générale, on peut dire qu'à la différence des G.A.E.C., qui constituent un mode normal d'exploitation collective, les G.F.A. ne sont que des modes exceptionnels. Une loi du 12 juillet 1974 (Gaz. Pal. 74. 2. 244) cherche à encourager la création de G.F.A. et à donner aux *Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural* (SAFER) le rôle de promoteurs de nouveaux G.F.A.⁽³⁸⁾. L'avenir nous dira si cet objectif a été atteint.

(37) *Bulletin du Ministère de l'Agriculture* n° 642, du 15.6.1974.

(38) Les SAFER sont des organismes ayant reçu de la loi une véritable mission de service public.

Section II : *Les groupements d'exploitation de type coopératif.*

I. LES CARACTERES DE LA COOPERATION EN AGRICULTURE

A l'origine, elle se manifeste simplement par un certain « état d'esprit », qui n'a pas trouvé immédiatement son moule juridique, ce qui explique une législation maintes fois modifiée et qui n'est vraisemblablement pas arrivée au terme de son évolution. Mais de cette législation se dégagent toujours certains traits caractéristiques.

C'est, tout d'abord, *le personnalisme*. Les coopératives sont constituées *intuitu personae*. Leurs membres se groupent moins en raison de leurs apports respectifs que de leur connaissance mutuelle et de leur esprit de solidarité. Cette solidarité est sanctionnée par la jurisprudence (C. Cassation 1ère ch. civ. 2. déc. 1970, Gaz. Pal. 1971. 1. 344 note Rozier).

C'est, ensuite, *l'exclusivisme* : une coopérative ne fait d'opérations qu'avec ses adhérents, toutefois quelques dérogations ont été apportées à la rigidité de ce principe.

C'est encore *l'esprit anticapitaliste*. Les parts dans les sociétés coopératives sont nominatives; leur transmissibilité est soumise à des restrictions. Les réserves sont indisponibles; à la dissolution elles ne peuvent être réparties entre les adhérents mais doivent être affectées à une oeuvre.

Il faut noter aussi que les coopératives agricoles sont soumises à un agrément administratif et à un contrôle de l'Etat, qui leur concède, en contrepartie, des avantages fiscaux et leur reconnaît la personnalité morale.

Un autre aspect typique des coopératives agricoles était leur caractère civil, qui résultait tant de la nature des actes accomplis que de la détermination de la loi (C. Cas. 3 fév. 1958, Bull. I. n. 75). En conséquence, les coopératives ne pouvaient accomplir d'actes de commerce. Celles qui avaient fait de mauvaises affaires ne pouvaient être mises en faillite.

Mais, depuis quelques années, ces traits caractéristiques ont été partiellement effacés. Le législateur désirait ouvrir des voies nouvelles aux agriculteurs, pour les inciter à s'associer avec des industriels de l'alimentation. Il voulait aussi mettre les coopératives françaises en harmonie avec les formes en usage dans les autres pays de la Communauté économique européenne. C'est pourquoi des réformes ont été tentées. Ce fut, tout d'abord, l'essai de commercialisation des coopératives agricoles par l'ordonnance du 26 septembre 1967. A côté de la coopérative de forme civile, il était permis d'opter pour une forme commerciale. Le principe de l'exclusivisme était atténué, les coopératives commerciales pouvant faire jusqu'au 1/3 de leurs affaires avec des non sociétaires. Seulement cette tentative s'est soldée par un échec total. Les législateur a essayé, alors, de revenir sur cet échec par une orientation nouvelle. La loi du 28 juin 1972 a adopté de nouveaux principes, à savoir le caractère original des coopératives agricoles qui formeront « une catégorie spéciale de sociétés, distinctes des sociétés civiles et des sociétés commerciales » (art. 3), l'atténuation de l'exclusivisme, l'admission de la clause compromissoire dans les contrats passés par les coopératives agricoles. Dans la définition légale de ces coopératives, la notion de « production et d'exploitation » est remplacée par celle d'« activité économique ». Désormais les associés pourront être de deux catégories, les uns coopérateurs, les autres non coopérateurs. Malheureusement la loi de 1972 n'a pas réalisé la synthèse des textes relatifs aux coopératives agricoles, qui demeurent éparpillés et forment une matière très complexe.

Malgré ces défauts, les coopératives agricoles ont un succès considérable. En 1972, on en comptait 24.300, dont 7200 coopératives d'achat et de vente, 14.000 coopératives de services, 3.100 coopératives de crédit. Le secteur coopératif représentait 70 % de la production des céréales, 42 % de la production de lait et de vin, 44 % de la transformation du lait. Son chiffre d'affaires,

s'élevait à 40 milliards de francs ⁽³⁹⁾. Reste à préciser sa place au stade de la production.

II. LES COOPÉRATIVES AGRICOLES AU STADE DE L'EXPLOITATION

La majorité des coopératives importantes sont destinées à la transformation et à la commercialisation des produits du sol. Au niveau de l'exploitation, jusqu'à une date récente les groupements coopératifs étaient peu connus. On doit signaler toutefois l'existence de coopératives de paturages, d'exploitations forestières et de reboisement. Dans la région parisienne, quelques coopératives de cultures maraîchères. Mais, sur le plan de la grande culture, elles étaient pratiquement inexistantes. Mais voici qu'ont apparu des coopératives de services, dont le type est la coopérative d'utilisation de matériel agricole.

A) Les coopératives d'utilisation de matériel agricole (CUMA).

Ce sont des groupements d'agriculteurs, constitués pour utiliser en commun un matériel de culture. Les petits exploitants ne seraient pas en mesure d'acheter un matériel important. En formant une coopérative, les achats de machines agricoles et matériel sont faits par la personne morale, qui fournit ses services aux adhérents. Plus le nombre d'adhérents est grand, plus l'amortissement de matériel est rapide.

1) Caractères spécifiques.

La C.U.M.A. fournit principalement un matériel, que chacun des associés utilise à tour de rôle. Subsidiairement, elle peut fournir d'autres services, allant des travaux les plus simples (labourage) aux plus délicats (tels que sulfatage par hélicoptère).

⁽³⁹⁾ *Agriculture* 1973, t. II, 131.

Du point de vue juridique, c'est une société civile particulière, à capital variable, qui ne fait pas l'objet d'une législation spéciale mais est soumise au décret du 9 février 1959 sur les coopératives agricoles et à des statuts-types, approuvés par arrêté ministériel du 1er août 1962. Chaque sociétaire dispose d'une voix à l'assemblée quelque soit le nombre de parts souscrites ⁽⁴⁰⁾.

4) Conditions de constitution.

Les sociétaires doivent être au minimum au nombre de 4. En pratique, on rencontre des C.U.M.A. d'importance très variable, certaines d'une dizaine d'adhérents, d'autres de plusieurs centaines. Il semble que la meilleure formule soit d'une vingtaine de membres.

Tout sociétaire est tenu de contribuer à la constitution du capital social, au prorata de la valeur des services dont il entend bénéficier. Le capital est variable, en raison de l'admission fréquente de nouveaux membres et du retrait de certains autres.

Les conditions de forme sont assez simples. Une certaine publicité doit être effectuée (dépôt des statuts au greffe du tribunal de grande instance). Chaque adhérent doit signer une « déclaration d'engagement » dont la durée est fixée en fonction de l'amortissement du matériel acheté par la C.U.M.A.

3) Fonctionnement.

Il est calqué sur celui des sociétés de type classique. Il comprend un conseil d'administration, une assemblée générale, celle-ci devant se réunir une fois par trimestre. En pratique, un délégué syndical vient animer les réunions et contrôler le fonctionnement de la C.U.M.A.

La comptabilité est souvent tenue par le Centre de Gestion de la Chambre d'agriculture. L'organisation du travail est précisé par un règlement intérieur.

⁽⁴⁰⁾ v. le *Guide des C.U.M.A.* (édition de la Fédération des C.U.M.A. 1972).

DENOMBREMENT DES CUMA PAR DEPARTEMENT
(Ministère de l'Agriculture - Service Central des Enquêtes et Etudes Economiques)
1970

Régions et Départements	Nombre de CUMA	Régions et Départements	Nombre de CUMA
11 Région Parisienne		26 Bourgogne	
75 Seine	—	21 Côte d'Or	146
77 Seine-et-Marne	23	58 Nièvre	63
78 Yvelines	10	71 Saône-et-Loire	278
91 Essonne	5	89 Yonne	111
92 Hauts-de-Seine	—	Total	598
93 Seine-St-Denis	—		
94 Val-de-Marne	1	31 Nord	
95 Val d'Oise	—	59 Nord	68
Total	39	62 Pas-de-Calais	41
21 Champagne		Total	109
08 Ardennes	69		
10 Aube	41	41 Lorraine	
51 Marne	136	54 Meurthe-et-Moselle	126
52 Haute-Marne	56	55 Meuse	53
Total	302	57 Moselle	81
22 Picardie		88 Vosges	38
02 Aisne	77	Total	298
60 Oise	36		
80 Somme	71	42 Alsace	
Total	184	67 Bas-Rhin	337
23 Haute-Normandie		68 Haut-Rhin	78
27 Eure	46	Total	415
76 Seine-Maritime	66		
Total	112	43 Franche-Comté	
24 Centre		25 Doubs	177
18 Cher	71	39 Jura	118
28 Eure-et-Loir	30	70 Haute-Saône	71
36 Indre	84	90 Territoire de Belfort	18
37 Indre-et-Loire	209	Total	384
41 Loir-et-Cher	223		
45 Loiret	115	52 Pays de la Loire	
Total	732	44 Loire-Atlantique	116
25 Basse-Normandie		49 Maine-et-Loire	91
14 Calvados	72	53 Mayenne	34
50 Manche	68	72 Sarthe	213
61 Orne	199	85 Vendée	493
Total	339	Total	947

(segue)

Régions et Départements	Nombre de CUMA	Régions et Départements	Nombre de CUMA
53 Bretagne		82 Rhone-Alpes	
22 Côtes-du-Nord	313	01 Ain	262
29 Finistère	218	07 Ardèche	34
35 Ille-et-Vilaine	265	26 Drôme	92
56 Morbihan	207	38 Isère	109
Total	1.003	42 Loire	154
		69 Rhône	79
54 Poitou-Charentes		73 Savoie	52
16 Charente	144	74 Haute-Savoie	19
17 Charente-Mme	242	Total	801
79 Deux-Sèvres	190		
86 Vienne	87	83 Auvergne	
Total	663	03 Allier	285
		15 Cantal	12
72 Aquitaine		43 Haute-Loire	52
24 Dordogne	91	63 Puy-de-Dôme	200
33 Gironde	20	Total	549
40 Landes	208		
47 Lot-et-Garonne	189	91 Languedoc	
64 Pyrénées-Atl.	58	11 Aude	51
Total	566	30 Gard	24
		34 Hérault	60
73 Midi-Pyrénées		48 Lozère	7
09 Ariège	20	66 Pyrénées-Oiles	6
12 Aveyron	120	Total	148
31 Haute-Garonne	138		
32 Gers	142	92 Provence-Côte d'Azur-Corse	
46 Lot	109	04 Alpes de Haute Provence	27
65 Hautes-Pyrénées	59	05 Hautes-Alpes	38
81 Tarn	30	06 Alpes-Maritimes	17
82 Tarn-et-Garonne	58	13 Bouches-du-Rhône	9
Total	676	20 Corse	1
		83 Var	16
74 Limousin		84 Vaucluse	8
19 Corrèze	147	Total	116
23 Creuse	164		
87 Haute-Vienne	41	Total France entière	9.333
Total	352		

Sont exclues les CUMA de congélation

les CUMA en sommeil ou n'ayant plus 4 adhérents en 1970

les copropriétés s'intitulant CUMA

4) *Réalisations.*

La C.U.M.A. est la forme moderne de groupement agricole qui a obtenu le plus gros succès. En 1953, on dénombrait 4.500 C.U.M.A.; en 1972, 9.333, représentant 400.000 exploitants ⁽⁴¹⁾. La répartition géographique en est très variable. Les C.U.M.A. sont particulièrement nombreuses dans l'Ouest (Bretagne, Pays de la Loire) où elles représentent 20 % de la totalité et apparaissent sous plusieurs formes telles que C.U.M.A. polyvalentes (créés par un besoin déterminé et élargies ultérieurement) et C.U.M.A. intégrales (mettant au service de leurs adhérents non seulement le matériel mais le personnel de conduite) ⁽⁴²⁾. L'expérience révèle que les C.U.M.A. s'implantent mieux dans les régions riches que dans les régions défavorisées. La situation dans le département d'Ille et Vilaine est typique : les C.U.M.A. sont peu nombreuses dans l'arrondissement de Redon (région assez pauvre), très nombreuses dans les arrondissements de Fougères et de Vitré, dont les sols sont beaucoup plus riches. Toutefois, elles sont moins répandues dans les régions de grosses exploitations, parce que ces dernières ont les moyens de faire elle-mêmes les investissements nécessaires (ex. : département de l'Oise, du Nord et Pas de Calais). Pour le petit exploitant, la C.U.M.A. constitue, au contraire, la seule possibilité de moderniser ses procédés d'exploitation, ce qui explique le succès obtenu.

B) Autres formes de type coopératif.

Parmi les institutions de type coopératif, il faudrait peut être mentionner encore des « sociétés d'intérêt collectif agricole » (S.I.C.A.). Cependant, les S.I.C.A., bien qu'apparentés aux coopératives, ne sont pas de véritables coopératives. Elles peuvent adop-

⁽⁴¹⁾ Ministère de l'Agriculture, Service central des Enquêtes et Etudes économiques.

⁽⁴²⁾ *Bulletin de la Fédération des CUMA*, Oct. 1972.

ter des formes juridiques plus variées (fréquemment celles de société à responsabilité limitée ou de société anonyme). Elles ont, d'autre part, des activités qui sont généralement de commercialisation et de transformation des produits agricoles. Toutefois, au stade de la production, on constate l'existence d'importantes S.I. C.A. de paturages collectif (dans le département de l'Ain, certaines S.I.C.A. exploitent jusqu'à 900 hectares d'alpages) et de S.I.C.A. d'élevage de porcins et de volailles; mais ces dernières sont plus voisines de l'industrie que de l'agriculture.

Pour inciter les capitalistes à investir dans l'agriculture, le législateur a créé récemment (ord. 26 sept. 1967) des « sociétés mixtes d'intérêt agricole » (S.M.I.A.). Mais cette catégorie ne paraît pas avoir obtenu de succès. En outre, les quelques sociétés qui ont adopté cette forme ont une activité de type commercial. Il ne semble pas que des S.M.I.A. aient été créés au stade de la seule exploitation rurale.

Conclusion.

Ce rapide tour d'horizon sur les formes d'exploitation agricole en France nous a permis de comprendre combien le milieu rural est actuellement en transformation. Nous vivons une époque de bouleversements. Qui dit bouleversements dit incertitude, succès éphémères, parfois échecs. Il est encore trop tôt pour porter, sur des institutions nouvelles qui en sont à leurs premiers essais, un jugement définitif. Ce qui paraît à peu près certain c'est que les formes traditionnelles d'exploitation individuelles, sans être irrémédiablement condamnées, iront en se dégradant; qu'en revanche des formes collectives d'exploitation prendront une extension croissante. Mais il est impossible de prédire jusqu'où ira cette évolution ni combien de temps elle durera. Sans doute l'éventail des formules juridiques paraît-il trop large, la multiplicité de ces formules laissant les agriculteurs devant l'embarras du choix et l'incertitude des résultats. Mais l'obstacle majeur n'est pas là.

Si regrettable soit la complexité de l'ordre juridique, elle n'est qu'au second plan. Dans la rénovation de l'agriculture française apparaissent des problèmes économiques, sociaux, familiaux, démographiques; enfin des difficultés d'ordre psychologique, qui sont plus sensibles en milieu rural qu'en milieu urbain. Pour réussir à transformer ce milieu, ce n'est pas la loi qu'il faut changer mais la mentalité ⁽⁴³⁾. Et la transformation d'une mentalité, qui résulte de plusieurs siècles de tradition voire de routine, ne peut être l'oeuvre d'un jour.

⁽⁴³⁾ On a parlé d'un « remodelage des hommes et des comportements » dans le monde agricole (v. PETITLAURENT in « *Politique de groupe* » publication de la *Revue française d'agriculture* 1974, p. 113 et s.).

PERIS PERSI

**LA POLITICA DI PIANO NEL CONTESTO
SOCIO-GEOGRAFICO DELLA MALAYSIA OCCIDENTALE**

SOMMARIO: L'a., nel corso di un viaggio di studio presso la Malaya University (Kuala Lumpur), si è trovato a contatto con la complessa situazione etnico-sociale della Federazione della Grande Malesia. Qui ne illustra i principali caratteri in rapporto ai piani di sviluppo, con cui ci si è impegnati a colmare gli squilibri territoriali, di classe e di razza, triste retaggio del periodo coloniale.

Il cammino compiuto dai paesi in via di sviluppo, a partire dal giorno dell'indipendenza, non finisce di sorprenderci, data la breve storia di cui essi sono stati protagonisti. Persino sul piano tecnologico i progressi sono notevoli e in certi casi all'avanguardia, almeno rispetto ad alcuni paesi di più antica evoluzione sociale. Ciò sarebbe motivo di soddisfazione se, sotto tante fervide e progredite iniziative, non si trovasse, in modo più o meno velata, l'impronta di un nuovo colonialismo, politico, culturale, economico. La necessità di appoggiarsi a blocchi strategici ha determinato in questi paesi, con la scelta di un allineamento politico, l'accettazione di tecniche e ideologie di altri più potenti Stati, che non si sono fatti scrupoli di approfittare della debolezza del « protetto » per appropriarsi di ricchezze locali, per introdurre propri orientamenti economici e culturali. La spinta nazionalistica che ne viene fuori, quale espressione di ribellione popolare, non rispecchia concretamente la volontà di classi politiche al potere, educate e foggiate in epoca coloniale e non sempre così incorrotte come invece un ruolo emancipatore richiederebbe. È chiaro che in questo modo il nazionalismo, inteso come messa in valore delle risorse interne sociali ed economiche, finisce col degenerare nel nazionalismo più deteriore, incapace peraltro di apportare un mutamento di indirizzo per il fatto che, prima che contro lo straniero, fisicamente lontano, ci si deve riscattare da quelle forze interne che ne curano gli interessi.

Le riforme che piovono dall'alto sono per lo più mistifica-

torie, talvolta destinate a rimanere lettera morta, talvolta destinate a soddisfare rivalità sociali — di etnia soprattutto — senza proporsi una soluzione globale e nel comune interesse di tutta la popolazione (¹). Il caso della pianificazione economica malese si può innestare su questo filone, anche se qui il problema sembra investire situazioni del tutto particolari anche rispetto al sud-est asiatico, per due caratteri almeno: una particolare situazione etnico-sociale, un passato coloniale profondamente radicato.

Per parlare dei problemi e dei risultati conseguiti dalla pianificazione malese, occorre pertanto partire da questi elementi, che costituiscono la piattaforma su cui poggia la struttura economica e sociale del paese.

La composizione multirazziale è la prima pregiudiziale da prendere in esame. A prescindere dai gruppi minori (Negritos, Senoi, Protomalesi), che per la loro primitività ed isolamento non hanno alcuna rilevanza sociale, due gruppi si contendono attualmente il potere, nelle sue espressioni maggiori, quella politica e quella economica: i Malesi e i Cinesi; ma accanto a loro, un terzo raggruppamento, l'Indiano, preme perché gli sia concesso un maggiore spazio (²). Sta di fatto che, mentre agli albori

(¹) Ogni pianificazione è articolata in due momenti, quello razionalista delle premesse e quello interventista delle conclusioni, ma poggia tutta su un ruolo attivo, anzi decisivo dello Stato. Troppo spesso, a causa del venir meno di questo ruolo, ci si è arrestati alla prima fase (cfr. MYRDAL G., *Il dramma dell'Asia*, Milano, Il Saggiatore, 1973, vol. I, pp. 187-297. L'autore ci ha lasciato un altro lavoro di cui il precedente risulta una sintesi. Comparso in Italia con un diverso titolo rispetto all'originale *Asian Drama*, si compone di tre voluminosi tomi. I problemi della Malaysia vi vengono affrontati e sviscerati nel quadro di altri undici paesi asiatici in via di sviluppo, ma non è difficile « scorporarne » le parti relative. Tenuto conto, però, dell'utilità di uno studio comparato, così ricco di riferimenti e così acuto e schietto nelle analisi, si preferisce segnalare l'opera nella sua globalità, non escludendo più avanti il ricorso a richiami più precisi, qualora ciò si renda necessario: MYRDAL G., *Saggio sulla povertà di undici paesi asiatici*, Milano, Il Saggiatore, 1971, pp. 2306).

(²) MAHATHIR BIN MUHAMMAD, *The malay dilemma*, Singapore, Donald Moore for Asia Pacific Press, 1970, pp. VI, 188.

del secolo nella Malaysia Occidentale ⁽³⁾ la frazione malese rappresentava la maggioranza rispetto ai non Malesi (nel 1911, il 59 %, contro il 30 % dei Cinesi, il 10 % degli Indiani e l'1 % degli altri gruppi), nel 1931 essa era scesa sotto la metà (49 %, mentre i Cinesi erano saliti al 38 %), nel 1957 era la metà esatta (ma i Cinesi ammontavano al 37 %) ⁽⁴⁾. Nel 1970 la situazione sembra nuovamente mutata, in quanto i Malesi risultavano il 53,2 %, i Cinesi il 35,4 %, gli Indiani il 10,6 % e le razze minori lo 0,8 % ⁽⁵⁾.

A parte qualche legittima perplessità sulla precisione dei dati, che può dipendere, oltre che dalla esattezza del rilevamento, anche dalle eventuali e non improbabili manipolazioni di comodo, si può osservare come l'antagonismo tra Malesi e Cinesi incominci sul piano demografico, come dimostrato dalle oscillazioni alterne dei due gruppi in cerca di prevalenza. Gli Indiani sembrano assistere in disparte, o quasi, alla competizione e la loro stazionarietà numerica, pressoché costante, sembrerebbe confermarlo.

⁽³⁾ La Federazione della Grande Malesia (Malaysia), nata nel 1963 per unione della Federazione Malese con Singapore (poi separatasi nel 1965) e con gli ex territori del Borneo Britannico, cioè il Sabah e il Sarawak, mantiene nelle statistiche ufficiali la separazione tra le due regioni, per cui nel primo caso si parla di Malaysia Occidentale (Malaysia Barat) e nell'altro di Malaysia Orientale (Malaysia Timur). Potrà stupire lo smembramento territoriale ed etnico della Federazione; d'altro canto la partecipazione dei due Sultanati del Borneo era stata determinata in gran parte da una questione di aritmetica: la frazione non cinese in essi presente bilanciava assai bene quella cinese di Singapore, ammontante ad un milione e mezzo di unità. Sui fattori storico-politici ed economici che favorirono la costituzione della Malaysia vedi: MYRDAL G., *Saggio sulla povertà...*, op. cit., pp. 213-217).

⁽⁴⁾ 1957 *Population Census of the Federation of Malaysia*, Report n. 14, Kuala Lumpur, Department of Statistics, 1960, pp. 3-4.

⁽⁵⁾ *Banchi Penduduk Dan Perumahan Malaysia 1970* (1970 *Population and Housing Census of Malaysia*), *Golongan Masyarakat* (Community Groups), Kuala Lumpur, Jabatan Perangkaan Malaysia, 1972, p. 27. Tenendo conto di tutta la Malaysia i Malesi sarebbero il 46,8 %, i Cinesi il 34 % e gli Indiani il 9 % (*ibidem*, cfr. p. 24). Secondo altre fonti la porzione cinese sarebbe superiore e pari al 42 % (cfr. *Malaysia Year Book 1973-1974*, Kuala Lumpur, The Malay Mail, s.d., p. 21). Al censimento del 1970 la popolazione della Grande Malesia era di 10.439.500 abitanti (stime più recenti sembrano poco attendibili) su un territorio di 332.995 kmq.

Ma c'è di più. Circa la metà della comunità malese si trova nei cinque Stati più arretrati della Federazione e precisamente nel Perlis, Kedah, Kelantan, Terengganu, Pahang. Qui è ospitato, invece, appena l'8 % della popolazione cinese, che tende ad accentrarsi, per oltre i due terzi, negli Stati più progrediti e cioè nel Selangor, Negeri Sembilan, Melaka, Penang e Perak. Pertanto la distribuzione geografica sta ad indicare una diversa posizione e un diverso ruolo delle due comunità etniche: la cinese concentrata negli Stati occidentali, più industrializzati e commercialmente attivi, e prevalentemente inurbata, la malese, invece, ubicata nei territori centrali ed orientali dove esercita le attività tradizionali dell'agricoltura, della deforestazione e della pesca ⁽⁶⁾.

Si spiega così la diversa incidenza nell'occupazione, per cui il 90 % degli attivi nel settore primario è malese, mentre il settore minerario, quello industriale e commerciale, quello dei trasporti e delle libere professioni sono in mano ai non-Malesi, ai Cinesi soprattutto. La manodopera indiana prevale nelle piantagioni di caucciù o di palma da olio.

Di qui la corsa dei Malesi verso il pubblico impiego, l'esercito e la polizia e tutte quelle attività amministrative il cui accesso viene impedito agli altri con restrizioni di vario genere e principalmente limitando la concessione della cittadinanza e pretendendo una perfetta conoscenza della lingua ufficiale di recente introduzione. Poiché tali condizioni non sono possedute da tutti, anzi quasi la metà dei Cinesi ne difetta, la maggior parte dei non-Malesi viene esclusa non solo dagli uffici statali, ma da tutta la vita pubblica.

In questa situazione emerge lo stato di subordinazione reciproca delle due principali comunità: i Malesi forniscono la

⁽⁶⁾ La popolazione urbana è solo il 26,7 %, di cui il 59 % costituito da Cinesi, contro il 26 % dei Malesi e il 12 % degli Indiani. Nelle campagne i rapporti sono praticamente rovesciati; nello stesso ordine: 25 %, 54 % e 8 % (*Banchi Penduduk Dan Perumahan Malaysia 1970*, op. cit., p. 26).

metà delle forze di lavoro, ma si trovano a disporre di meno di un terzo del reddito nazionale; i Cinesi avvertono di rappresentare un peso rilevante nella società, ma si sentono impossibilitati ad esprimere le proprie esigenze a livello decisionale.

Le differenze tra le varie etnie notate nella sfera economica e politica sono aggravate da quelle sociali, sia sul piano della organizzazione interna che su quello dei rapporti con le altre comunità.

I Malesi si individuano su due livelli sociali: il « raayat » che vive nelle fasce rurali e svolge le mansioni di agricoltore, e la classe « superiore », di più recente costituzione, formata da dipendenti statali, stanziati per lo più nelle zone urbane. Le due classi, specialmente negli ultimi tempi, sembrano aver preso coscienza della loro unità etnica e aver saldato la frattura derivata dalla separata ubicazione, su due elementi: una generale diffidenza nei confronti delle altre razze e un comune sforzo per disporre delle leve del potere politico a livello centrale e periferico.

I Cinesi sono gli immigrati dalla Cina meridionale, alcuni da molte generazioni, altri da pochi decenni ⁽⁷⁾. La loro struttura sociale è assai più differenziata per cui si può paragonare ad una piramide con al vertice le classi più ricche dei capitalisti, cui segue la classe media di professionisti, tecnici, operai specializzati, artigiani ecc., e una base formata da nullatenenti, spesso in stato di vera povertà, che vivono nei sobborghi della città oppure nelle campagne. Diversamente dai Malesi, in cui la divisione interna è definita dal tipo di lavoro eseguito piuttosto che dal reddito, qui l'incidenza economica appare l'indiscusso criterio di selezione.

(7) Ma non prima del 1786. Le maggiori correnti immigratorie si ebbero dopo la metà del 1800, incoraggiate dai Britannici, che cercavano manodopera capace, attiva e disposta alla collaborazione (*Malaysia Year Book 1973-1974*, op. cit., pp. 21-22). In effetti in questo modo immettevano una forza che fiaccava ulteriormente la compagine malese. La stessa politica venne conseguita con l'introduzione di famiglie indiane: JEGADEVA KULARATNAM, *Indian immigration into Malaya (1910-1941)*, Singapore, University of Malaya, 1959, pp. 77; JACKSON R.N., *Immigrant labour and the development of Malaya, 1786-1900*, Kuala Lumpur, Govt. Press, 1961, pp. IX-161.

Qualcosa del genere può affermarsi anche per gli Indiani in cui l'*élite*, assai ristretta, è rappresentata da banchieri, o comunque da operatori nel settore finanziario, la classe media da professionisti e impiegati, quella più bassa da una nutrita schiera di lavoratori nelle piantagioni o nelle attività urbane più umili (spazzini, scaricatori, giardinieri ecc.). In questo caso si può osservare una classazione che poggia, più che sulla ricchezza, sul grado d'istruzione ⁽⁸⁾, a parte le suddivisioni interne di casta che frammentano ulteriormente l'unità delle genti indiane.

Conoscendo i tre tipi, a parte le diversità somatiche rese inconfondibili anche dai costumi nazionali indossati, si può osservare come quanto detto trovi conferma persino nel comportamento: dinamico e intraprendente nel Cinese, lento e tradizionalista nel Malese, più attivo, ma ugualmente legato alla tradizione, nell'Indiano ⁽⁹⁾.

L'educazione religiosa non ha mancato di plasmare i tre gruppi che si sono conservati rigorosamente fedeli alle religioni originarie. I Malesi sono mussulmani abbastanza intransigenti; i Cinesi sono buddisti, taoisti e confucianisti; gli Indiani sono induisti, ad eccezione dei Pakistani che sono, com'è noto, mussulmani. L'attaccamento quasi fanatico (nel caso dei Malesi e Indiani) ai propri culti rappresenta infatti un importante punto di forza per ogni comunità, così come la lingua usata che è Tamil per gli Indiani, Malese per i Malesi e dialetti vari (di Canton, Hainan, Hokien, ecc.) per i Cinesi ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ GULLICK J.M., *Malaysia*, New York, Fr. A. Praeger, 1969, p. 32. Una più completa immagine del problema sociale si trova in: MOKHZANI BIN ABDUL RAHIM, *The study of social stratification and social mobility in Malaya*, Tokyo, Centre of East Asian Cultural Studies, 1965, pp. 138-162; KÜNHE D., *Malaysia: ethnische, soziale und wirtschaftliche strukturen*, Paderborn, F. Schöningh, 1970, pp. 286.

⁽⁹⁾ Si legge spesso della passività e dell'indolenza del Malese. Il giudizio non del tutto infondato, mi pare tuttavia eccessivamente dispregiativo e storicamente scorretto; non tiene conto, infatti, di quel sonno di secoli da cui queste popolazioni sembrano ancora intorpidite.

⁽¹⁰⁾ Vedi: MALAYSIAN SOCIETY OF ORIENTALIST, *The cultural problems of Malaysia in the context of Southeast Asia*, Kuala Lumpur, University of Malaysia, 1967, pp. 252.

In questo modo il nazionalismo assume tonalità assai accese e il separatismo diventa una realtà costante.

La situazione demografica malese si propone pertanto come una delle più atipiche per la sua struttura razziale, profondamente eterogenea e lontana dalla possibilità di un'integrazione, che si riverbera chiaramente sulla distribuzione geografica, economica e sociale, occupazionale e culturale della popolazione, provocando fenomeni di frizione continua e costanti condizioni prossime alla esplosività. L'attrito tra le comunità è reso ancor più accentuato dalla squilibrata situazione economica tra l'ovest e l'est, dove il reddito *pro capite* scende alla metà di quello nazionale (500 Dollari Malesi), dove l'isolamento è maggiore anche per il peggiore stato della viabilità e per i frequenti allagamenti, dove, infine, i contrasti tra società urbana e rurale appaiono più stridenti ⁽¹¹⁾.

In questo contesto il colonialismo ha trovato le condizioni più favorevoli per incidere profondamente sulla compagine sociale, grazie anche ad una sua prolungata presenza e nonostante la rotazione dei paesi che qui lo rappresentarono.

Gli Europei si attestarono nella penisola malese sin dal primo decennio del sec. XVI. La particolare posizione geopolitica e il fiorente mercato di Malacca attirarono l'interesse dei Portoghesi, che, con la conquista della città nel 1511, posero le basi del colonialismo occidentale. L'avvicendamento con gli Olandesi, a partire dal 1641, non portò alcun mutamento nel rapporto tra indigeni e conquistatori: la Compagnia delle Indie Orientali, che qui prese sede, fu la migliore dimostrazione della continuità di indirizzo. Nel secolo XIX è la volta dei Britannici, che sin dagli ultimi decenni del secolo avanti si erano introdotti nel Sultanato del Kedah, facendo perno sull'isola di Penang. Da

(11) MAULUD YUSOF ABDUL, *Rural development, urbanism and the malaysian peasantry*, in « Geographica », n. 4, Kuala Lumpur, 1968, pp. 84-89.

quest'isola, particolarmente felice per il suo clima più fresco e ventilato (quindi più adatto agli Europei), ma anche particolarmente idonea come base militare, inizia l'infiltrazione nella Malesia. Prima è la volta di Singapore, la cui posizione chiave porterà alla nascita di un porto moderno, nonostante i bassi fondali, poi è la volta di Malacca, ceduta dagli Olandesi in forza del Trattato di Londra (1824).

Penang, Malacca e Singapore rappresentarono altrettante teste di ponte da cui era possibile il controllo diretto o indiretto di tutta la penisola e dell'importante Stretto di Sumatra. Dai tre punti di appoggio, uniti nei cosiddetti « Stabilimenti dello Stretto », con una penetrazione graduale e costante, si è passati alla costituzione degli Stati Malesi Federati, a cui aderirono tutti i sultanati stretti alla Gran Bretagna da accordi notevolmente vincolanti (1874-1888). Né c'è da pensare che la successiva formazione degli Stati Malesi non Federati, ufficialmente più autonomi, fosse in grado di arginare seriamente il potere britannico (1914); anche questi, data la loro debolezza e la corruzione, ricadevano infatti nell'ambito della sfera anglosassone, che fino a questo momento perseguiva prevalentemente finalità strategiche ⁽¹²⁾.

La prima guerra mondiale, la rivoluzione russa e le prime avvisaglie della crisi economica del 1929 porteranno ad un mutamento di atteggiamento, o quanto meno ad una accentuazione dell'interesse economico soprattutto nel campo dell'estrazione della cassiterite e della produzione della gomma.

A questa epoca va fatta risalire la spaccatura sociale ed economica della Malesia. Le classi più elevate, legate e sovvenzionate dagli Inglesi, persero il contatto con il resto della popolazione, mentre d'altro canto il potenziamento di due o tre atti-

(12) Gli Stabilimenti dello Stretto erano dipendenze dirette della Corona. Facevano parte degli Stati Federati i protettorati più antichi: Perak, Selangor, Negeri Sembilan e Pahang. Agli Stati non Federati aderirono: Kedah, Perlis, Kelantan, Terengganu e Johore.

vità economiche portò a trascurare tutte le altre forme, generando una struttura economica del tutto squilibrata ⁽¹³⁾. Il dualismo derivatone deve ancora rimarginarsi.

Il colpo di forza giapponese (1942-1945) fu occasione per un risveglio nazionalista in tutto il sud-est asiatico. Per la prima volta uno Stato dell'Asia orientale metteva in iscacco le potenze occidentali. Caduto il mito della invincibilità europea, la strada verso l'indipendenza era aperta, ma il giorno della sua proclamazione era ancora lontano. Solo nel 1957 Londra riconosce il nuovo Stato, ma dopo anni di guerriglia e di attentati, che ritarderanno il decollo economico del paese ⁽¹⁴⁾.

Un compromesso sta alla base della nuova compagine politica, costituita da una coalizione, « l'Alleanza », formata da tre partiti ⁽¹⁵⁾: ai Malesi va il potere politico e in cambio viene promessa agli altri una maggiore libertà commerciale e un allentamento delle restrizioni sul diritto di cittadinanza ⁽¹⁶⁾. Si trattava di un accordo di vertice, di una vera spartizione di poteri che non teneva nel dovuto conto le richieste della base popolare e che pertanto lasciava tutti insoddisfatti: i Malesi, che vedevano con timore il consolidamento delle posizioni economiche cinesi e i Cinesi che, con il passaggio delle strutture politiche ed amministrative ai Malesi, si rendevano conto della loro definitiva esclusione da tali sfere.

Il conflitto razziale in questi termini andava aggravandosi, assumendo proporzioni tali da rendere indilazionabile una poli-

⁽¹³⁾ TAY KAY-YEONG, *British economic policy towards the malays in the Federated Malay States, 1921-1934*, Kuala Lumpur, 1969, pp. 274.

⁽¹⁴⁾ Si veda in proposito il breve, ma interessante scritto di LÊ THÂN KHÔI, *Il sud-est asiatico contemporaneo*, Firenze, Sansoni, 1974, pp. 8-9 e 25-28.

⁽¹⁵⁾ A questo « matrimonio di convenienza » presero parte l'UNMO (Organizzazione Nazionale Malese Unita), la MCA (Associazione Cino Malese) e il MIC (Congresso Indo Malese), ognuno rappresentante gli interessi di una razza.

⁽¹⁶⁾ In quella occasione vennero cristallizzati i privilegi dei Malesi in diversi settori, come nella pubblica amministrazione, nell'istruzione, nella proprietà terriera, nel diritto a correttivi elettorali in modo da garantire una costante prevalenza dei membri rappresentativi malesi.

tica di integrazione che fosse ad un tempo integrazione sociale e integrazione economica. Sul piano politico-sociale si doveva allargare la partecipazione dei vari gruppi etnici alla pubblica gestione e raggiungere quindi una maggiore rappresentatività degli interessi di tutte le comunità razziali. Sul piano economico si trattava di far sì avanzare i progressi, ma di pari passo col riequilibrio del reddito sia tra le razze sia tra gli Stati della Federazione. Ciò significava sganciamento dai mercati stranieri e quindi rinuncia dei relativi capitali. Pertanto si rendeva indispensabile la ristrutturazione della produzione tenendo come base soprattutto i bisogni interni del paese. Ma la vecchia politica del *laissez-faire* tardava a sopirsi per cui anche nei primi anni dell'Indipendenza si preferì affidare al progresso economico, che indiscutibilmente stava avanzando, un compito che evidentemente questo non era in grado di assolvere, quello cioè di ridurre i divari tra le classi sociali e tra i territori diversamente favoriti dalla storia e dalle condizioni naturali. D'altra parte la coalizione governativa era formata dalle classi più elevate e conservatrici che temevano il rinnovamento sociale ed avversavano apertamente le rapide trasformazioni economiche. Alla aristocrazia malese ed ai più ricchi *leaders* politici cinesi e indiani si deve non solo l'opposizione alla nazionalizzazione delle imprese straniere e la politica occidentalizzante, ma persino la permanenza delle truppe britanniche sul territorio nazionale ⁽¹⁷⁾.

Appare evidente la complessità della situazione per cui, anche se gli stimoli di riforma non mancavano, questi non venivano recepiti che con estrema lentezza. Cosicché, sebbene i « piani » comparissero in Malesia assai presto, solo per gli ultimi tempi è possibile parlare di una loro efficacia ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Così si assicurava la continuità della linea politica e la difesa dalla guerriglia comunista, sostenuta dalla comunità cinese e sorta come resistenza all'occupazione nipponica (MYRDAL G., *Saggio sulla povertà* ..., op. cit., pp. 160-162 e 377-382).

⁽¹⁸⁾ Val la pena di precisare che la pianificazione nei paesi dell'Asia meridio-

Il Primo Piano Quinquennale (FFYP: *First Five Year Plan*) venne varato per il periodo 1956-1960, in seguito a uno studio pubblicato nel 1955 dalla Banca Mondiale. Con esso ci si proponeva di fare il punto sulle risorse disponibili e di studiarne le possibili utilizzazioni. Si trattava quindi di propositi piuttosto generici; eppure la comparsa di questa relazione va considerata come un fatto di notevole importanza, in quanto con essa si apriva la porta agli interventi successivi, con i quali, se non altro, è andata scomparendo la politica economica di marca coloniale, caratterizzata da immobilismo della domanda interna a tutto favore di quella estera.

Il Secondo Piano Quinquennale (SFYP: *Second Five Year Plan*) fu proposto per il lustro 1961-1965 e venne subito seguito dal Primo Piano della Malaysia (FMP: *First Malaysia Plan*) e dal Secondo (SMP: *Second Malaysia Plan*), operanti rispettivamente per gli intervalli 1966-1970 e 1971-1975. L'importanza dei tre documenti sta non solo nella maggiore organicità dei programmi e nella più avvertita esigenza di concretezza, ma anche nella più spiccata aderenza ai problemi nazionali. Essi, non a caso, furono il prodotto di un gruppo di studio, l'EPU (*Economic Planning Unit*), a prevalenza malese, sia pure con una rappresentanza di tecnici stranieri; di qui il mutamento di tendenza, più sensibile alla promozione interna che non ai benefici economici di compagnie estere.

Gli obiettivi dell'FFYP erano stati lo sviluppo economico del settore rurale in modo da elevare il livello di vita dei Malesi, la stimolazione della domanda interna e il ridimensionamento di quella estera dalle pericolose fluttuazioni, la diffusione dei servizi sociali migliorati secondo i modelli occidentali. Il SFYP recepisce questi obiettivi e parla ancora di interventi a favore della

nale è di tipo programmatico, diversa quindi da quella dell'occidente dove, per altro, il fenomeno è conosciuto come esigenza di una società industriale già matura e non come premessa e incentivo alla industrializzazione; si diversifica, però, anche da quella dei paesi comunisti, mancandole una spiccata iniziativa statale, l'esperienza del collettivismo e delle nazionalizzazioni.

popolazione rurale, di incrementi dei posti di lavoro, di miglioramento dei livelli di vita, di diversificazione dell'economia troppo dipendente dalle due produzioni dello stagno e della gomma, lo sviluppo dei servizi sociali specialmente nelle campagne.

Dei due piani quinquennali, pertanto, il Primo ebbe il merito di indicare le tappe di sviluppo e il loro grado di priorità, il Secondo, invece, rappresentò uno stadio più avanzato in quanto i problemi della produzione vi venivano affrontati di concerto con quelli dell'impiego.

Pur dotati di validi accenti, i due documenti di intervento, per la debolezza degli operatori politici e per la negligenza di quelli economici, non riuscirono a conseguire le mete previste, ma ebbero il merito di sgomberare la strada ai due piani successivi, con cui la pianificazione entrava effettivamente in terra malese.

Il FMP, comparso nel novembre 1965, si presenta come un sostanzioso documento distinto in due parti. Nella prima si mettono in evidenza i problemi economici del paese, gli obiettivi da raggiungere e i mezzi per conseguirli; nella seconda vengono esposti i programmi di sviluppo settore per settore ⁽¹⁹⁾. Il principale traguardo è « l'integrazione dei popoli e degli Stati della Federazione Malese », concetto presente, ma in termini meno espliciti, anche nei piani precedenti; l'integrazione va conseguita con l'innalzamento del reddito *pro-capite*, con il miglioramento delle condizioni del mondo rurale attraverso incentivazioni che aumentino produttività e guadagni, con l'ampliamento delle possibilità di impiego, con l'introduzione di nuove tecniche industriali e di nuove colture che riducano la dipendenza dalle produzioni tradizionali, con lo sviluppo dell'energia elettrica, delle comunicazioni e dei trasporti. Il tutto per la prima volta è visto in una duplice

(19) *First Malaysia Plan, 1966-1970*, Di-chetak Di-jabatan Chetak Kerajaan Oleh Mohamed bin Abdullah, Pemangku Penchetak Kerajaan, Kuala Lumpur, 1965, pp. XV, 190; *Mid-term review of the First Malaysia Plan, 1966-1970*, Kuala Lumpur, Jabatan Chetak Kerajaan, 1969, pp. XV, 134.

prospettiva, a medio termine e a lungo termine, in modo che le iniziative prese nell'arco di cinque anni si collochino in una visione più ampia dei problemi, dove si tenga conto delle esigenze di almeno tutto il ventennio successivo ⁽²⁰⁾.

Le premesse erano perciò le più lusinghiere, ma la volontà politica, a livello sia di vertice sia di base, si rivelò incapace di sottrarsi all'influenza delle compagnie internazionali in modo da garantire il conseguimento delle mete più significative. Risultati non mancarono, ma incisero più sul piano economico che su quello socio-culturale. I disordini del 1969, che sfociarono in scontri armati tra Malesi e Cinesi, segnarono il fallimento del piano nel suo punto più qualificante, cioè l'integrazione razziale, non così a portata di mano come ci si era illusi ⁽²¹⁾. Il fatto trovò ripercussioni anche in seno al governo dove la carica di Primo Ministro passò dalle mani di Tunku Abdul Rahman, politico geniale, ma dagli atteggiamenti paternalistici ⁽²²⁾, a quelle più pragmatiste e giovanili di Tun Abdul Razak, che imprese un nuovo impulso all'azione politica ora condotta su due binari: all'estero una maggiore apertura verso gli Stati e all'interno un più sostenuto impegno produttivo. Non più quindi sviluppo eco-

⁽²⁰⁾ I punti di queste proiezioni ventennali riguardano la crescita del reddito, portato per il 1985 a 1500 Dollari Malesi almeno, l'eliminazione della disoccupazione e della sottoccupazione, la ridistribuzione della ricchezza, lo sviluppo dei servizi sociali, il potenziamento delle infrastrutture economiche (trasporti, comunicazioni, servizi vari), il contenimento della crescita demografica tramite la pianificazione familiare (*First Malaysia Plan*, op. cit., pp. 14-17).

⁽²¹⁾ Più che di scontri sostenuti dalle opposte fazioni, si è trattato di una vera caccia al Cinese, che in quella occasione si rivelò disorganizzato e impreparato ad opporre un'adeguata difesa di gruppo. Il centro dei disordini fu Kuala Lumpur, dove il fenomeno assunse i caratteri del genocidio (SLIMMING J., *Malaysia: death of democracy*, Londra, J. Murray, 1969, pp. XI, 82; GOH CHENG-TEIK, *The May thirteenth, incident and democracy in Malaysia*, Kuala Lumpur, Oxford University Press, 1971, pp. 76).

⁽²²⁾ TUNKU ABDUL RAHMAN, *May 13, before and after*, Kuala Lumpur, Utusan Melayu Press, 1969, pp. 207.

nomico isolazionista (almeno ufficialmente), ma crescita produttiva rivolta sia all'esportazione, sia al consumo interno ⁽²³⁾.

In questo periodo fa la comparsa il Secondo Piano della Malaysia, presentato come « programma per una nuova politica economica », imperniata sull'« obiettivo di sradicare la povertà, senza riguardo al gruppo etnico, e di ristrutturare la società malese in modo da ridurre e possibilmente eliminare l'identità tra razza e funzione economica » ⁽²⁴⁾. Si è in presenza di un nuovo concetto, quindi; la pianificazione è vista come esigenza di giustizia economica, come lotta alla povertà che colpisce tutti indistintamente, piuttosto che come necessità di riequilibrare razze più o meno favorite. Il governo si impegna in un nuovo ruolo di intervento tramite proprie imprese o la compartecipazione nel campo industriale e commerciale, e agendo nel settore privato al fine di indirizzare la localizzazione di nuovi impianti nelle aree più depresse. La modernizzazione delle attività rurali è condizione di base alla trasformazione delle campagne nelle quali si prevede l'introduzione di pratiche irrigue e di bonifica idraulica, di nuovi sistemi colturali con doppi raccolti e con colture intercalari, la riorganizzazione commerciale e l'assistenza tecnica e finanziaria ⁽²⁵⁾. Al

⁽²³⁾ BASS J.R., *Malaysia: continuity or change*, in *Asian Survey*, Berkeley (Cal.), vol. X, n. 2, 1970, pp. 152-160.

⁽²⁴⁾ *Second Malaysia Plan, 1971-1975*, Kuala Lumpur, Govt. Press, 1971, pp. XV, 267; cfr. p. V, e pp. 4-5. *Mid-term review of the Second Malaysian Plan, 1971-1975*, Kuala Lumpur, Govt. Press., 1973, pp. XIII, 213.

⁽²⁵⁾ ABDUL AZIZ BIN ABDUL HAMID, *Selected aspects of rural development in Malaysia*, Kuala Lumpur, 1970, pp. 29. ABDUL HALIM ISMAIL, *Peasant agriculture and economic development*, in « Ilmu Alam », n. 1, Geographical Society of Malaysia, Kuala Lumpur, 1972, pp. 32-36.

Nella trasformazione delle campagne è risultata determinante l'attività della Federal Land Development Authority (FLDA), a cui si deve il miglioramento delle piantagioni di caucciù e, soprattutto, di quelle di palma da olio, estese da sud a nord lungo tutta la fascia coltivata occidentale (vedi: TUNKU SHAMSUL BAHARIN, *Land development in post-independence Malaysia: some lessons*, in « Geographica », n. 4, 1968, pp. 67-83; JAMALUDDIN BIN MD. JAHI, *Peranan kelapa sawit dalam usaha mempelbagai-jeniskan pertanian di Malaysia*, in « Ilmu Alam », n. 1, Kuala Lumpur, 1972, pp. 49-56; ABDUL HAMID BIN ABDULLAH, *Pembukaan tanah baru oleh LKTP di Trengganu satu*

rinnovamento dell'ambiente rurale corrisponderà una equilibrata crescita delle attività urbane nelle quali, però, sarà incoraggiata in primo luogo la partecipazione dei Malesi ⁽²⁶⁾. Così ci si è proposti di ridurre, fino a eliminarla, la bassa produzione e con essa la disoccupazione e la sottoccupazione e le piaghe che vi si accompagnano quali l'ignoranza, la passività, le malattie. Si tratta di creare posti di lavoro, ma anche quadri di personale specializzato, tenuto conto che l'aumento demografico porta alla necessità di nuove possibilità di impiego.

Consapevoli che l'unità nazionale implica « fattori sociali e culturali, politici ed economici, pubblici e privati, emotivi e psicologici », si è ritenuto di battere la strada della formazione culturale, realizzata attraverso una lingua nazionale, attraverso la riscoperta di tradizioni, di un'arte e di una letteratura comuni, attraverso la sensibilizzazione ai doveri verso la comunità statale. Il tutto portato avanti con fermezza, sia pure con gradualità.

La Malaysia sembra aver risentito beneficamente di questi indirizzi, senza dubbio innovatori, e il cammino fatto in questi cinque anni risulta il più rapido e ricco di conquiste rispetto ai lustri precedenti. Di tale opinione sono le fonti governative, così affermano gli operatori politici e i *leaders* culturali, questo è il discorso ricorrente sui quotidiani. Orbene, non si può escludere che notevoli progressi ci siano stati, ma dall'esame dei fatti e dal contatto con la gente è risultato trattarsi di miglioramento della produzione, di progressi salariali e dei redditi, di cui hanno beneficiato peraltro soprattutto le aree già « forti »; ma, a parte che molti di questi risultati sono stati annullati dalla inflazione

tinjauan permulaan, ivi, pp. 66-80; la FLDA sta procurando nuove terre, che vengono poi affidate ai contadini, provenienti dalle contrade più povere e sovraffollate, perché vi realizzino piantagioni industriali. Nei primi dieci anni di vita la FLDA ha posto a coltura oltre 256.800 acri.

⁽²⁶⁾ DORALL R., *Growth poles: an urban strategy for developing planning*, in « *Geographica* », n. 7, Kuala Lumpur, 1971, pp. 1-16.

mondiale, che non ha risparmiato neanche la Malaysia, scarsi, quando non del tutto insignificanti, sono stati i mutamenti sul piano sociale, su quello dei rapporti tra razze, sul piano delle mentalità e delle coscienze. Le tensioni tra le razze, anziché ridursi, sembrano acuite, mentre i motivi di rivalità si sono intensificati nella misura in cui ogni gruppo addossa all'altro le colpe dei fallimenti e del malcontento.

Se lo sviluppo economico ha portato ad una attenuazione della povertà, esso ha anche determinato la concentrazione del potere economico: il divario tra le classi ne è stato esaltato, la disparità tra le aree regionali è stata resa più appariscente, mentre il rapporto città-campagna è risultato più squilibrato. In conclusione, l'unità nazionale, tanto sbandierata come fine supremo, sembra ora più che mai inafferrabile. Le cause di mali vecchi di decenni si supereranno solo con la reciproca comprensione e col rispetto dei valori che ogni raggruppamento etnico gelosamente custodisce e alimenta in ogni modo, con proprie scuole, propri templi, proprie attività ed aree residenziali. Si tratta di un'opera da realizzarsi attraverso generazioni piuttosto che per quinquenni, attraverso scambievoli rinunce di potere piuttosto che consolidando le proprie posizioni, attraverso la convergenza su comuni proiezioni che a questo scopo vanno scoperte e finalizzate. Il consolidamento nazionale non può continuare ad essere una meta più o meno lontana da conseguire attraverso le trasformazioni economiche, ma, se mai, non potendone rappresentare la premessa, deve costituire la condizione da realizzarsi in concomitanza con le riforme dell'agricoltura, dell'industria, del commercio e dei trasporti; si tratta cioè di portare avanti con maggiore coraggio e con impegno più vigoroso le riforme sociali e di porre tutti gli abitanti di fronte a uguali diritti e doveri di cittadini, tutti chiamati a portare il proprio contributo all'edificazione dello Stato.

In passato il fallimento del piano venne fatto ricadere sul

gruppo cinese, che pagò con centinaia e centinaia di vittime responsabilità che non aveva. È sperabile che, allo scadere di questo Secondo Piano, ciò non abbia a ripetersi, a significare che il cammino verso l'integrazione, sia pure caratterizzato da lentezza e segnato da insuccessi, è già avviato e comincia a mostrare i suoi primi frutti.

PIETRO GIUSEPPE GRASSO

**L'UNIVERSITÀ ITALIANA
NELL'ULTIMO MEZZO SECOLO
NEI RICORDI DI UN RETTORE**

SOMMARIO: 1. La pubblicazione delle memorie del Rettore Giuseppe Menotti De Francesco. — 2. Importanza dell'opera compiuta dall'autore nella direzione autonoma dell'Università. — 3. La presidenza della Facoltà di giurisprudenza all'Università statale di Milano, negli anni dal 1935 al 1943. — 4. Contributi di De Francesco al rinnovamento degli studi di diritto pubblico in Italia, nel periodo tra le due guerre mondiali. — 5. Il rettorato dell'Università statale di Milano negli ultimi anni di guerra, dall'ottobre del 1943 all'estate del 1945. — 6. Aspetti politici dell'azione del Rettore in tale periodo. — 7. Il disinteresse delle autorità di Governo e del Parlamento per l'Università, nel dopoguerra - La decadenza dello « Stato di diritto ». — 8. La ricostruzione dell'Università di Milano. — 9. La necessità di un'azione spontanea per la difesa ed il progresso delle istituzioni universitarie italiane - La fondazione e la presidenza della « Conferenza permanente dei Rettori delle Università italiane ». — 10. Opinioni di De Francesco sulla riforma della legislazione universitaria. — 11. Ragioni di un'azione « politica » indipendente in difesa dell'Università. — 12. Pensieri sui compiti dell'Università nell'ordine civile e nella società internazionale. — 13. L'ultimo richiamo per l'Università ed il primato degli studi umanistici.

1. Una volta, la carriera di professore universitario comportava, di consueto, il passaggio per sedi diverse, con trasferimenti successivi da una città all'altra. Fu per un tale costume che la libera Università degli studi di Urbino, e soprattutto la sua Facoltà di giurisprudenza, era venuta ad assumere la funzione importante di prima sede per tanti docenti destinati poi a salire nell'estimazione generale, talora fino a diventare famosi ⁽¹⁾.

Da Urbino passò anche Giuseppe Menotti De Francesco, che, arrivato con incarico d'insegnamento nel 1922, fu nominato per l'anno accademico 1923-24 professore titolare di Diritto costituzionale. Quale segno di quel passaggio, ancora si nota un apporto ragguardevole di redazione e di collaborazione alla rivista giuridica « Studi urbinati », scorrendone le annate.

(¹) Si possono ricordare le elevate parole sulla funzione dell'Università di Urbino — con allusione « alla stagione felice delle Università marchigiane » — pronunciate dal Rettore Carlo Bo, in apertura dell'anno accademico 1958-59. Cfr. Bo, *Discorsi rettorali*, Urbino 1973, p. 45 ss.

A cinquant'anni di distanza, ormai giunto alla sera ancor operosa della sua lunga giornata di lavoro, il prof. De Francesco ci presenta un volume di memorie raccolte sotto il titolo « Una vita dedicata alla scuola ed al Paese » (2). È così offerta a tutti, e non solo ai numerosi amici, estimatori ed allievi, la possibilità di ripensare alle tante esperienze personali dell'autore strettamente legate a vicende della vita pubblica del Paese e della nostra storia patria (3).

È singolare che una persona pure di origini modeste, avendo dovuto faticare molto per superare difficoltà economiche, sia riuscita tanto ad eccellere in campi diversi: e nella pubblica amministrazione attiva e negli studi di diritto pubblico, costituzionale, amministrativo ed internazionale, e nella guida autonoma delle istituzioni universitarie e nella promozione di attività culturali (a voler tacere delle felici prove nella professione forense). Prima di accedere ai ruoli dell'istruzione superiore, De Francesco, a soli ventisette anni di età, era già divenuto libero docente di Diritto amministrativo e Provveditore agli studi. Successivamente, negli anni della prima guerra mondiale ed in quelli immediatamente posteriori, fu chiamato al compito assai delicato di capo dell'Ufficio censura sulla stampa di Milano. Ebbe, allora, modo di dimostrare notevoli capacità e saggezza di amministratore; capacità e saggezza che dovevano, poi, venir confermate nella vita universitaria ed alla guida di tante altre istituzioni, ospedaliere, assistenziali, culturali. Nè vanno dimenticate le esperienze politiche della maturità, quando l'ormai anziano professore di diritto amministrativo seppe dar esempi di competenza e di dignità, quale Deputato al Parlamento repubblicano e, dopo, quale componente del Consiglio superiore della Magistratura.

(2) Cfr. GIUSEPPE MENOTTI DE FRANCESCO, *Una vita dedicata alla scuola e al Paese*, ediz. Virgilio, Milano 1974, p. 260. Alle note successive, il volume è indicato semplicemente: *Una vita*.

(3) Per altri aspetti suggeriti dalla lettura del volume. v. C. E. FERRI, *A proposito di un recente libro di G. M. de Francesco*, ne *Il Politico* 1974, p. 694 ss.; CECCATO, *L'identikit dell'uomo*, ne *Il giorno*, 10 marzo 1975.

2. In una biografia così ricca di vicende e di motivi di riflessione, qui si preferisce fermare l'attenzione sulla parte che riguarda l'opera compiuta alla guida delle istituzioni universitarie. Com'è risaputo, secondo le vecchie regole dell'autonomia universitaria, la direzione e l'amministrazione delle Facoltà e degli atenei erano affidate ai professori ordinari. I legislatori avevano inteso, così, garantire libertà di ricerca e d'insegnamento. Nondimeno, si trattava di regole difficili ad esser applicate, sia perchè era richiesto ai professori grande spirito di obiettività e disinteresse ⁽⁴⁾, sia perchè non sempre docenti pure valorosi hanno dimostrato sufficiente attitudine ad amministrare ⁽⁵⁾. Tali difficoltà erano cresciute di mano in mano che la gestione delle Università diveniva più complessa ed estesa a tanti compiti nuovi e diversi.

Fu proprio nella direzione autonoma della scuola superiore che De Francesco ebbe ad esercitare un ruolo preminente e quasi unico, nel lungo periodo che va dagli anni successivi alla prima guerra mondiale fino alla crisi dei giorni nostri. Si può anche pensare che la conoscenza del pensiero e dell'azione di De Francesco sia necessaria per chi voglia comprendere e penetrare la storia recente della nostra Università ⁽⁶⁾. Le pagine autobiografiche che

⁽⁴⁾ Ancora valide sono le osservazioni di S. SPAVENTA, su *L'autonomia universitaria*, in app. a *La giustizia nell'amministrazione*, Torino 1949, p. 165 ss.

⁽⁵⁾ A proposito, possono anche richiamarsi le osservazioni piuttosto radicali di C. P. SNOW (*Scienza e Governo*, tr. it., Torino 1966, es. p. 65 s.) sulle difficoltà della partecipazione di professori universitari a collegi amministrativi. Non sempre una persona di « temperamento scientifico » dato dalla concentrazione (« uno scienziato deve pensare sempre a una cosa sola profondamente e ossessivamente ») mostrerebbe attitudine ad amministrare (« Un amministratore, invece, deve pensare a tante cose in una volta, nelle loro connessioni reciproche e per breve spazio di tempo »).

⁽⁶⁾ Allo scopo, sarebbero da consultare oltre a tanti scritti pubblicati in argomento, i numerosi discorsi tenuti da De Francesco: come Rettore dell'Università di Milano, nelle inaugurazioni degli anni accademici; come Deputato al Parlamento; come Presidente dell'Istituto lombardo - Accademia di scienze e lettere; come Presidente della commissione dei premi per giovani laureati, offerti dalla rivista *Libera iniziativa*.

L'autore delle presenti note ha potuto attingere alcuni degli elementi qui esposti dalla testimonianza orale del prof. De Francesco.

egli oggi propone, oltrechè illuminare tanti aspetti ed episodi, offrono indicazioni per ricomporre secondo una visione d'insieme il succedersi delle vicende recenti dell'Università italiana. Tanto risulta pur da alcuni accenni ai momenti più importanti nell'opera dell'autore della « Vita » con qualche breve considerazione circa i motivi, i principî ispiratori e la linea seguita.

3. All'indomani della prima guerra mondiale, al giovane professore De Francesco, dopo i successi ottenuti quale Provveditore agli studi a Reggio Calabria ed a Catania, e l'ottima prova all'Ufficio della censura a Milano, era stato offerto il passaggio al Ministero degli interni con la probabilità di una prossima promozione a grado superiore, preannunciata direttamente da Francesco Saverio Nitti, allora Presidente del Consiglio dei Ministri.

In quel momento, pochi avrebbero deciso di tornare ad una vocazione originaria di studio e ricominciare daccapo la carriera accademica, che, dopo tante fortunate esperienze di vita pratica, poteva anche apparire come un « abito troppo stretto ». Eppure, tale fu la scelta di De Francesco, dovuta all'amore reverenziale per la scuola e per la ricerca che, su suggerimento della madre (intelligente ed energica insegnante elementare), aveva sempre nutrito fin dagli anni della dura adolescenza.

Lasciati i gradi elevati della pubblica amministrazione, egli riprese a studiare e cominciò l'attività di professore incaricato dapprima a Pavia e poi ad Urbino, come già sopra ricordato, quale professore titolare di Diritto costituzionale, alla fine del 1923. Nel 1925, riuscì vincitore per concorso nazionale della cattedra di Diritto amministrativo di Messina e, dopo, tornò a Pavia, come professore ordinario di Diritto costituzionale. La sede successiva, e l'ultima, fu l'Università statale di Milano, fondata in tempi recenti, nel 1924, ma assunta ben presto ai più alti fastigi d'insegnamento e di ricerca, da reggere molto bene il confronto anche con atenei di assai più remota origine.

Appena chiamato a succedere al professor Santi Romano nel-

l'insegnamento del Diritto costituzionale, Giuseppe Menotti De Francesco si trovò ad assumere contemporaneamente l'ufficio di Preside della Facoltà di giurisprudenza milanese. In quel tempo, nessun'altra delle Università italiane poteva vantare un consesso di maestri più insigni per dottrina e chiara fama diffusa anche all'Estero. Basterà menzionare i nomi: Giovanni Pacchioni, Oreste Ranalletti, Enrico Besta, Francesco Carnelutti, Arrigo Solmi, Gino Dallari, Carlo Longo, Giorgio Mortara, Costantino Bresciani Turrone, Gino Borgatta, Filippo Grispi, Isidoro La Lumia, Mario Falco, Calogero Gangi, Emilio Betti. Ad un così eletto collegio De Francesco seppe presiedere in maniera egregia, tanto da essere confermato nell'ufficio, con soddisfazione di tutti, fino al 1943, quando fu nominato Rettore magnifico. Nel frattempo, essendo stato messo fuori ruolo, per limiti di età, Oreste Ranalletti, De Francesco fu designato a sostituirlo quale titolare della cattedra di Diritto amministrativo.

Il Preside di tale Facoltà doveva mostrare molto senno e prudenza, oltrechè godere gran credito, poichè, nel periodo tra le due guerre mondiali, gli studi giuridici avevano avuto una rifioritura felice, e grande era l'estimazione in cui ne erano tenuti i cultori. È noto che la grande maggioranza dei teorici potè tener ferme le teorie del diritto e dello Stato tramandate dal periodo anteriore, senza accogliere i suggerimenti dei pochi fautori di trasformazioni radicali, escogitate in armonia con le concezioni politiche più totalitarie ⁽⁷⁾. E la tendenza allora cosiddetta « conservatrice » riuscì ad imporsi anche ai legislatori del tempo, come si dimostrò evidente all'atto della formazione dei codici del 1930 e del 1942 ⁽⁸⁾.

(7) In argomento, v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli 1974, p. 12 ed anche CALIZIA, *Diritto costituzionale (profili storici)* voce in *Enc. Dir.*, XII, Milano 1964, p. 975 s. Come esempio si possono menzionare le riserve critiche contenute nella recensione di DE FRANCESCO al libro di C. COSTAMAGNA, *Storia e dottrina del fascismo*, in *Riv. dir. pubb.*, 1938, I, p. 407 s.

(8) Per un chiaro riconoscimento nel senso sopraindicato, v. A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino 1965, p. 281 ss.

Proprio in quegli anni la Facoltà giuridica di Milano seppe dare prove davvero notevoli d'indipendenza. Valga per tutte la chiamata del prof. Aurelio Candian alla cattedra d'Istituzioni di diritto privato resasi vacante. Ben cinque erano gli aspiranti a questa cattedra e tutti degnissimi. Fra essi uno fascistissimo, amico personale del Ministro della pubblica istruzione, il quale, con molta prudenza, a mezzo del suo Sottosegretario di Stato, aveva fatto conoscere al Preside la sua preferenza per il vecchio amico e compagno di partito, mentre era noto l'antifascismo di Candian, da tempo perseguitato per questo a Parma ed a Pavia. Secondo le norme legislative del tempo, le Facoltà dovevano designare una terna di candidati al posto vacante, tra i quali al Ministro sarebbe spettata la scelta del nominando. Ora, in vista della notorietà della situazione politica del Candian, formulare la terna prescritta significava escludere la scelta dello stesso Candian da parte del Ministro. Per questo il Preside propose che la Facoltà designasse un solo nome, quello preferito dai colleghi, Candian, omettendo di formulare la terna. Se non che il Ministro Bottai respinse la deliberazione della Facoltà, insistendo per la formulazione della terna. Naturalmente la terna fu deliberata, ma con voti unanimi per Candian e con voti inferiori alla maggioranza richiesta per gli altri due inclusi nella terna. Di fronte a questa insistente determinazione della Facoltà, il Ministro finì con rispettarne la volontà e consentire il trasferimento di Candian da Pavia a Milano, rispettando così le valutazioni delle attitudini scientifiche e professionali del primo designato, a prescindere da preferenze estranee d'ordine politico e di partito.

4. In quegli anni, il Preside De Francesco seppe esercitare una parte davvero importante per la continuità ed il rinnovamento della scuola giuridica italiana, che certamente attraversava un periodo di splendore. Onde un insigne filosofo, l'accademico d'Italia Francesco Orestano, ebbe a riconoscere che gli studi dei fenomeni giuridici avevano in quel periodo un'attrazione irre-

sistibile, che « affascina e appaga anche per la sua splendida sistematica », e citava tra gli Italiani della nuova scuola di diritto pubblico i giuristi « da Santi Romano a Ranelletti, da Angelo Majorana a V.E. Orlando a De Francesco » ⁽⁹⁾. E Raffaele Resta, molto più tardi, nell'opuscolo « G.M. De Francesco e la sua opera scientifica » rendeva omaggio al maestro, considerandolo « tra i maggiori esponenti della scuola realistica italiana di diritto pubblico », intesa ad avvicinare il diritto alla realtà pratica, concreta della vita ⁽¹⁰⁾.

Ma di G.M. De Francesco va ricordata anche l'opera affettuosa e continua di consiglio, d'incoraggiamento, di aiuto ad una schiera promettente di giovani cultori del diritto pubblico, provenienti da tutte le Università Italiane ⁽¹¹⁾. Fu, così, che la « Collana di studi di diritto pubblico » dell'Università statale di Milano, fondata da De Francesco, assunse la funzione di presentare le prime opere dei futuri maestri. Alcuni di quegli studi sono considerati tuttora fondamentali, come: « L'annullamento degli atti amministrativi » di Vincenzo Romanelli; « Il potere discrezionale della pubblica amministrazione » di Massimo Severo Giannini; « Il procedimento amministrativo » di Aldo Maria Sandulli; « La responsabilità della pubblica amministrazione » di Renato Alessi, ecc. Per altri aspetti, quelle opere stanno a confermare quanto nell'Università la scienza giuridica fosse riuscita a mantenersi indipendente da ogni spirito di parte ed estranea dalla passione contingente, pur in materie, come quelle diritto ammini-

⁽⁹⁾ ORESTANO FR., *Opere compl.*, VIII, *Filosofia del diritto*, Milano 1941, p. 23.

⁽¹⁰⁾ RESTA, G. M. *De Francesco e la sua opera scientifica - Discorso pronunciato in occasione delle onoranze tributate al prof. G. M. De Francesco*, Milano 1958, p. 5 ss.

⁽¹¹⁾ In armonia con l'opera ricordata *infra* nel testo fu anche la condotta ferma e coraggiosa, anche se non disgiunta da comprensione, tante volte tenuta da De Francesco in commissioni di concorsi universitari. In merito, v. AMBROSINI, nell'opuscolo intitolato *Onoranze al prof. G. M. De Francesco - Discorsi pronunciati in occasione della consegna dei volumi di Studi pubblicati in suo onore*, Milano 1958, a p. 13 s.

strativo e costituzionale, ove più immediato è il rapporto con le alterne vicende della politica.

Precedentemente, quand'era professore ordinario di Diritto costituzionale all'Università di Pavia, De Francesco aveva promosso lo studio delle costituzioni straniere sorte all'indomani della prima guerra mondiale, e delle conseguenti questioni di diritto costituzionale comparato. Allora, negli anni dal 1926 al 1933, studi del genere erano inconsueti per l'Italia, ove si consideri che non vi erano cattedre di diritto pubblico comparato e ben poche erano le trattazioni scientifiche in materia ⁽¹²⁾. C'è da dolersi che i risultati di tali ricerche condotte a Pavia, per la redazione di tesi di laurea, non avessero avuto maggiori sviluppi e perfezionamenti, dai quali, oltre la teoria, anche la pratica avrebbe potuto trarre profitto, giacchè la stessa nostra Costituzione repubblicana del 1947 deriva non poco dai « modelli » costituzionali diffusi in Europa nel primo dopoguerra.

5. Con la nomina a Rettore magnifico dell'Università statale di Milano, Giuseppe Menotti De Francesco si assunse il compito di rappresentare, in tempi difficili, « la migliore espressione dell'Università italiana », come è stato detto poi di lui dal Presidente della Corte costituzionale professore Gaspare Ambrosini ⁽¹³⁾.

La nomina giunse nell'autunno del 1943, in un momento tragico della storia nazionale. Nell'Italia divisa in due parti, la città di Milano era diventata il punto centrale dei territori occupati dalle truppe germaniche dopo il disgregamento delle Forze armate italiane: spietata era la lotta civile dei partiti contrapposti e dura si faceva sentire la mano dello straniero, mentre

⁽¹²⁾ Per quanto riguarda le suaccennate ricerche, v. DE FRANCESCO, *L'Università di Pavia e gli studi sulle costituzioni straniere*, in *Annali di scienze politiche*, anno V, 1932, p. 137 ss. e GIANNINI A., *Tendenze costituzionali*, Bologna 1932, p. VIII, nota 1.

⁽¹³⁾ Riferito in *Una vita*, p. 197. Cfr., anche, l'opuscolo *Onoranze*, cit., p. 15.

la sede del Governo della « Repubblica sociale italiana » era stata stabilita fuori della metropoli lombarda.

La sopravvivenza dell'ateneo milanese appariva persino incerta, e non solo per le minacce di chiusura o di nomina di un commissario. Gli uffici amministrativi erano in grave disordine; gli edifici delle sedi universitarie erano stati in gran parte distrutti dai bombardamenti aerei; mancavano risorse finanziarie; vi era tanto timore per il pericolo continuo di deportazione di studenti e di professori da parte degli occupanti, i quali minacciavano anche di procedere a spogliazioni di materiale scientifico. In simili condizioni s'imponeva al Rettore l'imperiosa necessità di un'azione del tutto impreveduta e nuova rispetto agli anteriori compiti ordinari d'istituto.

Come scrive lo stesso De Francesco (¹⁴), per l'Università di Milano, dall'autunno del 1943 alla primavera del 1945, bisognava provvedere « allo scopo di impedire influenze estranee, resistenze dannose o affrontare addirittura scontri e pericoli... Si trattava di contrastare spesso gli ordini ricevuti dalle Autorità superiori, le norme che venivano emanate, le richieste che venivano fatte; si trattava di prendere decisioni coraggiose, talora anche contro l'osservanza di doveri forse giuridicamente impegnativi, ma non rispondenti a doveri morali ed umani; si trattava di compiere ogni sforzo per impedire trafugamenti e distruzioni, respingere interventi estranei, anche se minacciosi, sabotare, occorrendo, propositi contrari all'interesse italiano... ». Ciò richiedeva un'opera accorta, sagace e coraggiosa, ed anche diversa, « a seconda si riferiva agli studenti, agli assistenti, ai docenti, al personale amministrativo dell'università, al patrimonio universitario ».

6. Un'azione così descritta si rivela come eminentemente politica, se considerata nei suoi caratteri sostanziali.

(¹⁴) In proposito, anche per i passi riferiti *infra* nel testo tra virgolette, v. *Una vita*, p. 151

L'opera del Rettore De Francesco negli ultimi anni di guerra, perciò, vale a mostrare che, in concomitanza con le vicende della nostra patria, erano intervenuti grandi mutamenti nella vita delle nostre Università. Si trattava di mutamenti destinati ad avere anche effetti definitivi, poichè, come detto più oltre, non si è più avuta una restaurazione del passato, nemmeno dopo il ritorno dello stato di pace.

Venuta meno la forza dello Stato, soprattutto nei momenti di guerra civile, diventa quanto mai incerta la possibilità di conservare un'istituzione di sua natura apolitica, la quale trovava nello stesso Stato sostegno e protezione. Come per un paradosso, al fine di reggere istituzioni di natura apolitica, allora, può riuscire necessaria un'azione eminentemente « politica », adeguata a contrastare ed a parare le pretese ed i disegni delle parti in conflitto.

Ma dev'essere azione « politica » indipendente e disinteressata, compiuta da persone ispirate solo dal fine di salvare l'istituzione, di fuori da qualsiasi inclinazione personale per l'uno o per l'altro dei partiti contendenti.

Tale fu il criterio rigorosamente seguito dal Rettore De Francesco. Nel settembre 1943, egli si dichiarò disposto ad accettare la designazione a Rettore magnifico solo alla condizione che si procedesse prima alla votazione del senato accademico e poi alla votazione di tutti i professori universitari di ruolo, e rimanesse ben inteso che, se eletto, egli si sarebbe considerato il fiduciario dei colleghi, e non il nominato di un qualsiasi governo, « a prescindere da ogni formalità ulteriore » ⁽¹⁵⁾. Era chiaro il proposito di operare solo in virtù di un titolo d'investitura, ed in certo modo di legittimazione, del tutto estraneo e perciò indipendente da una qualunque inframmettenza di parti politiche, e persino indipendentemente da qualsiasi autorità di governo.

Lo stesso criterio di condotta è da riconoscere in un altro importante episodio non troppo noto. Per invito di Mussolini, il

(15) *Una vita*, p. 139.

24 maggio 1944, al professore De Francesco fu chiesto di accettare la carica di Ministro dell'Educazione nazionale o della Giustizia nel Governo della Repubblica sociale. L'offerta non fu accolta dal Rettore, che si scusò adducendo a motivo di esser impegnato, senza possibilità di sostituzioni, per la vita stessa dell'Università di Milano, la quale correva il rischio della chiusura e della rovina, se non avesse potuto contare sulla di lui opera ⁽¹⁶⁾.

In tempi successivi, sotto un regime politico informato da principî tutt'affatto diversi, tanti furono gli elogi espressi al Rettore De Francesco, per essersi adoperato dal 1943 al 1945, più di ogni altro, « in anni terribili... a salvare l'Università di Milano come università e... anche nelle persone dei suoi docenti e discendenti » ⁽¹⁷⁾; ma fu lodato anche per essere riuscito a mantenere la stessa Università « immune da ogni influenza estranea » ⁽¹⁸⁾.

7. Nell'agosto del 1945, cessate le ostilità, il corpo accademico dell'Università di Milano, chiamato ad eleggere il Rettore magnifico in regime democratico, designò a grandissima maggioranza il professore De Francesco, poichè, si disse, avendo egli guidato l'ateneo in un periodo tanto difficile, con ottimi risultati amministrativi, finanziari e disciplinari, era da giudicare il più adatto a reggerne le sorti nel periodo della ricostruzione del Paese.

⁽¹⁶⁾ *Una vita*, p. 163 s.

⁽¹⁷⁾ Sono parole di un altro docente dell'Università di Milano, Gaetano Scherillo, divenuto poi Preside della Facoltà di giurisprudenza. Cfr. *Una vita*, p. 194 ed *Onoranze*, cit., p. 10.

⁽¹⁸⁾ Tanto fu riconosciuto, con delibera ufficiale, dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Milano, in data 30 maggio 1945: fu approvato il seguente ordine del giorno: « La Facoltà nella sua prima adunanza tenuta dopo la liberazione e la riunione delle due parti d'Italia, delibera di esprimere al Magnifico Rettore prof. de Francesco il suo più vivo plauso e la sua riconoscenza per l'opera svolta con fermezza e con successo a favore degli studenti, dei professori, del personale in genere dell'Università di Milano, alla quale opera ritiene dovuto il difficile e fortunato funzionamento del grande istituto nella fase criticissima or ora trascorsa. Formula il voto che un atteggiamento meritorio come quello del Rettore de Francesco, grazie al quale l'Università ha potuto mantenersi immune da ogni influenza estranea, venga giustamente e adeguatamente apprezzato ».

Allora De Francesco preferì dimettersi, perchè stanco dopo due anni di fatiche e di apprensioni senza sosta. Ma già nell'anno accademico 1948-49, egli fu nuovamente chiamato dalla fiducia dei colleghi al rettorato e fu ripetutamente confermato nell'alto ufficio fino all'anno accademico 1959-60, quando fu messo a riposo.

Nella ricostruzione e nel successivo ingrandimento dell'ateneo milanese, il Rettore si vide, ancora una volta, costretto ad agire in condizioni assolutamente impreviste.

Durante gli ultimi anni tragici della guerra, lo sforzo per mantenere l'Università di Milano era stato compiuto anche nella speranza che un giorno potesse venire restaurata la sovranità dello Stato, pur con le trasformazioni in senso democratico-sociale. La stessa speranza aveva informato negli anni dal 1943 al 1945 « il lavoro eroico » di tanti funzionari spesso piccoli e medi che, anche in « condizioni disperate », erano riusciti a mantenere « la struttura amministrativa dello Stato » ed a « salvaguardare la funzionalità della vita pubblica » (¹⁹). Alla « continuità dello Stato », nel mutare delle forme dei regimi politici, De Francesco si era abituato a guardare fin dagli anni di gioventù, quale funzionario e quale studioso, come al principio fondamentale e fermo per un'azione intesa al bene comune di un popolo, considerato nella sua realtà costante, fra i mutamenti delle passioni d'iparte e l'alternarsi nel governo dei fautori dell'una o dell'altra ideologia (²⁰).

(¹⁹) Si possono ricordare le parole di elogio dell'ultimo Re, Umberto II, per l'opera di tanti funzionari dell'amministrazione e dell'ordine giudiziario, che riuscirono negli anni tragici ad assicurare « la persistenza della vitalità e funzionalità di alcuni dei principali servizi ». Cfr. ARTIERI, *Il Re*, Milano 1959, p. 267 ss.

(²⁰) Merita di ricordare che, in un noto saggio dal titolo *Lo Stato sovietico nella teoria generale dello Stato* (negli *Studi in onore di Ranalletti*, Padova 1931, II, p. 1-55), DE FRANCESCO, in contrasto con V. E. ORLANDO, aveva negato che nell'ordinamento sorto in Russia con la Rivoluzione di Ottobre vi fosse mai stata una sorta di « catalessi del diritto », e sosteneva, invece, che anche nell'Unione sovietica sussisteva il diritto oggettivo. L'A., che fu fra i primi in Italia ad occuparsi della materia, giunse alle proprie conclusioni dopo uno studio accurato del nuovo regime

Ma l'amministrazione è uno strumento che opera solo per ordine del Governo ed entro i limiti della legge. Se i Ministri non compiono scelte politiche generali e se, eventualmente, le assemblee parlamentari non provvedono a dare nuove leggi più consone ai tempi, lo « Stato di diritto » si rivela incapace di soddisfare ai « bisogni collettivi », e, soprattutto in una società in trasformazione, una tale incapacità conduce alla decadenza dello stesso Stato. Inefficienza di governo e mancanza di leggi nuove sono fatti divenuti consueti negli anni del secondo dopoguerra.

Specie per quanto riguarda l'istruzione superiore, il disinteresse delle autorità di Governo e del Parlamento era stato quasi totale per lungo periodo. I contributi rimasero, per tanto tempo, in misura del tutto insufficiente. Dal 1947 al 1959, non venne istituita alcuna cattedra nuova nè un solo posto di assistente di ruolo. Quanto all'edilizia, bisognò arrivare alla legge del 14 luglio 1962, per ottenere un programma ben modesto. Tutto ciò, mentre i costi andavano via via crescendo e sempre maggiori divenivano le necessità.

Il Rettore De Francesco, in ogni occasione e continuamente, non mancava di rimproverare governanti e legislatori per il « disinteresse » e l'« insipienza », dimostrati per la ricerca scientifica e per l'istruzione superiore. Così fece anche quale deputato nella seconda legislatura, dal 1953 al 1958, in molti discorsi ed interventi alla Camera.

Bisogna aggiungere che l'anziano professore di diritto amministrativo ha cercato anche di discernere, oltre le responsabilità personali degli uomini investiti di cariche pubbliche, le ragioni più generali per le quali si è determinato « il decadere dell'autorità e del prestigio dello Stato » ⁽²¹⁾. A queste meditazioni

positivo russo, considerato secondo i concetti tipici della scuola del diritto pubblico allora dominante.

(21) Cfr. DE FRANCESCO, *La legge italiana istitutiva del Consiglio superiore della Magistratura*, nel volume degli atti del *symposium* « Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura », raccolti da G. MAHANINI sotto il titolo *Magistrati o funzionari?*, Milano 1962, p. 365.

si ricollegano le acute critiche mosse alla Costituzione repubblicana, nella quale sono riconosciuti alcuni difetti di origine, tali da ostacolare la formazione di buone leggi e l'efficacia dell'azione del potere esecutivo ⁽²²⁾. Per di più, interpretazioni errate di talune norme fondamentali e violazioni della stessa Costituzione conducono a sostituire alla potestà dello Stato il prepotere dei partiti politici ⁽²³⁾ e dei sindacati ⁽²⁴⁾.

La conclusione dell'esame delle vicende attuali è stata confortata al Rettore di Milano, da Aurelio Candian, il collega più vicino ed affezionato, con parole amaramente chiare: « Noi viviamo, in realtà, in uno Stato che è il diametrico rovescio dello Stato di diritto » ⁽²⁵⁾. La condizione generale è divenuta, infatti, « l'indisciplina degli individui e dei gruppi, da cui procede il disordine sociale » ⁽²⁶⁾.

8. Poichè i poteri dello Stato non si curavano degli interessi superiori dell'Università, ancora una volta, s'impondeva una azione indipendente e sostitutiva per opera delle autorità accademiche; un'azione, quindi, qualificata anche da propri aspetti politici.

Nei primi anni del dopoguerra, si poteva contare sul fatto che, di contro al disinteresse dei governanti e dei legislatori, nella pubblica opinione era diffuso un sentimento di rispetto e di ammirazione per le istituzioni universitarie, ancora riguardate come la cittadella del sapere. Uguale sentimento dominava fra tutti gli studenti, financo fra quelli associati a gruppi politici informati a concezioni rivoluzionarie ⁽²⁷⁾.

⁽²²⁾ DE FRANCESCO, *La legge italiana*, loc. cit.; ed *Una vita*, p. 219 s.

⁽²³⁾ DE FRANCESCO, *La legge italiana*, loc. ult. cit.

⁽²⁴⁾ In merito, va ricordata la relazione inaugurale dell'anno accademico dell'Istituto lombardo Accademia di Scienze e lettere, tenuta dal Presidente De Francesco il 4 febbraio 1972.

⁽²⁵⁾ Cfr. DE FRANCESCO, *In memoria di Aurelio Candian*, in *Temi*, 1971, estr.

⁽²⁶⁾ DE FRANCESCO, *La legge italiana*, loc. cit.

⁽²⁷⁾ Il Rettore dell'Università di Urbino, Bo (*Discorsi*, cit., p. 91 s.), richiamandosi ad uno scritto del professore Grosso dell'Università di Torino, faceva no-

Il Rettore dell'Università statale s'indusse, perciò, a cercare contributi finanziari da enti pubblici minori e da privati, assumendo « iniziative » « viste nientedimeno che con sfavore proprio da quegli organi dello Stato che avrebbero avuto il dovere di provvedere », e non provvedevano ⁽²⁸⁾.

Come esempi, sono da ricordare alcune delle innovazioni introdotte all'Università di Milano, soprattutto per opera del Rettore De Francesco. Nel 1953, senza denari dello Stato e per convenzione, fu istituita la prima cattedra di Fisica nucleare, superando anche ostacoli frapposti dall'autorità di governo. Seguirono, negli anni successivi, le istituzioni di altre nuove importanti cattedre convenzionate sempre con enti locali. Quasi contemporaneamente all'istituzione della cattedra convenzionata di Fisica nucleare fu consentito l'inizio di ricerche di cibernetica, quando giornalisti e politicanti nemmeno sapevano di che si trattasse, profittando della competenza e della passione di uno studioso non ancora universitario, che poi si rivelò docente di eccezionale valore, il dottor Silvio Ceccato. Sin dal 1952, all'Università statale di Milano, veniva corrisposto, fuori di ogni regola, un assegno mensile ad un certo numero di assistenti volontari, nonostante il disinteresse totale del Governo di fronte alla mancanza assoluta di assistenti di ruolo anche in discipline fondamentali, specie nelle Facoltà di lettere e di giurisprudenza. Allora non erano molti a darsi pensiero per le difficoltà di avviare alla ricerca ed all'insegnamento giovani, che si rivelavano largamente capaci pur essendo nell'impossibilità di continuare negli studi.

Pure all'autore della « Vita » sono dovute la fondazione

tare che anche nel primo dopoguerra i giovani di idee rivoluzionarie, come Gramsci e Togliatti, avevano il massimo rispetto per l'insegnamento nell'Università, e sapevano « trarne spunto per la propria formazione e per il proprio approfondimento ».

⁽²⁸⁾ Sono parole della relazione del Rettore per la cerimonia inaugurale dell'anno accademico 1952-53, all'Università di Milano. Nelle stesse parole è fatto riferimento agli ostacoli frapposti dai Ministeri all'istituzione della prima cattedra di Fisica nucleare per convenzione stipulata con la Mediobanca. Cfr. *Una vita*, p. 182 s.

nel 1950 e la presidenza per lunghi anni della sezione lombarda dell'Istituto per il Medio ed Estremo Oriente, ospitata presso i locali dell'Università, senza un minimo contributo finanziario dello Stato, ma con mezzi reperiti in luogo; ed è stato, così, possibile avere a Milano, già da anni, una schiera di giovani esperti nelle lingue, nella cultura, nell'economia e tecnica commerciale dei paesi orientali, come il Giappone, la Cina, l'India, gli Stati arabi, la Russia, ecc. ⁽²⁹⁾.

Queste ed altre iniziative dimostrano che, per conservarsi nella sua concezione originaria, l'Università deve riuscire sempre a rinnovarsi. La continuità negli istituti universitari dipende dalla possibilità di estendersi a materie ed a metodi nuovi, sia per la ricerca che per l'insegnamento. La ricostruzione dell'Università, quindi, non poteva andare disgiunta dal miglioramento

⁽²⁹⁾ Ma se l'istituzione universitaria accentra la passione e l'opera così varia e complessa del Rettore De Francesco, la competenza e l'interesse per l'amministrazione della cosa pubblica, da lui dimostrati in generale, non sono privi di luci e di richiami. Valga per questo almeno il caso ricordato nel penultimo capitolo della « Vita », « La presidenza dell'Istituto oftalmico di Milano ». È un esempio unico a Milano, e forse in Italia, di un'amministrazione ospedaliera, che, in un periodo di fallimento generale dell'azione compiuta dagli organi amministrativi degli enti pubblici di assistenza italiani, specie dagli organi amministrativi ospedalieri, offre risultati di gestione che possono qualificarsi addirittura insuperabili normalmente e forse eccezionali. In un periodo di gestione ventennale viene triplicata la capacità ricettiva dell'ospedale specializzato con nuove costruzioni, nuovi impianti, nuove apparecchiature sanitarie di ogni specie, anche strettamente scientifiche e molto costose, triplicato il numero dei medici addetti, triplicato il numero degli infermieri e del personale tecnico, maggiorato convenientemente il personale amministrativo, ecc. E tutto questo ottenuto senza accendere mutui, senza chiedere prestiti, e anzi, al contrario, istituendo un patrimonio mobiliare prima inesistente, di seicento milioni, e chiudendo, dopo venti anni di gestione amministrativa e finanziaria, con una situazione di cassa di 172 milioni. Tutto questo ad opera di un consiglio di amministrazione, diversamente formato nei successivi periodi triennali, in cui, sull'esempio del presidente, nessuno ebbe a pretendere compensi di sorta, neppure per le sedute dei vari consigli di amministrazione. E tutto questo con la fissazione di una diaria di degenza che fu e rimane sempre la più modesta fra quelle vigenti negli istituti ospedalieri di Milano. Ed ecco come la competenza ed il disinteresse di un presidente si trasfonde dall'amministrazione universitaria a quella di un ospedale specializzato, con un risultato di ricostruzione e di rinnovamento analogo, sia pure in ambiente e con elemento personale ben diverso, e non meno complesso e difficile.

continuo, in rapporto al progresso degli studi ed alle esigenze della società.

9. A render l'azione dell'Università adeguata alle esigenze degli anni di trasformazione seguiti al dopoguerra, era necessario che l'opera del Governo e del Parlamento venisse più autorevolmente sollecitata per conseguire « le condizioni assolutamente indispensabili al funzionamento delle strutture universitarie » (³⁰).

Non bastava più soltanto, per la difesa dell'Università, una azione divisa e diretta da valutazioni particolari, proprie per ciascuna sede singola. Doveva anche esserci uno sforzo comune e coordinato di tutte le Università con direttive di portata nazionale. Quando lo Stato è soverchiato da gruppi fautori d'interessi particolari, per conseguire una qualche soddisfazione degli interessi definiti generali, può anche apparire utile l'intervento nella lotta delle parti che si contendono il potere e che concorrono per la ripartizione delle risorse pubbliche; e perciò sono da usare mezzi propri dei contendenti, come « l'autotutela » e l'associazione di categoria (³¹).

Fu così che si giunse alla fondazione della « Conferenza permanente dei Rettori delle Università italiane », di cui il professore De Francesco, che era stato uno dei promotori, venne designato presidente sin dall'inizio e poi sempre confermato, anche dopo la sua cessazione dal rettorato dell'Università statale di Milano, per collocamento a riposo come docente. Per anni, egli diventò la voce più autorevole della categoria dei professori e dei rettori, incaricata di rappresentare la difesa degli interessi su-

(³⁰) Per l'espressione surriferita, v. *Una vita*, p. 252.

(³¹) Solo per quanto concerne i motivi addotti a giustificare la fondazione, potrebbe anche farsi qualche confronto fra la « Conferenza permanente dei Rettori » e l'« Associazione nazionale magistrati ». Per quest'ultima, fu invocata la necessità di agire nella competizione delle c.d. « organizzazioni di fatto », parallele — ma estranee — all'ordine dei poteri istituzionali. Di diverso, però, vi è che le associazioni dei Magistrati abitualmente svolgono anche attività di autotutela degli interessi professionali, economici e sindacali. In merito, v. MORIONDO, *L'ideologia della Magistratura italiana*, Bari 1967, p. 27 s. e *passim*.

periori dell'Università italiana, soprattutto di fronte alle autorità responsabili. Dapprima, si trattava di denunciare il disinteresse dimostrato per ben dodici anni da Parlamento e Governo, e, dopo, di suggerire criteri adeguati ed opportuni per le innovazioni e riforme.

In una simile campagna, l'anziano Rettore ha seguito anche oltre: con « le appassionate e roventi parole » ⁽³²⁾ pronunciate in discorsi ufficiali, tenuti in occasione delle manifestazioni per la consegna dei premi a neolaureati offerti dalla rivista « Libera iniziativa »; nelle cerimonie annuali dell'Istituto lombardo-Accademia di scienze e lettere, di cui fu Presidente dal 1966 al 1972; e con scritti inviati alla stampa anche quotidiana, oltre alla stampa periodica, come il *Corriere* e la *Notte* di Milano, il *Tempo* di Roma, ecc. È una campagna che lascia sorpresi per energia, generosità e tenacia davvero indomite. Tutto ciò mentre la lotta diveniva impari e la sconfitta andava ormai mostrandosi sempre più inevitabile. La contestazione aveva turbato la vita all'interno degli atenei, distaccando i giovani dai maestri; ed i professori avevano perduto molta della stima nel pubblico. E, soprattutto, il legislatore, con le « leggine » del 1969 e del 1970, apportava mutazioni radicali ed irreparabili negli ordinamenti e nelle discipline.

Da ultimo, con le cosiddette « misure urgenti » dell'ottobre 1973 è stato previsto un aumento dei posti di professore universitario, oltre ogni previsione, fino a mutare la funzione del docente. De Francesco è stato fra i primi a denunciare la trasformazione ed a protestare in un articolo pubblicato sul giornale « La Notte »:

« L'Università non è una scuola elementare o media, per la quale è più che naturale che il numero degli insegnanti sia in proporzione di un certo numero di allievi. L'Università ha ben altro compito, quello di assicurare alla scienza e all'insegnamento

⁽³²⁾ Per tale richiamo ai recenti discorsi pubblici del professore De Francesco, v. GIUDICI, *La scuola inutile*, Milano s.d., ma 1972, p. 323.

i maestri, che alla scienza e all'insegnamento possono dare un contributo che assicuri l'avvenire del Paese in campi diversi, e questi maestri sono soltanto quelli che si sono dedicati, per lunghi anni, agli studi e alla ricerca, sono cervelli, volontà, attitudini, che sono di pochi ».

« I quindici articoli del decreto 1 ottobre 1973 n. 580 segnano la fine dell'Università italiana, ridotta ad una scuola secondaria di terzo grado... ».

Non si vuole qui discutere se « la fine dell'Università italiana » sia da considerare un fatto inevitabile, rispondente a necessità storiche del tempo. Nemmeno è dato fermarsi ad indagare sulle cause di un tal evento. Solo è da tener presente che in alcuni passi della « Vita » ai « titolari di cattedre degni, usi a compiere largamente i loro doveri », è rimproverato il « torto » principale di non avere saputo reagire, anche a costo di « gridare » e pure di « minacciare », contro la « campagna ingiusta » di accuse e d'insulti da loro subita ⁽³³⁾.

In tali parole si potrebbe anche discernere espresso un rammarico per il fatto che è mancata — in accordo con l'opera della Conferenza permanente dei Rettori — un'efficace azione « politica » indipendente da parte dell'intera categoria dei professori, i soli che avrebbero potuto e dovuto assumere la difesa degli « interessi superiori dell'Università », tra le tante divisioni di parte. È molto difficile valutare *a posteriori* le possibilità di buon esito di una simile azione. Sta di fatto che certi gesti di reazione ebbero un qualche effetto nel pubblico, come avvenne per la « Lettera aperta al Ministro della pubblica istruzione » del 28 marzo 1969, sottoscritta da oltre seicento professori universitari di ruolo. Non ci fu, per altro, un'azione coordinata, costante e ferma, la quale sola sarebbe stata adatta a contrastare le polemiche di certe parti e l'avversione sempre maggiore mostrata dai legislatori. E perciò, molti attacchi contro l'Università

(33) *Una vita*, p. 252.

sono stati mossi con tanta facilità, senza timore d'incontrare una efficace opposizione, da parte dei docenti in generale, la cui inazione non si sa se sia derivata come conseguenza di un generico riserbo connaturato all'abito professionale, ovvero dal non aver conosciuto per tempo ed apprezzato sin dall'inizio il pericolo sovrastante.

10. Per comprendere e valutare l'azione di De Francesco, sono da ricordare talune considerazioni generali da lui espresse in merito alla riforma della legislazione universitaria, da tante parti propugnata.

La prima considerazione « è che l'Università nostra non ha funzionato, durante l'ultimo quarto di secolo, come avrebbe dovuto e potuto, non a causa delle sue strutture, che dicono troppo invecchiate, ma soltanto perchè a queste strutture sono mancate, per incuria di governi e di parlamenti, le condizioni assolutamente indispensabili per il loro funzionamento » (³⁴). Più che un attaccamento estremo allo *statu quo*, in simili parole è da riconoscere il vecchio insegnamento secondo il quale, a rimediare all'incapacità dei governanti di curare i pubblici interessi applicando le leggi già vigenti, non sempre è dato rimedio efficace con l'introduzione di leggi nuove. È un insegnamento antico, di cui si trova una limpida esposizione nelle famose pagine che il Manzoni dedica alle « gride » dei governatori spagnuoli.

Va, poi, osservato che, secondo sue esplicite dichiarazioni, De Francesco ha sempre patrocinato « non una riforma generale, ma riforme parziali » (³⁵). In parte, questa opinione è derivata da una valutazione di condizioni concrete, tali da indurre il convincimento « che mai il parlamento italiano sarà in grado di studiare e approvare una riforma organica, capace di rispondere ai compiti delle istituzioni nei suoi diversi aspetti, a meno che

(³⁴) *Una vita*, loc. ult. cit.

(³⁵) *Una vita*, p. 249.

si decida a rimettersi ad una delegazione non numerosa di parlamentari sicuramente competenti e responsabili » ⁽³⁶⁾.

Oltre a ciò, si può ravvisare anche un'espressione della vecchia saggezza dei giuristi, secondo i quali i tempi di « convulsione » sociale e di discordia civile non sono i più propizi alle grandi riforme legislative, le quali richiedono che nella società civile vi siano comunanza d'idee ed una certa stabilità nei rapporti ⁽³⁷⁾.

Va aggiunto che De Francesco ha manifestato sempre la propria disapprovazione più netta contro le « leggine » del 1969 e del 1970, le quali hanno esteso le iscrizioni alle Facoltà universitarie a tutte le categorie di licenziati e diplomati. Tale estensione è stata definita dall'anziano Rettore come atto di « demagogia irresponsabile » ⁽³⁸⁾. Di là da ogni polemica particolare, si può pensare anche qui al modo di vedere diffuso fra i giuristi, secondo cui, nella formazione delle nuove leggi, bisogna prendere criterio dalla considerazione dei bisogni sociali e dall'esperienza, anzichè dall'intento di tradurre in articoli di legge le proposizioni di una qualche ideologia od ipotesi astratta. Nell'insieme, pare di riconoscere un pensiero informato di « realismo », inteso a far massimo conto del « valore dei fatti », ed incline a preferire trasformazioni graduali e crescite lente, evitando interruzioni brusche e radicali ⁽³⁹⁾. È un pensiero che può anche dirsi in armonia con la sopra ricordata concezione

⁽³⁶⁾ *Una vita*, loc. ult. cit.

⁽³⁷⁾ RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris 1949, p. 142.

⁽³⁸⁾ *Una vita*, p. 251.

⁽³⁹⁾ Nello stesso senso sono le valutazioni fatte a proposito dei criteri seguiti da De Francesco come studioso, come risulta, ad esempio, da talune autorevoli espressioni: « De Francesco appartiene alla scuola realistica: il suo metodo si condensa nella formula intuita più che espressa dai giuristi romani: avvicinare il diritto alla realtà pratica, concreta della vita. Per i seguaci di tale scuola, il mondo del diritto non è un mondo puramente ideale, separato dai fatti della realtà concreta... ». V. RESTA, *G. M. De Francesco*, cit., p. 5 s.

Altri riferimenti all'opera scientifica di De Francesco sono contenuti in uno scritto pressoché ultimato di S. Antonelli dedicato alle proposte di riforma ed alle critiche della Costituzione italiana (scritto esaminato per cortesia dell'A.).

secondo che l'Università dev'essere capace di sempre rinnovarsi, proprio per potersi conservare.

Si tratta, dunque, di uno spirito di conservazione che non rifiuta le novità, ma cerca piuttosto di regolarle e delimitarle, per consentirne lo svolgimento ordinato. Così si spiega come la conferenza dei Rettori, presieduta da De Francesco, esaminò la prima proposta di riforma universitaria d'intonazione ancora moderata, predisposta a cura del Ministro Gui; ed aggiunse integrazioni ed emendamenti con osservazioni raccolte in un'apposita relazione. Si mirava a favorire l'introduzione di novità più moderate, allo scopo di evitare quelle più radicali, quali poi si sono avute con le « legghine » del 1969 e del 1970.

In certi casi, però, la conservazione riesce possibile solo mediante modificazioni anche di misura notevole. A proposito, va ricordata la piena adesione di De Francesco al voto favorevole della Conferenza permanente dei Rettori per la proposta di abolire il valore legale dei titoli di laurea; e ciò come rimedio all'aumento continuo delle iscrizioni di persone in cerca di un qualche mezzo pratico per il miglioramento immediato di condizioni economico-sociali. Con una delle maggiori modificazioni degli anteriori ordinamenti, si mirava, frenando ulteriori afflussi di iscritti agli atenei, a mantenere gli anteriori caratteri di centri di alta ricerca scientifica e d'insegnamento superiore. Con una nuova disposizione amministrativa, dunque, si pensava di conservare l'antica Università, mentre che il persistere del potere di conferire titoli ufficiali, essendo uno dei fattori più decisivi dell'aumento delle iscrizioni, vale a giustificare le richieste di quanti auspicano una nuova e diversa « Università di massa ».

11. L'opera di De Francesco, per il fatto stesso di aver avuto delle attinenze politiche, potrebbe divenire anche motivo di giudizi di ordine più propriamente politico. Occorre dimostrare quale utilità e quale senso abbia avuto difendere ad oltranza la sola Università, mentre che dintorno veniva a rovinare l'edificio

del vecchio « Stato di diritto », di cui la stessa Università faceva parte, traendone fondamento e ragione. Anche senza la pretesa di ridurre tutto all'ideologia, come ad un canone universale di valutazione, alcuno potrebbe dubitare che, forse, sarebbe stato più ragionevole che i professori di antiche idee si adoperassero, in primo luogo, di mantenere lo Stato e, solo in subordine, le singole istituzioni con esso legate, come appunto l'istruzione superiore. È, invero, opinione di molti che ogni altra questione dipenda dall'azione politica generale.

Ma simili dubbi sull'operato di De Francesco vengono a cadere, se si assume che l'Università abbia avuto il compito essenziale ed insostituibile « di dare alla società nazionale quella linfa vitale, che ha saputo darle sino ad oggi, costituita dalla ricerca e dal progresso scientifico » ⁽⁴⁰⁾: « linfa vitale », in quanto necessaria alla formazione ed al perfezionamento della persona umana, in sè e per sè, ed anche nei suoi rapporti civili. Se la scienza, o meglio la cultura, è intesa al miglioramento dell'uomo, nelle facoltà più elevate, ben può essere considerata come valore preminente per definire il genio e la civiltà di un popolo, ed i caratteri distintivi dello Stato e del suo ordinamento.

In particolare, è stato osservato che la ricerca scientifica è « determinante per la conquista della libertà dell'uomo » ⁽⁴¹⁾: le possibilità di conoscere e di comprendere sono condizioni necessarie all'autodeterminazione dell'uomo, per consentirgli il pieno sviluppo delle sue « potenzialità ». Sono considerazioni che acquistano particolare valore per lo « Stato di diritto », che è fondato sulla priorità dell'individuo. Ma vi è di più: anche per quanto concerne le regole di organizzazione, allo « Stato di diritto » è riconosciuto come maggior pregio il fatto di essere, secondo un'espressione di Santi Romano, una « stupenda crea-

⁽⁴⁰⁾ *Una vita*, p. 252.

⁽⁴¹⁾ NEUMANN (Fr.), *Lo Stato democratico e lo Stato totalitario*, tr. it., Bologna 1973, ed ivi il saggio *Libertà intellettuale e libertà politica*, a p. 87 e *passim*.

zione del diritto » ⁽⁴²⁾ e cioè di essere un'elaborazione del pensiero ⁽⁴³⁾: il potere politico aveva dovuto tener conto dei dettami della scienza elaborati pure nelle scuole, ritraendone legittimità ed onore.

12. La difesa dell'istituzione universitaria rivela, dunque, il suo senso politico come l'azione più elevata in difesa dello « Stato di diritto ».

Nelle parole di De Francesco, vi sono, però, anche aspetti per riconoscere un'opinione propria sulla questione, tanto controversa e sempre ricorrente, in merito alla 'partecipazione dei docenti universitari e, più in generale, degli studiosi alle vicende della politica attiva.

Importanti in argomento sono alcuni passi che si riscontrano nel discorso tenuto da De Francesco per l'inaugurazione dell'anno accademico 1972 dell'Istituto lombardo-Accademia di scienze e lettere:

« So bene che il vero scienziato, il vero studioso non può e non deve lasciarsi trascinare dai pericoli dell'azione politica, e deve cercare di mantenersi in una posizione che gli consenta di comprendere e giudicare gli uomini e le situazioni con la serenità e la profondità che sono propri della sua missione; ma so anche che egli ha il compito, come preciso dovere, di dire agli altri, di far conoscere agli altri ciò che è frutto dei suoi studi, ciò che risulta dal suo obiettivo, responsabile esame di quanto si fa e si agita; di richiamare gli altri su ciò che è bene e su ciò che è male, lontano sempre da schematismi astratti e da personalismi egoistici.

« La scienza, per se stessa, non ha potere politico, ma la scien-

⁽⁴²⁾ ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), ora negli *Scritti minori*, Milano 1950, I, p. 313.

⁽⁴³⁾ SCHMITT, *Le categorie del politico*, tr. it., Bologna 1972, p. 21.

za è la matrice degli strumenti, dei mezzi di cui il potere politico, il potere economico, il potere industriale hanno bisogno per realizzare i loro fini.

« Di qui la missione dello scienziato, dello studioso, di guardare in faccia la realtà, di porre in luce i mali del nostro tempo senza tentennamenti, con volontà di rompere pregiudizi e ipocrisie, e dare corso al proprio pensiero senza timidezza, ma con coraggiosa convinzione della nobiltà della propria vocazione. Per tal modo lo studioso, lo scienziato entra indirettamente nella politica e vi esercita una funzione che può divenire, sì, diversa, a seconda del punto di vista ispiratore, ma che per noi può e deve essere una funzione politicamente saggia, che sappia contribuire con efficacia al progresso graduale della società nazionale... ».

Certo, sono affermazioni che presuppongono, quale premessa, un'adesione ideale allo Stato di diritto, inteso come la forma di ordinamento più adatta ad una sana e feconda convivenza civile, ad una sicura ascesa in ogni campo. Va, tuttavia, notato che comprendere la realtà dei « mali del tempo » e farla conoscere agli altri, è compito che diviene di massima importanza nel corso di grandiosi sommovimenti e di dissoluzione degli ordini civili come quelli che oggi si avvertono.

Agli uomini di scienza — e quindi all'istituto universitario che la scienza illumina e infonde — appaiono affidate allora le possibilità di ripresa e di progresso della società nazionale. È compito che diviene tanto elevato quanto arduo nei momenti di grave contrasto tra gli egoismi e le passioni dei partiti e delle fazioni.

In proposito, sono da ricordare le parole con le quali De Francesco, al termine del suo lungo insegnamento, chiudeva la cerimonia indetta in suo onore :

« Ebbene l'Università, più che ogni altra istituzione deve... rifare, come diceva De Sanctis, lo spirito italiano, ritrovare, nella

unità geografica della patria, la vera unità spirituale, intellettuale e morale del popolo italiano » (⁴⁴).

Nelle condizioni presenti, nelle quali la diversità delle ideologie è divenuta motivo di lotte civili, guardare alla scienza ed alla scuola come a principî generatori di unità ideale, può sembrare fuori moda. Diversamente, però, pensa chi si è formato agli insegnamenti della cultura italiana degli anni remoti del Risorgimento e della Terza Italia. A quel tempo era diffuso fra gli studiosi il pensiero che l'unità dovesse essere soprattutto un fatto ispirato da cultura, lettere ed arti.

13. È molto significativo che, a chiudere la narrazione della « Vita », l'autore abbia posto un capitolo intitolato « L'ultimo richiamo per l'Università », quasi a confermare che la sua mente torna costante all'istituzione più di ogni altra amata. È ancora la voce di condanna e di protesta per l'abbandono in cui è stata lasciata l'Università dal Parlamento e dai Governi, dalla nascita della Repubblica sino agli ultimi anni, « quando con riforme ispirate ad una demagogia irresponsabile hanno affossato per il momento quella che è stata vera gloria italiana ».

Ma dopo la protesta e la condanna, l'anziano Rettore sente che « una preoccupazione fondamentale non può non pesare nelle coscienze e nei pensieri di tutti, una preoccupazione che sovrasta lo stesso problema dell'Università, e riguarda la crisi del mondo odierno, una crisi che tocca la stessa scienza, la quale volgendosi freddamente alla tecnica, sta impoverendo ogni giorno di più il sentimento e la ragione ». E qui l'autore ritorna all'ammoni-

(⁴⁴) Per tali parole, v. *Onoranze*, cit., p. 30. Pensieri analoghi si notano espressi già nella *Relazione del Magnifico Rettore G. M. De Francesco*, letta il 6 dicembre 1951, per l'inaugurazione dell'anno acc. 1951-52, dell'Università di Milano (a p. 26 ss. estr.). Ivi è anche affermato che la decadenza della cultura umanistica europea sia da intendere in connessione con la crisi generale dello Stato e della vita civile (p. 28 ss.).

Va ricordato che anche il CECCATO (nell'articolo *L'identikit*, cit.) considerando il titolo dell'autobiografia (« La vita 'dedicata' alla scuola e al paese ») riassume l'operato di De Francesco col Motto: « La scuola prima, per fare il paese ».

mento per cui, per uscire dalla crisi del mondo odierno, occorre operare sullo spirito, sul pensiero, sul sentimento, in una parola, sulla coscienza dei singoli.

La stessa idea di operare sulle coscienze vale a chiarire come la restaurazione del primato degli studi umanistici, da noi rinnegato con le ultime novelle legislative, acquisti per l'autore della « Vita » un'importanza decisiva. È restaurazione necessaria, egli ci avverte, « se si vuole che l'Università torni a svolgere, in pieno, il proprio difficile compito, e ridare fede nella capacità e nei valori dello spirito, soprattutto dello spirito della nostra gioventù » (⁴⁵).

All'affermazione, l'emerito Rettore finisce con l'aggiungere un augurio per un ritorno al senso del dovere rei giovani ed anche negli anziani, i quali negli scorsi anni, pur predicando le parole più alte, più nobili, più degne, con le loro azioni hanno, invece, dato troppi motivi di delusione scoraggiante (⁴⁶). Anche un tale augurio d'intonazione etica sembra da intendere in ragione della fiducia nelle capacità dell'uomo, che viene dalla formazione umanistica.

Nello stesso senso è il giudizio sulla contestazione giovanile (⁴⁷):

« La verità è che, durante la mia vita di docente, di preside, di rettore, ho imparato a conoscere i giovani e, conoscendoli, ho imparato ad amarli. Essi sono migliori del mondo che li circonda, e se tralignano in taluni periodi della vita, il male viene più dall'ambiente, spesso da singoli individui o gruppi che, in malafede, tendono di servirsi della gioventù per fini loro propri,

(⁴⁵) *Una vita*, cit., p. 253.

(⁴⁶) *Una vita*, p. 253 s.

(⁴⁷) *Una vita*, p. 191 s.

Sugli argomenti della contestazione giovanile e della necessità di un ritorno agli studi umanistici si può anche consultare la prefazione di De Francesco al primo convegno internazionale « Foneme » tenuto a Milano nei giorni 11 e 12 maggio 1968, e dedicato al tema « La formazione della personalità umana dall'adolescenza alla maturità ».

quasi sempre fini egoistici, dannosi alla collettività nazionale. E la vita universitaria viene così turbata, e al posto del suo vero ed unico compito, quello di preparare alla scienza e alla professione, si pretende di introdurre deviazioni che la gioventù, per il momento, accoglie talora con la sua limpida onesta apertura, ma a cui presto o tardi saprà reagire, quando l'inganno e la malafede appariranno fatalmente nella loro obiettiva realtà ».

La fiducia nella capacità degli uomini di capire, di ragionare obiettivamente e, quindi, di correggere i propri errori, può spiegare come l'autore, dopo aver ricoosciuto chiaramente la sconfitta nella propria battaglia, con « la fine » dell'Università, riesca ancora ad esprimere una speranza di ripresa nell'avvenire (⁴⁸).

(⁴⁸) Sono speranze che appaiono confermate nel più recente — e pur tanto accorato — scritto del professore DE FRANCESCO, *Il cinquantenario dell'Università di Milano: il passato, il presente e il futuro*, in *Realtà nuova*, 1975, spec. pp. 125 s. e 129 s.

I N D I C E

FRANCESCO BENATTI, <i>Il pagamento con cose altrui</i>	1
GIAN LUIGI BERTI, <i>Il sistema monetario e la moneta d'oro di San Marino</i> . .	51
SERGIO ANTONELLI, <i>Critiche e proposte di riforma della Costituzione (con particolare riguardo all'opera di Giuseppe Menotti De Francesco)</i>	97
ANTONIO EMANUELE GRANELLI, <i>Le imprese multinazionali e il loro inquadramento nella normativa italiana: situazione attuale e prospettive di riforma</i>	131
ANTONIO EMANUELE GRANELLI, <i>L'applicazione dell'INVIM in un contesto inflazionistico e il principio della capacità contributiva</i>	363
ADALBERT POLAČEK, <i>I principi del processo civile romano e le teorie moderne (Saggio d'interpretazione strutturalistica)</i>	197
INNOCENZO MAZZINI, <i>La terminologia della ripartizione territoriale ecclesiastica nei testi conciliari latini dei secoli IV e V (Contributo sociolinguistico)</i> .	233
ANNA MARIA GIOMARO, <i>Per lo studio della lex Cornelia de edictis del 67 a.C.: la personalità del tribuno proponente, Gaio Publico Cornelio</i>	267
JACQUES PRÉVAULT, <i>Les formes juridiques d'exploitation dans l'agriculture française et les orientations nouvelles du droit rural</i>	327
PERIS PERSI, <i>La politica di piano nel contesto socio-geografico della Malaysia occidentale</i>	189
PIETRO GIUSEPPE GRASSO, <i>L'Università italiana nell'ultimo mezzo secolo nei ricordi di un Rettore</i>	383

