

ANNI XLVI - 1975/76

NUOVA SERIE A - N. 28

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



EDITORE DOTT. A. GIUFFRÈ - MILANO



# STVDI VRBINATI

SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

Anno XLIV

1975 - 1976

\*  
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

PIERGIORGIO PERUZZI

ANGELUS DE AMELIA, DECRETORUM DOCTOR,  
QUI FUIT TEMPORE BARTOLI

(1307 ca. - 1366 ca.)

Le fonti o i documenti riprodotti nella presente ricerca, nelle sue note e nell'appendice che segue, sono stati tratti o da manoscritti o da edd. antiche. Sarebbe stato difficile, talvolta addirittura impossibile, ricondurre a criteri unitari di edizione testi o testimonianze diversi nel loro processo formativo e nella loro tradizione. Ho preferito pertanto conservare fedelmente le particolarità grafiche originarie, cercando di indicare sempre la provenienza dei testimoni con il costante scrupolo di sottoporli a tutti i possibili riscontri.



SOMMARIO: Premessa. I. *Le notizie biografiche*: 1. Angelo uditore del Vicario di Roma. - 2. La lettura delle Decretali a Perugia ai tempi di Bartolo. - 3. L'organizzazione della Sapienza Vecchia a Perugia. - 4. Il vescovato a Rimini. — II. *Gli scritti*: 5. Elenco degli scritti attribuiti ad Angelo. - 6. Il 'Tractatus de reprobatione testium'. - 7. Il 'Tractatus de dictionibus', — III. *L'attività di consulente*: 8. Cenni sullo studio perugino alla metà del XIV secolo; le cattedre canonistiche e alcuni legami tra i canonisti e i civilisti. - 9. La 'legitimatio per nuncupationem' e i figli nati durante il rapporto di concubinato. - 10. I figli naturali e il testamento nuncupativo. - 11. I figli naturali e la loro successione nell'enfiteusi ecclesiastica. - 12. I figli adulterini e il diritto agli alimenti; il deferimento della tutela agli illegittimi. - 13. Gli altri *consilia*. — IV. *Appendice*.

Con la presente ricerca mi propongo di illustrare la vita e l'opera del canonista Angelo d'Amelia, *qui fuit tempore Bartoli*, come ebbe a dire di lui Tommaso Diplovatazio.

Angelo però non fu soltanto contemporaneo di Bartolo da Sassoferrato. Tra i due giuristi sembra che corressero più stretti legami, sicuramente noti al Diplovatazio. Il canonista di Amelia sottoscrisse con Bartolo alcuni *consilia*, confluiti poi nelle raccolte del grande giurista. Inoltre è documentato che Angelo abbia tenuto lettura delle Decretali nello studio di Perugia alla metà del XIV secolo, in quel decennio che vedeva concludere la carriera scientifica di Bartolo. Infine alcune citazioni, tratte dalle opere esegetiche di Baldo e Angelo degli Ubaldi, ancora una volta lo avvicinano a Bartolo; citazioni che consentono di esaminare alcuni aspetti dell'insegnamento del canonista amerino e di isolare qualche teoria in tema di filiazione naturale — più precisamente intorno agli istituti della *legitimatio per nuncupationem*, del testamento *per nuncupationem*, della successione degli illegittimi sui beni enfiteutici e della successione degli adulterini — ove il contributo di Angelo d'Amelia sembra aver avuto una qualche originalità.

## I

1. Angelo di Nardo d'Amelia, o più semplicemente Angelo d'Amelia, nacque intorno al 1307 <sup>(1)</sup>. Quando nel 1337 venne provvisto di un canonicato a Todi dal Pontefice Benedetto XII <sup>(2)</sup>, era già tra i canonici della Chiesa di Amelia <sup>(3)</sup>. I documenti testimoniano che in questi anni aveva già compiuto i primi studi legali, essendo *utriusque iuris peritus*, e che non risiedeva nei luoghi dove lucrava i suddetti benefici, ma era a Roma in qualità di *generalis auditor causarum* della Camera del Vicario del Papa <sup>(4)</sup>. A Roma era al seguito di un personaggio di rilievo, cioè del vicario *in spiritualibus* Giovanni Pagnotta, Vescovo di Anagni, già rinomato maestro di teologia nello studio di Parigi <sup>(5)</sup>. Angelo d'Amelia era un *familiare* del vicario

(1) La data di nascita si dovrebbe desumere dai documenti indicati da J. M. VIDAL, *Lettres communes des papes d'Avignon. Benoît XII (1334-1342). Lettres communes analysées d'après les Registres d'Avignon et du Vatican*, tom. I, Paris 1903 [= *Bibliothèque des Écoles Françaises d'Athènes et de Rome*, 3 s., 11 bis], p. 424, N° 4500, del 31 luglio 1337. Nel Reg. Aven. 81, ff. 70r-70v (= Reg. Vat. 123, ff. 103v-104r) vedi il seguente passo: « Nos igitur volentes dilectum filium Angelum Nardi canonicum Amelien. qui utriusque iuris peritus et venerabilis fratris nostri Johannis episcopi Anagnin. vicarij nostri in spiritualibus in Urbe, auditor in eadem Urbe, ac etatis triginta annorum vel circa et bonis moribus imbutus esse dicitur... ».

(2) Cfr. J. M. VIDAL, *op. cit.*, tom. I cit., p. 427, N° 5082, del 16 agosto 1337.

(3) Cfr. il documento citato alla precedente nota 1. Ma per completezza bisognerà dire che Angelo riceveva una prebenda anche dalla Chiesa di San Matteo di Suisa, presso Viterbo fin dal 1330 (cfr. J. MOLLAT, *Jean XXII (1316-1334). Lettres communes analysées d'après les Registres d'Avignon et du Vatican*, tom. IX, Paris 1923 [= *Bibliothèque des Écoles Françaises d'Athènes et de Rome*, 3 s., 1 bis], p. 388, N° 50388, del 29 luglio 1330).

(4) Cfr. il documento della nota 1.

(5) Su Giovanni Pagnotta cfr. L. TORELLI, *Secoli agostiniani...*, Bologna 1658, p. 469 e pp. 510-511; J. LAUTERIUS, *Eremi sacrae augustinianae pars prima...*, Roma 1874, p. 24 e A. DE ROMANIS, *L'Ordine Agostiniano*, Firenze 1935, p. 55. Per una complessiva valutazione del suo vicariato a Roma, vedi P. I. ARAMBURU, *De Fr. Joanne Pagnotta de S. Victoria O.E.S.A. episcopo anagnino et vicario apostolico in Urbe* († 1341), in *Analecta Augustiniana*, XIX (1944), pp. 141-168. Sul suo insegnamento a Parigi, cfr., più in particolare, P. GLORIEUX, *Répertoire des Maîtres en théologie de Paris au XIII siècle*, tom. II, Paris 1934 [= *Études de Philosophie Médiévale*, XVII], p. 332 e poi A. ZUMKELLER, *Die Augustinerschule des Mittelalters: Vertreter und philosophisch-theologische Lehre*, in *Analecta Augustiniana*, XXVII (1964), p. 174.



dal 1334 al 1341, ben protetto e remunerato, anche se l'ambiente romano non sembra essere stato dei più facili per Giovanni Pagnotta, soprattutto perché vi era stato presente Ludovico il Bavaro (6). Gli storici però attribuiscono al Vicario un certo ruolo nel dissidio tra i Colonna e gli Orsini (7), mentre è ricordata la sua efficace azione nel reprimere « con grande zelo » le eresie circolanti nel secolo e specialmente quella dei Fraticelli (8). Direi che Angelo dovrebbe essersi impegnato in queste vicende (9), come Giovanni Pagnotta, ma non sono in grado di in-

(6) Cfr. P. I. ARAMBURU, *op. cit.*, p. 147.

(7) La notizia è tratta dallo studio di A. MERCATI, *Nell'Urbe dalla fine di settembre 1337 al 21 gennaio 1338*, Roma 1945 [= *Miscellanea Historiae Pontificiae*, 10], p. 12 e sgg. e pp. 31-37. Ampia è però la documentazione in A. THEINER, *Codex diplomaticus domini temporalis S. Sedis*, vol. II, Romae 1861, pp. 6, 9-11, 11-13, 34-35, 65-66.

(8) Cfr. A. DE ROMANIS, *op. cit.*, p. 55. — Il Vicario seguiva in questa politica le direttive del Pontefice Benedetto XII, che, diffidente verso gli ordini mendicanti, « tanto francescani, quanto domenicani » e le loro emanazioni, mal tollerava certe manifestazioni in vero assai pittoresche ed eccessive. Ne è testimonianza la lettera del Papa a Giovanni Pagnotta dell'8 aprile 1335, pubblicata da G. CLEMENTI, nel suo studio *Il B. Venturino da Bergamo dell'Ordine dei Predicatori (1304-1346). Storia e documenti*, Roma 1904, pp. 114-115. D'altra parte la situazione di Roma era piuttosto delicata: la lontananza della Curia e quindi la decadenza della città, le lotte faziose, l'anarchia baronale, la non esemplare vita del clero, porteranno poi al « tribunato » di Cola di Rienzo, cfr., p. e., E. DUPRÈ-THESEIDER, *Roma dal Comune di Popolo alla Signoria Pontificia (1252-1377)*, Bologna 1952 [= *Istituto di Studi Romani*], pp. 485-541.

(9) Naturalmente il problema è tutto da indagare, soprattutto in relazione all'atteggiamento del clero amerino e tudertino nei confronti dei movimenti ereticali. Le mie indagini non sono approdate a risultati soddisfacenti: Angelo, canonico d'Amelia e di Todi, ha lasciato alcune tracce, cui si può far risalire qualche significato. Infatti se è documentato che godette del beneficio di S. Matteo di Sunsa, presso Viterbo (cfr. *supra*, p. 4, n. 3), è opportuno avvertire che sostituì Pandolfuccio Capocci da Viterbo, fautore e partigiano di Ludovico il Bavaro e dell'antipapa Pietro da Corvara, e perciò privato della prebenda (cfr. J. MOLLAT, *Jean XXII*, cit., tom. 9 cit., p. 294, N° 49391). La circostanza non è da sottovalutare, indicativa delle giovanili tendenze ortodosse del nostro personaggio, poi indirettamente coinvolto nell'azione antiereticale del Vicario di Roma, del quale è uditore. Negli anni successivi la permanenza nei canonici di Amelia e Todi, sembrerebbe poter indicare l'appartenenza di Angelo a quel clero che nelle due diocesi ebbe la possibilità di resistere all'assalto degli eretici e degli eterodossi, giacché, come è noto, durante il sec. XIV, Amelia e Todi erano un vero covo di eretici (cfr., p. e., L. FUMI, *Eretici e ribelli nell'Umbria*, Città di Castello 1916,

dicare esempi concreti della sua attività di uditore, a meno che non si proponga la facile congettura che egli conoscesse le liti che sappiamo essere state mandate al Vicario di Roma (10). Seguiremo così l'esempio del Bartoloni che segnala una lunga causa tra i monaci del monastero di Santa Croce di Sassovivo presso Foligno, e Arnaldo de Via, cardinale diacono di Sant'Eustachio, per certi redditi della Chiesa dei Santi Quattro Coronati in Roma, causa che questo studioso suppone essere stata giudicata da Angelo d'Amelia (11). Ma lasceremo notizie certe, per seguirne altre non confermate.

2. Alla morte di Giovanni Pagnotta, avvenuta nel 1341 (12), non sembra che Angelo d'Amelia mantenesse l'ufficio di uditore presso Nicola Zucci, nuovo Vicario di Roma (13). Gli anni che seguono sono incerti, mancando di notizie, perlomeno fino all'11 febbraio 1349 quando, ormai diventato *decretorum doctor*, assieme a Francesco Tigrini, a Bartolo da Sasso-

---

p. 127 ss.; G. VOLPE, *Movimenti religiosi e sette ereticali nella società medievale italiana*, Firenze 1961, p. 204). Non credo però che in questo atteggiamento ortodosso del giurista amerino si debbano ricercare le ragioni della sua nomina, in tarda età, a vescovo di Rimini. È certo però che anche a Rimini l'attività degli eretici era stata intensa.

(10) Per un elenco delle liti mandate al Vicario, vedi lo studio di P. I. ARAMBURU, cit., pp. 147-148.

(11) La vicenda è lunga e singolare ed è ampiamente descritta da F. BARTOLONI, nel suo studio *Suppliche pontificie dei secoli XIII e XIV*, in *Bollettino dell'Istituto Storico per il Medio Evo*, LXVII (1955), p. 151. Seguendo questa ipotesi si potrebbe anche indicare la lite che, intorno alla collazione della Chiesa di San Zotico, posta nel dominio temporale di Paolo Conti, era sorta tra esso Paolo e la Comunità di Valmontone, commessa da Benedetto XII il 25 dicembre 1338 a Giovanni Pagnotta, cfr. E. CELANI, *Le pergamene dell'Archivio Cesarini-Sforza*, in *Archivio della Società di storia patria di Roma*, XV (1892), p. 233, non segnalata dall'Aramburu.

(12) Il Vicario di Roma si ricordò di Angelo d'Amelia nel suo testamento cfr. P. I. ARAMBURU, *op. cit.*, pp. 156-157, che ne pubblica il testo. Il nostro personaggio è ancora *utriusque iuris peritus*.

(13) È vescovo di Assisi, ma vedi H. PANZETTI, *Elencus chronicus Vicariorum Urbis in spiritalibus Maximorum Pontificum Romanorum ...*, Romae 1797, p. 26 e K. EUBEL, *Series Vicariorum Urbis a. 1200-1558*, in *Roemische Quartalschrift für Christliche Alterthumskunde und für Kirchengeschichte*, VIII (1894), p. 497.

ferrato e ad Azzolino da Camerino, *artis medicine professor*, nella chiesa maggiore di Perugia è testimone all'elezione del Rettore degli scolari dello Studio perugino <sup>(14)</sup>. Due anni dopo circa, nel 1351, la sottoscrizione di un *consilium*, ora alla Biblioteca Universitaria di Urbino, ci informa che leggeva a Perugia, senza però precisare a quale insegnamento fosse condotto <sup>(15)</sup>.

Il Bini, primo storico dello Studio, non conosce Angelo d'Amelia, essendosi servito degli Annali decemvirali, lacunosi per gli anni 1352-1374. Ma il Vermiglioli ricorda un « Angiolo di Narduccio da Amelia », lettore delle decretali nel 1354 <sup>(16)</sup>, sulla base di una fortunata scoperta di documenti che gli consentiva di restituire alcuni « professori » sconosciuti al Bini <sup>(17)</sup>. Tra questi documenti, pubblicati poi dal Rossi, esiste un atto del 26 ottobre 1354, nel quale *Angelus quondam Nardi* <sup>(18)</sup> assume l'impegno di *legere in studio perusino ad sedem ordinariam decretalium hinc ad tempus duorum annorum proxime futuro-*

---

<sup>(14)</sup> La notizia è indicata, ma con poca precisione, perchè non ricorda Francesco Tigrini, da D. SECOLONI, nel suo studio su *Bartolo civis perusinus e le opinioni sulla condizione di Perugia di fronte alla Chiesa e all'Impero*, in *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, vol. II, Milano 1962, p. 571, n. 20 e deriva da un atto notarile dell'11 febbraio 1349, conservato nell'Archivio Vescovile di Todì. *Atti 2 (Prothocollum Ser Rainerii Jacobi de Tuderto)*, ff. 75v-76v, oggi meglio individuato ed edito da G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, vol. I, Firenze 1971 [= *Storia delle Università Italiane*, 1], pp. 89-90, n. 31.

<sup>(15)</sup> Cfr., *infra*, App. II, cons. 5, p. 100.

<sup>(16)</sup> Cfr. G. B. VERMICLIOLI, *Bibliografia storico-perugina o sia catalogo degli scrittori che hanno illustrato la storia della città, del contado, delle persone, dei monumenti, della letteratura...*, Perugia 1823, p. 36.

<sup>(17)</sup> Sul ritrovamento di queste carte cfr. A. ROSSI, *Documenti per la storia dell'Università di Perugia*, in *Giornale di erudizione artistica pubblicato a cura della R. Commissione conservatrice di Belle Arti nella Provincia dell'Umbria*, V (1876), pp. 306-307.

<sup>(18)</sup> Esiste un'omonimia tra il nostro canonista ed un altro personaggio operante a Roma nel 1363: ma sia gli anni, nei quali Angelo d'Amelia non è più a Roma, bensì a Rimini, sia la precisa indicazione del secondo personaggio, che è un certo *Angelus quondam Nardi Francisci canonicus Basilice ad Sancta Sanctorum de Urbe*, consentono di tenere distinte le due figure (cfr. M. H. LAURENT, *Lettres communes des Papes du XIV siècle, Urbain V (1362-1370)* ..., tom. I, Paris 1954-1958 [= *Bibliothèque des Écoles Françaises d'Athènes et de Rome*, 3 S., V bis], pp. 446, N° 3953).

rum<sup>(19)</sup>, che è la prova di quanto aveva affermato il Vermiglioli. Sulla presenza a Perugia di Angelo d'Amelia esiste anche la testimonianza di Tommaso Diplovatazio, che ci informa come nel 1356 Angelo avesse disputato una *quaestio* a Perugia<sup>(20)</sup>.

Se si dovessero ora riassumere tutte le notizie elencate direi che il giurista amerino partecipa alle vicende dello Studio fin dal 1349. Certamente vi tenne lettura dal 1351, avendovi forse cominciato l'anno precedente. Potremo così confermare anche le notizie dello Jacobilli, che lo definisce *iurisconsultus non vulgaris*, dicendo che *floruit* nell'anno 1350, in una sua lapidaria nota biografica<sup>(21)</sup>. Ma sull'operosità scientifica avremo modo di tornare tra poco.

3. Il nome di Angelo d'Amelia è poi legato ad alcune vicende non prive d'importanza per la vita culturale di Perugia.

È noto che nel 1362 il Cardinale Nicola Capocci, che alcuni vogliono allievo di Bartolo<sup>(22)</sup>, istituì il Collegio Grego-

(19) Ma vedi il testo dell'intero documento in A. ROSSI, *Documenti*, cit., in *Giornale*, cit., V (1876), pp. 371-372, doc. 94.

(20) Cfr. T. DIPLOVATIUS, *Liber de claris iuris consultis*, pars posterior, curantibus F. SCHULZ, H. KANTOROWICZ, G. RABOTTI, Bononiae 1968 [= *Studia Gratiana*, X], p. 326.

(21) Cfr. L. JACOBILLUS, *Bibliotheca Umbriae sive de scriptoribus provinciae Umbriae alphabetico ordine digesta* ..., vol. I, Fulginiae 1658, p. 42, che così dice: « Angelus Amerinus, iurisconsultus non vulgaris, scripsit multa docta consilia, et valde commendata a Bartholo in suis Responsis, floruit an. 1350 ». Direi che questa è la fonte principale anche di G. MAZZUCHELLI, *Gli scrittori d'Italia, cioè notizie storiche e critiche intorno alle vite e agli scritti dei letterati italiani* ..., vol. I, pt. II, Brescia 1753, p. 615, che non aggiunge nulla di nuovo.

(22) Lo afferma V. BINI, nelle sue *Memorie storiche della Perugina Università degli Studi e dei suoi professori*, vol. I, Perugia 1816, p. 147 e C. BERNABEL, nello studio *Bartolo da Sassoferrato e la scienza delle leggi*, Roma 1881, p. 34, mentre lo rifiuta J. L. J. VAN DE KAMP, *Bartolus de Saxoferrato 1313-1357*, Amsterdam 1936, p. 34 e n. 6, ripubblicato e tradotto col titolo *Bartolo da Sassoferrato*, in *Studi Urbinati*, IX (1935), p. 25. Il Cardinale aveva comunque fatto degli studi legali e T. DIPLOVATIUS, *op. cit.*, pp. 243-244, ne dà un breve profilo: cita infatti ALBERICUS DE ROSATE (...1340-1360), *De statutis*, in *Tractatus universi juris*, d'ora in poi *T.U.I.*, tom IV, Venetiis 1589, f. 73vb, q. XXXIX (*Quero aliam questionem*), e f. 74ra, q. XLV (*Sed quid si statuto*), che testimonia la pubblica disputa di una *quaestio* che cominciava *Statuto civitatis Romae*, posseduta da Alberico stesso. Dovrebbe poi essere la stessa

riano o Sapienza Vecchia, ove avrebbero potuto studiare un certo numero di alunni poveri. Angelo d'Amelia, assieme a Nicolò da Osimo e a Luca Rodulfi, *in ordinatione dicte domus* si adoperò moltissimo, tanto che il Capocci riconosceva a tutti e tre il diritto di scegliere gli scolari delle diocesi di origine, cioè da Amelia, Osimo e Camerino. Per mezzo dei tre organizzatori — definiti *carissimi* — il potente Cardinale dava una prima organizzazione al collegio <sup>(23)</sup>, definitivamente fondato per testamento

*quaestio* ricordata in una *additio* a G. DURANDUS, *Speculi pars tertia et quarta ... additionibus illustratae, De accusatione, Sequitur videre, v. Quid si bannitus*, add. *Ut intra certum tempus*, in fine (ed. Lugduni 1541, f. 9rb). Aggiungiamo infine che A. DE ROSATE, *op. cit.*, f. 83rb, q. LXXXIX (*Nicolaus Capotius*), afferma che avrebbe insegnato a Velletri, prima di essere cardinale, mentre poi riferisce che avrebbe letto a Bologna, cfr. A. DE ROSATE, *In primam Codicis partem commentarij*, tit. *De hereticis*, l. *Cognovimus*, Auth. *Idem de Nestorianis* (C. 1, 5, 10), (ed. Venetiis 1586, f. 42va). Il Diplovatazio sostiene che *iste fuit Cardinalis de Tuderto*, attribuendogli un *tractatus de quarta*, di cui parla BALDUS UBALDI, *In primum, secundum et tertium Codicum libros commentaria*, tit. *De episcopis et clericis*, l. *Si quis*, § *In omnibus* (C. 1, 3, 48, 8), per totum (ed. Venetiis 1577, ff. 54ra-56va), che è piuttosto di Franciscus de Aptis, Cardinale 'de Tuderto', scritto quando era vescovo di Chiusi, cfr. S. BALUSIUS, *Vitae Papatum avenionensium...*, tom. I, Parisiis 1693, col. 933; C. OUDINUS, *Commentarius de scriptoribus Ecclesiae antiquis...*, tom. III, Francofurti ad Moenum 1722, coll. 961-962; G. MOLLAT, voce *Atti (Francesco degli)*, in *Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastiques*, fasc. XXIX-XXX, Paris 1931, col. 157 e anche la voce *Atti, Francesco degli*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. IV (= *Arconati-Bacareda*), Roma 1962, pp. 545-546. A questo trattato fa riferimento BALDUS UBALDI, *Consiliorum sive responsorum... volumen secundum*, cons. 134 (*Factum super quo consilium petitur*) (ed. Venetiis 1580, f. 31ra), e l'ABBAS PANORMITANUS, *Consilia iurisque responsa ac quaestiones*, cons. 37 (*Tria ad claram decisionem*); cons. 70 (*Videtur primo dictum canonicum*) e cons. 110 (*In causa hospitalis sanctae Catharine*), (ed. Venetiis 1582, ff. 22ra-22va, f. 44ra) ed è stampato in LAPUS DE CASTELLIONO, *Tractatus de canonica portione et de quarta*, in *Tractatus e variis iuris interpretibus collectorum...*, vol. XI, Lugduni 1544, ff. 230va-232rb, ristampato, sempre nell'opera di Lapo, in *T.U.I.*, vol. XV, Venetiis 1584, pt. II, ff. 193rb-194vb. Secondo M. FOURNIER, *Histoire de la science du droit en France...*, tom. III (= *Les universités françaises et l'enseignement du droit en France au Moyen-Age*), Paris 1892, p. 197, sarebbe da elencare tra i professori della Università di Angers, osservando però che la notizia è incerta.

(23) Il testo del primo documento sulla istituzione della Sapienza Vecchia, è pubblicato da A. ROSSI, *Documenti*, cit., in *Giornale*, cit., VI (1877), p. 55, sub A. Brevi cenni, limitati naturalmente dal carattere della ricerca, si trovano comunque in G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, cit., I cit., pp. 395-398 e, poi, in H. RASHALL, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, (ed. F. M. POWICKE e A. B. EMDEN) tom. II, Oxford 1936, p. 41,

nel 1368 <sup>(24)</sup>. Ma in questo secondo atto Angelo d'Amelia non compare più essendo forse deceduto nel 1366, come diremo in seguito.

L'istituzione del Collegio fu un fatto di notevole rilievo per la vita culturale perugina: manca però una vera e propria storia di questa istituzione, anche in relazione a certi avvenimenti politici che sembrano nascondersi dietro le sue vicende economiche, nella tormentata Perugia del secolo XIV <sup>(25)</sup>. Sarebbe poi opportuno capire il clima in cui nasce questa istituzione e le altre iniziative analoghe in Italia e in Francia, come quella del Cardinale Egidio Albornoz a Bologna <sup>(26)</sup>, o quelle dello stesso Pontefice Urbano V, canonista di una certa fama, favorevolissimo agli studi, e che fondò collegi a Trests, a Manesque e a Saint-Germain de Colbert <sup>(27)</sup>.

(24) Il testamento del Cardinale Capocci è pubblicato da A. CIACONIUS - A. OLDONINUS, *Vitae et res gestae Pontificum Romanorum et S.R.E. Cardinalium ab initio nascentis Ecclesiae usque ad Clementis XI P.O.M.*, tom. II, Romae 1677, coll. 511-516. I documenti che riguardano la Sapienza si trovano anche nel Vat. lat. 11913 e in G. V. CAPOCCI, *Historia de gente capoccina*, copia di P. L. Galletti del codice (1678, già 34.E.19) della Biblioteca Corsiniana, da me consultato nel Vat. lat. 7934. Ricordo infine che F. SCHNORR VON CAROLSPELD, nel *Katalog der Handschriften der Königl. öffentlichen Bibliothek zu Dresden*, vol. I, Leipzig 1882, p. 422, segnala il Cod. F 185, che contiene documenti che riguardano la Sapienza. Ma la *domus*, fondata dal Capocci funzionava già nel 1366, come afferma A. ROSSI, *Documenti*, cit., in *Giornale*, cit., VI (1877), p. 59. Sui tempi di costituzione della *domus* e per l'interessante documentazione cfr. U. NICOLINI O. F. M., *San Giovanni da Capestrano studente e giudice a Perugia (1411-1414)*, in *Bollettino della Deputazione di storia patria per l'Umbria*, LIII (1960), pp. 44-49.

(25) Cfr. i due consigli dati da BALDUS UBALDI, *Consilia sive responsorum* ..., vol. V, ed. Venetiis 1580, cons. 46 (*In Christi nomine amen. Constitutionibus Domus Sapientiae*), ff. 13ra-13vb, f. 13v e cons. 123 (*Reverendissimus Pater dominus de Cappoccijs*), ff. 30vb-31vb. Su queste vicende vedi anche S. LANCELOTTI, *Historiae Olivetanarum... libri duo*, Venetiis 1623, pp. 147-151.

(26) Vedi, *passim*, negli studi raccolti a cura di E. VERDERA Y TUELLS, *El Cardinal Albornoz y el Colegio de España*, Milano 1972 [= *Studia Albornotiana*, XI-XII].

(27) È noto che il Pontefice rielaborò gli statuti dell'Università di Orléans, favorì l'Università di Avignone e di Tolosa, ordinò di erigere l'Università di Cracovia e di Vienna, ma cfr. M. CHAILLAN, *Le Bienheureux Urbain V (1310-1370)*, Paris 1911 [= *Les Saints*], pp. 41-48.

Ma il documento poc'anzi citato <sup>(28)</sup> offre anche qualche lume sulla posizione e sulle relazioni personali di Angelo d'Amelia, che sembra aver goduto dell'amicizia e della protezione del Cardinale Capocci, del quale sono note le attività diplomatiche in Germania, in Francia e in Inghilterra <sup>(29)</sup>. Il Capocci infatti si compiaceva di proteggere in Avignone un largo giro di prelati, chierici e scolari italiani e spagnoli di modeste condizioni economiche. In favore di costoro, il potente Cardinale supplicava benefici, tra i quali sono stati ricordati quelli chiesti per il noto canonista Simone da Brossano <sup>(30)</sup>.

Sempre per restare in tema di relazioni personali di Angelo d'Amelia, direi che non siano da trascurare neppure i legami con Nicolò da Osimo, figura non secondaria della Curia avignone-

(28) Vedi, *supra*, p. 9, n. 23.

(29) Non è ancora stato fatto un vero studio sulle molteplici attività del Cardinale Capocci. Nel suo poderoso studio H. DENIFLE (*Die Entstehung der Universitäten des Mittelalters bis 1400*, Berlin 1885, p. 551), lo ritiene vescovo di Perugia, notizia assai improbabile, nonostante i molti contatti che aveva con quella città. Per alcuni documenti che lo riguardano cfr. p. e., H. V. SAUERLAND, *Urkunden und Regesten zur Geschichte der Rheinlande*, vol. II, Bonn 1903, p. 509, doc. N° 2273; S. RIEZLER, *Vatikanische Akten zur deutschen Geschichte in der Zeit Kaiser Ludwigs des Bayern*, Innsbruck 1891, pp. 519-524; R. DELACHENAL, *Histoire de Charles V*, tom. II, Paris 1909-1916, pp. 61-73; P. PANSIER, *Les Palais cardinaux d'Avignon aux XIV et XV siècles*, tom. I, Avignon 1926, pp. 61, 68, 103, 155; B. GUILLEMAIN, *La cour pontificale d'Avignon (1309-1376). Étude d'une société*, Paris 1962 [= *Bibliothèque des Écoles Françaises d'Athènes et de Rome*, 211], p. 247 e p. 259. Una più esatta valutazione delle missioni diplomatiche del Capocci è data da N. P. ZACOUR, *Talleyrand: The Cardinal of Périgord (1301-1364)*, Philadelphia 1960 [= *Transactions of the American Philosophical Society held at Philadelphia for promoting useful knowledge*, N. S., 50, pt. 7], *passim*, ma specialmente alle pp. 41-43 e 54-57.

(30) Cfr. nell'Archivio Segreto Vaticano, Reg. Supp. 37, ff. 49r-52r un « rotolo » di Nicolò Capocci e in particolare la supplica in favore di Simone da Brossano, *utriusque iuris 'doctor' actu legenti in Padua*, testimonianza parzialmente segnalata da O. PREROVSKY, *L'elezione di Urbano VI e l'insorgere dello Scisma d'Occidente*, Roma 1960 [= *Miscellanea della Società Romana di storia patria*, 20], p. 146, n. 159. Su questo giurista e sui benefici goduti vedi A. COVILLE, *Recherches sur quelques écrivains du XIV et du XV siècle*, Paris 1935, pp. 22-23. Secondo D. MAFFEI, *La Biblioteca di Gimignano Inghirami e la « Lectura Clementinarum » di Simone da Borsano*, in *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law*, Strasbourg 3-6 September 1968, edited by S. KUTTNER, Città del Vaticano 1971 [= *Monumenta Iuris Canonici*, S.C.: *Subsidia*; 4], pp. 233-234, tale supplica sarebbe del 1362.

se <sup>(51)</sup>, e con Luca Rodulfi, che divenne poi cardinale e continuò a proteggere la Sapienza <sup>(52)</sup>. Angelo d'Amelia perciò sembra che potesse contare sopra un ampio giro di amicizie anche fuori di Perugia, amicizie che, forse, possono anche giustificare la sua

<sup>(51)</sup> Nicolò de' Romani da Osimo, già notaio di Pontius de Pireto, inquisitore in Romagna e collettore della Camera Apostolica nel 1347 (cfr. C. PIANA, *Chartularium Studii Bononiensis S. Francisci*, Ad Claras aquas - Florentiae 1970, p. 379), segretario sotto il pontificato di Urbano V (cfr. *Reg. Supp.* 37, f. 171, 6 febb. 1363), fu aggregato al corpo dei notai papali (cfr. *Reg. Aven.*, 198, f. 430v, 27 maggio 1364). Incaricato di interessarsi presso l'Albornoz per il reclutamento dal Regno di Sicilia di persone esperte « in dictamine litterarum et alios aptis ad... cancellerie et etiam segreterie servitia » (cfr. P. LECACHEUX-G. MOLLAT, *Lettres secrètes et curiales du pape Urbain V, (1362-1370)*..., Paris 1955, pp. 348-349, N.º 2002, 29 sett. 1365), fu più volte proposto ad esaminare i candidati aspiranti al tabellionato (cfr. A. FIERENS-C. TIHON, *Lettres d'Urbain V (1362-1370)*, tom. I, Rome, Bruxelles, Paris 1928 [= *Analecta Vaticano-Belgica*, IX], pp. 264, 528, 754-755, 875). Nel 1367 aveva portato a termine l'indice di molti registri pontifici e, durante il ritorno a Roma di Urbano V, sembra provvedesse al trasporto di molti documenti (cfr. J. P. KIRSCH, *Die Rückkehr der Päpste Urban V. und Gregor IX. von Avignon nach Rom*, Paderborn 1898 [= *Quellen und Forschungen aus dem Gebiete der Geschichte*, VI], p. 5, N.º 5 e p. 63 N.º 31, ma vedi anche H. J. TOMASETH, *Die Register und Secretäre Urbans V und Gregors IX.*, in *Mitteilungen des Instituts für Oesterreichische Geschichtsforschung*, XIX (1898), pp. 448-452). Forse tornò in Avignone nel 1370, come testimonierebbe una lettera inviategli da Coluccio Salutati del 9 giugno 1369, contenente un epitaffio da lui richiesto per porre sulla tomba del Cardinale Capocci (cfr. *Epistolario di Coluccio Salutati*, a cura di F. NOVATI, vol. I, Roma 1891 [= *Istituto Storico Italiano, Fonti per la storia d'Italia*, 15], pp. 91-94), ma nel 1373 vi risiedette certamente occupandosi, assieme a Nicolò Spinelli, della guerra contro i Visconti (cfr. A. SEGRE, *I dispacci di Cristoforo da Piacenza procuratore mantovano alla corte pontificia (1371-1383)*, in *Archivio Storico Italiano*, S. V, XLIII (1909), p. 45, ma vedi anche la n. 9). Personaggio di grande influenza sotto il pontificato di Urbano V (cfr. B. GUILLEMAIN, *op. cit.*, p. 299), redasse abitualmente la corrispondenza diplomatica per l'Italia sotto Gregorio XI (cfr. G. MOLLAT, *Relations politiques de Grégoire XI avec les Siennois et les Florentins*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, LXVIII (1956), p. 342 n. 3). Morì nell'autunno del 1377 (cfr. A. SEGRE, *op. cit.*, XLIII (1909), p. 266). Segnalò, non senza qualche incertezza, un *Formularius notariorum* attribuitogli da Ms. 1176 (I, LXIII) della Biblioteca del Capitolo della Chiesa Metropolitana di Praga (cfr. A. PODLAHA, *Soupis rukopisu Knihovny metropolitni Kapitoly Pražské*..., Praha 1922, N.º, 1176), inc.: « Incipit Formularius notariorum compilatus quondam per venerabilem virum dominum et magistrum Nicolaum de Auximo, tunc domini pape secretarium... ». Lasciò i suoi libri per testamento, rogato il 26 novembre 1373 ad Avignone, alla Chiesa di Perugia, della quale era canonico, cfr. G. B. VERMIGLIOLI, *Bibliografia*, cit., pp. 30-31.

<sup>(52)</sup> Su Luca Rodulfi da Camerino, vescovo di Nocera e poi cardinale cfr. G. J. EGGS, *Supplementum novum Purpuræ doctæ*..., Augustae Vindelicorum et Graetii 1729, pp. 145-146.



elezione a vescovo di Rimini, avvenuta verso la fine dell'anno 1362.

4. Il Nardi, che ancora oggi resta il maggiore storico della Chiesa riminese, non ritiene che Angelo d'Amelia sia stato vescovo di Rimini <sup>(33)</sup>. E i successivi storici seguono tralattiziamente questi risultati <sup>(34)</sup>, senza accorgersi della deprecabile svista nella quale è caduto quello studioso locale.

Nell'ambiente ecclesiastico riminese era diffusa una tradizione che conosceva un vescovo rispondente al nome di Angelo d'Amelia, vissuto intorno al 1366 <sup>(35)</sup>. Ma il Nardi sostiene di aver letto il cognome *Toris* in un documento pontificio del Reg. Vat. 252, f. 43v, e formula l'ipotesi di una probabile origine francese del Vescovo Angelo, respingendo le più sicure indicazioni della tradizione <sup>(36)</sup>.

Preliminarmente è opportuno osservare che nel documento citato la parola « toris » esiste; e secondo il Nardi dovrebbe leggersi così:

Venerabili fratri Angelo toris. Nos ad personam tuam . . .

Ma lo studioso, o chi per suo incarico ha visto il documento, ha avuto fretta e non ha tenuto conto del segno di paraffo della ri-

<sup>(33)</sup> Cfr. L. NARDI, *Cronatassi dei Pastori della Chiesa riminese...*, Rimini 1813, pp. 170-172.

<sup>(34)</sup> Vedi L. TONINI, *Rimini nella signoria de' Malatesti. Parte prima che comprende il sec. XIV ossia vol. IV della storia civile e sacra riminese...*, Rimini 1880, pp. 413-414; ma anche cfr. P. B. GAMS, *Series Episcoporum Ecclesiae Catholicae quotquot innotuerunt a Beato Petro Apostolo*, Graz 1873, p. 722: « Angelus Toris », e cfr. C. EUBEL, *Hierarchia catholica medii aevii, sive summorum Pontificum, S.R.E. Cardinalium, Ecclesiarum Antistitum series ad anno 1198 usque ad annum 1431 perducta*, Monasterii 1913, p. 107: « Angelus (Toris) ».

<sup>(35)</sup> Vedi la « *Serie chronologica Ariminensium Episcoporum... extracta et depincta jussu et expensis Vincentii Ferretti Episcopi Arimenensis* » nella Galleria del Casino Episcopale di Cavignano e nell'anticamera del Palazzo Vescovile di Rimini, e riportata da L. NARDI, *op. cit.*, p. (IX), ove è testimoniato: « Angelus de Ameria, ann. 1366 ».

<sup>(36)</sup> Cfr. L. NARDI, *op. cit.*, pp. 170-171 e nn. 399, 400.

ga superiore. Qui l'amanuense dà inizio alla lettera pontificia, sfruttando mezza riga circa avanzata al provvedimento precedente, mentre lascia in bianco la prima parte della riga in questione per l'opera successiva del *rubricator*. Così il cognome *Toris* è piuttosto il risultato del troncamento della parola *pas/toris*, inserita tra la prima riga della lettera pontificia e il capolettera vergato dal *rubricator*.

Pertanto una corretta lettura dovrà restituirsi così :

Venerabili fratri Angelo/Episcopo Ariminen. salutem etc. Pridem Ariminen. ecclesie solacio destitute pas/toris, Nos ad personam tuam . . . .

Anche trascurando le considerazioni di carattere diplomatico, per cui la lezione del Nardi priva il provvedimento di parte del protocollo, cioè dell'intitolazione, dell'iscrizione, della *salutatio* e dell'*arenga*, il testo può confrontarsi con quello del Reg. Aven. 154, f. 482v, assai più affidante e che conferma quanto si è detto.

Chiarito dunque che il cognome *Toris* è falso, si possono portare altri elementi che consentono di identificare il Vescovo di Rimini con il canonista amerino. Il 4 gennaio 1363 il pontefice Urbano V provvedeva dei due canonici d'Amelia e di Todi, vacanti per *promotionem Angeli ed Ecclesiam Ariminen.*, i chierici Angelello Colay e Monaldo Cola<sup>(37)</sup> avendo lo stesso Angelo supplicato questi provvedimenti. Nello stesso « rotolo » di suppliche Angelo d'Amelia, ormai vescovo, chiedeva al papa anche un beneficio per Benedetto di Nicola d'Amelia, suo consorbrino<sup>(38)</sup>, che è poi lo stesso personaggio che figura come notaio

(37) Cfr. i due documenti indicati da M. H. LAURENT, *Urban V (1362-1370)*, cit., p. 163, N° 1868, del 4 gennaio 1363, e p. 558, N° 4868, in pari data. - Monaldo Cola è ancora arcidiacono e canonico di Todi nel 1373, cfr. *Constitutiones synodales Ecclesiae tudertinae, Perusiae 1576*, p. 70.

(38) Vedi il [*Rotulus*] *pro Episcopo Arim.*, in Reg. Suppl. 37, ff. 47r-47v, ove si richiedono anche i provvedimenti di cui alla nota precedente. *Benedictus Nicole de Amelia, canonicus tudertinus*, rappresentò il vescovo Angelo ad Avignone,

rogante del ricordato *consilium* della Biblioteca Universitaria di Urbino (39). Tutti questi elementi sembrano sufficienti per ritenere che il canonista Angelo d'Amelia è stato creato vescovo di Rimini.

Solo per completezza posso comunque indicare qualche altro dato biografico, lasciando però spazio a più ampie ricerche degli storici delle Chiese di Todi e di Rimini che, mi sembra, abbiano dato scarso rilievo a questo personaggio.

Prima ancora di essere nominato vescovo, nel 1362, i documenti testimoniano che era già stato elevato alla dignità di Arcidiacono della diocesi di Todi (40); ma nonostante questa sua carriera ecclesiastica il canonista amerino venne promosso alla sede vescovile di Rimini sotto la condizione di essere ordinato *in sacris*. Il 28 dicembre 1362, poco dopo l'elezione, ottenne da Urbano V l'opportuna dispensa per essere ordinato prete (41).

Resse il vescovato di Rimini per pochi anni e scarse, per ora, sono le notizie che lo riguardano: ottenne la *licentia testandi* nel maggio 1363 (42) e, nello stesso anno, gli fu commessa una

come compare in alcuni pagamenti cfr. Intr. et ex. 306, f. 66r; Intr. et ex., 308, f. 48r; Intr. et ex., 316, f. 4r; Obbl. et sol., 31, f. 93v. Forse il vescovo Angelo fu ad Avignone nel dicembre del 1362 e nel gennaio del 1363, come sembrano dimostrare i restanti documenti dell'Archivio Segreto Vaticano, Obbl. et sol., 36, f. 5v; Obbl. et sol., 35, f. 40r ed anche Intr. et ex., 300, f. 17v, ove assolse ai propri obblighi *manualiter*.

(39) Vedi per il passo di questo consiglio, *infra*, App. II, *cons.* 5, p. 100.

(40) È *archidiaconus tudertinus* nel primo documento di istituzione della Sapienza, cfr. A. ROSSI, *Documenti*, cit., in *Giornale*, cit., VI (1877), p. 55, sub A, così pure in T. DIPLOVATATIUS, *op. cit.*, p. 326. Anche se non mi è stato possibile accertare la data in cui ottenne questa dignità — nonostante le ricerche fatte — direi che Angelo in quegli anni doveva risiedere a Perugia, ove, è opportuno rilevare, risiedeva, o aveva risieduto, il clero tudertino più ortodosso, rispetto alle eresie serpeggianti nella diocesi di Todi (cfr. *infra*, p. 52, n. 154).

(41) Cfr. P. GASNAULT, *Urbain V (1362-1370)*, *Lettres communes, analysées d'après les Registres dits d'Avignon et du Vatican par les Membres de l'École Française de Rome*, tom. II, Paris 1964, p. 28, N° 5166 dell'8 genn. 1363 e p. 135, N° 5947, del 26 dicem. 1362.

(42) Cfr. P. GASNAULT, *op. cit.*, tom. II cit., pp. 62-63, N° 5460, del 9 maggio 1363.

lite in materia di decime <sup>(43)</sup>. Non conosco la data di morte; è certo però che nel giugno del 1366 Rimini ha già un nuovo vescovo <sup>(44)</sup>.

## II

5. Ad Angelo d'Amelia vengono attribuiti i seguenti scritti:

a) il *Tractatus de reprobatione testium*, dal Diplovatazio <sup>(45)</sup>;

b) il *Tractatus dictionum*, dal Ms 275, ff. 74r-80v (69-75), della Biblioteca Angelica di Roma <sup>(46)</sup>;

c) una *quaestio*: « *An capitulum sede vacante possit visitare monasterium* », disputata a Perugia, il 27 febbraio 1356, e segnalata dal Diplovatazio <sup>(47)</sup>, ma che non mi è stato possibile rintracciare;

d) un'altra *quaestio*, sul tema « *si yconimus alicuius monasterii consentiat sententiae late contra monasterium* », nel testo del Ms 87, f. 196v, della Biblioteca del Collegio di Spagna, in Bologna <sup>(48)</sup>.

<sup>(43)</sup> Cfr. il documento del 26 ott. 1363, in Reg. Vat., 251, f. 383v, con cui gli viene commessa una lite tra *Joannes de Mailhaco* (...1346-1370), vescovo di Assisi e gli abati dei monasteri di S. Bartolomeo di Camporegio, S. Maria in Alpheolo, S. Beretulo de Perronio, S. Emiliano di Congiuntoli, in collusione con alcuni « tiranni » locali, per le decime.

<sup>(44)</sup> Cfr. i Reg. Vat. 255, f. 39v e in particolare *Obbl. et sol.*, 35, f. 102r, ove è cancellata l'obbligazione di Angelo, che doveva essere assunta dal successore Geraldo. Ma sul problema vedi anche L. NARDI, *op. cit.*, pp. 174-175, le cui conclusioni sono accettabili.

<sup>(45)</sup> Cfr. *infra*, pp. 31-38.

<sup>(46)</sup> Cfr. *infra*, pp. 38-49.

<sup>(47)</sup> Vedi T. DIPLOVATIUS, *Liber de claris iuriconsultis*, cit., p. 326.

<sup>(48)</sup> Una nota a margine del f. 196v, del Ms. 87, riassume il contenuto di questo breve scritto: *questio. Consilium de materia restitutionis in integrum*. Detta nota dovrebbe attribuirsi al compilatore della raccolta di scritti contenuta nel Ms. 87; non posso escludere che questo testo sia stato sunteggiato, o meglio massimato, da un testo di più ampie proporzioni. Il sospetto nasce dalla stringatezza delle argomentazioni esposte e dall'uso personale cui tutta la raccolta sembra essere destinata. Ma vedi *infra*, in Appendice I, p. 84.

Devo poi aggiungere i seguenti *consilia* :

1) inc.: *Quia ius ex facto oritur. Ideo factum partium infrascriptorum breviter describetur. Quidam V. habens quandam suam uxorem*, nel testo del Ms 485, vol. III, ff. 27r-29v, della Biblioteca Classense di Ravenna. È un *consilium* originale, probabilmente di mano dello stesso Angelo d'Amelia, con sigillo in cera mal conservato, ove sembra essere raffigurato un 'maestro', seduto in cattedra, che 'legge'. Nel verso dell'ultimo foglio del *consilium* (f. 29v), inizia un parere sullo stesso caso, mutilo della parte finale <sup>(49)</sup>;

2) inc.: *Factum sic se habet. Cavetur ex forma ordinatorum communis Egubii*, nel testo del Ms 58, della Biblioteca Oliveriana di Pesaro <sup>(50)</sup>, ff. 14r-15r. Originale, probabil-

<sup>(49)</sup> Il parere è redatto a margine dei singoli *puncta*; si possono distinguere due diverse mani: la prima ha redatto la narrazione del fatto e i *puncta*, la seconda il parere vero e proprio, ed è simile a quella del *consilium* dell'Oliveriana (cfr. sub 2, del presente elenco) ed alla mano che ha sottoscritto la pergamena urbinata, cfr. *infra*, sub. 3. — Il *consilium* ricorda alcuni avvenimenti che ne consentono un'approssimativa datazione. Il *de cuius* fece testamento nel 1335. In seguito partì contro i Turchi: partecipò probabilmente a quella spedizione organizzata dalla Lega proclamata da Clemente VI e che si concluse con l'occupazione di Smirne nel 1344 cfr., p. e., J. DELAVILLE LE ROULX, *La France en Orient au XIV<sup>e</sup> siècle*, Paris 1886 [= *Bibliothèque des Écoles Françaises d'Athènes et de Rome*, 44], pp. 103-110 e L. BRÉHIER, *L'Église et l'Orient au Moyen Âge. Les Croisades*, Paris 1907 [= *Bibliothèque de l'enseignement de l'histoire ecclésiastique*], pp. 292-297. La pestilenza alla quale nel testo si fa riferimento dovrebbe poi essere la grande peste del 1348 su cui cfr. A. CORRADI, *Annali delle epidemie occorse in Italia dalle prime memorie fino al 1850...*, in *Memorie della Società medico-chirurgica di Bologna*, 6, fasc. 3 (1865), p. 480 ss. Detto *consilium* cade pertanto dopo il '48, cioè durante il periodo dell'insegnamento perugino di Angelo. Ma vedi il testo, *infra*, App. II, cons. 1, pp. 85-87.

<sup>(50)</sup> L'Oliv. 58 appartiene al Diplovatazio, com'è altrimenti noto, cfr. la 'Lebensgeschichtliche Einleitung' di H. Kantorowicz, in T. DIPLOVATAZIO, *De claris iuris consultis*, herausg. von H. KANTOROWICZ, F. SCHULZ, I, Berlin und Leipzig 1919 [= *Romanistische Beiträge zur Rechtsgeschichte*, 3], p. 88 e ora anche G. ZICARI, *Sulla edizione del «De claris Iurisconsultis» di Tommaso Diplovatazio dal cod. Oliv. 203*, in *Studia Oliveriana*, VIII (1970), p. 41, n. 107, ripubblicato in *Studi Urbinati*, S.A. XL (1971-72), p. 57, n. 107. Non è inutile notare che il Diplovatazio (*op. cit.*, p. 326) giudicava Angelo 'excellentissimus doctor', come pressappoco lo giudicavano i contemporanei Francesco e Ugolino nell'adesione a questo *consilium*. Ma vedi in testo *infra*, App. II, cons. 2, pp. 87-89.

mente di mano dello stesso Angelo d'Amelia, con sigillo come il precedente *consilium*. È sottoscritto in adesione da Francesco Tigrini<sup>(51)</sup> e da Ugolino Pelloli<sup>(52)</sup> e reca tracce del sigillo di Francesco, mentre è conservato il sigillo di Ugolino;

3) inc.: *In nomine Domini amen. Quidam homines de civitate Urbini*, nel testo della perg. N° 61 del Fondo della Com-

(51) Francesco Tigrini è presente a Perugia fin dal 1348 secondo V. BINI, *Memorie*, cit., p. 101, che potrebbe basarsi sull'istrumento di ammissione alla cittadinanza perugina di Bartolo, ove Francesco compare come testimone, edito da G. P. LANCELLOTTI, *Vita Bartoli iureconsulti ex certissimis atque indubitatis argumentis desumpta...*, Perusiae 1576, pp. 24-28, ripubblicato da A. ROSSI, *Documenti*, cit., in *Giornale*, cit., V (1876), pp. 188-189. È ancora a Perugia nel febbraio del 1355, cfr. A. ROSSI, *Documenti*, cit., in *Giornale*, cit., V (1876), p. 374 da dove viene richiamato a Pisa nel 1356 cfr. S. M. FABBRUCCI, *Excursio historica...*, in A. CALOGERÀ, *Raccolta d'opuscoli scientifici e filologici*, tom. 23, Venezia 1741, pp. 42-43. Di questo giurista che fu grande amico e collaboratore di Bartolo (cfr. T. DIPLOVATIUS, *Liber*, cit., pp. 273-274), non esiste ancora uno studio esauriente, mentre per le notizie bibliografiche cfr., p. e., A. G. VERNACCINI, *Francesco Tigrini*, in *Memorie storiche di più uomini illustri pisani*, tom. I, Pisa 1790 (ed. anast., Bologna 1972), pp. 304-357.

(52) Notizie su Ugolino Pelloli e sulle sue attività politiche in favore di Perugia si leggono nella *Cronaca della città di Perugia dal 1309 al 1491*, nota col nome di 'Diario del Graziani', in *Archivio storico italiano*, XVI, pt. I (1850), p. 142, pp. 193-194; in P. PELLINI, *Dell'istoria di Perugia... parte prima*, Venezia 1664, p. 981, 953, 997, 1023, 1034, pp. 1077-1078, p. 1084, 1095, 1110, 1138; U. PASQUI, *Documenti per la storia della città di Arezzo nel Medio Evo*, vol. III (= *Codice Diplomatico*, An. 1337-1385), Firenze 1937 [= *Documenti di storia italiana*, XIII], p. 114 e in M. PECUGI FOP, *Il Comune di Perugia e la Chiesa durante il periodo avignonese con particolare riferimento all'Albornoz*, Perugia 1970 [= *Deputazione di storia patria per l'Umbria. Appendici al Bollettino*], p. 29 e n. 65 a p. 34, p. 48 e n. 53 a p. 77, p. 50 e n. 54 a p. 77, p. 50 e n. 64 a p. 77, p. 65, 68, 70, 71 e pp. 179-180; C. CENCI, *Documentazione di vita assisana*, Grottaferrata 1974, p. 144 e p. 146. Partecipa a molte ambascerie per il comune di Perugia assieme a Bartolo — che è poi la più nota —, assieme ad Andrea di Monte Ubiano e a Baldo degli Ubaldi negli anni 1346-1371. Venne confinato nel 1371 con molti altri perugini appartenenti alla fazione dei 'Raspanti', ma, ormai infermo, gli fu consentito di restare a Perugia, in casa, interdicendogli l'accesso al Palazzo e alla Corte del Legato, Gherardo du Puis, abate di Mommaggiore, che poi lo privava anche della casa. Sono noti i suoi rapporti con Bartolo, sia durante la famosa ambasceria a Carlo IV di Lussemburgo nel 1355, a Pisa, nella quale entrambi difesero Perugia dopo che l'Albornoz aveva abbandonato la città alla giurisdizione imperiale (cfr. M. PECUGI FOP, *Il Comune*, cit., p. 48 e per i privilegi ottenuti in favore dello Studio vedi G. ERMINI, *Storia*, cit., I cit., pp. 31-33), sia nell'attività consulente. A tutt'oggi non risulta documentato che Ugolino abbia operato nello Studio: nei documenti egli stesso si definisce *iudex*

gregazione, della Biblioteca Universitaria di Urbino; parere originale, con sigillo appeso, come i precedenti; è redatto dal notaio Benedetto Nicola di Amelia e datato 26 marzo 1351 <sup>(53)</sup>. Porta la sottoscrizione di Angelo d'Amelia;

4) inc.: *Consilium domini Angeli de Amelia. Maritus sine filiis uxorem suam sibi heredem universalem instituit et ultra legata diversis personis in testamento relinquit* nel testo del Ms H.I.13, ff. 141ra-141va, della Biblioteca Nazionale di Torino <sup>(54)</sup>.

Sottoscrive poi, assieme ad altri giureconsulti i seguenti *consilia*:

5) inc.: *An bastardus admittatur ad tutelam. [Q]uidam decessit ab intestato superstiti sibi Margarita (?)*; nel testo del Ms 26912, ff. 126va, della Bayerische Staatsbibliothek di Monaco, sottoscritto da Francesco Tigrini ed Angelo d'Amelia <sup>(55)</sup>. Pervenuto anche nella redazione del Ms H.I.8, ff. 141ra-141va (inc.: *Consilium Francisci Tigrini de Pisis. Quidam ab intestato superstiti sibi filiam*), della Biblioteca Nazionale di Torino <sup>(56)</sup>, che riterrei deteriore rispetto alla precedente per la presenza di alcune scorrettezze e per una ripetizione. In questa redazione sono poi stati soppressi i nomi delle parti, ma è invece presente la sottoscrizione anche di Bartolo da Sassoferrato <sup>(57)</sup>;

6) inc.: *In civitate urbenata factum est quodam testamentum in presentia quorundam testium, et non dicitur quod fuerint rogati*, nel testo del Ms H.I.8, ff. 121va-121vb, della Bi-

(cfr. M. PECUGI FOP, *Il Comune*, cit., App. 26, p. 136), o anche *solum nomine legum doctor*, nella sottoscrizione del *consilium* della raccolta oliveriana cit., che sembrerebbe essere di sua mano (per il testo vedi *infra*, App. II, *cons.* 2, p. 89).

<sup>(53)</sup> Su 'Benedictus Nicole de Amelia', cugino per parte di madre di Angelo, cfr. *supra*, pp. 14-15. Il testo del *consilium* è edito *infra*, App. II, *cons.* 5, pp. 95-100.

<sup>(54)</sup> La presenza di *consilia* sottoscritti da Angelo d'Amelia nel codice torinese è genericamente segnalata da J. PASINUS, *Codices manuscripti Bibliothecae Regii Taurinensis Athenaei per linguas digesti et binas partes distributi...*, vol. II (= *Codices latini*), Taurini 1749, p. 92. Per il testo vedi *infra*, App. II, *cons.* 4, pp. 93-95.

biblioteca Nazionale di Torino, sottoscritto da Francesco Tigrini ed Angelo d'Amelia <sup>(58)</sup>;

7) inc.: *In Christi nomine amen. Factum tale est. Quaedam mulier nomine Titia ingressa est monisterium regule Sancte Clare de Ascisio*, nel testo della Biblioteca Classense di Ravenna, Ms 485, vol. 1, ff. 281v-282r sottoscritto da Angelo d'Amelia e Francesco Tigrini <sup>(59)</sup>;

8) inc.: *In Christi nomine amen. Viso et scripturas per vos transmissis*, nel testo del Ms 83, ff. 347r-347v della Biblioteca del Collegio di Spagna in Bologna, sottoscritto da Angelo d'Amelia e Conte da Perugia <sup>(60)</sup>. Nello stesso codice (f. 166r),

<sup>(55)</sup> Segnalato da C. HALM, G. MEYER, nel *Catalogus codicum latinorum Bibliothecae Regiae Monacensis*, tom. II, pars IV (*Codd. 21406-27268*), Monachii 1881, p. 227.

<sup>(56)</sup> Cfr. J. PASINUS, *op. cit.*, p. 92.

<sup>(57)</sup> Naturalmente per l'edizione preferisco la tradizione del codice monacense, segnalando le varianti del torinese (= T), ma vedi *infra*, App. II, *cons.* 6, pp. 100-101.

<sup>(58)</sup> Segnalato da J. PASINUS, *op. cit.*, p. 92. — È un parere in materia di testamento nuncupativo, come quello citato da Baldo degli Ubaldi, (cfr. *infra*, p. 30): non posso però affermare di essere in presenza dello stesso *consilium*, giacché Baldo tratta anche della situazione dei figli adulterini, che, in questa occasione, Francesco Tigrini ed Angelo d'Amelia non esaminano espressamente.

<sup>(59)</sup> La presenza di *consilia* di Angelo nel Ms 485 è genericamente segnalata da S. BERNICOLI, *Ravenna. Biblioteca Classense*, in G. MAZZANTINI, *Inventari dei manoscritti delle Biblioteche d'Italia*, vol. IV, Forlì 1894, (ed. xero, Firenze 1963), pp. 249-251.

<sup>(60)</sup> Notizie su Conte di Sacco Saccucci si leggono in T. DIPLOVATATIUS, *De claris*, cit., p. 290; V. BINI, *op. cit.*, pp. 111-113; G. B. VERMIGLIOLI, *Biografia*, cit., tom., II, pt. II, Perugia 1829, p. 272 e in A. ROSSI, *op. cit.*, in *Giornale*, cit., VI cit., pp. 59-70, doc. 102 e infine pp. 230-231, doc. 193. Partecipò attivamente alla vita politica perugina dal 1363 al 1371, facendo parte di varie ambascerie, cfr. *Cronaca della città di Perugia*, cit., p. 204, p. 211 e p. 219, nonché cfr. P. PELLINI, *op. cit.*, pp. 1026-1027, p. 1051, p. 1082 e p. 1110. Fu posto al bando da Perugia nel 1372, mentre era in viaggio verso Avignone, dove, secondo il Vermiglioli, rimase. Sempre secondo il Vermiglioli nel 1379 era ancora in vita. Aggiungerei che nel 1383 era consigliere di Carlo III di Durazzo, re di Napoli, che gli delegò una causa, cfr. N. F. FARAGLIA, *Barbato da Sulmona e gli uomini di lettere alla corte di Roberto d'Angiò*, in *Archivio storico italiano*, S. V, III (1899), pp. 324-325, n. 2.



esiste un'altra redazione del parere in tutto simile alla precedente, cui è aggiunta una breve nota <sup>(61)</sup>;

9) inc.: *In Christi nomine amen. Consilii copia redditus per infrascriptos consultores. Punctus questionis vertentis inter rectorem Ecclesie Sancti Leonardi ex una parte et Iohannem et Petrum ex altera parte. Predicti Iohannes et Petrus tenent et possident*, nel testo del Vat. Lat. 8069, ff. 373v-375r, sottoscritto da Angelo d'Amelia e Conte de' Sacchi da Perugia <sup>(62)</sup>;

10) inc.: *Ludovicus Philipputii de Civitate Castelli nomine suo et tamquam pater et legitimus*, nel testo del Ms Vat. Lat. 8069, ff. 141r-144v sottoscritto da Angelo d'Amelia, Pietro degli Ubaldi, Paolo canonico perugino <sup>(63)</sup>, Angelo degli Ubaldi,

<sup>(61)</sup> Quasi sicuramente è di mano del compilatore del codice. Il testo è il seguente: « Adverte quod non sufficeret si opponeretur excepcio in hoc forma videlicet 'dico excipiendo quod tu non eras rector et non habes potestatem hoc faciendi'. Sed debet excepcio formari hoc modo videlicet 'quod tali non erat rector nec erat in possessione vel quasi rectorie vel iurisdictionis talis officii administrandy et gerendy'. Ista est pratica Bartoli de Saxoferrato et asserit de hoc esse casum espressum in l.i., C., 'De testamentis' (C., 6, 23, 1) si bene avertatur quam tene menti quia hoc fuit de facto Senis, in Villo (?) capitaneo (!) maxe, qui condemnavit Ser Micchelem in centum florenorum et non habebat cognitionem nisi usque ad quinquaginta librarum ».

<sup>(62)</sup> È segnalato da A. CAMPITELLI, F. LIOTTA, *Notizia del Ms Vat. lat. 8069*, in *Annali di storia del diritto*, V-VI (1961-1962), p. 393.

<sup>(63)</sup> Non ritengo che *Paulus Pauluti* (o *Pelluti*), *canonicus perusinus decretorum doctor*, possa identificarsi con tranquillità in *Paulus Pauluti* o *Paulus Perusinus*, notaio nella Cancelleria del Re di Napoli, Roberto d'Angiò, ma in realtà suo bibliotecario, come propone il P. C. BOEREN, nel suo meritorio *Catalogue des manuscrits des Collections D'Ablaing et Meijers...*, Lugduni Batavorum 1970 [= *Bibliotheca Universitatis Leidensis. Codices Manuscripti*, XII], p. 115. Paolo da Perugia è operante a Napoli fin dal 1325; paziente raccoglitore di codici è autore di una *Collectanea*, che si ritiene perduta in singolari circostanze, ma che fu conosciuta da Giovanni Boccaccio per scrivere la sua *Genealogia deorum gentilium libri*, ed. Bari 1951 a cura di V. ROMANO, p. 3 del vol. I e pp. 761-762 del vol. II [= *Scrittori d'Italia*, 200-201]. Particolarmente versato in diritto, sembra che conoscesse bene i *Tres libri*, dei quali riteneva errata la glossa in molti punti, come racconta Luca da Penne (*Commentaria... in tres posteriores libros Codicis...*, *Proemium*, ed. Lugduni 1582, p. 1). Forse nel 1343 rientrò a Perugia (cfr. A. FARAGLIA, *Barbato*, cit., p. 323 e pp. 322-326), e se si deve dare credito alla notizia di Luca, sembra che morisse durante la peste del 1348. La sottoscrizione di questo *consilium*, assieme ad altri *doctores collegi perusini*, potrebbe invece convalidare la notizia riferita dal Vermiglioli (*Bibliografia*, cit., p. 36), ma non ulteriormente provata, che un Paolo di Peluzzo leggesse le Decretali nello Studio nel 1359.

Nicola Alessandri <sup>(64)</sup>, Conte da Perugia, Francesco Bertoli <sup>(65)</sup>, e Nicolò de Bonsoni <sup>(66)</sup>, dottori del Collegio perugino <sup>(67)</sup>. Esistono però anche altre redazioni, nelle quali mancano le sottoscrizioni di Pietro e di Angelo degli Ubaldi: Vat. lat. 8068, ff. 15v-17v; Vat. lat. 2638, ff. 44rb-46ra; Barb. lat. 1410, ff. 240v-251r; Bologna, Collegio di Spagna, 70, ff. 171r-173v, tutte pressochè identiche, ma meno curate del Vat. Considero poi notevolmente inferiori alle precedenti le tradizioni del Magliabech. XXIX, 17, ff. 226v-227v (*Ludovicus ex una parte et Berondus ex altera compromiserunt in Righetum*), della Biblioteca Nazionale di Firenze <sup>(68)</sup>, e del Ms 29, ff. 144va-147va (*Questio dis-*

<sup>(64)</sup> Nicola Alessandri dovrebbe identificarsi nel genere di Bartolo. Notizie biografiche e sugli scritti si possono desumere oltreché in T. DIPLOMATIUS, *De claris*, cit., p. 324, anche di G. PANZIROLUS, *De claris legum interpretibus libri quatuor...*, Venetiis 1637, p. 192; L. JACOBILLUS, *Bibliotheca*, cit., p. 206; J. L. J. VAN DE KAMP, *Bartolus*, cit., pp. 134-135, e nel breve profilo di D. SEGOLONI, *Schede per un dizionario biografico di giuristi perugini*, in *Università di Perugia. Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, LXI (1959), pp. 241-245.

<sup>(65)</sup> Accetto la forma *Franciscus Bertoli*, segnalando l'incertezza della tradizione manoscritta, che ha anche le forme *Bartoli*, *Bettoli*, *Bectoli*, *Bartali*, *Betelli*. Non ritengo pertanto che questo giurista possa identificarsi nel figlio di Bartolo, mancando elementi di confronto sicuri, come invece vorrebbe J. L. J. VAN DE KAMP, *Bartolus*, cit., p. 134, n. 5, che cita P. E. VIGNEAUX, *Notices sur trois manuscrits de la Vaticane (Vat. lat. 8067, 8068, 8069)*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, II (1882), p. 315. Secondo le ricerche di U. NICOLINI O.F.M., *San Giovanni*, cit., p. 52, n. 5, Francesco, figlio di Bartolo è ancora vivente nel 1413.

<sup>(66)</sup> Rilevo ancora una volta l'incertezza della sottoscrizione; contro un'accettabile lezione come *Nicolaus de Barisanis*, si oppone un *Barsio*, un *Bersulo* e persino un *Dinus de Barsianis*, né mi è possibile offrire persuasive ragioni alle varianti tanto appariscenti dei manoscritti. Ho però notizie di un giurista di nome *Nicolaus de Barigianis*, vissuto intorno alla metà del XIV secolo, padre del più noto giurista Dionigi de' Barigiani (cfr. G. B. VERMIGLIOLI, *Biografia*, cit., tom. I, pt. II, Perugia 1829, p. 36). La sottoscrizione di Dionigi a diversi *consilia*, come quello stampato nelle raccolte di Baldo (III, 494), o quelli conservati nel Barb. lat. 1396, f. 49r-49v (*In Christi nomine amen. Petitio*), f. 63r-63v (*Factum sic proponit. Quidam Ser Andreas habens tres filios*); ff. 81r-82v (*In nomini Domini amen. Inter alia que reperitur in libro regulationum*), confermerebbe la notizia.

<sup>(67)</sup> Anche questo *consilium* è segnalato da A. CAMPITELLI, F. LIOTTA, *op. cit.*, p. 393. Gli AA. danno anche un'esauriente descrizione di tutto il codice, ma vedi pp. 387-391.

<sup>(68)</sup> L'esistenza di un *consilium* sottoscritto da Angelo nel codice magliabechiano è segnalata da F. BLUHME, *Biblioteca librorum manuscriptorum italica...*, Göttingae 1834, p. 44.

*putata per doctores perusinenses. An arbitramentum seu laudum possit peti reduci ad arbitrium boni viri*) della Collezione D'Ablaing della Universiteitsbibliotheek di Leiden (<sup>69</sup>), per la presenza di larghi tagli, forse operati dai raccoglitori, che mutilano notevolmente il testo. Nel Ms di Leiden poi l'intervento sembra così sensibile da aver trasformato il *consilium* dei *doctores perusini* in una *quaestio*, come appare anche dalla stessa formula di sottoscrizione (*Et ita dixerunt et consuluerunt*), ancorché, detta formula, sia stata notevolmente rielaborata;

11) inc.: *Viso puncto prefato et obiectionibus que obiciuntur*, nel testo del Ms 83, ff. 93r-93v, della Biblioteca del Collegio di Spagna, in Bologna, sottoscritto da Francesco Tigrini, con l'adesione di Francesco Betoli (<sup>70</sup>), Andrea di Monte Ubiano (<sup>71</sup>), Ugolino Pelloli ed Angelo d'Amelia (<sup>72</sup>);

(<sup>69</sup>) Segnalato da P. C. BOEREN, *op. cit.*, p. 115.

(<sup>70</sup>) Cfr. quanto detto *supra*, alla n. 65, p. 22.

(<sup>71</sup>) Presumibilmente figlio del giurista Raniero di Andreuccio, lettore nello Studio perugino nel 1310, poi dal 1313 al 1316, sul quale vedi alcune notizie in A. OLDOINUS, *Atheneum angustum in quo perusinorum scripta publice exponuntur...*, Perugia 1676, p. 293 e V. BINI, *op. cit.*, pp. 68-70. Appartene alla potente famiglia dei signori di Monte Vibiano, che elenca diversi giuristi, cfr. L. TARULLI BUONAMONTI, *Appunti storici intorno ai monaci benedettini di S. Pietro di Perugia fino ai primi del sec. XV*, in *Bollettino della Deputazione di storia patria per l'Umbria*, XII (1906), p. 451 e ss., Andrea, secondo una testimonianza di Bartolo, segnalata da J. L. J. VAN DE KAMP, *Bartolus*, cit., p. 37, n. 12, sarebbe stato allievo di Cino da Pistoia. Lettore nello Studio perugino fin dal 1342 secondo i documenti editi da A. ROSSI, *op. cit.*, in *Giornale*, cit., V cit., p. 183, doc. 65, e anteriormente al 1341 secondo quelli editi da G. CECCHINI, *Contributi alla storia dello Studio perugino. Pagamenti effettuati dalla Camera degli Officiali dell'Abbondanza a lettori e personale dello Studio*, in *Bollettino della Deputazione di storia patria per l'Umbria*, LVI (1961), p. 130, p. 132, è nota una sua attività consiliare, sulla quale, senza alcuna pretesa di completezza, posso offrire alcune indicazioni. Un suo *consilium* è stampato fra quelli di Bartolo (II, 56) e, sempre nella stessa raccolta, ne sottoscrive un altro con Bartolo e Francesco Tigrini (II, 2); la sua sottoscrizione, preceduta da quella di Baldo degli Ubaldi, si legge in calce ad un *consilium* nella raccolta dello stesso Baldo (III, 408). Avendo avuto modo di consultare il Vat. lat. 1396, posso segnalare i seguenti *consilia*, f. 53v (*Queritur an statim de compromissis fiendis inter coniunctos*); f. 219vb (*Factum tale est. Quidam mulier habens fratrem carnalem*); ff. 281vb-282ra (*Gibertus dedit dotem pro filia*) nonché nel 485, I, della Biblioteca Classense di Ravenna, ff. 121r-122v (*Pro solutione predictorum*) assieme a 'Nicolaus domini Pauli' e a Bartolo; poi nel 485, III, sempre della Classense, a ff. 11r-11v (*In nomine Christi. Quidam*

12) inc.: *Viso instrumento fundationis hospitalis Sancte Marie facti per Fulcum de Portonariis de Florentia* <sup>(73)</sup>, del Ms 26912, ff. 134ra-135ra, della Bayerische Staatsbibliothek di Monaco, sottoscritto da Angelo d'Amelia e da Bartolo da Sassoferrato <sup>(74)</sup>;

13) inc.: *Factum tale est: Datum et concessum fuit domino A. monaco sancti Benedicti*, nella redazione del Ms d. II. 7, ff. 176r-176v, della Biblioteca del Real Monastero del Escorial <sup>(75)</sup>, sottoscritto da Angelo d'Amelia e da Bartolo da Sassoferrato <sup>(76)</sup>;

---

*habuit uxorem*), datato 'die ultima mensis iunii' 1341; infine nell'I. 249 inf. dell'Ambrosiana di Milano, f. 176r-176v (*Punctus talis est. An digito debilitato*). Notizie biografiche si possono trovare in *Cronaca della città di Perugia*, cit., pp. 141-142 e pp. 193-194; in P. PELLINI, *op. cit.*, pt. I cit., p. 570 e p. 997; in M. PECUGI FOP, *op. cit.*, p. 29, p. 34, n. 65 e p. 163, App. 33. Segnalerei infine una lettera del pontefice inviata ad Andrea nel 1350 cfr. E. DEPREZ, G. MOLLAT, *Clément VI (1342-1352). Lettres se rapportant à la France publiées ou analysées d'après les registres du Vatican III*, Paris 1959, p. 71, N° 4457.

(72) La formula di sottoscrizione sembra chiarire che il *consilium* è in realtà di Francesco Tigrini: « Et ita dico et consulo ego Franciscus Ty. de Pisis legum doctor concludens quod libellus procedit et condemnatio sequi debet de hereditatibus ex hiis que probata erunt de dolo et lata culpa definiti teneri, et ad fidem me subscribo et meum sigillum apponi feci, et idem dominus Franciscus Betoli et idem dominus An. de Monte Ubiano et idem Ugo. Peloli et idem dominus Angelus Nardi de Amelia doctor decretorum ».

(73) Folco de' Portinari, come testimonia Boccaccio e come è a tutti noto, è il padre di Beatrice. Folco è altresì noto per avere fondato l'Ospedale di Santa Maria Nuova di Firenze nel 1286. Dati biografici esaurienti si possono trovare in A. D'ADDARIO, alla voce *Portinari, Folco*, nell'*Enciclopedia Dantesca*, vol. IV, Roma 1974, p. 608, mentre sulla storia dell'ospedale, ancora oggi felicemente operante, cfr. G. PAMPALONI, *L'ospedale di Santa Maria Nuova*, Firenze 1961.

(74) Segnalato genericamente da C. HALM-G. MEYER, *Catalogus*, cit., tom. II, pt. IV cit., p. 227 oggi meglio individuabile in E. CASAMASSIMA, *Iter germanicum*, Firenze 1971 [= *Codices operum Bartoli a Saxoferrato recensiti*, 1], p. 116. Questo *consilium* non compare nelle raccolte di Bartolo.

(75) Segnalato da A. GARCIA Y GARCIA, *Iter hispanicum*, Firenze 1973 [= *Codices operum Bartoli a Saxoferrato recensiti*, 2], p. 30, che riporta anche la sottoscrizione: « Et ita videtur mihi Angelo Nardi de Amelia, decretorum doctori. Et ita consulo ego Bartolus ». Il cod. appartiene al sec. XV ed è di origine italiana, ma cfr. anche G. ANTOLIN, *Catalogo de los codices latinos de la Real Biblioteca del Escorial*, vol. I, Madrid 1910, pp. 424-425.

(76) Sembra opportuno avvertire che detto *consilium* è edito nelle raccolte

14) inc.: *Statuto comunis Perusii cavetur quod singulis annis detur et fiat elemosyna*, nel testo edito nella prima parte dei *Consilia* di Bartolo da Sassoferrato <sup>(77)</sup>, sottoscritto dallo stesso Bartolo, da Francesco Tigrini e da Angelo d'Amelia <sup>(78)</sup>;

bartoliane sotto il N°. 63 della prima parte. La sottoscrizione nella forma riportata alla nota precedente manca completamente, mentre compare solo lo sigla « Bar. » nelle segg. edd.: Torino 1577 (f. 17vb); 1589 (f. 20rb); Lione 1537 (ff. 31vb-32ra); 1535 f. 19ra); 1546 (f. 20ra-20rb); Venezia 1506 (f. 17rb); 1575 (f. 17rb); 1590 (f. 17rb.); 1596 (f. 17rb); 1602 (f. 17rb).

<sup>(77)</sup> Nelle raccolte bartoliane è stampato nella prima parte sub. N° 139. — Come già è stato segnalato da M. ASCHERI, *Saggi sul Diplovatazio*, Milano 1971 [= *Quaderni di « Studi Senesi »*, 25], p. 63, n. 66, nelle edizioni a stampa alcune sottoscrizioni plurime dei *consilia* bartoliani non collimano. A proposito del 139 l'Ascheri rileva che l'ed. inc. veneziana del 1485 (H. Cop. 2654, GW 3539, IGI 1319) e la contemporanea milanese con le *apostillae* di Bernardino da Landriano, fanno sottoscrivere il *consilium*, da Bartolo di Francesco 'de pis.', Giovanni d'Amelia e Bartolo da Sassoferrato, così come la veneziana del 1506 (f. 36ra), e le lionesi del 1535 (ff. 37va-37vb), e del 1537 (ff. 65ra-65rb), mentre l'ed. veneziana del 1615 da 'Bar. Franc. de Pisis et Io. de Amelia' (ff. 33vb-34ra). Aggiungo che un'identica sottoscrizione hanno pure le edd. veneziane del 1567 (f. 40rb-40va) e del 1602 (ff. 33vb-34va), la torinese del 1577 (f. 35rb-35va), nonché l'incunabola (H 2651, GW 3538). Una tale sottoscrizione trova conferma anche nella tradizione manoscritta, cfr., p.e., il cod. C. IX. 3, ff. 60v-61r, della Biblioteca del Seminario di Foligno. Al contrario le sottoscrizioni delle raccolte edite a Venezia nel 1529, — segnalata dall'ASCHERI, *op. cit.*, p. 28 e sgg. — e a Lione nel 1546 (f. 42va-42vb) attribuiscono detto *consilium* a Bartolo, Francesco Tigrini ed Angelo d'Amelia, attribuzione che trova conferma nel cod. H. I. 8, f. 87va-87vb, della Biblioteca Nazionale di Torino ('... et ita dico et consulo ego bar. de saxoferrato quod etiam (?) approbaverunt franciscus tigrini et angelus de amelia'), nel cod. d. II, 7, f. 179r, della Biblioteca del Real Monasterio dell'Escorial ('Franciscus Tigrini et Angellus de Amellia. Et ita consulo ego Barth. de Saxoferrato legum doctor'), cod. segnalato da A. GARCIA Y GARCIA, *Iter hispanicum*, cit., p. 31, ma con un testo incompleto rispetto alle edd.

<sup>(78)</sup> Dal tenore della formula sembra che le sottoscrizioni di Francesco e di Angelo, o di Giovanni, siano in adesione, come risulta dalle stampe e dal cod. torinese. Solo il cod. dell'Escorial farebbe propendere per un'adesione di Bartolo. Resta comunque aperta la questione se detto *consilium* sia stato sottoscritto da Angelo o da Giovanni d'Amelia, come risulta dalla contrastante tradizione testuale, cfr. *supra* n. 77. Personalmente propenderei per Angelo, basandomi soprattutto sul codice torinese, che contiene una raccolta miscellanea di *consilia* di giuristi perugini che potrebbe derivare da testimonianze più originali di quelle accolte dalle stampe. È certo però che un *Joannes* (o *Jovanes*) *d. Petri de Amelia*, sottoscrisse un *consilium* assieme a BALDO (cfr. IV, 133): il Diplovatazio, nel *De claris*, cit., p. 325, lo identifica con quel *Johannes de Amelia, legum professor*, che nel prologo delle *Novae decisiones Rotae romanae*, compare come *auditor* negli anni 1371-1381, ma che in realtà si chiamava *Johannes de Aurelia*, e che è stato arcivescovo di Corfù cfr. A. FLINIAUX, *Contribution*

15) inc.: *In nomine Domini amen. Proponitur quod syndicus Monasterii sancti Lurentii in Campo*, nel testo stampato nella stessa raccolta precedente e sottoscritto da Bartolo, da Angelo d'Amelia, da Francesco ' abbas Monasterii Saximi ' (<sup>79</sup>), e da Tommaso da Gubbio (<sup>80</sup>);

à *l'histoire des sources du droit canonique. Les anciennes collections de « Decisiones Rotae Romanae »*, in *Revue historique de droit français et étranger*, S. 4, IV (1925), pp. 75-76 e p. 406. Un altro *consilium* di Giovanni d'Amelia è poi segnalato da A. CAMPITELLI-F. LIOTTA, *op. cit.*, p. 399. Comunque senza pretesa di identificare questo giurista ricordo che un *Johannes de Amelia* è *index* criminale a Firenze negli anni 1343-1344, al seguito del podestà *Bonifatius d. Rainieri Zacariae de Urbeveteri*, cfr. G. DEGLI AZZI VITELLESCHI, *Le relazioni tra la repubblica di Firenze e l'Umbria nei sec. XIII e XIV*, vol. II, Perugia 1909, p. 206. Infine conosco un Giovanni d'Amelia che, nel 1375, assieme a Rossello d'Arezzo, è commissario del Vicario Generale e Legato di Perugia Gerardo du Puis, abate di Mommaggiore, cfr. P. PELLINI, *op. cit.*, pt. I cit., p. 1136.

(<sup>79</sup>) È molto probabilmente lo stesso Francesco Pucciarelli, *decretorum doctor*, monaco benedettino del Monastero di S. Nicola di Campolongo, poi abate di S. Bartolomeo di Camporegio, oggi Camporeggiano, dal 15 febbraio 1338, cfr. J. M. VIDAL, *op. cit.*, tom. II, Paris 1910, p. 2, N° 5257. Fu poi promosso Abate dell'Abbazia di Sassovivo presso Foligno da Innocenzo VI, il 2 maggio 1354, come risulta dal *Liber regestum bullarum et instrumentorum Abbatie Saxi Vivi signatus +*, vulgo *Libro della Croce*, f. 95 e dal *Liber A*, ff. 322-384 dell'Archivio di Stato di Spoleto, segnalati da L. JACOBILLI, nella breve biografia di Francesco in *Cronica della Chiesa e del Monastero di Santa Croce di Sassovivo nel territorio di Foligno...*, Foligno 1653, pp. 142-144; vedi inoltre nell'Archivio Segreto Vaticano, *Obbl. et sol.* 22, f. 158v. Notizie su Francesco si leggono in L. TARULLI BUONAMONTI, *op. cit.*, p. 452; A. C. JEMOLO, *Il « liber minoritarum » e la povertà minoritica nei giuristi del XIII e del XIV secolo*, in *Studi sassuresi*, S. 3, II (1921), p. 86 e anche in T. GASPARRINI LEPORACE, *Le suppliche di Clemente VI, vol. I (18 maggio 1342-18 maggio 1343)*, Roma 1948 [= *Istituto Storico Italiano per il Medio Evo. Regesta chartarum Italiae*, 32], pp. 136-137, N° 334 e N° 335. I documenti indicano che venne condotto alla lettura del Decreto anteriormente al 1341, cfr. G. CECCHINI, *Contributi*, cit., p. 131 e p. 136; legge ancora il Decreto nel 1345, cfr. G. CECCHINI, *Contributi alla storia dello Studio Perugino. Due inedite condotte di dottori nello Studio perugino*, in *Bollettino*, cit., XLVI (1949), pp. 158-161, e poi nel 1351 cfr. G. ERMINI, *Storia*, cit., I cit., p. 163 e n. 136. Mori intorno al 1360 (cfr. *Obbl. et sol.*, 22, f. 245v). Fu familiare e cappellano del cardinale « de Tuderto », Francesco degli Atti.

(<sup>80</sup>) Senza pretendere di pervenire ad alcuna identificazione, ricordo una richiesta di cittadinanza fiorentina di Tommaso da Gubbio del 13 marzo 1353 segnalata recentemente da J. KIRSHNER, *Messer Francesco di Bici degli Albergotti d'Arezzo, Citizen of Florence (1350-1376)*, in *Bulletin of medieval canon law*, N. S. II (1972), p. 86, n. 10.

16) inc.: *Appellatum est a sententia interlocutoria quam oportet iudicem ferre in scriptis*, nel testo edito nella prima parte dei *Consilia* di Bartolo; è sottoscritto in adesione da Angelo d'Amelia <sup>(81)</sup>;

17) inc.: *Reverendissimus in Christo pater et dominus Egidius miseratione divina tituli sancti Clementi presbyter cardinalis* <sup>(82)</sup>, nel testo edito nella seconda parte dei *Consilia* di Bartolo <sup>(83)</sup>, sottoscritto da Bartolo stesso, ma che il Bertachini <sup>(84)</sup> e poi il Diplovatazio <sup>(85)</sup> attribuiscono ad Angelo d'Amelia;

<sup>(81)</sup> Nelle raccolte di Bartolo è edito al N° 220. Il *consilium*, come segnala l'Ascheri, *op. cit.*, p. 63, n. 68, ha sottoscrizioni diverse; l'inc. Bartolo ed Angelo d'Amelia, così come l'ed. di Lione del 1546 (f. 64rb), mentre nell'edd. veneziane del 1567 (f. 60rb-60va), del 1602, (f. 50ra-50rb) e Lione 1535 (f. 56ra-56rb), il testo è sottoscritto da Bar. d. Aug. (o Augustinus) de Amelia; più precisa è la sottoscrizione nell'ed. lionesa del 1537 (f. 37ra-38rb). Riterrei comunque la sottoscrizione di Angelo, oppure di Agostino, quasi certamente in adesione al *consilium* di Bartolo, sulla testimonianza di J. BERTACHINI — autore che sembra ben informato intorno ai *consilia* di Bartolo, come vedremo in seguito (cfr. *infra*, n. 84) — che nel suo *Repertorium utriusque iuris pars secunda*, voce *interlocutoria* (ed. Venetiis 1494, f. 120ra), attribuisce detto parere a Bartolo.

<sup>(82)</sup> È certamente Egidio Alvarez Albornoz (1310-1367), cardinale di S. Clemente, poi, dal dicembre 1356, di S. Sabina (cfr., p. e., C. HEUBEL, *Hierarchia*, cit., vol. I cit., p. 18), legato apostolico e vicario generale per le terre della Chiesa dal 1353 al 1357 poi successivamente dal 1358 al 1367, che promulgò le notissime *Constitutiones Sanctae Matris Ecclesiae*. Il dato biografico del passaggio dell'Albornoz dal titolo di S. Clemente a quello di S. Sabina, consente un'approssimativa datazione del *consilium*, che dovrebbe essere stato redatto anteriormente al 1356, cioè durante la sua prima legazione in Italia, ma cfr. F. FILIPPINI, *Il cardinale Egidio Albornoz*, Bologna 1933, pp. 141-162.

<sup>(83)</sup> Il *consilium* è stampato sotto il N° 18 (o 17) delle raccolte ed è sottoscritto da Bartolo.

<sup>(84)</sup> Il BERTACHINI (1448-1497) — segnalato dal Diplovatazio, per cui cfr. alla nota seguente — nel suo *Repertorium*, cit., voce *legatus* (ed. Venetiis, cit., f. 165ra), attribuisce il *consilium* ad Angelo d'Amelia, ribadendo tale convinzione in un passo del *Tractatus de episcopis*, in *T.U.I.*, vol. XIII, pt. II, Venetiis 1584, p. 334ra, senza offrire altre spiegazioni. Ora, se anche si volesse accreditare al Bertachini qualche legame con l'ambiente amerino essendo stato uditore di Giovanni Venturelli d'Amelia (+ 1486), Vescovo e governatore di Cesena, ricordato nel *Tractatus de episcopis*, cit., f. 329vb, come suo *dominus*, direi che tali supponibili legami sarebbero piuttosto tardi, rispetto ai tempi nei quali è vissuto Angelo. Non si potrebbe invece escludere che il Bertachini conoscesse una tradizione che attribuiva il parere al giurista amerino e che oggi trova

18) inc.: *Viso libello exhibito per Colam Pucciarelli, si ve eius procuratorem contra Colam Falabarchae*, nel testo edito nella seconda parte dei *Consilia* di Bartolo sottoscritto da Angelo d'Amelia, Bartolo e Francesco Tigrini da Pisa <sup>(86)</sup>;

19) un *consilium* citato da Angelo degli Ubaldi <sup>(87)</sup>, in

conferma nella sottoscrizione dello stesso *consilium*, tramandatoci dal Ms H. I. 13, ff. 75va-75vb, della Biblioteca Nazionale di Torino (... *et ita consulo ego Angelus de Amella decretorum doctor*).

<sup>(86)</sup> Nelle sue *additiones* ai *Consilia* di Bartolo il Diplovatazio avverte « quod huiusmodi consilium secundum ordinem perusinum, est in prima parte iudiciorum, numero xlvij et est Bar. Tamen avertendum puto, quod ex stilo ipsius non apparet quod sit Bar. Et ita Firmanus in suo Repertorio, in ver. 'Legatus', vers. xvij., allegat istud consilium pro consilio Ang. de Amelia ». Qui il Diplovatazio, oltre all'autorità del Bertachini, sul quale cfr. *supra*, n. 84, indicava nello *stilus* un ulteriore motivo di dubbio alla tradizionale attribuzione. — Sulla questione dell'*ordo perusinus* e di come il Diplovatazio « nel secondo volumen » riunisse « i *consilia* esclusi fino ad allora dalla stampa unendo ad essi gli altrimenti raccolti » cfr. M. ASCHEI, *op. cit.*, p. 63, n. 66 e la bibliografia ivi citata.

<sup>(86)</sup> Nelle raccolte è posto sotto il N° 20 (o 19) della seconda parte. Il Diplovatazio avverte che era già ricompreso nell'*ordo perusinus*.

<sup>(87)</sup> Cfr. ANGELUS UBALDI (1328-1400), *In Authenticis volumen commentaria*, Auth. *Quibus modis naturales efficiuntur sui* (Nov. 89), § *Sed et aliud*, (1) (ed. Venetiis 1580, f. 23ra): « Si mater filiorum moritur antequam matrimonium contrahantur et conficiuntur dotalia instrumenta, licet hoc pater facere disposuerit, non sunt legitimi. Item si mulier non fuit matrimonio digna, ut quia luxuriose cum alio vivebat, vel idem si mulier se occultavit, ut se in uxorem duci non posset. In tex. ibi neque dignam no. singulariter hunc tex. quod licet habens concubinam, ipsam ducat in uxorem, et conficiat post dotalia instrumenta, tamen filii ante nati non legitimantur, si talis mulier non erat matrimonio digna, quia forte meretrix erat vel mulier vilissime conditionis et pater erat homo nobilis et dives, quia cum illud matrimonium non potuerit cum honestate contrahi, non legitimat filios ante matrimonium natos et conceptos, quoniam tale matrimonium in omnibus reprobatur, et ideo non sortitur effectum legitimationis legitimorum filiorum et ita vidi de facto servari. Et idem est, si pater etiam vocavit filios natos ex tale concubina, effeci legitimos successores. Aut etiam vocavit eos filios nam si per verum matrimonium tales filii non legitimantur, ut dictum est, multo minus legitimabuntur per voluntatem patris asserentis velle esse legitimos successores, vel asserentis esse filios. Et ita consultit Bar. et Franci. de Pisis et dominus Ange. de Amelia et Hug. Pelloli... ». Il medesimo *consilium* venne citato da Angelo degli Ubaldi anche in un altro passo dei suoi *Commentaria* cit., Auth., *Ut liceat matri et aviae* (Nov. 117), § *Ad haec* (2), (ed. Venetiis 1580, f. 41va), che sarà necessario riportare: « Habens filios aut filiam de libera muliere, cum qua nuptiae consistere potuerunt, si eum filium appellaverit non adjiciendo naturalem in istrumento publico vel privato, sua mano scripto, et trium testium subscriptionem habente,



tema di legittimazione dei figli naturali, dato probabilmente assieme a Bartolo, Francesco Tigrini e Ugolino Pelloli <sup>(88)</sup>;

vel in testamento, aut etiam in figura iudicii, ex hoc filius est legitimus et iura legitimorum consequitur et non solum sic nominatus, sed eius fratres ex illa matre nati. Item si sunt plures fratres consanguinei tantum ad haereditatem eorum patris omnes simul vocantur, licet quidam eorum habuerit matrem dotatam, quidam indotatam, hoc dicit usque ad quia vero legem. Ibi, nuptiae consistere possunt. Nota quod dicit possunt, et sic est necesse quod tempore, quo verba proferuntur, nuptiae possunt consistere. unde si illo tempore mulier esset mortua, aut etiam furiosa, vel aliter impediretur posse cum ea contrahi matrimonium, non induceretur per haec verba legitimatio filiorum, quoniam tunc matrimonium contrahi non poterat. Et idem si contrahi poterat sed non honeste, ut quia mulier erat vilis conditionis et homo honestae vitae, ex quo honeste fieri non poterat. Et idem consuluit Bar. et Franc. de Pisis, et do. Angel. de Aurelia et dominus Hug. Item hoc est verum quod per ista verba inducitur legitimatio filiorum, quando inter proferentem et mulierem contrahi possunt nuptiae legitima sine dotalibus instrumentis ». Da un controllo eseguito sul Vat. lat 2616, f. 270vb, ho avuto modo di accertare che i nomi dei giuristi ricordati da Angelo degli Ubaldi nel primo dei passi trascritti poc'anzi, corrispondono esattamente. Nel secondo passo la lezione *Aurelia* (sulla quale cfr. *supra*, pp. 25-26, n. 78) delle stampe è contrastata da *Amelia* del Ms. cit., f. 298ra.

<sup>(88)</sup> La citazione del secondo passo di cui alla nota precedente è segnalata in una *additio* del Diplovatazio al *cons.* 120 (*Verucius Coraducii de Capitilia*) della prima parte delle raccolte bartoliane: « Adde quod consuluit Bar. hic idem consuluit Fran. Tig. de Pisis, d. Ang. de Ame. et Ugo. Pelloli secundum Ang. in § 'Ad haec', in Aut. 'Ut liceat matri et aviae', Co. IX (sed recte VIII) », individuando nel *cons.* 120 quello citato da Angelo degli Ubaldi, sulla questione cfr. M. ASCHERI, *op. cit.*, p. 68, n. 78. Il secondo passo, invece, è segnalato assieme al precedente, e sempre in una *additio* allo stesso *consilium* siglata da Bernardino da Landriano (cfr. ed. Venetiis 1602, f. 30vb), « corroborando quod dominus consulens (scilicet Bartolus?) dicit, quod quis nominando filium non fecit eum legitimum; si cum matre tempore prolatorum verborum secundum mores civitatis non poterat esse matrimonium: addite Ang. idem tenentem in d. Auth. 'Matri et aviae' et in Auth. 'Quibus modis naturales efficiuntur legitimi', in § 'Sed et aliud' ubi dicit quod non legitimantur per affirmationem patris et allegat ita consultius Bar., do. Fran. de Pisis, do. Ang. de Aemilia et Hug. Pelloli ». Questa seconda redazione dell'*additio* è sicuramente più completa della precedente, aggiungendo una nuova citazione. Dirci però che, così come è concepita, non consente di individuare con sicurezza nel *cons.* 120 — che peraltro nelle stampe non è sottoscritto — quello citato per ben due volte da Angelo degli Ubaldi. Alcune macroscopiche identità testuali tra detto *cons.* e la *quaestio XI* (= *Habeo filium naturalem*) di Bartolo, che ho ritenuto opportuno segnalare (cfr. *infra*, pp. 55-56, n. 165 e n. 166, e p. 58, n. 171), potrebbero confermare l'ipotesi dell'identificazione. È certo comunque che i due testi, esaminando uno stesso problema, sono particolarmente interessanti anche sotto l'aspetto formale dei due diversi generi letterari. E si potrebbe anche proporre la priorità di uno scritto eminentemente pratico, come il *cons.*, sulla *quaestio*.

20) un altro ricordato da Baldo degli Ubaldi, *in quaestione M. Angiolini et fratrum de Camerino* <sup>(89)</sup>, in materia di filiazione naturale, dato assieme a Bartolo, Ugolino Pelloli e Baldo stesso <sup>(90)</sup>;

21) un altro ancora, ricordato da Baldo <sup>(91)</sup>, in tema di testamento nuncupativo e di figli naturali.

<sup>(89)</sup> È segnalato in una *additio* del Diplovatazio al cons. 40 (*Statuto civitatis Assisii*) della seconda parte delle raccolte di Bartolo (ed. Lugduni 1546, f. 197r<sup>b</sup>) « ... dicit etiam Bal. in l. 'In liberae', (in) lectura antiqua, in fi., ff., 'De ritu nuptiarum', se consuluisse insimul cum d. Ange. dautelia et d. Bar. de Saxoferrato et dom. Ugolino Pelloli in causa do. Antonii et fratrum de Camarino... ». Angelo è forse qui confuso con Alessandro dell'Antella sul quale vedi M. ASCHERI, *op. cit.*, pp. 84-85, n. 40. Il passo di Baldo infine è segnalato anche da J. L. J. VAN DE KAMP, *Bartolus*, *cit.*, p. 39, n. 3.

<sup>(90)</sup> Cfr. BALDUS UBALDI (1327-1400), *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, tit. *De ritu nuptiarum* (23,2), l. *In liberae* (24), (ed. Venetiis 1577, f. 188vb), « in glo. super verbo 'Propter personam' et in Auth. 'Quibus modis naturales efficiuntur sui', § 'Illud tamen' (Nov. 89,9) ibi legitimo iure etc. Sic intelligitur quod no. 'De manumissis vindicta', 'Si rogatus', 'Matrimoniis' (D. 40, 2, 20,2), imo etiam si expresse esset contractum matrimonium cum tali, non admitteretur hic filius ad emphiteusim ecclesiae: quia de isto sensu non videtur et forte non excluditur substitutus, quem avum filio substituit, si decederet sine filiis legitimis: quia hoc adiecit ad escludendum natos ex concubina et sic illegitime natos, dato quod legitimati non excludant substitutum, ar. 'De condicionibus et demonstrationibus', 'Fideicommissum' (D. 35, 1, 76), quia veritas naturae fictione non tollitur, 'De liberis et posthumis', l. 'Filius' (D. 28, 2, 28). Et in d. l. 'Facto', § 'Si quis rogatus' (D. 36, 1, 18, 4) et dixi in l. 'Filius', 'De fideicommissis' (D. 30, 1, 94) dicit etiam Host. quod secundum canones non procedit dicta praesumptio: quia canones non praesumunt matrimonium ut ponit in Summa qua 'Qui filii sint legitimi' § fi. circa finem. De hoc no. Ioan. An. in Novella eo. ti. 'Per tuas' (Extra, 4, 17, 12) et etiam secundum leges per dictam Auth. et contra dictam praesumptionem admittitur probatio in contrarium facit Extra, 'De praesumptionibus', 'Illud' (Extra, 2, 23, 11). In tertzis ergo Ecclesiae servat de communi opinione et ita consulimus Dominus Angelus de Amelia, Dominus Bartolus de Saxoferrato, Dominus Ugolinus Peloli et ego in quaestione M. Angiolini et fratrum de Camerino in eo s. quod dictum est de praesumpta legitimatione per verba testis. Item quia dicta assertio testatoris nil operatur, nisi quo ad successionem testatoris, non quo ad bona aliena: sicut sunt bona emphiteutica, quae sunt Ecclesiac... ».

<sup>(91)</sup> Il passo è segnalato da E. BESTA, *Baldo e la storia del diritto*, in *L'Opera di Baldo. Per cura dell'Università di Perugia nel V centenario della morte del grande giureconsulto*, Perugia 1901 [= *Annali dell'Università di Perugia. Facoltà di Giurisprudenza*, X-XI], p. 109, n. 146, ma vedi BALDUS UBALDI, *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis libros*, tit. *Communi dividundo* (3, 36), l. *Inter omnes*

6. Oltre all'attività consiliare, che esamineremo in seguito, ad Angelo d'Amelia alcuni ascrivono il trattato *De reprobatione testium* ed il trattato *De dictionibus*. Entrambe le opere, tradizionalmente elencate tra gli scritti di Bartolo da Sassoferato, sono attribuite anche ad altri autori, sollevando complessi problemi di critica testuale, che non possono essere risolti definitivamente a margine di una indagine così circoscritta come la presente. La dottrina moderna, com'è altrimenti noto, non è ancora pervenuta a risultati definitivi, ma gli elementi posti in luce lasciano intravedere qualche soluzione: alcuni fatti, direi, sono ormai acquisiti e mi sembra che consentano di escludere che Angelo d'Amelia possa ritenersi il vero autore dell'uno o dell'altro trattato.

L'attribuzione del *Tractatus de reprobatione testium* si fonda sopra un *additio* di Tommaso Diplovatazio alle opere di Bartolo. In realtà la medesima *additio* attribuisce il trattato in primo luogo a Jacopo Egidi da Viterbo, poi senza troppa convinzione, dà notizia di altre attribuzioni, come quella di Angelo d'Amelia ora riferita o quella di Angelo degli Ubaldi <sup>(92)</sup>. Nè sono

---

(26), (ed. Venetiis 1572, f. 267ra): « Si vero (in testamento in scriptis) illa solemnitas scripturae, vel subscriptionis non adhibetur: illud testamentum non valet si deficit alia civilis solemnitas. Secundo vero casu quando testamentum est nuncupativum, plerique doctores consuluerunt testamentum non solemne non valere inter liberos naturales, videlicet do. Tho. de Cursinis, do. Recuperus de S. Miniati., do. Franciscus de Pisis, d. Angelus de Amelia, et plerique alii doct. et sic intellexerunt § 'Ex imperfecto' (C. 6, 23, 21, 3), qui § venit ad suppletionem huius legis in iustis liberis, vel in his qui habent iura legitimorum, non autem in naturalibus, quibus non debetur hereditas, nec debitum honorum subsidium in bonis patris, nec paternae lineae nec mirum si iustis liberis magis favetur: quia in eis ius civile et naturale concurrunt: ut l. i. § 'Lucretivas' infra 'De imponenda lucretivas descriptione' lib. X (C. 10, 36, 1, 3). Praeterea isti possunt appellari extranei: quia quantum ad testatorem non obtinet iura cognationis: ut ff., 'Unde cognati', l. 'Si spurius' (D. 38, 8, 4) ».

<sup>(92)</sup> L'*additio* è tratta dall'ed. delle opere di BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Consilia... quibus Quaestionum, Tractatum, Sermonum, et id genus molem integram substruximus*, Lugduni 1546, f. 173va, che espressamente dice: « Hic incipit additio domini Iacopi Egidii de Viterbio, prioris Aureliensis qui legit Rome et rogatu. domini Gualfredi Mediolanensis maioris iudicis ecclesiae Viterbensis edidit hunc tractatum per viam additionis et commentationis, que singula verba incipiendo a reprobatione infamiam etc. Adde quod in quodam libro antiquo, inveni hunc eundem tractatum at-

trascurabili i nomi di altri giuristi, cui la controversa operetta sui testimoni viene attribuita, come quello di Bagarotto <sup>(93)</sup>, di Jacopo Balduini <sup>(94)</sup>, e di Innocenzo <sup>(95)</sup>.

Dopo le problematiche affermazioni del Diplovatazio, la questione è riproposta in senso modernamente critico dal Kantorowicz, il quale ha affermato che il *de reprobatione testium* appartiene a Jacopo Egidi da Viterbo, priore d'Amelia <sup>(96)</sup>.

Successivamente il Genzmer, ritenendo la convinzione del Kantorowicz poco persuasiva, esaminò il testo del piccolo trattato nell'edizione a stampa che lo vuole di Bagarotto <sup>(97)</sup>; notò che era una redazione databile dopo la metà del secolo XIII e,

tributum fuisse domino Angelo de Amelia, qui fuit tempore Bartoli. Aliqui tamen attribuunt huiusmodi tractatus domino Angelo de Ubaldis sed ut paucis, verum absolvam, est domini Iacopi Egidii publicatis in civitate Viterbien, ut ex plurimis subscriptionibus voluminum antiquorum inveni. Tho. Dipl. ». Come è noto, tale *add.* è riportata, con qualche variante, anche nelle successive edd. del *tractatus*, come nella raccolta dello Ziletti, *Tractatus de testibus probandis vel reprobandis variorum authorum...*, Venetiis 1574, p. 84, nonché nel *T.U.I.*, vol. IV, f. 73r<sup>b</sup>. Sul destino delle *add.* del Diplovatazio presso i successivi editori di Bartolo, cfr. H. KANTOROWICZ, *op. cit.*, pp. 57-58 e p. 85, e M. ASCHERI, *op. cit.*, pp. 31 e sgg.

<sup>(93)</sup> Come è noto è edito sotto il nome di Bagarotto nel *Volumen V tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum...*, Lugduni 1549, ff. 253va-255rb, ristampato *ad unguem* in *T.U.I.*, vol. IV, Venetiis 1584, ff. 298rb-300ra.

<sup>(94)</sup> È attribuito a *Jacobus Balduinus* dal Ms Ambr. D 86, sup., ff. 123va-132va, segnalato da F. BLUME, *Bibliotheca librorum manuscriptorum italica...*, Gottingae 1834, p. 9 e poi da N. TAMASSIA, *Odofredo, studio storico-giuridico*, in *Atti e memorie della R. Deputazione di storia patria per la Romagna*, S. III, XI (1894), p. 219, n. 3, ed ora ristampato in N. TAMASSIA, *Scritti di storia giuridica*, vol. II, Padova, 1967, p. 362, n. 176.

<sup>(95)</sup> Porta la sottoscrizione di *Innoc.*, nel Vat. lat. 10726, ff. 29r, del quale vedi la descrizione in J. B. BORINO, *Codices Vaticani latini. Codices 10701-10875...*, Città del Vaticano 1947, p. 115. È segnalato da R. FEENSTRA, *Bartole dans les Pays-Bas (Anciennes et modernes), avec additions bibliographique à l'ouvrage de J.L.J. Van de Kamp*, in *Bartolo da Sassoferato. Studi e documenti per il VI centenario*, vol. I, Milano 1962, p. 213. Nota E. CASAMASSIMA nel suo *Iter germanicus*, cit., p. 37, che nei Mss. München, Universitätsbibliothek, 2° cod. ms 263, ff. 1ra-15v; Eichstätt, Staatliche Bibliothek Hs 186 (già 387), ff. 101r-119v e Würzburg, M. ch. f. 39, ff. 297r-305v, « si fa risalire a *Innocentius Papa*, l'elencazione delle persone *reprobandae* come testimoni (nei così detti *summa capita*) ».

<sup>(96)</sup> Cfr. la recensione di H. KANTOROWICZ in *Deutsche Literaturzeitung*, XXIII (1912), col. 955 e 956 n. 1.

<sup>(97)</sup> Il testo è quello pubblicato dal *T.U.I.* cit. *supra*, n. 93.

pertanto, più antica di quella che comunemente aveva circolato sotto il nome di Bartolo e di Jacopo Egidi, accettata dalle stampe. Rifacimenti e aggiunte posteriori avrebbero adeguato un testo, ormai invecchiato, alla nuova dottrina sui testimoni. Sulla base di questi risultati sembrerebbe piuttosto difficile respingere l'attribuzione a Bagarotto, cui apparterebbe la prima redazione dell'operetta <sup>(98)</sup>.

Ma l'indagine del Genzmer non tiene conto di una testimonianza di Giovanni d'Andrea, sicuramente nota al Kantorowicz, perchè segnalata dal Diplovatazio nel *Liber de claris iuris consultis* <sup>(99)</sup>.

Il grande canonista conosce un trattato, appartenente a *Jacobus de Amelia*, al quale avrebbe ampiamente attinto Guglielmo Durante nella redazione dello *Speculum giudiciale* <sup>(100)</sup>. Si deve poi aggiungere che recentemente il Kuttner ha scoperto un'ignota trattazione di Bagarotto sui testimoni <sup>(101)</sup>, nota però a Giovanni d'Andrea, il quale conosce anche un trattato *de reprobatione testium* di Jacopo d'Amelia <sup>(102)</sup>.

Le due circostanze, assai importanti per ricostruire il destino del *tractatus* in questione, a mio avviso, non sembrano smi-

<sup>(98)</sup> Cfr. E. GENZMER, *Eine anonyme Kleinschrift de testibus aus der Zeit um 1200*, in *Festschrift Paul Koschaker*, vol. III, Weimar 1939, pp. 385-387, n. 20. L'esame per la verità, è soltanto incidentale.

<sup>(99)</sup> Cfr. T. DIPLOVATIUS, *Liber de claris iurisconsultis*, cit., p. 169. Ho preferito tenere distinte le notizie date dall'*additio* (cfr. *supra*, p. 31, n. 92) e dal testo del noto Ms Oliveriano 203, perché devo notare una discrepanza di conoscenze del Diplovatazio. Sull'argomento cfr. G. ROSSI, *La «Bartoli vita» di Tommaso Diplovataccio secondo il codice Oliveriano 203*, in *Bartolo*, cit., vol. II, Milano 1962, pp. 443-502 e M. ASCHERI, *op. cit.*, pp. 28-109.

<sup>(100)</sup> Cfr. G. DURANDUS, *Speculi pars prima... Joannis Andree, Baldi ac Henrici Ferrendat... additionibus illustrata*, lib. I, *De teste R.*, ver. *Nunc de testibus opponi*, e ver. *Omnes* (ed. Lugduni 1541, f. 109va-111vb).

<sup>(101)</sup> È contenuta nel Barb. lat. 1440, ff. 15vb-21va.

<sup>(102)</sup> Cfr. S. KUTTNER, *Analecta Iuridica Vaticana*, in *Collectanea Vaticana in honorem A. M. Card. Albareda*, Roma 1962 [= *Studi e Testi*, 219], pp. 425-427. A *Jacobus Aegidii de Amelia*, dovrebbe pertanto attribuirsi il *tractatus*, perlomeno in una sua redazione, cfr. M. C. DUPARC, P. LEGENDRE, *Le manuscrit Strasbourg, Bibliothèque Municipale 1036*, in *Revue historique de droit français et étranger*, XLII (1964), p. 323, n. 19, conclusioni che sono senz'altro da sottoscrivere.

nuire i risultati delle indagini del Genzmer, perchè resta incontrovertibile che il *de reprobatione testium*, nel suo nucleo centrale, appartiene al secolo XIII. Questa datazione trova oggi conferma nella segnalazione del Fransen che l'operetta è contenuta nel Ms 2036, ff. 1-44, della Biblioteca de la Catedral di Seo de Urgel, codice appartenente al secolo XIII e proveniente da Orleans (<sup>103</sup>).

Risulta pertanto abbastanza chiaro che i contributi degli autori del secolo XIV, quali Bartolo, Angelo d'Amelia e Angelo degli Ubaldi, dovrebbero circoscriversi a degli interventi successivi o a delle vere e proprie rielaborazioni di un testo più antico. Limitando per ora la presente indagine ai supposti interventi di Angelo d'Amelia, premesso che il Diplovatazio trovò che « in quodam libro antiquo ... hunc eundem tractatum attributum fuisse domino Angelo de Amelia, qui fuit tempore Bartoli », non mi sembra affatto azzardato proporre l'ipotesi che intorno al suo nome sia sorta qualche confusione. Era sicuramente conosciuta la testimonianza di Giovanni d'Andrea su Jacopo d'Amelia (<sup>104</sup>); in seguito circolò anche una rielaborazione attribuita ad Angelo degli Ubaldi, tramandataci, p.e., dal Ms 485, vol. I, della Biblioteca Classense di Ravenna (<sup>105</sup>). Ritengo perciò che non si possa esclu-

(<sup>103</sup>) Cfr. G. FRANSEN, *Textes de l'École d'Orleans dans le manuscrit Urgel 2036*, in *Studi Senesi*, LXXXI (1969), p. 10.

(<sup>104</sup>) Sembra di dover attribuire al Diplovatazio l'identificazione di *Jacobus de Amelia*, con *Jacobus prior Ameliens.*, cui il trattato è attribuito da alcuni Mss, come, p. e., il codice 419 della Biblioteca Feliniana di Lucca. — Non sono in grado di confermare la notizia di A. CRISTOFANI (*Delle storie di Assisi libri sei...*, I, Assisi 1875, p. 292), che conosce tra gli « assisani illustri del sec. XIV » un « Jacopo d'Egidio giureconsulto, del quale ci giunse un trattato *De reprobatione testium*, che leggesi per lo più unito ai Consigli di Bartolo da Sassoferrato, suo coetaneo ed amico ». Avverto che trovo altresì un *Jacobus Aegidi*, *pr. in iure canonico proventus*, cui è indirizzata una lettera pontificia il 10 agosto 1341 (cfr. J. VIDAL, *Benoît XII*, cit., II, cit., p. 333, N°. 8550). Comunque dopo le affermazioni del Genzmer, il problema di identificare l'autore del trattato in un giurista del sec. XIV sembra virtualmente superato. D'altra parte è estremamente facile rinvenire personaggi rispondenti al nome di Jacopo d'Egidio, o Egidii (cfr., p. es., J. MOLLAT, *Jean XXII*, cit., vol. V, Paris 1907, p. 71, N°. 18936), nè è sufficiente l'indicazione, tradizionalmente riportata, che sia stato canonico d'Amelia. Nulla infine aggiungeva J. A. FABRICIUS, *Bibliotheca latina mediae et infimae aetatis...*, tom. IV, ed. Florentiae 1858, p. 1.

(<sup>105</sup>) Vedi l'*explicit*, al f. 108v: « Et hec de testium reprobatione dicta suf-

dere in linea di principio la possibilità di uno scambio di elementi tra il nome di Jacopo d'Amelia e quello di Angelo da Perugia, che avrebbe potuto portare al nome di Angelo d'Amelia.

Comunque sia, escluso che ad Angelo d'Amelia possa attribuirsi detto trattato nel suo nucleo fondamentale, che appartiene ad un altro secolo, nella tradizione manoscritta che conosco <sup>(106)</sup>, non mi è possibile individuare od isolare i suoi interventi, i quali, se probabilmente esistono, sono ormai inglobati nel testo. Forse un esame critico della tradizione e una lunga serie di collazioni, da svolgere in una specifica ricerca, potrebbe portare a più concreti risultati.

Si deve infatti tener conto che il trattato, esaminando l'inaltitudine dei testimoni rispetto alla singola posizione personale ed elencando una lunga serie di persone che non possono essere considerate testimoni idonei per i loro rapporti con le parti <sup>(107)</sup>, si è facilmente prestato ad un continuo aggiornamento, a mano a mano che la dottrina ha individuato nuove categorie di testimoni.

Recentemente lo Schizzerotto ha segnalato la presenza del *De reprobatione testium* nel Ms 98 dell'Oliveriana di Pesaro <sup>(108)</sup>,

ficiant per me Angelum de Ubaldis de Perusio et si corruptum scriptum est ex defectu exemplaris fuit ». Si possono altresì trovare anche singole *additiones*, siglate 'Angelus'.

<sup>(106)</sup> Conosco i seguenti Mss: Leipzig, Universitätsbibliothek, Cod. Haenel 15, ff. 276v-283v e 274r-275v; München, Universitätsbibliothek, 2° Cod. 263, ff. 1-15; Vat. lat. 2638, ff. 96rb-103rb; Vat. lat. 10726, ff. 29r-35v; Trier, Stadtbibliothek, 1859, ff. 152r-157r; Padova, Biblioteca Universitaria, provv. 275, ff. 226r-236r; Würzburg, Universitätsbibliothek, M ch. f. 39, ff. 297r-305v; Lucca, Biblioteca Capitolare Feliniana, 419, ff. 141v-151r; Milano, Ambrosiana, D 86, sup., ff. 123va-132va; Wien, Oesterreichische Nationalbibliothek, 5091, ff. 6v-13r. Non ho potuto accedere al Ms 1036, ff. 4-11v della Bibliothèque Municipale de Strasbourg segnalato da M. C. DUPARC, P. LEGENDRE, *op. cit.*, p. 323.

<sup>(107)</sup> Il trattato è stato ampiamente usato da B. SCHNAPPER, nel suo lavoro sui *Testes inhabiles. Les temoins reprochables dans l'ancien droit pénal*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXIII (1965), pp. 579-585. Osserverei però che il concetto di 'testis inhabilis' o se si vuole 'idoneus', debba attribuirsi agli autori del sec. XV, perchè il *Tractatus de reprobatione testium*, resta ancora fermo alla metodologia, tutta medievale, delle categorie di testimoni.

<sup>(108)</sup> Nella biblioteca Oliveriana di Pesaro Ms 98, prima ai ff. 56r-61v, poi ai ff. 80r-86v, ma per la segnalazione e la descrizione del codice cfr. G. SCHIZZEROTTO, *Le*

trascritto ad opera di Jacopo Rubieri, singolare personaggio ed originale raccoglitore di testi e di stampe <sup>(109)</sup>. Il codice nonostante sia piuttosto tardo rispetto alla risalente tradizione di cui si è parlato, può suscitare qualche interesse perchè il Rubieri ha vistosamente segnalato le *additiones* <sup>(110)</sup> di Bartolomeo Cepolla <sup>(111)</sup>. L'autore che, come è noto, opera nel tardo quattrocento, avverte ancora la necessità di intervenire sul testo del *tractatus*, in un periodo quanto mai prossimo alle prime edizioni incunabole che includono il *De reprobatione* nelle raccolte dei trattati di Bartolo <sup>(112)</sup>.

Il processo quasi ininterrotto di aggiornamento del testo è dunque abbastanza lungo e continuo se, come sembra, vi si devono ricondurre anche le attribuzioni ad autori del secolo XIV.

*incisioni quattrocentesche della Classense*, Ravenna 1971, p. 55 e pp. 84-85, ove si dà ragione dello spostamento dei fogli e si offrono elementi per una datazione del lavoro del Rubieri, posteriore, sembra, al 1483.

<sup>(109)</sup> Il Ms 98 è interamente di mano di Jacopo Rubieri da Parma (1430ca-1500ca.): qui però è interessante notare anche ai fini di possibili attribuzioni del *tractatus*, che il Rubieri nel raccogliere i testi per i suoi codici ha avuto l'occasione di seguire i consigli e le indicazioni di Angelo di Alessandro degli Ubaldi († 1492), nipote del più famoso Angelo degli Ubaldi che è elencato tra gli autori del *De reprobatione testium*. Ma sulla figura e l'opera del Rubieri e sulle sue relazioni cfr. G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, p. 37 ss. e p. 47, n. 5 e pp. 50-51.

<sup>(110)</sup> Il Rubieri evidenzia nel testo le *additiones* del Cepolla con particolarità scritte, come, p. e., al f. 59r de Ms 98: « ADDI. Sed an debitor vel affictualis vel pensionarius possit esse testis? Dic quod sic ut notat Albericus Maleta. in suo tractatu 'De testibus', in quarta parte 'De interrogatoriis' in 94 col. Bartolo. Cepolla. CIO », che nell'ed. del T.U.I. cit., sub N°. 13, f. 74ra, dopo il passo « Sed debitor non testificatur pro creditore ». Oltre al trattato del Maletti, dette *additiones* richiamano anche la dottrina di autori come Azone, Roffredo, G. Durante, R. Malombra, Cino, F. Petrucci, A. degli Arsendi, G. d'Andrea, Bartolo, Antonio da Budrio, Baldo, Angelo degli Ubaldi.

<sup>(111)</sup> Sulla vita e sull'opera di Bartolomeo Cepolla († 1470), cfr. G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, p. 54, n. 11 e la bibliografia ivi ricordata.

<sup>(112)</sup> È stato rilevato da E. Casamassima, nel suo *Iter germanicus*, cit., p. 37, che l'*editio princeps* del *De reprobatione testium* è l'incunabola G.W. 3665 (f. 163v), stampata a Venezia da Wendelin von Speyer nel 1472. Le edizioni continuano poi nel secolo XV, e segnalerei, p. e., il *Tractatus de reprobatione testium compositum per Iacobum Egidii utriusque iuris doctorem*, stampato, sempre nelle opere di Bartolo, a Venezia nei *Consilia, questiones et tractatus... cum additionibus novis* [Bernardini Landriani], da Battista de Tortis il 17 novembre 1506.



In questo rapido esame per completezza devo poi ricordare anche un'altra redazione del *tractatus*, ove sono segnalate e non ancora inglobate nel testo un certo numero di *additiones* anonime, che testimoniano la frequenza del fenomeno descritto. Il Vat. lat. 2656 conserva un *Tractatus de testibus pulcerrimum secundum Joannem Andree* <sup>(113)</sup>, in tutto identico al *De reprobatione testium* che circola sotto il nome di Jacopo Egidi <sup>(114)</sup> e abbastanza differente dalla *Summula de testibus* attribuita a Giovanni d'Andrea <sup>(115)</sup>.

Infine non trascurerei neppure alcune scarse note, scritte in calce al *Tractatus* nel Ms viennese 5091, ove sono raccolte nuove allegazioni, che potrebbero considerarsi un esempio nel processo di formazione del trattato, nuclei iniziali dai quali poi, per successive rielaborazioni, si sviluppano le future e complesse *additiones* <sup>(116)</sup>.

Il *Tractatus de reprobatione testium* ha dunque una tradizione complessa: sopra un impianto iniziale che elenca un certo

<sup>(113)</sup> Cfr. Vat. lat. 2656, ff. 69vb-72vb: il codice è miscelaneo, e dal f. 50ra-92vb, contiene materiale attribuibile a giuristi perugini.

<sup>(114)</sup> Cfr. *supra*, p. 31, n. 92 e p. 32, n. 96. — Giovanni d'Andrea, come riferisce il Diplovatazio (cfr. *supra*, p. 33, n. 99), nei suoi *In secundum Decretalium librum Novella commentaria*, tit. *De testibus et attestacionibus* (2, 20), *Rubrica*, (ed. Venetiis 1581, f. 127ra) ricorda: « ... sufficientique hec pro summatione materiae, quae prolixior est, ut patet in summis huius tituli in Spec., eod. tit., in Mar. Gall., eod. tit., in *opuscolo* Jacobi de Amelia, quem fecit super hoc tit. ».

<sup>(115)</sup> Sull'attribuzione di questa operetta a Giovanni d'Andrea, cfr. T. DIPLOVATIUS, *Liber*, cit., p. 230 e J. F. VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, II, Stuttgart 1877, p. 223. — Ho confrontato il *Tractatus de testibus* del Vat. lat. 2656, con la *Summula de testibus* attribuita a Giovanni d'Andrea dal Vat. lat. 2640, ff. 53ra-55va (*inc.*: Quia Summula de testibus est valde necessaria ideo plenius attingamus; *expl.*: etiam in causa criminali, Extra, 'De electione', c. 'Per inquisitionem', sicut non admittitur ad denunciationem, Extra, 'De accusationibus', c. fi., l. vj. Explicit Summula de testibus per excellentissimum iuris canonici doctorem dominum Jo. Andr.) e dal Vat. lat. 2363, ff. 57vb-60ra (*inc.*: Quia hec Summula est quam plurimum necessaria ideo plenius videamus; *expl.*: ut Extra, 'De accusationibus', c. ultimo, li. primo secundum Jo. An. Explicit tractatus sive summula edita per Jo. Andree cuius memoria requiescat in pace amen. Deo gratias amen.), rilevandone una sostanziale diversità.

<sup>(116)</sup> Cfr. Wien, Oesterreichische Nationalbibliothek, 5091, ff. 12v-13r.

numero di allegazioni di grandissima utilità per la pratica, si sarebbe pervenuti a nuove redazioni per successive *additiones* <sup>(117)</sup>. L'edizione a stampa di una redazione tra i trattati di Bartolo porta alla definizione di un testo, che poi confluisce nel *T.U.I.* <sup>(118)</sup>. Sotto questo aspetto l'edizione della redazione attribuita a Bagarotto, proprio perchè compare stampata assieme alla bartoliana, ma sempre attribuita a Jacopo Egidi, potrebbe anche prospettarsi come un interessante recupero, voluto dall'editore della raccolta di trattati edita a Lione nel 1549, e non privo di un suo valore polemico.

7. Il *Tractatus dictionum* è attribuito ad Angelo d'Amelia dal Ms 275 (C. 6.1) della Biblioteca Angelica di Roma <sup>(119)</sup>.

<sup>(117)</sup> Il Diplovatazio, nell'*add. cit.* (cfr. *supra*, p. 31, n. 92), ritiene che Jacopo Egidi « edidit hunc tractatum per viam additionis seu commentationis ».

<sup>(118)</sup> Giovan Battista Ziletti (an. 1538, p. 1584), giurista ed editore, sul quale manca ancora un vero studio, nel 1574 non aveva incluso tra i *Tractatus de testibus*, cit., la redazione attribuita a Bagarotto, che invece nel 1584 veniva pubblicata nel vol. IV del *T.U.I.* Tale redazione però, come si è detto, era già entrata in circolazione fin dal 1549, da quando cioè era stata edita nel vol. V, cit., dei *Tractatus e variis iuris interpretibus collecti*, cit. Questa raccolta in sedici volumi edita a Lione, è stata preceduta secondo A. Dupin (*Profession d'Avocat. Bibliothèque choisie des livres de droit*, Paris 1832, p. 138) da un'altra raccolta lionese in nove volumi nel 1535, che non mi è stato possibile reperire. Conosco però un'edizione intermedia alle due precedenti, in dodici volumi, sempre lionese del 1544, ignota al Dupin, che non pubblica nè la redazione di Bagarotto, nè la bartoliana. Sarei pertanto propenso a ritenere la redazione di Bagarotto come edita per la prima volta nella raccolta lionese del 1549.

<sup>(119)</sup> Vedi H. NARDUCCI, *Catalogus codicum manuscriptorum praeter graecos et orientales in Bibliotheca Angelica olim Coenobi Sancti Augustini de Urbe...*, tomus prior complectens codices ab instituta Bibliotheca ad a. 1870, Romae 1892, pp. 148-151. È un codice cartaceo che, per le singolari dimensioni, diciamo « tascabili », è descritto dal Narducci con l'espressione « *strictioris formae quae dicitur vacchetta* ». Appartenente alla fine del sec. XV, è di mano di tal *Bentivolus de Bentivoleis a Saxoferrato*. Scritto in tempi diversi, forse iniziato a Perugia nel 1470 e terminato nel 1475 (cfr. f. 144r e f. 98r), riporta anche un trattato del Bentivoglio, che sembra aver avuto generici interessi culturali e più specifici interessi professionali per il mondo del diritto. Alcune annotazioni poste nell'ultima parte del codice, e riportate fedelmente dal Narducci, offrono la possibilità di individuare meglio il raccogliitore, che fu vicario del Podestà in Urbino nel 1475. La notizia trova una conferma in un atto del 1475, conservato nel vol. 231, f. 22r, della Quadra di S. Croce, dell'Archivio di Stato, Sezione di Urbino. Si deve altresì segnalare che tutta la famiglia Bentivoglio da Sassoferrato gravitò intorno ad Urbino, durante la signoria di Federico da Montefeltro,

Il contenuto del breve trattato, caratterizzato da uno schema apparentemente elementare, è un esame delle *dictiones* <sup>(120)</sup>; così il prologo precisa l'argomento :

Debet advocatus verba sua curiose ordinare quod per transpositionem non faciant repugnantiam vel perplexitatem verborum quia tunc nihil concludit <sup>(121)</sup>.

E in un passo successivo torna a spiegare l'argomento trattato con queste parole :

Ad habendum ergo veriore[m] doctrinam dictionum seu significationem verborum quibus plerumque utimur in scripturis iudicialibus de natura significationis earum prout in iure sparsim ponuntur licet per ordinem inferamus <sup>(122)</sup>.

---

occupando posti non secondari a corte e nell'amministrazione, cfr. Archivio di Stato di Roma, Cam. I, vol. 836, f. 1, f. 128, f. 129v, 135v e vol. 838, f. 33, f. 64v; Archivio Segreto Vaticano, Arm. LX, vol. 21, f. 206v; Biblioteca Universitaria di Urbino, Fondo del Comune, vol. 60, f. 92 e vol. 32, f. 56. Bentivoglio de' Bentivoglio inoltre, fu giudice del Presidiato di Farfa nel 1476, mentre ne era abate commendatario il cardinale Latino Orsini (cfr. I. SCHUSTER O.S.B., *L'imperiale Abbazia di Farfa. Contributo alla storia del Ducato romano nel Medio Evo*, Roma 1921, pp. 357-359), e che era stato Legato in Urbino (cfr. P. PERUZZI, *Per la storia della Chiesa urbinata: un antico catalogo di vescovi, preposti e canonici*, in *Studi Urbinati*, LXI (1967), p. 1149). Infine fu capitano a Nola nel 1478, governatore di alcune terre in Abruzzo nel 1480 e uditore di Rota nel 1484, durante il pontificato di Innocenzo VIII: dati che però non ho potuto controllare.

<sup>(120)</sup> Sul significato delle *dictiones* cfr. VINCENTIUS BELLOVACENSIS, *Bibliotheca Mundi seu Speculi maioris... tomus secundus qui Speculum morale inscribitur...*, Duaci 1624 (ed. anast. Graz 1965), coll. 81-84. Sull'uso degli *argumenta* e *dictionibus sumpta*, cui spesso ricorrono gli autori della scuola del commento, cfr. J. BELLONUS (sec. XVI), *De argumentis legum... tractatus*, Lugduni 1551, pp. 114-120 e A. BARBOSA (sec. XVI), *Tractatus de dictionibus, particulis, adverbis et praepositionibus*, edito in A. BARBOSA, *Tractatus varii...*, Lugduni 1660, pp. 641-818. — Sul valore di una generica preparazione grammaticale nella pratica del foro, inferiore naturalmente all'esercizio dialettico, cfr. J. ACHER, *Six disputationes et un fragment d'une repetitio orléanaise*, in *Mélanges Fitting*, tom. II, Montpellier 1908, p. 307 e n. 45, soprattutto la testimonianza di Jacques de Révigny, ivi riportata.

<sup>(121)</sup> Al f. 74r.

<sup>(122)</sup> Al f. 74v. L'esame delle *dictiones* è collocato dopo questo passo con un ordine che allo stato attuale non mi è pienamente comprensibile. Avverto però che nell'esame delle prime *dictiones* (et, que, etiam, ne, ac) — che grammaticalmente sono delle congiunzioni — il *tractatus* segue in modo sommario, ma non trascurabile, la classificazione basata sulla *potestas coniunctionum* enunciata dal grammatico Donato (sec. IV d.C.), sia nell'*Ars minor*, come nell'*Ars maior*, ma cfr. *Probi Donati Servi*

Ma a parte i due brevi passi or'ora trascritti, il testo è un pedante e monotono elenco di alcune particelle del discorso (et, atque, ne, quin, quasi, amplius, ultra, forte, contra, citra, qui, immo, ecc.) corredate da citazioni esemplificative di testi del Corpus Juris Civilis e del Corpus Juris Canonici, messe in relazione con le figure della logica scolastica, dalle quali appunto deriverebbe il significato delle *dictiones*.

Chiude il *tractatus* un lungo passo che, nella sua struttura formale, può definirsi un'*additio* <sup>(123)</sup>. Come nella parte precedente sono qui facilmente riconoscibili gli interessi retorici <sup>(124)</sup>, essendovi riassunte sommarie nozioni derivate dalle categorie aristoteliche e da alcune figure logico-grammaticali <sup>(125)</sup>. La tratta-

*qui feruntur De Arte grammatica libri ex recensione H. Keilii*, Lipsiae 1864 [= Grammatici Latini, IV], p. 364 e pp. 388-389, mentre per la diffusione di Donato nella cultura medievale cfr., p.e., H. Roos, *Die Modi significandi des Martinus de Dacia*, Munster W. 1952 [= *Beiträge zur Geschichte der Philosophie und Theologie des Mittelalters*, XXXVII, 2], p. 88.

<sup>(123)</sup> A parte la differente materia trattata, il distacco di questa parte finale è piuttosto riconoscibile anche nel Ms dell'Angelica, che appare abbastanza rielaborata rispetto alla tradizione più diffusa, ma cfr. *infra*, n. 125.

<sup>(124)</sup> Cfr., p. e., f. 80v, ove a conclusione di tutto il passo si dice: « Propter ea cautus sit advocatus ut in suis locutionibus et scripturis verbis claris et apertis et non figuratis utatur. Nam dicitur in libello *De regimine principum*, quod clarius scit, clare loquitur... Item conferre debet verba sua per verba legalia, non verbis aliarum scripturarum. Deo gratias amen ». Per una problematica molto simile richiamerei le *Arengae lombardorum* segnalate e studiate da A. MAIER, *Un manuale per gli studenti di diritto in Bologna nel secolo XIII-XIV*, in *L'Archiginnasio*, 44-45 (1949-50), pp. 3-10, da me consultato in A. MAIER, *Ausgehendes Mittelalter*, II, Roma 1967 [= *Storia e letteratura*, 105], p. 99, che costituiscono un manuale pratico contenente materie diverse, ma principalmente una lunga serie di *exordia* provenienti per la maggior parte dall'*Ordo iudiciarius* di Egidio Foscherari.

<sup>(125)</sup> Cfr. ff. 79v-80v: « Nota quod quedam sunt verba seu dictiones que appellantur equivoca, quedam equipollentia, quedam sinonima, quedam respectiva seu [ad] aliquid dicta, quedam demonstrativa, quedam illativa, quedam propria, quedam appellativa, quedam simplicia, quedam composita, quedam directa, quedam obliqua, seu inflexa. Equivoca sunt que sunt sub uno modo et sub uno nomine proferendi idem (var. plura) significant. Habet enim nomen commune sed ratio substantie est diversa, ut est in nomine generali sub quo plures specie continentur, ut puta res que est nomen generale, ut ff., 'Si certum petetur', l.i. (D. 12, 1, 1), sive sit genus generalissimum sive subalternum, ut animal, ut ff., 'De legatiis' ii, 'Legato generaliter' (D., 30, 1, 37), quorum appellatione infinite res continentur. Equipollentia sunt que sunt sub diversis vocibus et nominibus prolata ad unum tamen redunt intellectum, ut 'mando', 'iubeo'.

zione comunque è talmente elementare da potersi ricondurre genericamente all'insegnamento comune a tutta la cultura medievale e da legittimare il sospetto che detta *additio* possa essere stata esemplata su « articolazioni » o schemi circolanti nelle scuole di arti liberali.

Tralasciando per ora ogni giudizio su questo trattatello e sulle connessioni che esso presenta con trattazioni di grammatica speculativa sembra qui più opportuno notare subito che il testo è pressochè identico al *Tractatus de dictionibus editus per Bar[tolomeo de Saxoferrato]* del Vat. Lat. 10726 <sup>(126)</sup>, che, come è già noto, è del tutto differente dall'omonimo trattato ricevuto dalle stampe <sup>(127)</sup>.

Ma a margine del f. 157r del Vat. Lat. 10726 una ignota mano del XVI secolo annotava: *iste est tractatus Baldi impressus in sua practica iudiciaria etc.* <sup>(128)</sup>, riconoscendo una identità tra questo breve testo e un'opera di più ampie proporzioni.

Naturalmente il Borino che dette una precisa descrizione di tutto il prezioso codice, rinvì immediatamente al titolo *De*

'precipio', 'iniungo', et 'impero', C., 'Communia de legatis', l. 'Omne verbum' (C., 6, 43, 2), ff., 'De re iudicata', l. 'In summa' (D., 42, 1, 59), quia non refert quid ex equipollentibus fiat, ut C., 'De institutionibus et substitutionibus', l. iij. (C. 6, 23, 3), licet contrarium notatur C., 'De codicillis', l. 'Si idem' (C., 6, 26, 7), quia vix est aliquid quod in aliquo non discrepet ad aliquo. Sinonima sunt que sub diversis nominibus sunt prolata unum et idem significantia. Nam 'mulier' et 'femina' pro eodem ponuntur, ff., 'De falcidia', l. i. (D., 35, 2, 1); item 'testamentum' et 'elogium' idem significant ut C., 'De iure deliberandi', l. 'Quidam' (C., 6, 30, 20), sic 'mare', 'equor' et 'pontus' pro eodem ponuntur, ff., 'De verborum obligationibus', l. 'Sub una' (D., 45, 1, 36)... ». La derivazione dalle categorie aristoteliche è abbastanza dimostrabile, ma cfr. ARISTOTELES LATINUS, *Categoriae seu predicamenta*. 1. *Traslatio Boetii...*, ed. L. MINIO PALUELLO, Bruges-Paris 1961 [= *Corpus Philosophorum Medii Aevi*, I. 1-5] p. 5. Altre nozioni invece, come p. e., la seguente: « Directa vero vel obliqua seu inflexa dicuntur ut notatur C., 'Communia de legatis', l. 'Omne verbum' (C., 6, 43, 2); ad idem ff., 'De vulgari et pupillari', l. 'Verbis civilibus' (D., 28, 6, 7)... », sono riconducibili a Prisciano (*Inst. gram.*, 2, 25-29).

<sup>(126)</sup> Cfr. Vat. Lat. 10726, ff. 157r-159v.

<sup>(127)</sup> Cfr. R. FEENSTRA, *op. cit.*, p. 210.

<sup>(128)</sup> L'annotazione è fedelmente riportata da J. B. BORINO, *op. cit.*, p. 123, N°. 91. L'A. rileva anche che « hic tractatus, qui in nostro codice Bartolo tribuitur, est excerptum ex *Practica iudiciaria* Baldo de Ubaldis de Perusia, perperam attributa ed. Lugduni 1534, in fine, sub tit. *De significatione verborum* ».

*significatione verborum* della *Practica iudiciaria* attribuita a Baldo degli Ubaldi, dalla quale questo trattato potrebbe anche essere stato estratto. Ma dopo gli studi del Solmi, che ha restituito quest'opera a Tancredi da Corneto († 1310), sotto il vero titolo di *Summa compendiosa*, si dovrebbe giungere alla conclusione che il *Tractatus dictionum*, perlomeno nelle due relazioni che ho citate, corrisponde all'ultima *quaestio* della *Compendiosa* (<sup>129</sup>).

Ma riconosciuta una tale identità tra i due testi, direi che ogni attribuzione ad Angelo d'Amelia deve essere respinta, essendo la *Compendiosa* di Tancredi da Corneto sicuramente precedente alle attività letterarie e scientifiche del giurista amerino (<sup>130</sup>).

Restano comunque aperti i problemi di attribuzione del *Tractatus dictionum*, perlomeno nella redazione segnalata (<sup>131</sup>),

(<sup>129</sup>) Cfr. A. SOLMI, *Di un'opera attribuita a Baldo*, in *Archivio Giuridico F. Serafini*, LXVII (1901), pp. 401-453 e ristampato dallo stesso nei *Contributi alla storia del diritto italiano*, Roma 1937 [= *Biblioteca del Foro Italiano*], pp. 415-450.

(<sup>130</sup>) Sulla dubbia attribuzione a Bartolo di questo trattato e sui problemi che questa redazione, non ricevuta dalle stampe, fa sorgere cfr. R. FEENSTRA, *op. cit.*, p. 210 e F. CALASSO, *op. cit.*, p. 564. Direi però che le stesse considerazioni si possono estendere ai Mss. Bruxelles, Bibl. Royale 2724, ff. 66v-69r; Lione, Bibl. Municipale 387 (316), ff. 58r-60r; Lipsia, Universitätsbibl., Haenel 15, ff. 334v-336v; Monaco, Bayerische Staatsbibl. 23899, ff. 32, attribuiti a Bartolo.

(<sup>131</sup>) Il trattatello ha circondato anche come estratto della *Summa Compendiosa* cfr. Biblioteca dell'Escorial, d. II. 10, ff. 53-61, segnalato da G. ANTOJIN, *Catálogo de los códices latinos de la Real Biblioteca del Escorial*, vol. I, Madrid 1910, pp. 428-429. Comunque per poter individuare una qualsiasi attribuzione ritengo che si debbano seguire anche le indicazioni di A. BARGIONI, *Dino da Mugello (Giureconsulto del sec. XIII). Ricerche...*, Firenze 1920, p. 34 che assegna al grande giurista un *Tractatus dictionum*, con un incipit (*Ad habendam uberiorem doctrinam*) identico al trattato testé esaminato. Al Bargioni però la notizia potrebbe essere pervenuta attraverso il SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, V, Heidelberg 1850, p. 464 e n. 1. L'affermazione comunque può esser comprovata perchè un *tractatus*, quasi identico, è attribuito a Dino dal cod. 113 (I. XXIX), ff. 278b-280v del Capitolo della Chiesa Metropolitana di Praga, cfr. A. PODLAHA, *op. cit.*, N° 1183; dal cod. A. 13, ff. 220v-221r della Biblioteca Capitolare di Atri, cfr. G. JORTO, *Scorsa nell'Archivio Capitolare di Atri, Codici manoscritti ed incunaboli*, in *Rivista abruzzese di scienze, lettere ed arti*, IX (1894), p. 415. Ugualmente per l'identità dell'incipit (*Ad uberiorem doctrinam habendam significationem quorundam verborum*), ma anche per la sottoserizione di Dino, si deve ricordare il Ms a 5, ff. 87va-89rb, della Biblioteca dei Conti Nostiz, oggi Dobrovsky di Praga, segnalato da M. BOHÁČEK, *Rukopisny sborník Mikuláše*

così come restano aperti i problemi sul significato e sull'uso delle *dictiones*.

Ritengo però di dover osservare che c'è comunque da dubitare che il *tractatus*, così come è pervenuto, possa aver avuto una precisa paternità. Come si è detto, è un'operetta, quasi un elenco <sup>(132)</sup>, che raccoglie e segnala testi sparsi delle compilazioni giustiniana e canonica, a margine dei quali la glossa aveva fatto uso dell'*argumentum e dictionibus sumptum* <sup>(133)</sup>.

*Schulze* *nostické knižkovny v Praze a jeho prinos k bartolovské bibliografii*, in *Studie o rukopisech*, VI (1967), pp. 110-111, difficilmente riconoscibile nella precedente descrizione di J. V. ŠIMÁK, *Rukopisy majorátní knihovny hrabat z Nostiz a rhienecka v Praze*, Praze 1910, p. 5, ove è confusamente unito ai trattati *de copula* e *de dictionibus*, ricevuti dalle stampe, e attribuiti a Bartolo. Non si potrebbe invece trascurare il *Tractatus de dictionibus compositis*, attribuito a Dino dal Ms jur. fol. 123 di Stuttgart, ff. 49ra-51rb (*inc.*: Ad ulteriorem doctrinam), ma cfr. J. AUTENRIETH, *Die Handschriften der ehemaligen Königlichen Hofbibliothek Stuttgart*, vol. III [= *Codices iuridici et politici*], Wiesbaden 1963. Nè sarà inutile un esame attento del cod. 412, ff. 271r-280r della Biblioteca Jagellonica di Cracovia, ov'è contenuto un trattato sulle dizioni attribuito a Dino con le *additiones* di Giovanni da Imola († 1436), cfr. J. FIALEK, *Dominus Bartolus de Saxoferrato eiusque permagna in Polonos auctoritas...*, Cracoviac 1914, p. 13. L'ipotesi di un'attribuzione a Dino dal Mugello non può esser respinta aprioristicamente, quando si considera che Tancredi da Corneto espressamente dichiara di aver attinto anche alle sue opere, ma cfr. A. SOLMI, *op. cit.*, p. 421 ss. Infine è opportuno avvertire che il trattato ha circolato anonimo come nel cod. 485, vol. I, della Biblioteca Classense di Ravenna, ff. 188r-190v; nel cod. 382, n. 6 V.F. 30, della Biblioteca Estense di Modena, cfr. F. BLUME, *op. cit.*, p. 37; nel cod. 70, ff. 40r-41v della Biblioteca del Collegio di Spagna in Bologna e infine nel Vat. lat. 11605, ff. 189vb-191vb (*De significatione quorundam verborum*), segnalato e descritto da H. CARUSI, J. RUYSSCHAERT, *Codices Vaticani Latini. Codices 11414-11709*, Città del Vaticano 1959, p. 403, interessante per alcune particolarità dell'*inc.*

<sup>(132)</sup> La considerazione mi è implicitamente suggerita da A. MAIER, *Codices Burghesiani Bibliothecae Vaticanae*, Città del Vaticano 1952 [= *Studi e testi*, 170], p. 425. La Maier, nella descrizione del Borg. 373, indica un anonimo scritto al f. 1v, pressochè analogo al nostro, come *Index auctoritatum de variis dictionibus, quae frequenter inveniuntur in Corpore iuris civilis* (*inc.*: De dictione maxime plene per Jo. An., 'De filiis presbiterorum', c. 'Ad abolendam'; *expl.*: De dictione dummodo per Jo. An., 'De usu pallii', c. 'Ex tuorum', super verbo dummodo et per Jo. An., 'De prebendis', c. 'Non potest', in glo. 'quero', in fi., li. vj°). L'*Index* in realtà elenca anche *dictiones* del Corpus iuris canonici e differisce dal *Tractatus dictionum*, perchè rinvia a testi dottrinari, senza definire la funzione della *dictio*.

<sup>(133)</sup> Il *tractatus*, naturalmente, raccoglie solo i testi, rinviando senza alcuna indicazione alla glossa, perchè è proprio qui, e non nel testo giustiniano o canonico, che le *dictiones* sono esaminate. Se, p.e., si prende la 'dictio' quasi, è così trattata: « Item

Se però è consentito formulare un'ipotesi io credo che l'anonimo autore — e sicuramente anche i successivi rielaboratori — abbia voluto riunire sotto un'unica trattazione materiali di differente provenienza. A parte i richiami letterari che indicano una modesta apertura culturale <sup>(134)</sup>, procedendo a più stretto rigore ho ritenuto opportuno di dover distinguere l'argomento della *significatio verborum* dei testi giuridici, limitato all'esposizione delle cosiddette *consignificantiae* o *dictiones syncategorematicae*, tema largamente conosciuto dalla tarda scolastica <sup>(135)</sup>, cui fanno

---

dictio 'quasi' est expressiva veritatis, ff., 'De transactionibus', l.j., et 'De verborum obligationibus', l. 'Qui Rome', § 'Duo fratres', et quandoque denotat imperfectiorem, ut ff., 'De conditionibus et demonstrationibus', l. 'In facto'. La consultazione della glossa *qui transigit* a D. 2, 15, 1 (... et quod dicit 'quasi' improprietatem notat secundum quosdam, quia quandoque fit super re non dubia... Tu dic quod est veritatis expressivum et in dictis legibus verbum transactio improprie ponitur...), o *proponuntur* a D., 45, 1, 122, 6 (... Ibi vero simpliciter: et sic omnino bene fuit iudicatum: et quod dicit 'quasi' de hoc etc. expressivum est veritatis, ut et alias supra 'De transactionibus', l.j.), o infine *quasi* a D., 35, 1, 60 (Hic 'quasi' denotat imperfectiorem, nam et aliae multae sunt divisiones...), rendono ragione delle tre allegazioni proposte in modo esemplificativo dal *tractatus* e dei suoi possibili usi.

<sup>(134)</sup> Il *tractatus* per ben due volte riporta la massima « qui clarius intellegit, clarius loquit », compiacendosi di ricordare che deve attribuirsi al *philosophus*, ma cfr. *supra*, p. 40, n. 124. A questo proposito richiamerei anche l'altra citazione di Giovanni di Salisbury, che non si trova nel Ms dell'Angelica, mentre è presente nella *Compendiosa*, e che mi pare ugualmente importante, cfr., *infra*, pp. 47-48, n. 139.

<sup>(135)</sup> La dipendenza del *Tractatus dictionum* da più antichi o contemporanei scritti logici sul *modus significandi* sembrerebbe facilmente dimostrabile sia per il metodo, che per l'identità di materia. Autori come, p.e., Guglielmo da Sherwood († post 1267), nei suoi *Syncategoremata*, editi da J.R. O'Donnel, in *Mediaevals Studies*, III (1941), pp. 48-93, oppure come Walter Burleigh (1275-1345?), nel suo *Tractatus syncategorematum*, edito da Ph. Boehner in W. BURLEIGH, *De puritate artis logicae tractatus longior, with Revised Edition of the Tractatus brevior*, New York, Padeborn, Louvain 1955 [= *Franciscan Institute Publications*, Text series, 9], pp. 220-260, esaminando le *dictiones* ponevano la 'regola' e quindi la *probatio* o il *sophisma*, ma cfr. G. WALLERAND, *Les oeuvres de Siger de Courtrai (Étude critique et textes inédites)*, Louvain 1913, p. (27) e ss., e J.A. WEISHEIPL, *Development in the Arts Curriculum at Oxford in the Early Fourteenth Century*, in *Mediaevals Studies*, XXVIII (1966), p. 156. Il *Tractatus dictionum* afferma la 'regola' e fa quindi seguire la citazione, o le citazioni dei testi giuridici, nei quali il valore della *dictio* o *consignificantia* è già stato chiarito grammaticalmente a livello di *glossa ordinaria*, cioè di un testo che non è più una semplice scrittura esegetica, ma che ha ormai spiegato tutta la sua *auctoritas*.



seguito poche comuni nozioni derivanti dall'insegnamento tradizionale della logica aristotelica e della grammatica.

Il *tractatus* che, come dimostra la tradizione manoscritta, sembrerebbe aver avuto qualche diffusione fino al secolo XV <sup>(136)</sup>,

(136) Anche la sola tradizione manoscritta a me nota (cfr. *supra*, pp. 42-43, n. 131), può ben dimostrare la diffusione del trattatello. Si deve però aggiungere che le stesse allegazioni segnalate dal *de dictionibus* sono state usate anche da J. BEL-LONUS (*op. cit.*, pp. 114-120), giurista francese del sec. XVI (cfr. E. DE TEULE, *Chronologie des Docteurs en droit civil de l'Université d'Avignon (1303-1791)*, Paris 1884, p. 34). Inoltre molti dei testi allegati dal nostro trattatello sono identici a quelli elencati nel *Tractatus de prepositionibus*, attribuito ad *Albertus de Pergamo* nell'ed. della raccolta di *Tractatus et varii iuris interpretibus collecti...*, vol. I, Lugdani 1549, ff. 333vb-337vb, ristampato nel vol. XVIII del *T.U.I.*, ed. Venetiis 1584, ff. 273va-278ra, e in J. STRAUCHIUS, *Lexicon particularum Juris seu de usu et efficacia syncategorematum et particularum indeclinabilium... cui accessit ALBERTI DE PERCAMO tractatus de praepositionibus...* ed. Francofurti et Jenae 1671. Ma i rapporti tra le due opere sono abbastanza complessi e meritano un più approfondito esame: per quanto riguarda una sospettabile derivazione del *de dictionibus* dal *de praepositionibus*, mi limiterò ad annotare alcune differenze strutturali. L'operetta attribuita ad Alberto, oltre ad allegare un numero maggiore di testi giustiniani o canonici, tratta, in questo senso, più diffusamente la materia secondo una classificazione ineramente grammaticale, che gli autori della tarda scolastica hanno superato nel concetto di *consignificantia*. Il trattato divide le *dictiones* in preposizioni (cfr. ff. 274vb-276rb, NN<sup>o</sup>. I-88), avverbi (cfr. ff. 276rb-276vb, NN<sup>o</sup>. 89-108), e congiunzioni (cfr. ff. 276vb-277rb, NN<sup>o</sup>. 109-125), disponendole in un ordine alfabetico del quale non si trova traccia nel *de dictionibus*. È però identica la *nota o additio*, già esaminata (cfr. *supra*, pp. 40-41, e n. 125), ma che nel trattato attribuito ad *Albertus* è seguita ancora dall'esame di altre *dictiones* (cfr. f. 277va, NN<sup>o</sup>. 126-132). Inoltre dovranno essere sottoposte ad una attenta valutazione alcune citazioni di dottrina, come, p.e., quella di Giovanni d'Andrea (cfr. f. 276vb, N<sup>o</sup>. 104), o di Paolo degli Azari (cfr. f. 275vb N<sup>o</sup>. 59), che, così come si presentano nella redazione a stampa, costituiscono elementi per ritenere il *de praepositionibus* posteriore al *de dictionibus*. Sembra comunque di poter affermare, anche da un sommario esame, che, nonostante i palesi rapporti tra le due operette. La materia è molto rielaborata e in maniera tale da conferire ai due *tractatus* qualche possibilità per tenerli distinti tra loro. Infine intorno all'attribuzione del *de praepositionibus* gli Autori sono piuttosto discordi: il MAZZUCHELLI (*op. cit.*, vol. II, pt. II, Brescia 1760, p. 932) è più propenso ad attribuire questa operetta ad Alberico da Rosate (1290ca.-1360), fondando la sua convinzione sopra una indicazione di D. CALVI (*Scena letteraria de gli scrittori bergamaschi...*, pt. I, Bergamo 1664, p. 13, ma cfr. anche p. 63); mentre B. VAERINI (*Gli scrittori di Bergamo...*, Bergamo 1788, p. 77 e poi p. 79) l'attribuisce ad un giureconsulto bergamasco di nome Alberto vissuto nel sec. XVI e che altri identificano, con molti dubbi, in un omonimo frate capuccino deceduto nel 1585, cui si attribuirebbe questo solo scritto di argomento giuridico, ma cfr. J. H. SBARALEA, *Supplementum et castigatio ad Scriptores trium ordinum S. Francisci a Waddingo, aliiive descriptos...*, pt. 1, ed. Romae 1908, p. 7, N<sup>o</sup>. XXXVIII.

rappresenta un'interessante testimonianza sull'utilizzazione dei sincategoremi od operatori logici, presso i giuristi posteriori alla glossa (<sup>137</sup>). Sul piano scientifico, cioè sul piano della grammatica speculativa, il risultato appare estremamente modesto, nel senso che rimane legato ad un uso elementare senza penetrare perfettamente le implicanze logiche del problema esaminato. D'altra parte mi sembra abbastanza naturale che il trattato recepisce i risultati dei logici e non sentisse alcuna necessità di approfondirli.

Se si deve poi inquadrare il trattatello in un panorama più generale, direi che si colloca abbastanza agevolmente in quella fioritura di scritti similari che a partire dalla fine del secolo XIII si incontrano con frequenza e che si ritengono strettamente legati ad un'attenta lettura da parte dei giuristi delle opere dei filosofi maggiori e specialmente di San Tommaso d'Aquino (<sup>138</sup>).

(<sup>137</sup>) Le testimonianze possibili sarebbero comunque numerose: ne ho però voluto scegliere alcune dalle opere esegetiche di Bartolo, che riterrei esemplari. Nel commento alla l. *Demonstratio* (17), al tit. *De conditionibus et demonstrationibus* (35, 1) delle *In secundam Infortiati partem praelectiones* (ed. Lugduni 1546, f. 115vb), Bartolo, chiarita la natura della *demonstratio*, pone il quesito 'per quae verba inducatur demonstratio' e afferma che con le congiunzioni e con gli avverbi « non credo nec scirem ponere casum qui inducat demonstrationem. Ratio est: quia coniunctiones et adverbia de sui natura respiciunt actum verbi et ideo non inducitur demonstratio, sed conditio, causa, vel modus... », in qualche maniera dipendente dalla nozione di 'syncategorema consignificativum', che come dice il Burleigh (cfr. *Tractatus syncategorematicum*, cit., p. 220), non ha « significationem finitam et determinatam, licet finitatem habet ex adiunctis ». L'esame poi 'per quae verba inducatur conditio' è ampiamente svolto alla l. *Legatis quae reliquerunt* (1), tit. *De conditionibus*, cit., in *In secundum Infortiati*, cit. (ed. cit., ff. 115ra-116vb), mentre per il 'modus', sempre al tit. *De conditionibus*, cit., al commento della l. *Quibus diebus* (40), § *Terminus* (5), (ed. cit., f. 23vb). Il *De dictionibus* infatti, specialmente nella struttura descritta (cfr. *supra*, p. 44, n. 135), dipende in una certa misura anche da quella attività di classificazione di termini e dall'approntamento di strumenti, fiorenti in ambito teologico dall'*Etimologiae* di Isidoro di Siviglia (+ 636) in poi, e soprattutto nel sec. XII, cfr. p. e., ALANUS DE INSULIS (... 1128-1202), *Liber in distinctionibus dictionum theologicarum*, ed. in P.L. tom. CCX, Lutetiae Parisiorum 1855, pp. 686-1012.

(<sup>138</sup>) Mi riferisco soprattutto alle raccolte di 'modus arguendi' sui quali si è soffermata l'attenzione degli studiosi e in particolare quelli editi da S. CAPRIOLI, *De « modis arguendi » scripta rariora. I. Dini opusculum*, in *Studi senesi* LXV (1963), p. 30-56; II. *Ranieri summa super modo arguendi*, in *Studi senesi*, cit., p. 107-190; III. *Opusculum quod modis arguendi... secundum Iohannem Andree et Iacobum de*

Il tono del *tractatus* è però certamente minore, anche rispetto a quegli scritti, sollecitato dalla mediazione e dall'utilizzazione dell'insegnamento della retorica, classica e medievale (<sup>139</sup>), con forti

*Arenis*, in *Studi senesi*, cit., pp. 230-234; *IV. Lecturae cuiusdam reliquae londinensis*, in *Studi senesi*, cit., pp. 234-250; nonché ai *loci* delle 'Propositiones maiores' attribuite a Raniero degli Arsendi segnalati da M. BELLOMO, *Per un profilo della personalità scientifica di Riccardo da Saliceto*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. V, Milano 1971, p. 261, n. 20, 21 e 22.

(<sup>139</sup>) Sia il testo del Ms della Angelica, come poi tutti gli altri che tramandano il *tractatus* in maniera distinta, presentano rispetto alla *Compendiosa* una lunga omissione, proprio all'inizio. Ciò peraltro confermerebbe che il trattatello ha anche una sua tradizione autonoma: il passo omesso dovrebbe pertanto attribuirsi a Tancredi e serve come *accessus* alla vera trattazione della materia; qui appunto i legami con l'insegnamento retorico sono infatti più scoperti, come vedremo tra poco. Ma anche nell'ipotesi in cui il trattatello sia stato estratto dalla *Compendiosa* — e, in questo caso, è più difficile rendere ragione dell'omissione segnalata e mi costringerebbe a dover ricondurre il passo omesso ad un intervento che può essere anche censito nella rielaborazione attribuita a Baldo — la sostanza del problema di un riconoscimento delle componenti culturali non subisce eccessivi spostamenti, perchè detti legami si evidenziano agevolmente anche nel prologo già riportato. È omesso comunque il seguente passo, che ho integrato sulla base del Ms 82, ff. 330r-330v, della Biblioteca del Collegio di Spagna in Bologna (*inc.*: *Ista est ultima pars cuiusdam tractatus que vocantur Compendiosa. De cautelis advocatorum; expl.: sensus quam verborum proprietates, ut Extra, 'De verborum significatione', c. 'Propterea', C., 'An servus ex suo facto', l. fi. Finis. Finis. Finis. Finis. Finis.*), essendo risultati inservibili il Vat. Lat. 4988, il Barb. Lat. 1398, e il cod. 126 del Coll. di Spagna in Bologna, privi della parte finale della *Compendiosa*, ed essendo scorrette e mutili l'ed. *incunabola* (H. 5740) e la lionese 1528: «...sunt tamen quedam puncta sive questiones ita nodose, ut insolubiles appareant, ut hec. Scholaris dives rogavit magistrum legum doctorem ut eum studiosius doceret, cui pro disciplina promissit pecuniam [illum] quam peteret, ita ut medietatem in principio, et [aliam] medietatem daturus esset [in] eo die quo primum apud iudices [perorasset] atque vicisset. Cumque discipulus in studio [optime profecisset, clientibus patrocinium degegat, ne] doctori promissam impleret mercedem, immo quam doctor cum discipulo lite de promisso contestatur. Et ait: 'Disce, inquit, stultissime adolescens, quia utroque modo futurum est ut promissum michi exolvās. Si [enim] vicero, ex sententia michi teneberis; si autem] non vincero, ex pacto [te requiram]'. Cui discipulus: 'Magister, utroque modo futurum est ut nichil consequaris. Si [enim] absolvas, ex sententia nichil obtinebis; si vero succumbam, ex [pacto] nichil habebis'. Quam litem inexplicabilem iudices extimantes inindicatam reliquerunt. Hoc describitur in 'Polyerato', 'De Pictagora et Evandro', sed michi videtur explicabilis contra scholarem, ut ff., 'De regulis iuris', l. 'In iure civili' (D., 50, 17, 161), l. 'In omnibus causis' (D., 50, 17, 39) ...». Fonte diretta di Tancredi o di Baldo, è sicuramente Giovanni di Salisbury (an. 1120-1180), anche se i personaggi sono in realtà il filosofo presocratico Protagora e il suo allievo Euathlo (cfr. JOANNIS SARESBERIENSIS, *Policratici sive de nugis curialium et vestigiis philosophorum libri VIII*, recognovit...

influssi provenienti dalla contemporanea e fiorente letteratura in tema di grammatica speculativa <sup>(140)</sup>.

Il nome di Dino dal Mugello proposto da un sommario esame della tradizione relativa al trattatello, sembrerebbe riportarci alla scuola del grande giurista <sup>(141)</sup>. E seguendo una recente indicazione del Bellomo sulla utilizzazione di un certo materiale, o meglio di « schede » possedute dalle scuole dei grandi maestri,

C. I. C. WEBB, tom. I, Oxonii 1909, pp. 337-338). Ma la lite *inexplicabilis* ha una antica tradizione: può considerarsi un *exemplum* derivato dalla lettura degli scritti dei retori classici (cfr. QUINT., *Inst. orat.*, III, 10; AUL. GEL., *Noct. att.*, V, 10) e dei dossografi (cfr. DIOG. LAERT., IX, 56), attraverso le quali confluì nella cultura medievale, cfr. VINCENTIUS BELOVACENSIS, *Speculum... tomus quartus, qui Speculum historiale inscribitur* (III, 55), Duaci 1624 (ed. anast. Graz 1965), p. 104 e G. BURLEIGH (1275-1345?), *Liber de vita et moribus philosophorum...*, herausgeg. von H. KNUST, Tübingen 1886 (ed. anast. Frankfurt am Main 1964), p. 104 e p. 106. Direi però che la testimonianza assume un suo valore e si colloca in quel preciso fenomeno di ricezione della retorica (cfr. A. GIULIANI, *Influence of Retic on the Law of Evidence and Pleading*, in *The Juridical Review. The Law Journal of the Scottish Universites*, 1962, pt. 3, p. 227), poichè è proprio attraverso la lettura del *Policraticus* di G. da Salisbury — del quale è dimostrata l'influenza specialmente sulla scuola napoletana (cfr. W. ULLMAN, *The Medieval Idea of Law*, London 1946) —, che la scienza giuridica recepisce il pensiero della scuola di Chartres e accoglie poi la 'logica del probabile'.

<sup>(140)</sup> Il substrato logico-grammaticale cui è informato sia il prologo del *tractatus*, sia il più complesso *accessus* della *Compendiosa*, traspare con qualche chiarezza nel linguaggio usato: termini come 'transpositio', 'sermo', 'repugnantia', 'intelligentia sermonis', 'proprietas verborum', 'intentio', sono usati, anche se nelle loro implicanze più elementari ed essenziali, con il valore che hanno presso i logici medievali. La consultazione *ad indicem* della recente e documentatissima ricerca di A. MAIERÜ, *Terminologia logica della tarda scolastica*, Roma 1972 [= *Lessico intellettuale europeo*, VIII], rende ragione dell'affermazione e prospetta ampie possibilità di studio. Al contrario invece l'esame delle singole *dictiones* — nucleo centrale del *tractatus* — sembra che non riesca a superare il limite dell'uso di concezioni tradizionali e di strumenti retorici, quando non siano piattamente grammaticali, cfr. H. LAUSBERG, *Handbuch der Literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft*, München 1960, *passim*. Quindi anche l'analisi del contenuto del trattatello ripropone un divario, tra le parti che lo compongono, come se una concezione più progredita avesse tentato di sovrapporsi all'utilizzazione di strumenti più semplici e risalenti. D'altra parte gli ultimi decenni del secolo XIII e i primi del successivo vedono realizzarsi contributi essenziali per lo sviluppo della grammatica speculativa (cfr. J. PINBORG, *Die Entwicklung der Sprachtheorie im Mittelalter*, Münster W. 1967, pp. 19-212), dei quali difficilmente avrebbe potuto tener conto la glossa, sulla quale si basa il *Tractatus dictionum*.

<sup>(141)</sup> Cfr. *supra*, pp. 42-43, n. 131.

credo che per il *Tractatus dictionum*, si debba ragionevolmente pensare ad un processo di formazione molto analogo <sup>(142)</sup>. All'origine quindi si dovrebbe ipotizzare un'elenco di diverse serie di passi, successivamente arricchitosi da nuovi riscontri, posseduto dalla scuola di Dino, e redatto con fini di pronta utilizzazione personale, che ha avuto due diversi destini. Perché, per quello che finora risulta, o è confluito in un'opera maggiore, com'è la *Compendiosa* di Trancredi, o, rimasto autonomo, ha ricevuto successivamente la denominazione di *tractatus*, senza però possederne le più salienti caratteristiche.

### III

8. Il canonista Angelo d'Amelia ha dunque insegnato a Perugia intorno alla metà del secolo XIV, collega di Bartolo da Sassoferrato nell'ultimo decennio del suo magistero. Le testimonianze sono costanti, ma, come accade anche per altri contemporanei, non sempre sono precise: risulta provato però che negli anni 1354-1356 venne chiamato alla lettura delle Decretali <sup>(143)</sup>.

Come ha rilevato l'Ermini, nello Studio l'assunzione dei lettori alle cattedre canonistiche è più ordinata dopo l'anno 1363 <sup>(144)</sup>. Secondo lo Statuto del 1342 è prevista la presenza di due dottori, « uno el qual legga el decreto e l'altro el qual legga le decretagle » <sup>(145)</sup>. Angelo, si è già detto, assume la lettura delle

<sup>(142)</sup> Sull'esistenza di queste 'schede' alla scuola di Jacopo Bottrigari e sulle possibili successive utilizzazioni cfr. M. BELLOMO, *Un'opera ritrovata: le 'Quaestiones' di Jacopo Bottrigari jr.*, in *Studi in memoria di Orazio Condorelli*, Milano 1974, pp. 138-139. Ricorderei però anche l'*Index* del Ms Borg. 373, descritto dalla Maier (cfr. *supra*, p. 43, n. 132), che ben può definirsi come una raccolta di 'schede' del tipo prospettato dal Bellomo.

<sup>(143)</sup> Secondo G. Ermini (*Storia*, cit., I cit., p. 88, n. 31) Angelo d'Amelia è sicuramente lettore nello Studio generale fin dal 1349, ma cfr. *supra*, p. 6, n. 3.

<sup>(144)</sup> Cfr. G. ERMINI, *Storia*, cit., I cit., pp. 163-164.

<sup>(145)</sup> Cfr. il testo dello Statuto pubblicato da A. ROSSI, *op. cit.*, in *Giornale*, cit., V cit., p. 181.

Decretali, mentre legge il Decreto Francesco d'Assisi, Abate del Monastero di S. Bartolomeo di Camporegio <sup>(146)</sup>, sostituito poi da Pietro di Tommaso Corsini a partire dal 1355 <sup>(147)</sup>. Una notizia riferita dal Vermiglioli ci informa che nel 1359 leggeva le Decretali Paolo di Peluzzo <sup>(148)</sup>, ma non sappiamo di più <sup>(149)</sup>.

Di tutti questi canonisti operanti a Perugia alla metà del secolo, abbiamo ancora scarse conoscenze: gli scritti attraverso i quali abbiamo qualche notizia per lo più sono costituiti da con-

<sup>(146)</sup> Precisamente nel 1351, vedi G. ERMINI, *Storia*, cit., I cit., p. 163, n. 3, che richiama gli *Annali Decemvirali*, a. 1351, f. 273v, edito da A. ROSSI, *op. cit.*, Aggiunte e note, doc. 89bis in NS, I, 1886. Su questo canonista cfr. *supra*, p. 26, n. 79.

<sup>(147)</sup> Per la lettura ordinaria del Decreto cfr. A. ROSSI, *op. cit.*, in *Giornale cit.*, V cit., pp. 372-374, doc. 95; detta lettura non dovrebbe essersi protratta oltre il 1359, anno in cui Pietro è a Firenze a leggere le Decretali, cfr. G. GHERARDI, A. MORELLI, *Statuti dell'Università e dello Studio Fiorentino*, ..., Firenze 1881, p. 292 e poi T. CATTURI, *Baldo degli Ubaldi in Firenze*, in *Bollettino della R. Deputazione di Storia patria per l'Umbria*, VI (1900), p. 155. Ma Pietro Corsini era a Perugia fin dal 1354 ove leggeva, in sede straordinaria, il Sesto e le Clementine, avendo sostituito a metà anno Andrea di Martino di Lello, che aveva interrotto la lettura, cfr. A. ROSSI, *op. cit.*, in *Giornale cit.*, V cit., pp. 368-369, docc. 91 e 92: a questi atti è testimone Francesco Tigrini. Notizie su Pietro di Tommaso di Duccio Corsini, *auditor sacri Palatii*, vescovo di Volterra e poi di Firenze, indi cardinale si leggono in L. PASSERINI, *Genealogia e storia della famiglia Corsini*..., Firenze 1858, pp. 68-75, ma vedi anche A. CIACONIUS, A. OLDOINUS, *Vitae et res gestae*, cit., tom. II, cit., coll. 572-573; G. J. EGCS, *Purpura docta*, cit., tom. I, cit., pp. 423-425, nonché in *Il libro di ricordanze dei Corsini*, a cura di A. PETRUCCI, Roma 1965 [= *Fonti per la storia d'Italia*, 100], p. XX, 4, 25, 27, 28, 78. Svolse un ruolo di primo piano durante l'elezione di Urbano VI e nello scisma, cfr. O. PREROVSKY, *op. cit.*, passim. Raccogliitore di codici lasciò alla sua morte una grossa biblioteca cfr. L. CAROLUS BARRÉ, *Bibliothèques médiévales inédites d'après les Archives du Vatican. Inventaires des livres de Amélius de Lautrec, évêque de Castres (1337), Philippe d'Alençon, archevêque de Rouen (1368), Pierre Corsini, cardinal de Florence (Avignon, 1405)*, in *Mélanges d'Archéologie et d'Histoire*, LIII (1936), pp. 348-372, ma sulle successive vicende cfr. D. MAFFEI, *Alberico di Metz e il suo apparato sulle Clementine*, in *Bulletin of medieval canon law*, NS I (1971), pp. 52-53, n. 40. Per una sua attività letteraria testimonianze sono segnalate da A. CAMPITELLI, F. LIOTTA, *op. cit.*, p. 401 e da D. MAFFEI, *op. cit.*, p. 52, n. 37, che segnala una *quaestio* che ne denuncia « il quasi sicuro legame con il periodo dell'insegnamento perugino ».

<sup>(148)</sup> Cfr. G. B. VERMIGLIOLI, *Bibliografia*, cit., p. 36.

<sup>(149)</sup> Anche A. ROSSI, *op. cit.*, in *Giornale cit.*, VI (1877), p. 256, ricorda la notizia data dal Vermiglioli, ma aggiunge che il documento non è stato poi trovato. Cfr. però, *supra*, p. 21, n. 63.

*silia*, che molto spesso sono sottoscritti da più giuristi. Valga come esempio il caso di Angelo d'Amelia, che ebbe occasione di collaborare anche con alcuni tra i più noti maestri di diritto civile. Nello Studio infatti tra i lettori di diritto canonico e quelli di diritto civile dovevano correre stretti rapporti. Bartolo ricorda di aver fatto ricorso alla scienza di alcuni *doctores iuris canonici* perugini per risolvere alcuni problemi in tema di matrimonio <sup>(150)</sup>. Vedremo in seguito come attraverso questo ricordo sia possibile dare fondamento al sospetto che Bartolo si fosse rivolto proprio ad Angelo d'Amelia; in questa sede è più opportuno rammentare che, nel *Tractatus minoricarum*, Bartolo confessa di aver interpellato sopra il valore di alcuni canoni Francesco Abate di Camporegio <sup>(151)</sup>, del quale si è detto poc'anzi e del quale conosciamo una sottoscrizione ad un *consilium* confluito nelle raccolte bartoliane <sup>(152)</sup>.

Le circostanze riferite non sono poi eccezionali, ma caratterizzano un costume dello Studio, che non respinge la collabora-

<sup>(150)</sup> Ai rapporti di Bartolo con i canonisti accenna G. LE BRAS, *Bartole e le droit canon*, in *Bartolo*, cit., vol. II cit., p. 305, notando la « extrême délicatesse » con cui il grande maestro tratta i canonisti.

<sup>(151)</sup> Cfr. BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Consilia*, cit., Quaestio XI (*Habeo filiam naturalem*), N° 10 (ed. Lugduni 1546, f. 84ra), al seguente passo: « Sed hic non est matrimonium verum sed praesumptum de iure civili et ideo talis praesumptio quod per hoc filium nominavit praesumitur matrimonium licet de iure civili sit: tamen de iure canonico non admitteretur, ut sola praesumptio sufficeret ut d. c. Illud quod videtur tenere Host. in d. § fi., in fin. Et hoc idem habui a pluribus doctoribus iuris canonici, quos super hoc interrogavi... ». La *quaestio*, è discussa a Perugia, mentre Bartolo leggeva il Codice, forse negli anni 1354-55, ma cfr., p. e., F. CALASSO, voce *Bartolo da Sassoferrato*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, VI (*Barattieri-Bartolozzi*), Roma 1964, p. 647.

<sup>(152)</sup> Sul trasferimento di Francesco dall'Abbazia di San Bartolomeo di Camporegio, a quella di Sassovivo, cfr. *supra*, p. 26, n. 79. Con questo secondo titolo, si sottoscrisse nel *consilium*, indicato nel precedente elenco sub N° 15. Pertanto se nel *Tractatus minoricarum*, (*Liber IV, Dist. III, Cap. III*, ed. Lugduni 1546, f. 110vb), è ricordato come *abbas monasterii Campi Regii*, si può pensare che detto trattato sia stato composto da Bartolo anteriormente al 2 maggio 1354, data in cui Francesco viene trasferito a Sassovivo. D'altra parte il *tractatus*, secondo L. WADDING, *Annales Minorum...*, ed. tertia J. M. FONSECA AB EBORA, Ad Claras Aquas 1932, vol. VIII (1347-1376), p. 169, era stato compilato nel 1354.

zione scientifica anche fuori dell'attività consiliare. E in questo periodo, come è a tutti noto, intorno allo Studio di Perugia nasce una scuola che perviene a risultati scientifici straordinari. Generalmente il contributo dei maestri minori, soprattutto consulenti, è difficilmente recuperabile ed è estremamente efficace il giudizio del Besta, che ritenne che molti giuristi minori non potevano essere staccati dai centri di cultura nei quali avevano studiato (<sup>153</sup>).

Sembra però possibile individuare durante l'ultimo decennio dell'attività e dell'insegnamento di Bartolo, un gruppo di giuristi, legati da comuni interessi professionali. Esistono poi buoni motivi per ritenere che intorno a questo gruppo abbia gravitato anche il giovane Baldo (<sup>154</sup>), la cui testimonianza è essenziale — assieme a quella del fratello Angelo —, per tentare una ricostruzione dell'ambiente culturale perugino ai tempi di Bartolo.

Senza neppure voler cercare una rivalutazione dei maestri meno noti, mi sono lasciato tentare dalla possibilità di recuperare alcuni aspetti della personalità scientifica di Angelo d'Amelia, attraverso i pochi scritti raccolti qua e là. Di essi ho dato ragione nel precedente elenco che, come ben sa chi ha pratica

(<sup>153</sup>) Cfr. E. BESTA, *Fonti: legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell'Impero Romano al secolo decimosesto*, vol. I, pt. II, Milano 1925 [= *Storia del diritto italiano* pubblicata sotto la direzione di P. DEL GIUDICE], pp. 880-882, n. 1.

(<sup>154</sup>) Non mi riferirei tanto alla notizia data da B. PLATINA (1421-1481), nella sua *Historia... de vitis Pontificum Romanorum...*, Coloniae Ubiorum 1593, pp. 268-269, che Baldo avrebbe insegnato a Perugia intorno al 1348, notizia segnalata da V. BINI, *op. cit.*, p. 120, ed accettata da C. F. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, VI, Heidelberg 1850 (ed. anast. 1961), pp. 216-217, assieme ad altre notizie su Baldo lettore a Perugia prima del 1351, ma contrastata da G. B. VERMICLIOLI, *Biografia*, cit., vol. II, cit., p. 119 che sostiene come il grande giurista non fosse nello Studio perugino prima del 1357. Direi piuttosto che dovrebbe essere opportunamente valutata la testimonianza dell'Ughelli (*Italia sacra*, tom. I, Venetiis 1717, p. 1353), ricordata dal Savigny (*op. cit.*, p. 217), che Baldo era molto vicino al clero tudertino residente a Perugia, cui apparteneva anche Angelo d'Amelia, se è vero che nel 1349 lo stesso Baldo venne nominato vicario 'in spiritualibus et in temporalibus' di Ranuccio degli Atti, vescovo di Todi ed esule a Perugia, come poi dimostra l'atto di nomina edito da L. LEONU, nella *Cronaca dei Vescovi di Todi*, Todi 1889, p. 82.



di letteratura consiliare, non può considerarsi nè completo nè definitivo.

9. Angelo e Baldo degli Ubaldi, giuristi non insensibili ai problemi di paternità letteraria <sup>(155)</sup>, riferiscono che Angelo da Amelia diede dei *consilia* assieme a Bartolo e ad altri giuristi perugini. Non è pertanto senza fondamento attribuire anche al canonista amerino le dottrine richiamate dai due giuristi e che riguardano il tema della filiazione illegittima <sup>(156)</sup>.

Il *consilium* citato da Angelo degli Ubaldi avrebbe esaminato un caso di legittimazione dei figli nati durante un rapporto di concubinato <sup>(157)</sup>. Detti figli, com'è altrimenti noto, potevano essere legittimati o *per rescriptum principis* <sup>(158)</sup>, o *per subse-*

<sup>(155)</sup> È noto il rimprovero che Baldo ed Angelo degli Ubaldi muovono a Bartolo, sulla sua « inclinazione » a tacere il nome di antichi interpreti, cfr. E. M. MEIJERS, recens. a J. L. J. VAN DE KAMP, *Bartolus*, cit., in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XVI (1939), ristampato in E. M. MEIJERS, *Etudes d'histoire du droit*, a cura di R. FEENSTRA e H. F. W. D. FISCHER, vol. III (= *Le droit romain au Moyen-âge*), Leyde 1959, p. 286, nonché D. MAFFEI, *La « Lectura super Digesto Veteri » di Cino da Pistoia. Studio sui Mss. Savigny 22 e Urb. lat. 172*, Milano 1963 [= *Quaderni di « Studi Senesi »*, 10], p. 7 e n. 17. Aggiungerei un altro ricordo di Baldo nei suoi *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, tit. *De condicione ob causam* (4, 6), l. *Ea Lege* (3), (ed. Venetiis 1577, f. 14va, N° 8).

<sup>(156)</sup> Sono i *consilia* posti nell'elenco precedente, pp. 28-30, sub NN° 19, 20 e 21.

<sup>(157)</sup> Sul concubinato cfr. G. C. CASELLI, *Concubina pro uxore. Osservazioni in merito al c. 17 del primo Concilio di Toledo*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, XXXVII-XXXVIII (1964-65), pp. 163-220 e la bibliografia ivi citata. Particolarmente interessanti l'esposizione e le critiche alle teorie del Giannone (*Opere postume*, 1958, tom. I, pp. 126-169), del Brugi (voce *Concubinato, civile-storia del diritto*, in *Il Digesto Italiano*, vol. 8, pt. I, Torino 1896, pp. 503-526), e dell'Esmein (*Le mariage en droit canonique*, tom. II, a cura di R. GENESTAL e J. DAUVILLIER, Paris 1936, pp. 217-218). A proposito dell'Esmein si deve notare che restano validi i risultati della ricerca sulla tendenza della Chiesa ad eliminare il concubinato.

<sup>(158)</sup> Sulla legittimazione *per rescriptum principis*, e sull'applicabilità dell'istituto, nonché sui soggetti forniti della *potestas legitimandi* cfr. B. PITZORNO, *La legittimazione nella storia delle istituzioni familiari del Medio Evo*, Sassari 1904, pp. 218-235 e pp. 181-199; C. VAN DE WETL, *La légitimation par rescrit et l'évolution de la sanatio in radice chez les Décretalistes*, in *Revue de droit canonique*, XI, (1959), pp. 39-66.

*quens matrimonium* <sup>(159)</sup> o *per nuncupationem* <sup>(160)</sup>. Quest'ultima forma, cui si riferiva il *consilium* citato, era più semplice delle altre; priva di solennità particolari, era sufficiente, per ritenere un figlio legittimato, che il padre avesse asserito, *in instrumento publico vel privato* <sup>(161)</sup>, che il nominato era suo figlio <sup>(162)</sup>.

I *doctores* citati da Angelo degli Ubaldi avrebbero contribuito a limitare l'applicazione di questa forma, che peraltro finì

(159) La Chiesa dimostrò una certa indifferenza verso la legittimazione *per subsequens matrimonium* perlomeno fino a dopo Irnerio e alla Scuola di Bologna, seguendo le forme romanistiche che si imposero poi anche ai canonisti (cfr. B. PIRZORNO, *op. cit.*, pp. 206-217). Per i canonisti il problema si aprì con due decretali di Alessandro III (Extra, 4, 17, 1 e 4, 17, 6), ove il papa rispose che l'antico istituto non aveva perduto il suo valore. È da questo momento che i canonisti cominciarono ad agitare la discussione, ma vedi G. GENESTAL, *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canonique*, Paris 1905 [= *Bibliothèque de l'École des Hautes Études. Sciences Religieuses*, 18], pp. 136-144.

(160) La forma è chiamata anche *per nominationem filii* o *per matrimonium presuntivum*, cfr. L. DE SARDIS (... 1426 ...), *De naturalibus liberis, legitimatione et successione eorum*, in *T.U.I.*, vol. VIII, pt. II, Venetiis 1584, f. 36rb; B. DE BARZIS (1408-1459), *De filiis non legitime natis*, in *T.U.I.*, vol. VIII cit., pt. II cit., f. 28va e A. DE ROSELLIS (... 1406-1466), *Tractatus de legitimationum*, in *T.U.I.*, vol. VIII cit., pt. II cit. f. 82rb e f. 83ra-83rb. L'istituto trovava fondamento nella Nov. 117, 2 di Giustiniano, dalla quale era stata estratta l'Auth. *Si quis* al passo C. 5, 27, 11, contrassegnata « Jo.Ba » (*Joannes Bassianus*) nella *Authenticarum collectio antiqua*, curante J. A. PALMERIO, ed edita in *Scripta anedocta antiquissimorum Glossatorum*, vol. III, Bononiae 1901, p. 88.

(161) Credo che un esempio efficace di forma di *legitimatio per nuncupationem* possa essere tratto dal *casus* premesso al *cons.* 429 (*Praesupposito quod iste*) della seconda parte della raccolta *Consiliorum sive responsorum...* (ed. Venetiis 1571, f. 197va) di Paolo di Castro (... 1394-1441 ...), ancorché si debba avvertire che è sicuramente più tardo, ma che poi coinvolge la stessa problematica e la stessa dottrina cui si riferiscono Angelo e Baldo degli Ubaldi: « In quo (testamento) eundem filium natum ex prima concubina haeredem instituit universalem, et eum simpliciter nominavit filium per haec verba, videlicet: ' In omnibus autem aliis bonis mobilibus et immobilibus iuribus et nominibus praesentibus et futuris quocumque nomine, et iure censeantur et censi possint I. filium sibi haeredem instituit, ipsaque omnia bona praedicta donavit, et iure donationis reliquit eidem de quibus testator disponere possit pro eius libito voluntatis '... ».

(162) Naturalmente il documento doveva essere sottoscritto da testimoni, che secondo la glossa all'Auth. *Si quis*, già citata, era in numero di tre. In seguito B. DE BARZIS, *op. cit.*, f. 28va, restringe la possibilità di legittimazione *per nuncupationem* al solo testamento.

per essere attratta dal regime della legittimazione *per subsequens matrimonium* (<sup>163</sup>), sostenendo che i figli nati da una concubina non potevano essere legittimati nè *per matrimonium*, nè *per non-cupationem*, se la madre non fosse stata *matrimonio digna* (<sup>164</sup>). La donna cioè doveva possedere alcune condizioni soggettive che non producevano effetti sul matrimonio che andava a contrarre, bensì sullo *status* dei figli nati prima del matrimonio. E se la madre era priva di *dignitas* detti figli potevano essere legittimati solo *per rescriptum* (<sup>165</sup>). Tale era la donna riconosciuta *meretrix*; ma anche la *mulier vilissimae conditionis*, nei confronti di un marito ritenuto *homo nobilis et dives*, non avrebbe potuto contrarre matrimonio *cum honestate* e, conseguentemente, i figli nati prima del matrimonio non potevano essere legittimati (<sup>166</sup>).

(<sup>163</sup>) Cfr. B. PITZORNO, *op. cit.*, p. 238.

(<sup>164</sup>) Anche Bartolo nella cit. *Quaestio XI (Habeo filiam naturalem ex muliere)*, N° 7 (ed. Lugduni 1546, f. 83va) prendeva in considerazione le condizioni etico-sociali della madre: « Et primo dico quod ut filius sic nominatus sit legitimus, requiritur quod mulier ex qua natus est tempore facti testamenti, et prolatorum verborum sit eius conditionis, quod cum ea potuerit esse matrimonium. Unde si tempore testamenti dicta mulier erat mortua, vel effecta religiosa, vel alias inhabilis ad matrimonium contrahendum cum testatore, ex dictis verbis non esset filius vel filia legitima... ».

(<sup>165</sup>) Credo che si possa ricavare dal presente passo di Bartolo della cit. *Quaestio XI (Habeo filiam naturalem ex muliere)*, N° 1 (ed. Lugduni 1546, f. 83vb): « unde in quaestione nostra si tempore testamenti facti mulier ex qua nata erat decesserat dicta filia non poterat dicere se legitimam. Et hoc est expressum in Auth. ' Quibus modis naturales efficiuntur sui ', § ' Illud ', Coll. VIII (Nov. 89, 9), et ibi dicitur, quod [si] non possit esse matrimonium filius naturalis non potest legitimari nisi per rescriptum principis... » e nel *cons. 120* cit. (ed. cit., f. 38ra, N° 4), della prima parte, in un testo che è quasi uguale a quello che qui precede, tanto da far sospettare più intimi legami: « nam si tempore testamenti mulier, ex qua natus erat dictus filius non potest dicere se legitimus et hoc est expressum in Auth. ' Quibus modis naturales efficiuntur sui ', § ' Illud ', Coll. 8, ubi dicitur quod matre mortua vel si aliud impedimentum est, quod non possit esse matrimonium, filius naturalis non potest legitimari nisi per rescriptum principis... ».

(<sup>166</sup>) A conclusioni pressoché identiche perviene anche Bartolo nella cit. *Quaestio XI (Habeo filiam naturalem ex muliere)*, N° 8, circa medium (ed. Lugduni 1546, f. 83vb): « Secundum sciendum est, quod illa verba, cum qua nuptiae consistere possunt, etiam debent intelligi honeste secundum mores civitatis. Unde si talis esset mulier, cum qua potest esse matrimonium non tamen honeste: quia si eam acciperet esset sibi verecundia, inspectis divitiis, dignitate, et nobilitate personae mulieris, et aliis qualitatibus: puta aliquis nobilis habuerit filios ex quadam famula quae sibi et

La giustificazione era meramente repressiva perchè gli effetti della legittimazione non potevano sorgere da un matrimonio che *in omnibus reprobatur est* <sup>(167)</sup>.

E ad una donna di non specchiate condizioni morali o di condizioni sociali non pari a quelle del marito non si riconosceva una capacità giuridica a contrarre un matrimonio dal quale potessero sorgere gli effetti della legittimazione dei figli naturali. Se si considera che la situazione derivante dal concubinato era valutata presso i civilisti come un rapporto suscettibile di effetti giuridici tali che lo differenziavano ben poco dal matrimonio <sup>(168)</sup>, mentre la Chiesa parlava di *fornicatio*, se non di vero e proprio delitto <sup>(169)</sup>, si può ben capire il valore, direi, innovativo di certe

---

alteri famulabatur: tunc ex illis verbis filia non potest dicere se legitimam: quia nuptiae cum illa muliere non possunt consistere honeste. Non enim possumus quod honeste non possumus... » e nel *cons.* 120 (ed. cit., f. 37vb, NN<sup>o</sup>. 2-3), ove si ripete l'identità testuale, già menzionata: « ... si quis aliquem filium suum esse, nec adiciat, naturalem, quod si erat cum muliere, cum qua nuptiae contrahi possent, intelligitur legitimatus, quia illa verba, cum quibus nuptiae contrahi possent, debet intelligi honeste secundum bonos mores civitatis. Unde si talis esset mulier cum qua esse posset matrimonium, non tamen honeste, sed si apparet nuptias cum eo esse cum verecundia, inspectis divitiis, dignitate, seu nobilitate personae, et aliis qualitatibus, puta si aliquis nobilis vel aliquis honorabilis civis contraheret cum ea, quae sibi vel alteri famulabatur: tunc ex illis verbis filius non poterit se dicere legitimum, quia nuptiae cum illa muliere constare non possunt scilicet honeste. Nam enim possumus de iure quod honeste non possumus... ». L'esempio addotto da Bartolo della 'famula', non sembra però ben scelto: nel caso la dottrina avrebbe seguito giustificazioni diverse. Secondo Baldo, che nel *consilium* III, 206 (*Casus talis est. Quidam A. habebat duos filios*) esamina l'ipotesi di una « fanciella » che aveva avuto due figli dal padrone, la legittimazione non poteva ammettersi per mancanza di certezza nella paternità. Sulla stessa ipotesi Baldo ritorna nei suoi *In Decretales subtilissima commentaria*, tit. *De renunciatione* (1, 9), c. *Nisi cum pridem* (10), N<sup>o</sup>. 18 (ed. Venetiis, f. 148va) riferendo l'opinione di Giovanni d'Andrea, che ammetteva la legittimazione del figlio della fanciella, ma nota anche che « ergo si legitimatus est tamquam naturalis valet legitimatio propter generalem consuetudinem loquendi, quod est valde notabile », recuperando quei motivi e quelle valutazioni etico-sociali che sembrano influenzare tutto l'istituto nei giuristi perugini. Baldo infine aggiunge che « et habui de facto », riferendosi probabilmente anche al *consilium* or'ora citato, dove però, come si è detto, aveva sostenuto il contrario.

<sup>(167)</sup> Non credo sia neppure il caso di sottolineare il peso che ebbe la repressione del diritto canonico nei confronti delle uniche concubinarie dei chierici. Considerazioni etico-sociali, non dissimili da quelle addotte dai giuristi perugini sono infatti contenute nella *quaestio* in tema di figli naturali nati durante il concubinato di un

considerazioni etico-sociali <sup>(170)</sup>, riscontrabili anche in altri giu-

chierico, discussa da Riccardo Malombra (1246ca.-1334), conservata nel Vat. lat. 2625, ff. 214v-215r, sicuramente conosciuta da Bartolo, come ha dimostrato E. BESTA, nelle sue, *Riccardo Malombra professore nello Studio di Padova, consultore di Stato a Venezia. Ricerche...*, Venezia 1894, pp. 124-125.

<sup>(168)</sup> Cfr. B. BRUCI, *Concubinato*, cit., pp. 515-526 e B. PITZORNO, *op. cit.*, pp. 207-210.

<sup>(169)</sup> Cfr. A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*<sup>2</sup>, tom. II a cura di R. GÉNESTAL e J. DAUVILLIER, Paris 1936, p. 125-126 e pp. 136-138, per le considerazioni con cui la Chiesa respingeva il concubinato. In dottrina l'atteggiamento di sfavore dei canonisti verso l'istituto del diritto civile è chiarissimo dopo Enrico da Susa, che nella *Summa*, tit. *De filiis presbiterorum*, N° 1 (ed. Lugduni 1568, f. 51va-51vb) affermava « *quamvis concubinatus per legem antiquum admittatur... hodie tamen talis coitus omnino reprobatum etiam per leges movent omnes caste vivere...* ». Successivamente si formava una teoria che distingueva i figli naturali dagli *spurii ex damnato coitu* e da quelli *vulgo concepti*, cfr. R. GÉNESTAL, *op. cit.*, p. 159 e che trova in Antonio da Butrio (1338-1408) e in Nicolò de' Tedeschi († 1453) la sua forma definitiva. Direi che i dottori perugini rappresentano un momento intermedio, prima del fissarsi della dottrina, ai quali però va riconosciuto il merito di aver raccolto alcune esperienze contemporanee o precedenti come quelle ricordate da Baldo in un suo *consilium* (*Viso puncto et omnibus superscriptis*) edito nella seconda parte delle raccolte bartoliane (ed. cit., f. 210rb, *cons.* 106) e forse redatto in calce a quello precedente del maestro sullo stesso caso (*cons.* 105). Qui appunto, sono ricordate alcune affermazioni della dottrina che escludeva come « *per statutum possit legitimare spurios* » e cioè *Petrus de Cervetis de Bononia*, che in una *quaestio* « *determinavit... soli principis competit restituere natalibus non autem ordinis civitatum* »; Cino da Pistoia — del quale è ricordato il commento all'Auth. « *Quibus modis naturales efficiuntur sui* », § I — che avrebbe affermato che i « *nati ex damnato coitu nullum habent ad praedictam legem participium, ergo vult quod per civitatem non possint legitimari etiam si offerantur ipsi ordini civitatis* »; e infine *Recuperus a Sancto Geminiano* (!), che « *determinavit quod per statutum non possit disponi quod spurius sit legitimatus, nec succedat quia hoc esset contra ius naturale et divinum* ».

<sup>(170)</sup> La dottrina contraria rappresentata dal *cons.* 429, pt. 2, cit. (f. 198ra) di Paolo di Castro, ripresa quasi letteralmente in tempo successivo da JOANNES ANTONIUS A SANCTO GEORGIO († 1509), *In quartum librum Decretalium commentaria*, Rub. *Qui filii sint legitimi* (4, 17), c. *Per tuas* (12), (ed. Venetiis 1578, ff. 121ra, N° 17), rilevava che l'opinione dei perugini era profondamente innovativa richiedendo nel caso che non solo « *nullum suberat impedimentum canonicum inter eos, sed etiam quod de facto et secundum bonos mores* », cioè richiedendosi una *dignitas de facto*, nella donna, che invece « *presumitur digna de facto sicut de iure* ». E ricordavano, richiamando il noto Extra, 4, 1, 20, che « *reputatur inter opera charitatis hodie quod quis capiat uxorem interdum indignorem* », che era un fermo rimprovero verso quella concezione, come le parole successive: « *unde posito quod illa Auth. intellexerit ut dicit... quia tamen ius canonicum in matrimoniis praevalet, non dedignabis hodie sacros canones imitari...* ».

risti perugini (<sup>171</sup>). Considerazioni che trovano una base e una spinta in argomenti teologici e di diritto canonico, cui rispondevano i testi giustinianeî chiaramente ispirati al regime del *conubium* romano, che poneva la donna in una condizione autorevolmente definita « propria di una società fondata sulla disuguaglianza fra gli uomini per quanto attiene alla capacità giuridica » (<sup>172</sup>).

La *legitimatio per nuncupationem* produceva i suoi effetti per la dichiarazione paterna che faceva presumere l'intervento di un matrimonio (<sup>173</sup>). È così che il figlio naturale assumeva lo stato di legittimato. Considerata in dottrina una presunzione *iuris et de iure* seguiva il destino delle presunzioni (<sup>174</sup>). L'esigenza di

(<sup>171</sup>) I *doctores* perugini ricordati da Angelo degli Ubaldi sono, oltre il canonista amerino, Francesco Tigrini, Ugolino Pelloi e Bartolo. Per quanto poi riguarda quest'ultimo, ai passi finora citati, aggiungerei anche i seguenti della cit. *Quaestio IX* (ed. cit., f. 83vb, N° 1), ove si afferma che « si proponamus mulierem vivam esse et esse turpis vitae, non praesumemus matrimonium, nec filii essent legitimi... », o le uguali parole del *cons. 120*, cit. (ed. cit., f. 38ra, N° 4), « si poneremus mulierem unam esse et etiam turpis vitae, non praesumemus matrimonium, nec filii, essent filii (legitimi)... ». — Ma il ricordo di Bartolo di aver interpellato alcuni canonisti perugini, contenuto nella medesima *Quaestio IX*, cit. (ed. cit., f. 82ra, N° 10), rivela che i *doctores* anzidetti fondavano la loro dottrina su alcune affermazioni di Enrico da Susa, tratte dalla *Summa*. cit., *Qui filii legitimi rub.* (4,17) (ed. cit., f. 321ra, post. N° 14, in fine), ove viene esaminata la forma della *legitimatio per nuncupationem* dei figli nati in rapporto di concubinato e si conclude che « et hoc secundum leges humanas; sed canones concubinam habere nulli permittunt..., nec praesumitur matrimonium nisi probetur... ».

(<sup>172</sup>) Cfr. E. VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Roma s.d., p. 162.

(<sup>173</sup>) Cfr. BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Authentic. opus praelectiones*, Auth. *Ut liceat matri et avie* (Coll. VIII, tit. 13), rub. *Ad hoc* (Nov. 117, 2), (ed. Lugduni 1546, f. 52vb, N° 2): « Secundo not. quod talis professio facit praesumi matrimonium intercessisse: et est praesumptio iuris et de iure ». Segnala Paolo di Castro al *cons. 429*, pt. 2, cit. (f. 198ra) che già Jacopo da Belvisio (+1335), aveva ritenuto questa presunzione *iuris et de iure*, ma cfr. JACOBUS DE BELVISO, *Commentarii in Authenticum et Consuetudines feudorum*, Nov. *Ut liceat matri et avie* (Nov. 117), *Ad hoc autem* (2), (ed. Lugduni 1511, ed. anast. Bologna 1971, f. 66ra e poi f. 66rb): « Item queritur an ex solo dicto sive facto de quo hic dicitur matrimonium presumatur intervenire presumptione iuris et de iure ita quod probatione non egeat. Respondeo sic, ut hic in ver. 'Ex hoc', quod est valde notabile de iure civili ».

(<sup>174</sup>) Sulle presunzioni e sulla « parificazione non sempre sostanziale » con le finzioni in Baldo cfr. L. BARASSI, *Le « fictiones iuris » in Baldo*, in *L'opera di Baldo*, cit., pp. 129-130.

limitare la legittimazione quando il matrimonio non fosse possibile al momento della nascita, discendeva direttamente dai principi generali delle finzioni (<sup>175</sup>). Gli effetti di un atto, quale era il matrimonio che si presumeva, potevano essere retrodatati solo se l'atto stesso fosse stato possibile in due momenti, cioè alla produzione e alla ratifica (<sup>176</sup>).

Ma sugli effetti della presunzione di matrimonio nella legittimazione *per nuncupationem* i dottori perugini, civilisti e canonisti, si dividevano: i canonisti, per ammettere gli effetti della legittimazione, non potevano accettare la sola presunzione. La legislazione canonistica, che tentava di reprimere il concubinato, naturalmente condizionava la dottrina: era stato affermato che non bastava la sola presunzione per aversi gli effetti del matrimonio: il matrimonio doveva essere vero (<sup>177</sup>). Bartolo sulla pre-

(<sup>175</sup>) Cfr. A. ESMEIN, *op. cit.*, pp. 44-45.

(<sup>176</sup>) « *Legis praesumptio, seu fictio, non operatur in eo, in quo non posset veritas operari* » afferma Baldo nei suoi *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, tit. *Locati et conducti R.* (19, 2), l. *Quia ad certum* (14), N° 2 (ed. Venetiis 1577, f. 149vb). L'affermazione generale è di derivazione 'ultramontana', come appare dalla citazione di CYNUS PISTORIENSIS, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomii, id est, Digesti Veteris*, tit. *Si certum potatur* (4, 2), l. *Si non singuli* (5), N° 2 (ed. Francofurti ad Moenum 1578, ff. 192rb-192va, ed. anast. Torino 1964), che l'attribuisce a Pietro di Bellapertica (...1280-1308). In particolare poi su questa legittimazione sempre Baldo nei suoi *In sextum Codicis librum commentaria*, tit. *De fideicommissis* (6, 42), l. *Eam quam* (14), (ed. Venetiis 1577, f. 149rb, N° 45), può chiarire: « *Quaero autem legitimatio sit fictio seu veritas? et videtur quod sit veritas, quia in natura substantia fundatur, quae non mentitur. In contrarium videtur, quod sit finctio, quia retro fingere dici potest, quod naturaliter loquendo est veritas formaliter: sed civiliter est finctio* », ove è soprattutto sottolineata la corrispondenza alla verità tra il momento della produzione e della ratifica. Dalle affermazioni di Baldo è estremamente lontano Paolo di Castro che, nel *cons.* 429, pt. 2, cit. (f. 198rb), propone un diverso concetto di questa presunzione (« ...iste qui legitimatus est per matrimonium praesumptum, cum tantae efficaciac sit iuris praesumptio, quantae est ipsa veritas, quia iuris praesumptiones sunt liquidissimae probationes veritatis... »), per cui la *praesumptio* e la *veritas* si equivalgono nei loro effetti, anzi la presunzione è la prova della verità e non ammette indagini.

(<sup>177</sup>) Cfr. HOSTIENSIS, *In secundam Decretalium librum commentaria*, tit. *De praesumptionibus* (2, 23), c. *Illud quoque* (11), NN°. 8 e 9 (ed. Venetiis 1581, ff. 123rb-123va). Il richiamo ad Enrico da Susa, che imputerei ai canonisti, secondo quanto riferisce Bartolo, in verità appare originale. In proposito conviene richiamare l'insegnamento di Jacopo da Belviso (*Commentaria, cit.*, Nov. cit., § *Ad hoc autem*,

sunzione di matrimonio nella forma di *legitimatio per nuncupationem* aveva espressamente interrogato alcuni *doctores iuris canonici*, tra i quali, dopo quanto si è detto, sorge il sospetto che si debba elencare anche Angelo d'Amelia <sup>(178)</sup>. I *doctores* sottolinearono la differenza tra il diritto civile, che si accontentava della sola presunzione, e il diritto canonico. Formulare pertanto una dottrina come quella riferita da Angelo degli Ubaldi, e giudicata poi singolare, ma non dimenticata <sup>(179)</sup>, anzi combattuta <sup>(180)</sup>, rappresenta un compromesso cui pervennero i giuristi perugini. I canonisti non potevano negare l'esistenza e l'applicazione della *legitimatio per nuncupationem* e i civilisti accettavano le limitazioni cui l'indirizzo repressivo del diritto canonico nei confronti del concubinato cercava di pervenire.

10. La tendenza repressiva della dottrina testé esaminata e che comprende anche Angelo d'Amelia, riemerge anche nei due

---

cit., ed. cit., f. 66ra-66rb) che aveva affermato come « illud quod operatur matrimonium verum, operatur etiam presumptum quo ad nuptias et liberorum legitimacionem... Sed liberi legitimantur per veras nuptias legitimis superstitibus ergo et per presumptas... », ove il problema non si poneva a questo livello, bensì veniva ripreso a proposito della primogenitura (cfr. *infra*, pp. 66-67).

<sup>(178)</sup> Cfr., il passo dalla *Quaestio XI*, cit., *supra*, p. 51, n. 151.

<sup>(179)</sup> A parte le citazioni delle quali si è già detto qui sopra, segnalo anche una *additio* (ver. *matrimonium*) sottoscritta da Barth. Bellen. ai *Commentaria*, cit., tit. *Qui filii sint legitimi* (4, 17), c. *Tanta* (6) (ed. cit., f. 67ra) di Nicolò de' Tedeschi, ritenendola però applicabile alla sola *legitimatio per subsequens matrimonium*.

<sup>(180)</sup> Per testimoniare l'avversione che tale opinione incontrò nella successiva dottrina, basterà ricordare le critiche particolarmente efficaci espresse da Paolo di Castro nel *cons.* 429, pt. 2 cit., riprese poi da JOANNES ANTONIUS A SANCTO GEORGIO, *In quartum*, cit., *Rub. cit.*, c. *Per tuas* (ed. cit., ff. 120vb-121ra, NN° 15-21), ove tra l'altro è ricordata anche l'opinione di Jacopo Zocchi (f. 121ra, N° 17), sulla quale cfr. G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, pp. 52-53, n. 10. Il giudizio del Cardinale Alessandrino nei confronti dell'opinione di Bartolo è estremamente deciso (« ista determinatio Bar. videtur multum dubia »), ribadendo che la *prolatio* paterna costituisce il figlio naturale in « quasi possessione filiationis », che non legittima il figlio, ma offre la prova della sua legittimità. A questo proposito Antonio da San Giorgio precisa anche che « unde dictum Bar. praefatum non placet, nec credo quod sit de mente illius tex. sed solum, quod poterit esse nuptiae tempore quo natus est puer, qui legitimatur: nec requiritur quod possint esse tempore quo dicta verba proferuntur », ripetendo le stesse parole del *cons. cit.* di Paolo di Castro (f. 198ra).



*consilia* citati da Baldo, ai quali è comune il tema della filiazione naturale. Ed è interessante notare che alcune soluzioni della giurisprudenza consulente, nate in quel dibattito sui casi concreti, cui partecipavano tutti i giuristi del secolo XIV, venissero richiamate espressamente in opere esegetiche.

Nel primo *consilium*, che Baldo ricordava essere stato dato anche da Angelo d'Amelia, si sosteneva che il testamento nuncupativo, mancando di solennità, non era estensibile ai figli naturali <sup>(181)</sup>.

Secondo il Besta le varie forme di testamento romano, che la rinascita del diritto giustiniano cercava di « ricostruire e di mettere in corso », trovavano ostacoli per le loro complicazioni e le loro solennità <sup>(182)</sup>. La pratica preferiva orientarsi verso forme *in quibus tanta non desideratur solemnitas* <sup>(183)</sup>, come i testamenti nuncupativi. Sempre secondo il Besta — la cui opinione ritengo di dover seguire <sup>(184)</sup> — nel testamento nuncupativo il testatore dichiarava oralmente la propria volontà davanti a sette testimoni e al notaio che, trascrivendola, fissava la prova <sup>(185)</sup>.

<sup>(181)</sup> Cfr. *supra*, nell'elenco dei *consilia* al N° 21, p. 30. I *doctores* ricordati da Baldo sono Tommaso Corsini, Recupero da San Miniato, Francesco Tigrini.

<sup>(182)</sup> Cfr. sull'istituto e sugli sviluppi successivi fino ai giorni nostri E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Milano 1961, p. 206.

<sup>(183)</sup> La citazione è tratta da E. Besta e proviene dal *Formularium tabellionum cum glossis et additionibus saeculi XIII ineunte in Bononiae*, in *Scripta anedocta*, cit., vol. I, Bononiae 1914, p. 32 ove è descritta la forma del testamento nuncupativo.

<sup>(184)</sup> Altri studiosi come F. CICCAGLIONE, voce *Successione (diritto intermedio)*, in *Il digesto italiano*, vol. 22, pt. 3, Torino 1889-1897, coll. 351-352 e A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione...*, vol. IV (= *Storia del diritto privato*), Torino 1892, pp. 50 ss., ritenevano piuttosto che nel testamento nuncupativo il testatore manifestasse la volontà verbalmente, davanti ai testimoni, che così potevano attestarla dopo la di lui morte. La dichiarazione dei testimoni, ad istanza degli interessati, veniva quindi trascritta solennemente davanti agli ufficiali a ciò deputati dagli statuti, in un atto che rappresentava le ultime volontà del *de cuius*.

<sup>(185)</sup> Cfr. E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 206. — Il testamento nuncupativo, così come è descritto dal Besta, sembra aver avuto larga diffusione nell'Italia centrale e nei secoli successivi, come può ben testimoniare, p. e., B. MICHALORIUS (1575-1657), nel suo *Tractatus de caeco, surdo et muto*, ed. Venetiis 1646, p. 14 ss.: la volontà del testatore manifestata oralmente, veniva redatta per iscritto; lo scritto, previa lettura al

In generale nel testamento, quando la volontà paterna era imperfetta, perchè mancante di solennità, il regime delle successioni prescriveva che tale volontà *in divisione inter liberos* era *servanda* (<sup>186</sup>).

Tale *privilegium iuris* — così lo definiva Baldo — era limitato ai soggetti che fossero *liberi sui* o anche *emancipati* e non poteva riferirsi agli eredi che, rispetto al *de cuius*, fossero *extranei*. Inoltre, come vedremo meglio, investiva anche la successione testamentaria dei figli alla madre e alla linea materna (<sup>187</sup>).

Ma gli effetti della volontà paterna non perfettamente manifestata, secondo una interpretazione corrente nel secolo XIV e segnalata da Baldo nella « *Lectura* » al passo citato, venivano estesi anche ad altre categorie di figli, cioè *ad filios naturales tantum seu bastardos* (<sup>188</sup>). Ciò rappresentava una tendenza che apriva ai figli naturali il regime delle successioni dei legittimi: a fondamento di una così importante affermazione la dottrina e la pratica richiamavano una disposizione che consentiva di *dare* e di *relinquere* ai naturali in qualunque modo, cioè *omnis solem-*

testatore e ai sette testimoni, veniva ratificato e sigillato. Ai testimoni anzidetti si aggiungeva il notaio, ma « *ubi tabularius reperiri non possit* » (cfr. C. 6, 22, 3, 2), si sostituiva un ottavo testimone.

(<sup>186</sup>) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *In primam Codicis partem praelectiones*, tit. *De iudicio familiae erciscundae* (3, 36), l. *Inter omnes* (26), N° 1 e 2 (ed. Lugduni 1546, f. 130ra-130vb). Sull'istituto della *divisio inter liberos* cfr. E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 141-142.

(<sup>187</sup>) Baldo, nel passo citato, precisa subito che il *privilegium* poteva estendersi ai figli *non sui, nec emancipati*, che succedevano per linea materna perchè « *quo ad lineam maternam inepta est emancipatio, quia non habet liberos in potestate* ».

(<sup>188</sup>) Viene ricordato G. DURANDUS, *Speculum... pars secunda*, tit. *De instructorum editione R.*, § *Compendiose*, vers. *Quid si pater*. N° 32 (ed. Lugduni 1541, f. 128ra), che afferma: « *quid si pater naturalis in non perfecto testamento reliquit uncam vel dimidiam et videtur quod possit* » e sono citati C. 5, 28, 2 e C. 5, 27, 2 e 3. Ma forse più interessante per conoscere le vere ragioni per cui i giuristi perugini si opponevano a tale interpretazione, è la testimonianza di Paolo di Castro che, nei suoi *Consiliorum*, cit., *cons.* 429 cit. (ed. cit., f. 198rb), riferisce: « *Practerea in casu quem Bar. ponit, plus erat irritare legitimationem, quia qui dicebat se legitimum per verba prolata in testamento, dicebat testamentum ex hoc fore nullum, quod in eo erat praeteritus, quod erat absurdum, ut sumeret fundamentum ad impugnandum, unde dicebat se consecuturum commodum et honorem legitimationis tamquam ingratus... ».*

*nitas remissa* (<sup>189</sup>). E così le disposizioni testamentarie in favore dei figli naturali, anche quando mancavano delle solennità richieste, ottenevano effetto. I figli naturali guadagnavano così una posizione in tutto identica a quella dei *liberi sui* (<sup>190</sup>): posizione che si rafforzava anche per considerazioni di diritto naturale, se era vero, allora come oggi, che tra i figli c'era una *natura communis*, cui si uniformava anche il diritto civile (<sup>191</sup>).

Baldo però riteneva che le due categorie di figli dovessero restare distinte e in nessun modo potessero equipararsi: in questo senso, come vedremo meglio in seguito, la concezione del primato della filiazione legittima era ben radicata e la citazione di Angelo d'Amelia e degli altri *doctores* trovava una sua collocazione precisa, costituendo un indirizzo concorde rispondente ancora una volta a considerazioni etico-sociali diffuse nella realtà e recepite dai giuristi.

Secondo Baldo — e quindi anche secondo l'indirizzo che rappresentava, nel quale deve iscriversi anche Angelo d'Amelia — i figli naturali erano equiparabili ai legittimi solo nella successione alla madre e alla linea materna. E solo in questa ipotesi le disposizioni testamentarie non solenni erano considerate valide (<sup>192</sup>).

Al contrario nella successione al padre, o alla linea paterna, i figli naturali, non potevano vantare *gli iura legitimorum*: succedevano al padre solo quando erano istituiti eredi con testamento

(<sup>189</sup>) Cfr. C. 5, 28, 4.

(<sup>190</sup>) Sulla misura della quota nella quale erano ammessi a succedere cfr. E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 112.

(<sup>191</sup>) Cfr. C. 6, 23, 21, 3.

(<sup>192</sup>) Cfr. BALDUS UBALDI, *In primum, secundum*, cit., tit. *Familiae eriscundae* (3, 36), l. *Inter omnes* (26), N° 3 (ed. cit., f. 345ra), ove precisa: « sed in hoc passu distingue, aut instituitur vel ei relinquitur a matre, vel a linea materna, et tunc valet dispositio etiam minus solemnis: quia quantum ad matrem naturales habent iura legitimorum, ut ff., 'De inofficioso testamento', l. 'Si suspecta', § 'Quoniam' (D. 5, 2, 29, 3) ed Inst., 'Ad Orfitianum', 'Novissime' (Inst. 3, 3, 3) ».

*in scriptis*, nel quale fossero ottemperate tutte le forme e le solennità richieste (193).

Quando poi il testamento era nuncupativo ugualmente i figli naturali non potevano succedere, giacché si riteneva il *testamentum non solenne non valere inter liberos naturales*. Sostenevano i *doctores* citati che la volontà del testatore non perfetta era valida limitatamente *in iustis liberis vel in hiis qui habent iura legitimorum* escludendo qualsiasi estensione del privilegio ai figli naturali (194). E questi figli potevano qualificarsi come *extranei*, mancando degli *iura cognationis* con il testatore e non si elencavano tra gli *iusti liberi* (195). Sembra opportuno osservare che il testo giustiniano, intorno al quale si sarebbero affaticati i *doctores*, dichiarava il valore del testamento non perfetto, *inter solos liberos a parentibus utriusque sexus*, e non parlava degli *iusti liberi*, su cui insistevano Baldo, Angelo d'Amelia e gli altri. Solo i *liberi sui* e gli emancipati erano da ricomprendere in quella categoria di figli: a costoro era concessa la « querela » e la *bonorum possessio contra tabulas*, se fossero stati *exheredati vel prae-teriti* dalla linea paterna, non ai figli naturali (196).

---

(193) I figli naturali erano esclusi se concorrevano con figli e figlie legittime, oppure concorrevano in una minima quota, che naturalmente aumentava in presenza di parenti più lontani, cfr. E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 112.

(194) Cfr. C. 6, 23, 31, 3.

(195) Come dimostrava il passo D. 38, 8, 4 e 2.

(196) Confortava la dottrina di Baldo l'autorità di Piacentino che distingueva i casi dell'*imperfecta voluntas* e del testamento non perfezionato, che esigevano la sottoscrizione, dal *testamentum perfectum a padre conscriptum*, che non esigeva la sottoscrizione: « sed et illud notandum est, quia imperfecta voluntas parentis qualisqualis, inter qualisqualis filios, non e contra, nihil valebit cum fuerit scripta, nisi fuerit subscripta. Estque hoc verum, etiam si parens testamentum perfectum facere incaepit, sed non perfecit, ut l. 'Hac consultissima' (C. 6, 23, 31). Porro testamentum perfectum a patre conscriptum, per consequentiam litterarum etiam sine omni subscriptione habet effectum, ut infra 'De testamentis', 'Quod sine subscriptione' (Nov. 107, 1) Placen. ». E concludeva Baldo dicendo: « ex eo ergo, quod dicit, inter qualesquales filios, apparet quod etiam de naturalibus intellexit ». — Il passo riportato nella 'Lectura' presenta alcune varianti rispetto a quello edito in PLACENTINUS (...1135-1192), *In Codicis... Summa, Familiae eriscundae tit. XXXVI* (ed. Maguntiae 1536, p. 122, ed. anast. Torino 1962), che lo rendono più accessibile.

11. Nel secondo *consilium* citato da Baldo <sup>(197)</sup>, il giurista riferisce che, assieme a Bartolo, Angelo d'Amelia ed Ugolino Pelloli, ritenne di dover escludere dalla successione nell'enfiteusi ecclesiastica il figlio nato dalla concubina <sup>(198)</sup>.

Baldo affermava che fu ritenuta inoperante la legittimazione *per testamentum*, che poi, come si è visto, era una *legittimatio per nuncupationem*, per ottenere gli effetti della successione sui beni altrui, come i beni enfiteutici della Chiesa. In questo tipo di successione, il cui titolo era nel patto di enfiteusi, secondo Baldo non si poteva tenere conto della finzione di un presunto matrimonio su cui si basava la forma *per nuncupationem*, ma ci si doveva attenere al *principium geniture* <sup>(199)</sup>.

L'affermazione di Baldo e degli altri giuristi ricordati doveva nascere da esigenze realmente presenti nel mondo medievale.

I tardi sostenitori della *legittimatio per nuncupationem* dovevano purtroppo riconoscere che detta forma, non ammettendo prova contraria, poteva provocare gravi inconvenienti, permettendo che si realizzassero situazioni successorie « in fraudem feu-

(197) È indicato, assieme al passo di Baldo, *supra*, pp. 29-30, e n. 90, sub N° 20.

(198) Per il costante richiamo della dottrina, anche se il divieto aveva carattere pubblicistico, cade opportuno ricordare che i *Libri feudorum* (2, 26, 11) non consentivano ai *naturales* legittimati di succedere nei feudi. Solo in via eccezionale l'imperatore poteva ammettere la successione *per rescriptum*, come sostiene la glossa al passo cit. (ma vedi *infra*, p. 68, n. 210). Sulla dottrina che successivamente reagì a tale divieto ammettendo la successione nei feudi cfr. B. PITZORNO, *op. cit.*, p. 245-246. Ritengo poco persuasivo l'esame della dottrina di C. VAN DE WEIL, *La légitimation par mariage subséquent chez les romanistes et les décrétalistes jusqu'en 1650*, Roma 1962 (= *Pontificia Universitas Lateranensis. Istitutum utriusque juris: theses ad lauream*), p. 39, fondata su Nicolò de' Tedeschi, che sostanzialmente ripete gli argomenti della glossa. Più interessante è la citazione di Pietro d'Anearano (1333-1416), a p. 40, sconosciuta al Pitzorno.

(199) Cfr., p. e., BALDUS UBALDI, *In sextum Codicis librum commentaria*, tit. *De suis et legitimis liberis* (6, 55), l. *Nepotes* (2), (ed. Venetiis 1577, f. 187ra): « Quod autem emphyteusis ecclesiae non transeat ad eos tamquam heredes, sed tamquam filios... ». E ribadiva il concetto più specificatamente anche nei *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis librum*, tit. *De his qui veniam aetatis impetraverunt* (2, 44), l. *Si quis aliquid* (4), N° 2 (ed. Venetiis 1577, f. 178ra): « Nota ex hanc l. quod si quis recepit emphyteusim pro se et suis filiis legitimis, non intelliguntur pro legitimatis: quia non sunt naturaliter legitimati, sed ex privilegio et ex finctione ».

datariorum et fideicommissariorum ». E, in proposito, ricordavano una soluzione di Jacopo da Belvisio <sup>(200)</sup>, che i giuristi perugini della metà del XIV secolo non sembrano aver recepita <sup>(201)</sup>.

Come già si è rilevato i *verba prolata* dal padre costituivano una presunzione « iuris et de iure » <sup>(202)</sup>, sulla quale si basava la *legitimatio*, che, secondo quanto questi autori attribuivano a Jacopo, doveva spiegare i suoi effetti « quo ad bona ad hereditatem proferentis verba », senza pregiudicare altre situazioni successive <sup>(203)</sup>.

La precisazione si rendeva opportuna per non compromettere quelle situazioni che derivavano dallo *jus primogeniturae* <sup>(204)</sup>, dove il legittimato per *nuncupationem* o per *matrimo-*

<sup>(200)</sup> Cfr. JOANNES ANTONIUS A SANCTO GEORGIO, *op. cit.*, Rub. cit., c. *Per tuas* (ed. cit., N° 20, f. 122ra): « Item esset inconueniens, quod in fraudem feudatariorum et fideicommissariorum talis legitimis probetur et contrarium non posset probari per partem de cuius preiudicio ageretur. Potest saluari opi. Jac. de Bel. quod talia verba prolata faciunt praesumptione iuris et de iure quo ad bona ad hereditatem ipsius proferentis verba et in casibus in quibus ipse proferens posset alios praeiudicare, alias non... ».

<sup>(201)</sup> A questo proposito ricorderei l'insegnamento perugino di Jacopo da Belvisio, che, come è noto, è presente nello Studio in periodi diversi, cfr. S. CAPRIOLI, voce *Belvisi, Giacomo*, in *Dizionario*, cit., vol. VIII (= *Bellucci-Beregán*), Roma 1966, pp. 89-96.

<sup>(202)</sup> Cfr. *supra*, p. 58.

<sup>(203)</sup> L'opinione è riferita da Giovanni Antonio da San Giorgio, ma cfr. *supra*, n. 200.

<sup>(204)</sup> Sul problema cfr., p. e., R. TRIFONE, voce *Primogenitura*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII (= *Pet.-Proc.*), Torino 1966, p. 869. L'A., ricordando la soluzione data da T. M. RICHERI (1733-1797), *Universa civilis et criminalis jurisprudentia iuxta seriem institutionum...*, tom. I, § 1310, ed. Taurini 1774, p. 367 e tom. IX, § 47, ed. Taurini 1780, p. 20, afferma che il figlio naturale legittimato per *subsequens matrimonium* è il primogenito ed è pertanto preferito « al nato subito dopo il matrimonio legittimo ». L'opinione riportata è però piuttosto tarda e non può tener conto di realtà sociali più risalenti e sicuramente diverse. Inoltre il Richeri esamina le ipotesi più semplici, trascurando completamente i problemi che sorgono dalla *legitimatio per nuncupationem*, considerando questa non una vera legittimazione, « sed potius declaratio, vel sufficiens probatio » (cfr. T. M. RICHERI, *op. cit.*, tom. I cit., § 1277, ed. cit., p. 362), che può porsi in atto anche dopo la nascita di figli legittimi. Peraltro il Richeri non sembra che tenesse in considerazione le complicazioni che comportano i figli naturali nati da una donna diversa da quella con cui il padre si unisce in matrimonio, che invece è il nucleo da cui muove la problematica dei giuristi del secolo XIV.

nium, non avrebbe potuto essere preferito al legittimo « in regno, vel comitatu, vel alia dignitate » (205). Esistendo infatti dei figli legittimi (206), Jacopo riteneva che la legittimazione nelle due forme indicate spiegasse i suoi effetti *ex nunc* e pertanto non costituisse i legittimati nello *status* di primigeniti (207).

Il problema era invece virtualmente superato dai perugini che, come già si è visto, proponevano un'indagine sulle condizioni *de facto* possedute dalla madre, offrendo così una soluzione che si potrebbe definire radicale, poichè tendeva a limitare considerevolmente le possibilità di legittimare i figli naturali a tutto vantaggio dei legittimi. Detta indagine sulle condizioni della madre, come già si è visto, diventava un vero e proprio strumento di repressione nei confronti delle unioni concubinarie, lecite per il diritto civile, ma nelle quali l'uomo fosse di condizioni più elevate di quelle della donna: ciò può anche significare che le classi sociali più elevate, interessate e sensibili a conservare o conseguire qualche *dignitas* o *honor*, difficilmente avrebbe po-

(205) Cfr. JACOBUS A BELVISO (...1270-1335), *Commentarii in Authenticum et Consuetudines Feudorum*, Nov. *Quibus modis naturales efficiuntur sui* (89), § *Tribus autem aliis* (7) (ed. Lugduni 1511, ed. anast. Bologna 1971, ff. 50ra-50rb): il problema se il legittimato « *preferendus sit legitimo et naturali in regno, vel comitatu, vel alia dignitate* », trova poi la soluzione negativa anche sulla base dei *Libri feudorum* 2, 26, 11 e 16, allegati da Jacopo, e ove la gl. *legitimi* afferma il principio « *quod ab initio non valet, nec ex postfacto convalescit* », che, a mio avviso, rappresenta lo spunto cui Jacopo aderisce, ma cfr. *infra*, p. 68 e n. 210.

(206) Secondo un'altra parte della dottrina autorevolmente rappresentata p. e., da HENRICUS HOSTIENSIS, *Summa* cit., Tit. *Qui filii*, cit. (ed. cit., N° 14, circa finem, f. 321ra); JOANNES ANDREE, *In Quartum Decretalium librum Novella commentaria*, rub. *Qui filii sint legitimi* (4, 17), c. *Per tuas* (12), (ed. Venetiis 1581, ed. anast. Torino 1963, N. 10 f. 57va) e da Bartolo stesso nella *Quaestio XI*, cit. (ed. cit., f. 83va, circa finem), la forma della *legitimatio per nupationem*, come diceva Bartolo stesso, poteva « *habere locum in filiis legitimis non extantibus* ».

(207) Cfr. JACOBUS A BELVISO, *Commentarii*, cit., Nov. cit., *Tribus*, cit. (ed. cit., ff. 50ra-50rb), che pone il « *casus brevis* » sulle « *nuptiis contractis cum concubina* ». In particolare preme riferire che Jacopo riteneva che se era vero che i figli della concubina, dopo il matrimonio o la confezione dei *dotalia instrumenta*, « *legitimi sunt id est sicut illi succedunt* ». Riteneva però opportuno di dover osservare che i « *legitimi potuerunt aptitudine ab initio et quolibet tempore succedere sic et isti nunc succedunt et sic patet quod fictio non trahitur retro sed ex nunc succedunt* ». La conclusione è quanto meno ovvia: « *Et nota quod iste non facit pro illis qui dicunt quod naturalis*

tuto ottenere la legittimazione dei figli naturali fuori della forma del *rescriptum principis* <sup>(208)</sup>.

Ed è proprio nella successione dei figli naturali nell'enfiteusi ecclesiastica, che è possibile seguire il graduale sviluppo di questa dottrina. Bartolo si era limitato ad affermare che la Chiesa nelle pattuizioni dalle quali si faceva dipendere il regime successorio dell'enfiteusi, non poteva aver tenuto conto dei figli naturali, « quia filii naturales non possunt haberi sine peccato mortali ». E ricordava inoltre che « Ecclesia concedit propter ipsius Ecclesiae dignitate » <sup>(209)</sup>.

Baldo invece portava alle estreme conseguenze queste affermazioni, escludendo i figli naturali dalla successione nell'enfiteusi ecclesiastica, anche se legittimati, poichè comunque non potevano considerarsi *legitime nati*, adducendo inoltre che « apud Ecclesiam bastardi sunt infames » <sup>(210)</sup>.

natus ante legitimum et post nativitatem legitimati legitimatus habeat ius primogeniture ».

<sup>(208)</sup> Paolo di Castro, nel *cons.* 429 (ed. cit., f. 198ra), precisa le condizioni delle due forme di legittimazione. La *legitimatio per nuncupationem*, fondata « auctoritate iuris scripti », « solum facit vim in hoc quod dixit eos esse filios suos, nec appellavit naturales »; ma detta forma non poteva essere seguita « quando pater fatebatur filios esse naturales », oppure anche quando esisteva un « testamentum in quo eos filios appellavit et dixit velle eos fieri legitimos »: in questi casi si doveva ricorrere al *rescriptum principis*.

<sup>(209)</sup> A queste conclusioni Bartolo era già pervenuto nel *cons.* 120, cit. (ed. cit., f. 37vb, N° 2): « ... quando Ecclesia concedit in emphiteusim propter ipsius Ecclesiae dignitate ... Item quia filii naturales non possunt haberi sine peccato mortali: ergo de hiis non sensit Ecclesia, propterea patre recipiente in emphiteusim per se et filiis suis, nulla potuit querere actionem filiis naturalibus, cum eos in potestate non haberet, nec habiturus esset... ».

<sup>(210)</sup> Cfr. BALDUS UBALDI, *In sextum Codicis librum commentaria*, tit. *De institutionibus et substitutionibus* (6.25), l. *Generaliter* (7), § *Cum autem* (1), (ed. Venetiis 1577, f. 76ra, sed recte 79ra, N° 2): « Scias etiam quod in feudis non includuntur bastardi... Et est ratio, quia feudum est beneficium et honor. Idem in emphyteusi ecclesiastica, quia apud Ecclesiam bastardi sunt infames... etiam si sint legitimati, quia non sunt legitime nati... ». È piuttosto interessante che Baldo stesso assimili la disciplina dell'enfiteusi ecclesiastica a quella del feudo, come peraltro sul problema sembra fare tutta la dottrina, poichè proprio Baldo, nel commento all'Auth. *Si quas ruinas*, nel *In primum*, cit., tit. *De sacrosantis Ecclesiis* (1, 2), (ed. cit., f. 29ra, N° 8, circa finem), annotava rispetto ad alcune tendenze dottrinarie, che il « feudum non assimiletur omnino emphyteusi: nam feudum magis coharet personae, quam patri-



La considerazione espressa da Baldo rappresenta il punto di arrivo di tutta la costruzione diffusa presso i giuristi perugini.

I contraddittori, che tendono invece a recuperare il valore originario della *legitimatio per nuncupationem*, ribadiscono che solo ai naturali è riservata la predetta forma, che tra l'altro aveva ragione di esistere laddove si praticasse il concubinato. Nè c'erano ragioni sufficienti, se non quelle etico-sociali già individuate che impedissero di legittimare *per nuncupationem* questi figli naturali: tutte le altre categorie di illegittimi, come gli adulterini o gli incestuosi, rimanevano comunque esclusi, perchè rispetto ai naturali « alii sunt indigni », ma non certamente *infames*.

È abbastanza chiaro dunque che il problema della successione dei figli illegittimi nei beni enfiteutici della Chiesa, così come lo intendeva Baldo, era assai più vasto. Il « caso seguito », cui accennava nella « Lectura », era soltanto una manifestazione di una più complessa disputa sugli effetti della legittimazione che divideva la dottrina <sup>(211)</sup>. Baldo è oggi considerato il capo di una scuola che non accettava la completa equiparazione tra i figli legittimi e legittimati <sup>(212)</sup>. In questo quadro la citazione del canonista Angelo d'Amelia assume un preciso significato e offre la possibilità di collocarlo in una linea di dottrina <sup>(213)</sup> che affer-

monio, quia causa feudi radicata est in persona, id est in servitio personali et ideo feudum ex antiqua natura feudorum non separabatur a persona, licet sit postea aliud introductum, ut in prima constitutione feudorum ».

<sup>(211)</sup> Per un esame della dottrina, soprattutto meridionale, cfr. B. PITZORNO, *op. cit.*, pp. 243-246.

<sup>(212)</sup> L'affermazione è di B. PITZORNO, *op. cit.*, p. 246.

<sup>(213)</sup> Senza alcuna pretesa di completezza e solo esemplificativamente possiamo prendere in considerazione l'opinione di altri giuristi perugini di quegli stessi anni: Bartolo, nelle sue *In primam Digesti Veteris praelectiones*, tit. *De capite minutis* (4, 5), l. *Tutelas* (7), (ed. Lugduni 1546, f. 140va, N° 3-4), afferma che i 'bastardi' sono esclusi dai « nomina familiae », che sono « nomina civilia ». Il problema, presso Bartolo, presenta anche altri aspetti rispetto alla terminologia corrente nel contesto sociale, recepita dalla contemporanea legislazione statutaria, cfr. *In secundam Codicis partem praelectiones*, tit. *De verborum et rerum significatione* (6, 38), l. *Suggestioni* (5), (ed. Lugduni 1546, ff. 42ra-42rb, N° 2-5). Termini equivalenti a famiglia, come *de domo*, *de patrimonio*, quando sono intesi secondo il « communis usus loquendi », comprendono anche i bastardi o perché detti termini sono usati nella loro accezione na-

mava il primato della filiazione legittima <sup>(214)</sup>, le cui conseguenze, come è noto, sono giunte fino ai nostri giorni.

Il difetto di nascita è sempre stato fonte di seri pregiudizi sociali: per limitarci a Baldo, che richiamava il canonista ameerino, è noto che formulò una teoria per la quale i legittimati acquistavano uno « status » di legittimità *per accidens* <sup>(215)</sup>. La *legitimatio* consentiva di acquistare i diritti civili dei legittimi, ma non quelli derivanti ai legittimi dallo stato di natura <sup>(216)</sup>. Re-

turale — « cum de iure naturali, omnes (filii) sunt legitimi » —, o perché si fondano su elementi come la discendenza di sangue o la coabitazione. Ma quando i suddetti termini « assumitur pro agnatione », allora i bastardi devono ritenersi esclusi, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di successione, come già si è visto. Secondo poi quanto riferisce Baldo al primo passo cit. alla nota 210, ripetuto anche alla l. *Libertinum* (4), del tit. *De interdicto matrimonio inter tutorem et pupillam* (5,6), dei suoi *In quartum et quintum Codicis libros Commentaria* (ed. Venetiis 1577, f. 164va, N° 5), anche Ugolino Pelloi avrebbe avuto modo di evitare una « interpretatio extensiva, id est ultra definitionem et significationem vocabuli », respingendo ogni possibile identificazione dei bastardi con i figli delle disposizioni statutarie. Con un provvido *consilium* Ugolino sembra che riuscisse a salvare Lucio (o Lucimburgo?), figlio naturale di Pier Saccone Tarlati da Pietramala, dal divieto di abitare nella città di Arezzo, divieto che aveva colpito tutti gli appartenenti alla casata. Baldo fa notare che detto *consilium* è perfettamente intonato con le affermazioni di Bartolo riportate qui sopra: i bastardi non fanno parte della famiglia, afferma Baldo, perché « proprie non sunt de domo, nec de agnatione, nec de iure, nec de consuetudine, nec possunt portare arma illius domus vel insigna ». Noterei solamente che la casistica di Bartolo lascia ancora qualche apertura, che deriva da certe valutazioni favorevoli a volte presenti nell'ambiente sociale, mentre Baldo ha assunto un atteggiamento decisamente repressivo. Su Lucio e Pier Saccone Tarlati, cfr. U. PASQUI, *op. cit.*, vol. III cit., in Appendice, s.p., *Genealogia della famiglia Tarlati da Pietramala*, n. 26 e poi n. 4, che segnala come Pier Saccone (1271-1326) « ebbe numerosa prole in parte illegittima ».

<sup>(214)</sup> Nell'*additio* allo *Speculum*, cit., di G. DURANDUS, al tit. *De successione ab intestato* (ed. cit., f. 150rb), Baldo è chiarissimo: « legitimati non sunt legitimi nati, nec equiparantur legitimis et naturalibus quo ad veram significationem, sed adoptivis: ut no. in l.j., ff. 'Ad municipalem' (D., 50, 1, 1) et no. in c. 'Innotuit', 'De electione' (Extra, 1, 6, 20), tamen invicem succedunt si per rescriptum imperatoris vel per testamentum sint legitimati... ».

<sup>(215)</sup> Cfr. B. PITZORNO, *op. cit.*, p. 243, n. 1.

<sup>(216)</sup> Cfr. B. BALDUS UBALDI, *Commentaria in quartum et quintum libros*, tit. *De naturalis liberis et matribus eorum* (5,27), l. *Nuper legem* (11), N° 4 (ed. Venetiis 1577, f. 224vb): « No. quod in hac l. quod naturales possunt legitimari per matrimonium, sed non spurii: et vide l. 'Claudius', ff., 'De his quae ut indignis' (D. 34, 9,13), dominus Jacobus Butrigarius, dicit quod legitimati non sunt vere legitimi, licet

stava chiara in Baldo la distinzione tra il *modus descendenti naturaliter* e la  *fictio iuris* <sup>(217)</sup>, tra una verità naturale, o se si vuole con rilevanza sociale <sup>(218)</sup>, e la verità, sovrana, dello *ius civile* <sup>(219)</sup>. Baldo recepisce istanze sociali precise formulando « un concetto derivante dalla necessità di spiegare in qualche modo l'esclusione dei legittimati da certi diritti » <sup>(220)</sup>. E in ciò, anche se con la sua autorità avallava « un pregiudizio di casta », si orientava con estrema concretezza con i suoi tempi. Si deve solo notare che non solo Baldo, ma anche altri giuristi perugini, compreso il canonista Angelo d'Amelia <sup>(221)</sup>, erano sensibili alle valutazioni etico-sociali, cui subordinavano gli effetti della legittimazione. Baldo nel passo citato, ha già sviluppato la tendenza iniziale <sup>(222)</sup>, mentre Angelo d'Amelia è il rappresentante di un momento precedente non perfettamente articolato.

---

*habent iura legitimorum: ut ipse notat in 'Proemio' C., in lecturis tamen contrarium videtur: quia legitimatio est actus civilis, et potest ipse iudici circa id quod est iuris civilis veritas: secus si tales esset impedimentum, quo non possit induci veritas per ius civile: nam tunc inducitur fictio et adde quod not. in c. 'Per venerabilem', Extra, 'Qui filii sint legitimi' (Extra, 4, 17, 13), in Novella, quo not. multum ».*

<sup>(217)</sup> Cfr. BALDUS UBALDI, *In primam et secundam Infortiati partem Commentaria*, tit. *De liberis et posthumis haeredibus instituendis vel exheredandis* (28,2), l. *Gallus* (29), § *Si eius* (7), N° 5 (ed. Venetiis 1577, f. 68vb).

<sup>(218)</sup> Il difetto di nascita, la *nubecula*, come la definiva Baldo, non poteva dissolversi: « nam et nos qui sumus regenerati per baptismum, non sumus in illa puritate in qua fuit creatus Adam », diceva Baldo, con un paragone di una certa evidenza nei suoi *In primam Digesti veteris partem commentaria*, tit. *De iustitia et iure* (1,1), l. *Manumissiones* (4), per totum (ed. Venetiis 1577, f. 10va-10vb), e ribadiva l'opinione poco dopo nel tit. *De statu hominum* (1,5), l. *Paulus*, (11), N° 1 (ed. cit. ff. 30vb-31ra): « qui est illegitime conceptus non potest legitime nasci, etiam si matrimonium conualescat antequam nascatur, h. d. e contra, qui est conceptus legitime non potest nasci illegitime ».

<sup>(219)</sup> Cfr. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 130.

<sup>(220)</sup> Cfr. B. PITZORNO, *op. cit.*, p. 243, n. 1.

<sup>(221)</sup> La posizione di Angelo sembrerebbe pertanto non del tutto conforme agli sviluppi della dottrina canonistica, ove, il figlio naturale legittimato aveva gli stessi diritti del legittimo cfr. A. ESMEIN, *op. cit.*, vol. II cit., p. 44.

<sup>(222)</sup> Tale tendenza emerge, oltretutto nei passi ricordati, dove Angelo e gli altri giuristi perugini sono espressamente citati, anche a margine della complessa disputa sul problema dell'enfiteusi ecclesiastica *in tertiam generationem* e, più in particolare, « *utrum in ista generatio includatur filius bastardus sive naturalis* ». Baldo, sull'autorità del Durante, si dichiara per una soluzione negativa, ma aggiunge: « *Spec. dicit*

12. Angelo d'Amelia aderiva poi alla dottrina che i figli adulterini non essendo nè naturali, nè legittimi, *in nullo succedent* al padre, nonostante le nozze intervenute successivamente (<sup>223</sup>).

La vicenda dalla quale nasceva il *consilium* (<sup>224</sup>), non era priva di particolari romanzeschi (<sup>225</sup>) e la domanda principale — la successione dei figli adulterini — non cercava in realtà una risposta, implicita nei quesiti (<sup>226</sup>). In pratica ad Angelo si do-

quod non in emphyteusi ecclesiae: et credo quod bene, ar. infra, 'De spectaculis', l. 'Si qua' (C., II, 41, 4), quam allego ultra leges Specul., per quam etiam dico, quod licet quis possit recipere emphyteusim ecclesiae pro se et uxore: tamen videtur secus in concubina, quia non licet in loco honesto inhonestas collocare personas, ut dicta l. 'Si qua' ». Ma cfr. BALDUS UBALDI, *In primum*, cit., tit. cit., Auth. *Si quas ruinas*, cit. (ed. cit., f. 28va, N° 5).

(<sup>223</sup>) Sull'adulterio cfr., p. e., A. ESMEIN, *op. cit.*, vol. I cit., pp. 384-393. Angelo ammetteva il matrimonio dopo la morte della prima moglie citando i noti passi Extra, 4, 7, 6 e 8, poiché tra gli adulteri non era stata *data fides*, né era intervenuta *machinatio in mortem coinugis*. Aderiva così alla dottrina e alla legislazione corrente. I limiti del divieto erano abbastanza ampi dato che si finì per accettare l'opinione di Giovanni d'Andrea (1270 ca.-1348), che una « *machinatio sola sine effectu non impedit matrimonium cum adultera* » come riferisce l'ABBAS PANORMITANUS, nei suoi *Commentaria in quartum et quintum librum Decretalium*, tit. *De eo qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium* (4, 7), c. *Super hoc* (3), n. 4 (ed. Venetiis 1587, f. 38rb).

(<sup>224</sup>) Per il testo del *consilium* vedi *infra*, App. II, *cons.* 1, pp. 85-87.

(<sup>225</sup>) Il caso proposto integrava gli estremi dell'adulterio secondo il diritto canonico, ove era sufficiente la *alieni tori violatio*, cfr. HOSTIENSIS, *Summa*, tit. *De adulteriis, stupro et aliis criminibus ad incontinentiam pertinentibus et de nocturna pollutione R.*, § *Quid sit adulterium* (ed. cit., f. 562vab) o anche ABBAS PANORMITANUS, *Commentaria*, cit., tit. *De eo qui cognovit consanguineam uxoris* (4, 13), c. *Transmissae* (4), N° 5 (ed. Venetiis cit., f. 49rb): « quod de iure canonico coniugatus dicitur committere adulterium etiam conoscendo solutam ». Ben diversa era la situazione del diritto civile, come afferma H. BOCERIUS, nel suo *Commentarius brevis de adulterio et adulteris*, Tubingae 1625, pp. 17-18: « civili iure adulterium duntaxat est, quando mas sive vir aliquis uxorem carnaliter cognoscit alienam, sive uxoratus sive solutus sit vir ille, non autem est adulterium iure civili, cum uxoratus carnaliter se miscet mulieri solutae ».

(<sup>226</sup>) I figli naturali, nati *ex legitimo concubinato*, succedevano *ab intestata* solo alla madre con cui avevano 'cognatio', e, sia la pratica che la dottrina non erano conformi cfr. G. DURANTIS, *Speculi... pars tertia et quarta...*, tit. *De successione ab intestato Rub.*, N° 18 (ed. Lugduni 1547, f. 149va): « tales autem succedunt matri una cum legitimis... Item dicunt quidam quod naturalis succedit matri in totum... alii dicunt eum vocari tantum in duobus unciis... ». Come poi chiarisce successivamente al N° 22 e al N° 32 (f. 149va e 150ra) anche gli spurii succedono alla madre *ab*

mandavano *omnia remedia que videri possunt in auditorium pupillarum*.

E i *remedia* c'erano, perché, secondo il consultore, l'*aequitas canonica*, *que ius nature imitatur*, ammetteva i figli adulterini al godimento degli alimenti sull'eredità paterna <sup>(227)</sup>.

Era perciò estremamente facile, nel caso proposto, respin-

---

*intestato*, ma restano esclusi se nati in costanza di rapporto adulterino o incestuoso, cioè i *nati ex accusabili coitu*. Perciò i figli adulterini, *nati ex damnato coitu*, non venivano ammessi alla successione né testamentaria, né legittima, cfr. ANGELUS UBALDI, *In Authenticis*, cit., Auth. *Quibus modis naturales efficiuntur sui*, § *Discretis* (Nov. 89,12) (ed. cit., f. 29ra), ove è trattata esaurientemente la materia. Sulla successione *ab intestato* del legittimato sempre Angelo degli Ubaldi nei suoi commenti *In Authenticis*, cit. Auth. *Quibus modis*, cit., § *Filium vero* (Nov. 87,4) (ed. cit., f. 28va), chiarisce che il « *filius legitimatus soli patri ab intestato succedit, non avo, vel ascendentibus, nec etiam cognatis patris* », mentre il figlio naturale soltanto non succede al padre, « *sobole legitima existente* » anche se « *ali debet de bonis patris arbitrio boni viri* », come afferma nello stesso commento all'Auth., *De triente et semisse*, § *Consideremus* (Nov. 18,5), N° 8 e 9 (ed. cit., f. 14rb).

<sup>(227)</sup> Sull'argomento cfr. G. S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti*, vol. I (= *L'obbligo 'ex lege' dei familiari nei giuristi dei secc. XII-XIV*), Torino 1972, pp. 248-263. Naturalmente il testo citato da Angelo d'Amelia è il notissimo Extra, 4,7,5 che ammetteva i figli adulterini agli alimenti. Rispetto al regime civilistico era una notevole innovazione, così giustificata dalla glossa (*secundum facultates*) di Bernardo da Parma (1256): « *... quae vigorem sumit a iure naturali... et instiactu naturae procedit: unde ius istud praefertur civili, tamen filii non succedent in bonis et illegitimi sunt...* », che erano poi le stesse giustificazioni di Angelo d'Amelia, anche se invece della *benignitas* della glossa, preferiva richiamare l'*aequitas, que ius naturae imitatur*, ma cfr., p. e., P. G. CARON, « *Aequitas romana, « misericordia » patristica ed « epicheia » aristotelica nella dottrina dell'« aequitas » canonica (Dalle origini al rinascimento)*, Milano 1971, p. 52 segg. I canonisti hanno piena coscienza del processo innovativo operato dal diritto canonico, cfr. p. e., ABBAS PANORMITANUS, *Commentaria*, cit., tit. *De eo qui duxit*, cit. (4,7), c. *Cum haberet* (5), N° 5 (ed. Venetiis cit., f. 38ra), che afferma come « *... de hoc iure canonico statur hodie (?) etiam de civili, quia Ecclesia hoc induxit ex quaedam aequitatem naturali et ne filii alimentis privati pereant...* ». E, quasi a conferma di questo processo, cita una 'notevole' opinione di Bartolo che recepiva i principi canonistici nei suoi *In primam Codicis partem praelectiones*, tit. *De incestis et inutilibus nuptis* (5,5), in Auth. *Ex complexu*, N° 9 (ed. Lugduni, 1546, f. 180va), che merita di essere ricordata per gli sviluppi in tema di successione: « *Nota secundo quod tales filii non sunt alendi hoc verum de iure civili; sed de iure canonico secus ut Extra, 'De eo qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium', c. 'Cum haberet' (Extra, 4,7,5). Ex quo dixi et consului quod usque ad quantitatem sufficientem pro alimentis pater potest huic filio spurio relinquere et eodem modo filie spurie pro dote sua: quia sine aliqua dote non potest alicui nubere; tene menti* ».

gere una domanda subordinata di risarcimento dei danni per alcuni atti della madre adultera sul patrimonio del defunto marito, che dovevano ritenersi leciti perchè compiuti per provvedere agli alimenti dei figli adulterini.

Sia i testi legislativi che la dottrina dei tempi di Angelo erano concordi nell'escludere i figli adulterini dalla successione *ab intestato* (<sup>228</sup>). La loro nascita non inficiava pertanto il testamento già esistente, perchè non essendo nè figli legittimi, nè legittimabili, non potevano invocare il beneficio riservato ai postumi (<sup>229</sup>). Il matrimonio successivo dei genitori, che avevano consumato adulterio, era considerato da Angelo un *matrimonium certum non legitimum*. E richiamando un noto passo giustiniano (<sup>230</sup>), il giurista amerino, equiparava le *iustae nuptiae* del testo romano al *legitimum matrimonium* della dottrina canonistica, ove l'equiparazione non è tanto tra le *nuptiae* e il *matrimonium*, già esistente in Giustiniano (<sup>231</sup>), ma negli aggettivi qualificanti *ius-*

(<sup>228</sup>) Si discuteva persino se *l'extraneus*, potesse istituirli eredi, ma si obiettava anche che il divieto colpiva solo i parenti, cfr. ABBAS PANORMITANUS, *Commentaria*, cit., tit. *De eo qui duxit*, cit., (4, 7), c. *Cum haberet* (5), N° 13 (ed. Venetiis cit., f. 39va).

(<sup>229</sup>) Sulla nozione di 'postumo' cfr. IACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super Codice*, tit. *De postumis heredibus istituendis Rub.* (6, 29) (ed. Parisiis 1519, f. 289va): « et notandum quod posthumus dicitur multipliciter: ... alio modo dicitur posthumus qui nascit post testamentum patris et ante mortem ut ff., 'De iniusto rupto et irrito testamento', l.ij. (D. 28, 3, 2) ». Angelo respingeva quindi l'eccezione che i figli adulterini, nati dopo il testamento, potessero essere considerati 'posthumi praeteriti' e perciò consentissero di 'rumpere' il testamento già esistente in base a C. 6, 29, 3. La questione aveva una sua rilevanza, giacché se era vero che gli adulterini non potevano essere assimilati ai postumi, era altresì ritenuta valida la rottura del testamento esistente da parte del figlio legittimato successivamente, come ritiene Bartolo, che accetta l'opinione di Iacopo da Belvisio († 1335), sostenuta in una *quaestio* disputata a Perugia, cfr. *In authenticis opus praelectiones*, Auth. *Quibus modis naturales efficiuntur sui rub.*, § *Filium* (Nov. 89, 4) (ed. Lugduni 1546, f. 39vb), che mi pare di poter individuare nella prima *quaestio* inserita nei *Commentarii in Authenticum et Consuetudines feudorum*, Auth. *Quibus modis naturales efficiuntur sui. Collatio vij. etc.*, § *Naturalium* (Nov. 89, praec.) (ed. Lugduni 1511, ed. anast. Bologna 1971, ff. 49va-50ra) di Jacopo. Sui limiti della rottura del testamento cfr. E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 217.

(<sup>230</sup>) È il passo delle Inst. 1, 9, pr.: « In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreavimus ».

(<sup>231</sup>) Cfr. Inst. 1, 9, 1.

tae e *legitimum*, intededosi per legittimo quanto nasceva *ex lege* <sup>(232)</sup>. E così i *liberi nostri* della definizione giustiniana citata, diventavano i *suis et legitimi id est nati ex legitimo matrimonio* del *consilium* di Angelo.

Solo i figli nati da un matrimonio legittimo erano figli legittimi; o, come si è visto poc'anzi, solo un matrimonio legittimo poteva legittimare i figli nati da precedenti rapporti. I figli adulterini non venivano perciò legittimati da un *matrimonium certum*, perchè nati *costante matrimonio cum prima uxore* <sup>(233)</sup>.

Richiamando le limitazioni alla successione *ab intestato* dei figli naturali <sup>(234)</sup>, Angelo d'Amelia sottoscrisse un *consilium* assieme a Francesco Tigrini <sup>(235)</sup>, nel quale si affermava che i « bastardi » <sup>(236)</sup> *non esse admittendos* alla tutela legittima.

L'esclusione era la necessaria conseguenza dei principi del regime della tutela: deferendosi la tutela legittima a chi spettava la successione *ab intestato* <sup>(237)</sup> non si poteva ammettere

<sup>(232)</sup> Nel termine *legitimus* confluiva tutta la dottrina sugli *impedimenta* sulla cui evoluzione cfr., p. e., A. ESMEIN, *op. cit.*, vol. I, a cura di R. GENESTAL, pp. 227-448. Ma vedi anche ABBAS PANORMITANUS, *Commentaria*, cit., tit. *Qui filii sint legitimi* (4, 17), c. *Tanta* (6), (ed. Venetiis cit., f. 67rb): « Quidam sunt legimi et naturales, ut sunt nati ex legitimo matrimonio vero, vel putativo quia secundum naturam sunt geniti et dicuntur legitimi quia coniunctio parentum est approbata a lege: isti succedunt parentibus ab intestato unde omnibus exclusis ipsi praeferuntur... ».

<sup>(233)</sup> Cfr. *infra*, App. II, *cons.* 1, p. 86.

<sup>(234)</sup> I figli naturali legittimi succedevano intestati ai *propinqui*, cioè al padre, non agli agnati e ai cognati paterni, cfr. G. DURANDUS, *Speculi*, cit., tit. *De successione ab intestato*, cit., N° 21 (ed. Lugduni cit., p. 149va).

<sup>(235)</sup> Per il testo vedi *infra*, App. II, *cons.* 6, pp. 100-101. — Come si è detto in una redazione lo stesso *consilium* è sottoscritto anche da Bartolo da Sassoferrato, ma cfr. *supra*, p. 19.

<sup>(236)</sup> Direi che gli autori citati usano il termine in senso generico, ma sulla estensione della designazione di 'bastardi' a tutti i figli *illeciti*, cfr. E. BESTA, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Milano 1962, p. 220.

<sup>(237)</sup> L'*onus tutelae*, spettava a chi aveva l'*emolumentum successionis* come regola, cfr. E. BESTA, *La famiglia*, cit., p. 242. A tale principio aderiva anche il diritto statutario, ma vedi sull'argomento M. ROBERTI, *Ricerche intorno alla tutela dei minorenni*, vol. II (= *La tutela dei minorenni nel diritto statutario*), Padova 1905, pp. 35 sgg. Sull'istituto della tutela legittima cfr. anche P. TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Diritto privato. La famiglia*, Milano 1947, pp. 138-141.

che un figlio naturale diventasse tutore di un fratello o di una sorella nati da una madre diversa <sup>(238)</sup>. E pertanto al figlio naturale che non potesse succedere *ab intestato* nell'eredità del pupillo, non poteva essere deferita la tutela legittima.

13. Restano infine da segnalare gli scritti elencati precedentemente e che non sono raggruppabili intorno ad un identico argomento.

Passeremo in rassegna in primo luogo quelli che, con un certo margine di sicurezza, sembrano appartenere al canonista amerino, poi quelli che sono stati sottoscritti assieme ad altri giuristi. Non sembra opportuno, in questa sede, prendere in considerazione i *consilia* sottoscritti da Angelo in adesione, quasi tutti confluiti nelle raccolte bartoliane <sup>(239)</sup>.

a) Nella breve quaestio Angelo d'Amelia esamina il problema della *restitutio in integrum* di fronte all'acquiescenza ad una sentenza da parte di un economo di un monastero <sup>(240)</sup>.

b) Nel *consilium* posto al N° 2 dell'elenco il quesito proposto ad Angelo può riassumersi nella pretesa di un abate e di un capitolo di un monastero di non pagare al Comune la *gabella bladii*, macinando nel mulino di proprietà del monastero stesso.

Il canonista amerino affermando che la *civitas* non può *statuere* in pregiudizio della Chiesa e delle persone ecclesiastiche, ribadisce i limiti delle autonomie comunali del secolo XIV nello Stato della Chiesa, allineandosi con le affermazioni ufficiali della

<sup>(238)</sup> Nel breve *consilium* Francesco ed Angelo richiamano i passi D. 38, 8, 2 e Nov. 89, 4. La glossa al primo testo — che rinvia poi anche al secondo, come ad un'unica affermazione — escludeva la successione *ab intestato* dei figli nati da uno stesso padre e da due concubine, non esistendo *cognatio*, anche se il padre li avesse legittimati. Inoltre G. DURANDUS, *Speculi*, cit., tit. *De successione ab intestato*, cit., N° 19 (ed. Lugduni cit., f. 149va) chiariva il caso affermando che i nati da due successive concubine non succedevano 'cognatis patris'.

<sup>(239)</sup> Oltre i *consilia* delle raccolte, segnalati ai NN° 13, 14, 15, 16, 17, 18, penso che la sottoscrizione di Angelo e degli altri giuristi sia in adesione anche nel *cons.* N° 11. Ma vedi *supra*, pp. 24-28.

<sup>(240)</sup> Cfr. App. I, p. 84.



Curia avignonese <sup>(241)</sup>. La Chiesa viene considerata nella stessa posizione dell'Impero: e così ne viene offerta la giustificazione, perchè come nessuno *potest statuere in preiudicium culminis imperialis*, non è possibile *statuere* contro la Chiesa, *que iure imperii fungitur et maiori*.

La *civitas*, dunque, non può emanare disposizioni che colpiscono la Chiesa e le persone ecclesiastiche. Il regime delle « gabelle » previsto dallo statuto, nella sua genericità, non può applicarsi a soggetti come la Chiesa: *de rebus ecclesie* avrebbe dovuto disporre espressamente. Ma sia gli *statuentes*, sia coloro che danno applicazione a simili norme, incorrono *ipso facto* nella scomunica <sup>(242)</sup>.

c) L'argomento trattato nel *consilium* posto sub N° 3 riguarda la *quarta episcopalis* ed ha un deciso carattere fiscale. Esiste un soggetto impositore, che è il vescovo; un debitore di imposta, che è una confraternita di laici; ad un tributo che è la *canonica portio* o *quarta*.

La legislazione canonica prevede infatti che un quarto dei redditi ecclesiastici venga prelevato a favore del vescovo. Il problema proposto è quindi di vedere se una confraternita di laici sia tenuta o meno a pagare la *quarta* sui lasciti e sui legati fatti ad essa confraternità o ai suoi rettori: in una parola se la confraternita o i rettori siano o no debitori d'imposta. Il caso non ha una soluzione unica, perchè a seconda della natura del lascito o del legato, e quindi del suo reddito, si può stabilire se è dovuto il tributo e si individua il debitore, con tutte le conseguenze che ne discendono. Infatti i rettori non devono nulla al vescovo per le loro qualità personali: se è vero che il vescovo esige la « quarta » *a monasteriis, ecclesiis et aliis piis locis*, i rettori sono esclusi dal pagamento del tributo. Gli appartenenti ad una con-

---

<sup>(241)</sup> Cfr. p. e., G. ERMINI, *La libertà comunale nello Stato della Chiesa. Da Innocenzo III all'Albornoz (1198-1367)*, I: *Il governo e la costituzione del Comune*, in *Archivio della R. società Romana di storia patria*, CLIX (1926), pp. 5-126.

<sup>(242)</sup> Cfr., *infra*, App. II, cons. 2, pp. 87-89.

fraternita di laici non sono *personae ecclesiasticae* ma, secondo Angelo, devono classificarsi piuttosto *sub genere laicorum quam clericorum*, anche se sono *laici bene viventes, iusti et onesti*, che possono genericamente definirsi *religiosi*.

Diventano invece debitori d'imposta, e conseguentemente pagano la *quarta* al vescovo, quando il reddito proviene da un lascito destinato ad uno « spedale », amministrato dalla confraternita, oppure ad alcune chiese o ad altri luoghi pii, dei quali i rettori siano stati nominati esecutori testamentari. Però i veri debitori non sono i rettori della confraternita a causa del loro ufficio, perchè *non ex natura rectorie sed ratione executionis actio competit*, cioè perchè tenuti a rispondere come esecutori testamentari.

Sottolineare la responsabilità personale dei rettori della confraternita — che pertanto non sono tenuti a rispondere di pagamenti del tributo, omessi dai predecessori — non è una distinzione gratuita. Angelo è così in grado di escludere la responsabilità solidale dei rettori e di rendere improponibile qualsiasi domanda rivolta ad ottenere il rendiconto su passate gestioni.

Il *consilium* investe una serie di problemi che durante il secolo XIV si è ripetutamente presentata all'attenzione della dottrina canonistica. I quesiti proposti non toccano il problema della natura giuridica delle confraternite laiche: il *consilium* offre qualche spunto per considerarle associazioni di fatto, ma si prospetta anche l'ipotesi di un riconoscimento del vescovo. D'altra parte le considerazioni del canonista amerino sono così legate ad alcune fattispecie concrete, che non consentono di pervenire a più sicuri risultati <sup>(243)</sup>.

d) Il cons. 4 esamina alcune formalità nella confezione dell'inventario nell'eredità beneficiata non ritenendosi sufficiente la presenza di sei generici testimoni per rappresentare i legatari.

---

<sup>(243)</sup> Sull'argomento cfr. i trattati di Francesco degli Atti e di Lapo da Castiglione, cit. *supra*, n. 22, p. 9.

Il proclama generale, con cui è dato inizio all'inventario, non costituisce una formalità in grado di supplire alla mancanza dei tre testimoni richiesti *specificè loco legatariorum*. Valido per convocare i creditori non ottempera alle forme di tutela dei legatari, per i quali non rileva neppure la presenza dei sei testimoni chiamati *ad solemnizandum instrumentum seu inventarium ut tamquam publicum probet*.

e) Nel *cons.* 6 Francesco Tigrini ed Angelo esaminano il caso di un testamento non solenne, nel quale i testimoni *non fuerit rogati* <sup>(244)</sup>. Detto testamento, comunque, deve considerarsi valido anche se è stato redatto alla presenza di un numero di testimoni inferiore a sette perché, sostengono i consultori, *in terris Ecclesie*, seguendo il diritto canonico e non il diritto civile è accettata la presenza di due testimoni. L'affermazione, com'è altrimenti noto, è del tutto conforme all'esperienza dei giuristi perugini circa i rapporti tra la legge civile e canonica nelle terre della Chiesa <sup>(245)</sup>, che ha in Bartolo e poi in Baldo <sup>(246)</sup> i più

---

<sup>(244)</sup> A questo *consilium* potrebbe riferirsi NELLUS A S. GEMIGNANO (... 1495 ...), nel suo *Tractatus de testibus*, in *T.U.L.*, tom. IV, Venetiis 1584, f. 88rb, N° 247: « quando autem testes in testamento descripti non sunt rogati quid iuris sit, vide consilium Franc. Tigrini, quod habes tertium in ordine ». Sul problema che ha larghe implicanze in tema di presunzioni, la dottrina era certamente divisa. Riferiscono CINUS PRISTORIENSIS, *In Codicem*, cit., tit. *De testamentis* (6, 22), l. *Hac consultissima* (21), (ed. cit., ff. 367vb-368ra, N°1) e poi BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam Digesti Novi partem praelectiones*, tit. *De verborum obligationibus* (45, 1), l. *Sciendum* (30) (ed. Lugduni 1546, ff. 15va-15vb, N° 10 e 12-13), che i testimoni dovevano essere *rogati*, seguendo l'insegnamento di Dino dal Mugello. Infatti riferiscono questi Autori che Dino aveva sostenuto che si era in presenza di una *solemnitas extrinseca* che non poteva presumersi. L'affermazione di Francesco e di Angelo è identica. Cino inoltre (*In Codicem*, cit., *De contrahenda et committenda stipulatione* (8, 38), l. *Licet* (1), (ed. cit., f. 503vb, N° 3-7), dà un'efficace nozione di *solemnitas extrinseca* che « in facto consistit et ad positionem unius facti non sequitur positio alterius facti », mentre la *solemnitas intrinseca*, per la quale è ammessa la presunzione, « verborum prolatorum significatio includit, vel est apta includere ».

<sup>(245)</sup> Cfr. G. ERMINI, *Diritto romano comune e diritti particolari nelle terre della Chiesa*, in *I.R.M.A.E.*, pars V, 2 c, pp. 5-8.

<sup>(246)</sup> Le opinioni di Bartolo (« quando lex contradicit canoni cui standum? In terris Ecclesiae subiectis sine dubio stamus decretalibus ») e poi di Baldo (« in terris Ecclesiae concordabo potius cum iure canonico quam iure civili ») sono state

convinti assertori. Il *consilium* rappresenta pertanto un esempio abbastanza chiaro della sua applicazione (<sup>247</sup>).

f) Nel *cons.* 7, Angelo e Francesco Tigrini affermano che la *profexio plena* di una donna che entra in monastero, è valida quando è fatta *per verba obligationis*.

Con la *profexio* il monastero acquista la piena disponibilità dei beni della donna e lo statuto, *quod loquitur quod mulier sine presentia certorum consanguineorum non possit contrahere*, non può incidere sugli effetti della professione. Estendere il contenuto della disposizione statutaria alla *profexio* sarebbe una pretesa nulla, perché *contra libertatem Ecclesie*. E in ogni caso non potrebbe applicarsi lo statuto, che non può impedire il *bonum animae* perseguito dalla professione.

g) Nel *cons.* 8, Angelo e Conte da Perugia esaminano alcuni conflitti di giurisdizione in materia criminale tra la *civitas* e il *praeses* o *marchio*. I due consultori affermano che alla *civitas* il *merum et mixtum imperium* compete solo *per principis privilegia*.

La *civitas* non l'acquista né per « lunghissima prescrizione », che non ha alcun valore nei confronti della Chiesa; né fondandosi su una precedente decisione del giudice della Curia generale, che non può pregiudicare quanto compete al suo superiore, cioè al Papa; né desumendo detto privilegio dalla *confirmatio* degli Statuti, che è invece un provvedimento *gratiosum*, suscettibile di modificazioni nel tempo.

La *civitas* invece, limitatamente ai diritti previsti dagli statuti, si troverebbe *in quasi possessione pacifica et quieta meri et*

---

evidenziate da C. CALISSE, nel suo studio *Il diritto comune con riguardo speciale agli Stati della Chiesa*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta per il XL anno del suo insegnamento*, vol. II, Milano 1939, pp. 425-426, nn. 4-6.

(<sup>247</sup>) Tra gli esempi citerai anche due *consilia* di Baldo: II, 236 (*In Christi nomine. Si quis iuris civilis originem considerat*) e II, 237 (*In Christi nomine. In libro Esdrae dicitur*).

*mixti imperii*, che eserciterebbe nell'ambito della città e del distretto.

h) Il *cons.* 9, sottoscritto da Angelo d'Amelia con Conte de' Sacchi, riassume una complessa vicenda in tema di enfiteusi ecclesiastica. A parte i problemi sulla durata perpetua o temporanea della concessione, che vengono solo accennati, il testo presenta due punti di un qualche interesse, anche rispetto al ricordo di Angelo d'Amelia tramandatoci da Baldo in tema di esclusione dalla successione nell'enfiteusi ecclesiastica del figlio nato dalla concubina <sup>(248)</sup>. I due punti sono: 1) « an possit dicte res emphiteutice in extraneum heredem transferri non interveniente consensu prelati »; 2) « an ... possint ab emphiteotis donari ipsorum consanguineo vel extraneo, vel in ultima voluntate relinqui sine requisitione et consensu prelati ecclesie a qua prima emphiteosis processit » <sup>(249)</sup>.

Angelo e Conte liquidavano il primo quesito recependo la opinione di Guglielmo Durante <sup>(250)</sup>. Sul secondo i due giuristi riconoscevano che il problema era controverso: il testo giustiniano citato <sup>(251)</sup>, prevedeva che il trasferimento dello *ius emphiteuticum* venisse regolato dal tenore dello *instrumentum*, ma se non fosse intervenuta pattuizione, o non esistesse istrumento, né se ne potesse provare l'esistenza <sup>(252)</sup>, era necessario il consenso del *dominus*. Riferiscono Angelo e Conte che la glossa <sup>(253)</sup> e Guglielmo da Cunio <sup>(254)</sup> sostenevano che poteva disporsi per do-

<sup>(248)</sup> Cfr. *supra*, pp. 65-71.

<sup>(249)</sup> Ma vedi il testo, *infra*, App. II, *cons.* 3, pp. 90-93.

<sup>(250)</sup> Non ammetteva il trasferimento dell'enfiteusi dei beni della Chiesa, ma cfr. G. DURANDUS, *Speculum... pars tertia*, cit., *De emphyteusi*, vers. cxiii (ed. Lugduni 1547, N° 139, f. 111ra).

<sup>(251)</sup> È il passo C., 6, 66, 3, 1.

<sup>(252)</sup> Cfr. la glossa *deperditum est* al passo C., 4, 66, 3 cit.

<sup>(253)</sup> Cfr. la glossa *aliis vendere*, al passo C. 4, 66, 3 cit.: « vendere et ius emphyteuticum transferre idem est, secundum quosdam. Sed an donare? Ir. quod non: quia de alienatio hic fit mentio. Sed certe imo potest sine domini consensus » e cita C. 11, 62, 1.

nazione delle *res emphyteuticæ* senza il consenso del *dominus*. I due consultori invece opponevano che lo stesso passo, vietando non solo la vendita, ma qualsiasi trasferimento <sup>(255)</sup>, non poteva consentire di dare in legato <sup>(256)</sup> o di donare ad un estraneo senza il consenso. E distinguevano il trasferimento *sine consensu*, ammissibile nell'enfiteusi *rei publicæ* <sup>(257)</sup>, dal trasferimento con il consenso, richiesto nelle altre forme di enfiteusi private, come quelle che facevano capo alla Chiesa <sup>(258)</sup>. I due giuristi poi, nell'incertezza, prendendo in esame il caso contrario, cioè che alla

---

<sup>(254)</sup> Non conosco il passo di Guglielmo da Cunio, che non trovo nella *Subtilissima lectura super Codicem*, ed. Lugduni 1513, la quale si interrompe a C. 4, 29, 16 e ricomincia a C. 6, 24, 1, non riportando il passo in questione ricordato alle note precedenti. Della mancanza avverte una nota del seguente tenore: « non est plus de quarto, nec de quinto, sed incipit in sexto ». La stessa situazione è emersa durante la consultazione del Vat. lat. 2622, f. 62va e del Vat. lat. 9440, f. 71rb, che rappresentano i soli Mss ai quali mi è stato possibile accedere. Ho il sospetto però che un commento al passo C. 4, 66, 3 potrebbe esistere perché nella stessa *Subtilissima lectura*, tit. *De appellationibus et consultationibus* (7, 62), l. *Si quis libellos* (28), (ed. cit., f. 89rb), si afferma che: « ita est de iure quod si emphyteuta tradat sine consensu domini cadit a iure suo ut supra 'De iure emphyteutico', l. fi (C. 4, 66, 3) », passo che messo in relazione con la citazione di Angelo e di Conte (cfr. *infra*, App. II, p. 91), sembra confermare l'esistenza di una tradizione di un commento di Guglielmo al passo C. 4, 66, 3. Secondo le ricerche di B. BRANDI, nelle sue *Notizie intorno a Guilielmus de Cunio, le sue opere e suo insegnamento a Tolosa*, Roma 1892, pp. 14-15 e 29-31, la 'Lectura super codicem', dovrebbe essere stata dettata nell'anno 1315-16, a Tolosa, ma è sconosciuto il *reportator* (cfr. E. M. MEIJERS, *op. cit.*, p. 188). Il passo anzidetto doveva costituire l'oggetto dei 'punta taxata' della tredicesima decade del corso, quando si doveva leggere da C. 4, 64 a C. 5, 12. Comunque stando a quanto affermano Angelo e Conte, posso supporre che Guglielmo era nella soluzione, e non nelle argomentazioni che non conosco, conforme alla glossa.

<sup>(255)</sup> Cfr. *supra*, n. 253.

<sup>(256)</sup> Sulla questione « *utrum emphyteuta possit legare aliqui extraneo domini irrequisito* », che, come si è visto, non era conosciuta dalla glossa, che svolgeva solo il caso della donazione, si veda G. DURANDUS, *Speculum*, cit., tit. *De emphyteusi* cit., N° 138 e 139 (ed. cit., f. 111ra), che rispondeva positivamente giustificandosi: « ... tu dic quod valet quia heredem istituendo vel legando non dicitur alienare ».

<sup>(257)</sup> In questa ipotesi, chiariscono Angelo e Conte, il *possessor*, chiunque fosse, doveva in ogni caso pagare il *vectigal*, perché la persona 'non interest rei publicæ'.

<sup>(258)</sup> I due consultori affermano che « *est novus possessor et ad pensionem non tenetur cum ipse nichil promiserit unde non potest emphyteuta alienare sine consensu domini* » e per la posizione della Chiesa citano il divieto di alienare i beni enfiteutici del C. 7, 38, 1 e 2.

donazione e al legato dell'enfiteusi ecclesiastica *sine consensu* potesse essere dato valore, affermavano che comunque alla Chiesa doveva essere pagato l'*alodium* <sup>(259)</sup> o il *campsoldum* <sup>(260)</sup> come nella vendita dell'enfiteusi.

Detto pagamento, poi, doveva aver luogo anche quando fosse dimostrata l'esistenza di una *consuetudo obtenta per tempora longiora*, che ammettesse il trasferimento dei beni enfiteutici *ad heredes extraneos ex testamento et ab intestato*, poichè qualsiasi *consuetudine laycorum non nocet ecclesie*.

i) Nel *cons.* 10 i *doctores Collegi perusini* sono consultati in materia di arbitrato. Le parti, dopo aver compromesso negli arbitri le loro liti, hanno promesso di approvare ed omologare il lodo, senza interporre appello o chiedere la *reductio ad arbitrium boni viri*. Si discute principalmente se, nonostante la promessa, e anche se lo statuto afferma l'esecuzione del lodo *inter consanguineos*, si possa chiedere la *reductio*, cui si è rinunciato, quanto il lodo è iniquo.

l) Il *cons.* 12, sottoscritto da Angelo e da Bartolo, esamina — al termine di una complessa vicenda nella quale dopo l'istituzione di un Ospedale, è intervenuto un compromesso, un lodo e nuovi statuti — il valore dei singoli capitoli che regolano la vita della fondazione.

(259) Naturalmente il termine può essere anche usato traslatamente, nel senso di laudemio, come è attestato in altri casi (DUCANGE, I, 137). Sulla definizione di allodio, come cose possedute in proprio, cioè dal *dominus*, anche se sotto l'altrui giurisdizione e di *terra alodium* « quando su di essa si paghi un tributo al fisco » cfr. GUILLELMUS A CUNIO, *Subtilissima lectura*, tit. *Familie eriscunde* (3, 36), l. *Si familiae* (14), (ed. cit., f. 54vb), segnalato da B. BRANDI, *op. cit.*, p. 80.

(260) Credo che valga la pena di segnalare il termine *campsoldum*, che non trovo altrimenti documentato, e che, usato come sinonimo di allodio nel contesto, ho motivo di ritenere che voglia ugualmente indicare il prezzo dell'investitura, anche per la successiva citazione di G. DURANDUS, *Speculum* cit., tit. *De emphyteusi* cit., N° 140 (ed. cit., f. 111ra). Qualche cosa di simile ho trovato in J. F. NIERMEYER, *Mediae latinitatis lexicon minus*, fasc. 2, Leiden 1955, p. 123, al lemma *campipartagium* definito un 'paiment d'une somme à titre du rechat du compart', o a *campamentum*, in DUCANGE, II, 67, definito come una 'praestatio quae a vassallis aut subditis domino pro protectione exolvebatur'.

## IV APPENDICE

### I.

#### QUESTIONIO: SI YCONIMUS ALICUIUS MONISTERII CONSENTIAT SENTENTIE LATE CONTRA MONISTERIUM

Bologna, Biblioteca del R. Collegio di Spagna, 87, f. 196y.

In Christi nomine etc. Tertia questio est si yconimus alicuius monisterii consentiat sententie late contra monisterium; numquid dabitur restitutio adversus yconimum, vel adversus sententiam, non adversus illum pro quo lata est sententia, vel adversus yconimum: quod sic probatur: restitutio in integrum peti debet adversus idem propter quod Ecclesia est lesa, ut patet Extra, 'De restitutione in integrum', c.i. (Extra, 1,41,1), et eodem titulo, c.ij., Libro Sexto (Sextus, 1,21,1), et eodem titulo, in Clementinis (Clem., 1,2,1), et 'De rebus ecclesie non alienandis', c. 'Ad nostram' (Extra, 3,13,11). Et idem est de minore, ut patet 'De restitutione in integrum', c. 'Constitutus' (Extra, 1,41,8); sed Ecclesia est lesa ex sententia, non ex consensu yconimi, igitur adversus sententiam restitutio peti debet, Extra, 'De restitutione in integrum', c.i., Libro Sexto, in principio (Sextus, 1,21,1), quod probatur eodem titulo, c. 'Tum ex litteris', ver. 'Verum' (Extra, 1,41,5), ubi patet quod contra sententiam datur restitutio; probatur melius eodem titulo, c. 'Cum venissent' (Extra, 1,41,2), ubi patet quod si ex negligentia procuratoris non producuntur probationes et iura Ecclesie, quod restituitur Ecclesia ad probationes et iura obmissa propter negligentiam procuratoris, et non adversus procuratorem. Et tamen procurator negligendo infrascripta probatione concessit, ut notatur Extra, 'De officio delegati', c.i. (Extra, 1,30,1), peti tamen debet ipsa restitutio in foro eius pro quo lata est, C., 'Ubi et apud quos in integrum restitutio postuletur', l.ij. (C., 2,46,2), ut notat Paulus in predicto c. unico, 'De restitutione in integrum', in Clementinis (Clem., 1,2,1). Angelus de Amelio doctor decretorum etc.



## II.

## I CONSILIA

## 1.

Ravenna, Biblioteca Classense, 485, vol. III, ff. 27r-29v.

Quia ius ex facto oritur, ideo factum partium infrascriptorum breviter describetur.

Quidam V., habens quandam suam uxorem F., in millesimo [trecentesimo] XXXV. condidit testamentum, in quo dicte domine iussit restitui suas dotes et in omnibus suis bonis, P. eius fratrem carnalem, suum heredem instituit in omnibus suis bonis.

Post vero conditum dictum testamentum, accessit contra Turchios ad Sanctam Romanam Ecclesiam impositam, inpetrandam et acquirendam, et ibidem stetit certo tempore, et post modum rediit ad domum propriam et una cum dicta sua uxore moram trassit.

Demum acquiritur quendam Pascutiam, iuvenem et pauperem, de voluntate ipsius uxoris, et in servientem ipsam Pascutiam tenuit et tenebat pro sua famula, cum qua ipsa in domo permanente adulterium commisit et ex ea habuit duos filios masculos et, in eadem domo et familia, dicta Pascutia stetit et habitavit una cum dicto V. et F., et fatiebat omnia facta domus ut famula et serviens.

Tempore vero mortalitatis, F. uxor dicti decessit, relictis dictis V. et Pascutia et dictis suis filiis.

Postea vero per mensem, vel id circa, dictus V. infirmatus est, et in infermitate constitutus accepit dictam Pascutiam, cum qua adulterium commiserat et ex qua habuit duos filios predictos, in uxorem et eam desponsavit et vixit XX. dies et postea decessit, relicta dicta Pascutia et dictis suis filiis.

Que Pascutia et filii, tempore dicte mortis dicti V., remanserunt in domo habitationis dicti V., condam eorum patris.

Modo venit P., frater olim dicti V., asserens se heredem ex dicto testamento et apprehendit possessionem cuiusdam vinee, olim dicti V. defuncti, et accusavit Pascutiam, et filios dicti V. et Pascutie, de damno dato et dicit dictus P. in accusatione dictam rem ad eum pertinere, ut heredi ipsius V. ex testamento per eum supra condito ut supra patet, et dicit

matrem dictorum filiorum, ex parte ipsorum filiorum, et dictos filios nullum ius habere in bonis et hereditate condam dicti F. [et] V.

Dicit etiam P., quod dicta Pascutia non potuit esse uxor dicti V., quia adulterium commisit cum dicto V., vivente F. uxore condam dicti V., et subsequenter dicti filii dicti V. et dicte Pascutiae in hereditatem ipsius V. non succedent.

Modo querentur tria pro parte dictorum Pascutiae et filiorum.

Primum numquid dicta domina Pascutia potuit esse uxor dicti V., non obstante quod cum eo commiserit adulterium, ut supra premittitur.

Et dicendum est quod potuit, nisi machinatio cum esset ibi intervenitur in morte predictae uxoris, vel nisi vivente dicta uxore data fuisse fides dicte Pascutiae, deducendo ipsam in uxorem, post mortem dicte uxoris subsequuta, post modum carnali copula inter eos, vivente predicta uxore, quia in hiis casibus, vel altero ipsorum, non potuisset contrahendum inter predictos ut Extra, 'De eo qui duxit in matrimonium', c. 'Significasti' (Extra, 4,7,6), et c. ultimo (Extra, 4,7,12).

Secundum numquid dicti filii, visis predictis, possunt succedere in totum, vel in parte, in hereditate et bonis condam dicti V. olim eorum patris; cum probare non potuerit ipsam machinatam esse vivente prima uxore, nec pactum fecisse.

Et dicendum est in nullo succedunt, cum nec legitimi, nec naturales sint, ut in Aut. 'Quibus modis naturales efficiuntur legitimi' § ultimo (Nov., 74,6) et C., 'De incestisque nuptis', Aut. 'Ex complexu' (C., 5,5,6), tamen de equitate canonica, quae ius nature imitatur, debent habere alimenta et alimentari de predictis bonis, ut Extra, 'De eo qui duxit in matrimonium', 'Cum haberet' (Extra, 4,7,5).

Tertium et ultimum, numquid testamentum predictum, factum per V., habuit privare totaliter dictos filios dicti V. ex dicta sua hereditate et si dictum testamentum per dictos filios possit dici nullum, propter rationem dictorum filiorum.

Et dicendum est quod in toto privantur exceptis alimentis ut dictum est, quia posito quod non fecisset testamentum, non succederent et in iuribus supra allegatis nec per ipsorum nativitatem dictum testamentum ruptum fuit, quia ad haec ut rumpatur, oportet quod postumus sit suis et legitimus, id est natus ex legitimo matrimonio, ut Insti., 'De patria potestate', in principio (Inst., 1,9, pr.), et C., 'De postumis' I. 'Quod certatum' (C., 6,29,3). Nec per matrimonium certum cum dicta Pascutia legitimati sunt, cum nati fuerint constante matrimonio cum prima uxore, Extra, 'Qui filii sint legitimi', 'Tantum' (Extra, 4,17,6).

Et super hiis, amore Dey et pietatis intuitu, videantur per consultorem omnia remedia, que videri possunt in audiitorium pupillorum predictorum et ad tollendas dictas allegat., que sunt pro parte dicti P., olim fratris carnalis ipsius testatoris, videantur omnia remedia oportuna, si qua essent.

Super eo autem quod predicta Pascutia, cum predictis filiis, fuerit accusata de dapno dato in bonis dicti sui viri, videtur quod accusatio non procedat, quia, cum filii debeant alimentari de dictis bonis ut in dicto c. 'Cum haberet' (Extra, 4,7,5), videntur accessisse ad dictas partes pro dicto iure et iure suo velle uti, et ita presumitur, ut in l. 'Merito', ff., 'Pro socio' (D., 17,2,51) prefata autem mater iure familiaritatis ut in 'Qui iure familiaritatis', ff., 'De acquirenda possessione' (D., 41,2,41), et cum alimentandi dictos suos filios, Extra, 'De conversione infidelium', c. ultimo (Extra, 5,4,3). Et ideo sunt absolvendi. Et ita in predictis omnibus et singulis videtur mihi Angelo de Amelia, decretorum doctori, regenti in Studio perusino, salvo semper consilio melius sentientis, quod sigilli proprii munimine roboravi.

[L.S.]

2.

Pesaro. Biblioteca Oliveriana, 58, ff. 14r-15r.

Factum sic se habet: cavetur, ex forma ordinamenti communis Egubij, quod omnes et singuli homines et persone civitatis Egubii et etiam forenses cuiuscumque gradus, conditionis, dignitatis seu status existentes, teneantur et debeant solvere entoribus gabelle bladii, sive macinature pro blado quod macinaverint, certam quantitatem pecunie.

Item alio ordinamento cavetur quod nullus molendinarius, vel alia persona, audeat vel presumat macinare, vel macinari facere, aliquod bladum vel legumine sine apodissa entorum dicte gabelle, sive ofitialium ipsorum, ad certam penam.

Item alio ordinamento cavetur quod nullus molendinarius audeat vel presumat mictere, vel micti facere, vel consentire, in domo in qua molendinum situm estiterit, vel ei contiguam, aliquod genus bladi, de quo primo non sit soluta gabella, et de quo non viderit apodissam dictorum entorum seu ofitialium ipsorum, ad penam x. librarum pro quolibet et qualibet vice.

Item alio ordinamento cavetur quod, si quis recolligerit vel recolligi fecerit quodcumque bladum in comitatu Egubij, teneatur et debeat sol-

vere nomine gabelle, pro qualibet salma grani, v. solidos denariorum et pro qualibet salma cuiuscumque alterius bladij ij. solidos denariorum, infra terminum costitutum, sub pena xxv. librarum denariorum et solvere pro qualibet salma vini, nomine gabelle, ij. solidorum denariorum sub dicta pena.

Modo accidit quod quidam molendinarius, qui moratur in molendino monasterij Campiregij, immisit in dictum molendinum dicti monasterij et macinavit bladum abatis, capituli et conventus dicti monasterii Campiregij, non visa et non abita apodissa entorum gabelle predictae, nec eorum officialium. Nunc queritur utrum dictus abbas, monaci et capitulum teneantur solvere dictam gabella[m], pro macinatura bladi quod macinaverunt in dicto molendino, et solvere gabellam bladi et grani et vini recollectorum in possessionibus dicti monasterij, pro parte contingente dicto monasterio.

Item an dicti molendinari inciderint in penam, ex eo quia in miserunt in molendinum dicti monasterij Campiregij et macinaverint bladum abbatis et capituli antedicti, visis dictis ordinamentis et visis privilegiis et iuribus dicti abbatis et capituli et conventus, et maxime quodam privilegio concesso prefato abbati et conventui per Inocentium papam quartum, pontificatus ipsius anno nono et cet.

Et breviter videtur dicendum, quod prefati abbas et monachi dictam gabellam solvere non tenetur, nec dicti molendinarii in penam aliquam inciderunt. Et est ratio, quia Ecclesie ecclesiasticaeque persone ut res ipsarum, modo solum iure humano quinyimo et divino a secularium personarum exactionibus sunt immunes, Extra, 'De immunitatibus ecclesiarum', 'Non minus' (Extra, 3,49,4) et c. 'Adversus' (Extra, 3,49,7) et c. 'Et clericis', li. vj<sup>o</sup> (Sextus, 3,23,3) et 'De censibus', 'Quamquam' e. li. (Sextus, 3,20,4), et C., 'Nova vectigalia', 'Vectigalia' (C., 4,62,2) 'De sacrosanctis ecclesiis', l. 'Placet' (C., 1,2,5). Nec civitas in preiudicium predictorum aliquid statuere potest, Extra, 'De constitutionibus', 'Ecclesia Sancte Marie' (Extra, 1,2,10), et c. 'Que in ecclesiarum' (Extra, 1,2,7), 'De rebus ecclesie non alienandis', c. ultimo (Extra, 3,13,12), xcvi. di., 'Bene quidem' (Decretum Grat., D. 96, c. 1), quia sicut non potest statuere in preiudicium iurisdictionis culminis imperialis ff., 'De novi operis numptiatione', l. i., § fi. (D., 39,1,1,20), et ff., 'De peculio', l. 'Si peculium', § 'Sicut autem' et § sequenti (D., 33,8,6,4 e 5), ergo nec contra ecclesiam que iure imperij fungitur et maiori in Aut. 'Ut determinatus sit numerus clericorum et quando eccles. ep.', in principio (Nov., 3, prae.) Extra, 'De maiortate et obedientia', 'Solite' (Extra, 1,33,6). Nec minor legem superioris tollitur ut 'De electione', c. i., in Clem.

(Clem., 1,3,1), Extra, 'De iureiurando', 'Venientes' (Extra, 2,24,19) et facienti contra pena debetur, Extra, 'De verborum significatione', 'Constitutionem', li. sexto (Sextus, 5,12,2). Et preterea dicta statuta nichil disponunt expresse de rebus ecclesie, sed generaliter locuntur et in generalitate non veniunt illicite Extra, 'De electione', 'Causam' (Extra, 1,6,8), et eodem titulo, 'Si compromissarius' § i., li. sexto (Sextus, 1,6,37) et facit 'De iureiurando', i., eodem libro (Sextus, 2,11,1), et 'De conditione indebiti', l. 'Si procurator' (D., 12,6,6). Et posito quod explimerent, non propterea valeret per ea que dicta sunt supra, ymo statuentes et ipsa observantes excommunicationem incurrunt ipso facto 'De sententia excommunicationis', 'Noverit', et c. 'Gravem' (Extra, 5,39,49 e 53), et 'De immunitate ecclesiarum', c. ultimo, li. sexto (Sextus, 3,23,5). Unde sicut directe non possunt aliquid statuere, nec indirecte contra molendinarios, ut Extra, 'De privilegiis', 'Quanto' (Extra, 5,23,26) et pari pena perveniuntur ut dicto c. ultimo, 'De immunitatibus ecclesiarum', li. sexto (Sextus, 3,23,5). Et preterea, circa predicta, expresse dictum monasterium est exemptum a predictis per privilegium papale felicis recordationis pape Innocentij quarti, ut patet ex ipso privilegio.

Et ita michi Angelo Nardi de Amelia, decretorum doctori, videtur, salvo semper consilio melius sentientis, quod consueti sigilli munimine roboravi.

[L.S.]

Et ego Franciscus Tegrini de Pisis legum doctor, consulo ut supra consultum est per excellentissimum decretorum doctorem dominum Angelum de Amelia et maxime inter cetera me movet ad hoc c. 'Non minus' et c. 'Adversus', 'De immunitatibus ecclesiarum' (Extra, 3,49,4 e 7), et c. 'Clericis', eodem titulo, li. sexto (Sextus, 3,23,3), et hoc quantum ad monasterium, sed quo ad molendinarium me movet principaliter c. 'Quando', 'De privilegiis', Extra (Extra, 5,33,26), et quod ibj notatur. In cuius rei testimonium me subscripsi et meum consuetum sigillum adponj feci.

[L.S.]

Et ego Hugolinus Pelloli de Perusio, solum nomine legum doctor, dico et consulo de iure dicendum fore illum idem quod supradictum et consultum est per excellentissimum decretorum legum doctorem dominum Angelum de Amelia. In cuius rei testimonium meum sigillum apponi feci consuetum.

[L.S.]

## 3.

Vat. lat. 8069, ff. 373v-375r.

In Christi nomine amen. Consilii copia redditi per infrascriptos consultores. Punctus questionis vertentis inter Rectorem Ecclesie Sancti Leonardi ex una parte et Iohannem et Petrum ex altera parte. Predicti Iohannes et Petrus tenent et possident aliquas possessiones pro quibus solverunt Rectorj dicte Ecclesie certum annuum censum, tamquam pro rebus emphyteoticis iam sunt quinquaginta anni et ultra et a tempore cuius contrarj memoria non existit. Modo credentes predicti Petrus et Iohannes se non teneri ad prestationem census seu canonis predicti, petunt a Rectore dicte Ecclesie sibi ostendi de iure ipsius ecclesie seu ipsi ecclesie competenti. Ex adverso Rector ipsius Ecclesie asserit ipsos debere docere quo iure tenent etc. Queritur quid iuris. Primo numquid possint petere et numquid ex huiusmodi presentatione censuum facta presumantur concessio in emphyteusim in perpetuum vel ad tempus. Secundo posito quod appareat res ipsas esse emphyteoticas et pro ipsis censum deberi perpetuo, si decedant emphyteoticarij sine aliquo herede legitimo, insituto sibi aliquo herede extraneo, an dicantur dicte res devolute ad Ecclesiam et sint emphyteotice, posito quod non intervenerit, tempore institutionis predictae, prelati sive Rectoris dicte Ecclesie presentia vel consensus.

Tertio an predictae res, pro quibus apparet perpetuo deberi certum censum annuum, possint ab emphyteotis donari ipsorum consanguineo vel extraneo, vel in ultima voluntate relinqui, sine requisitione et consensu prelati Ecclesie a qua prima emphyteosis processit. Et an interveniente contractu donationis vel actu ultime voluntatis debeat ecclesie predictae allodium seu solitum campsoldum quod solvi in venditione rerum consuevit.

Quarto an ab intestato talibus emphyteotis fratres et alij ulteriores consanguinei, qui tempore mortis reperiuntur proximiores, succedant in rebus emphyteoticis nec ne. Et est verum quod in terra in qua sunt dicte possessiones est consuetudo obtenta per tempora longiora, cuius non existit memoria in contrarium, quod [qui] tenent huiusmodi res emphyteotice ab ipsa Ecclesia et alijs, ipsas res transmiserunt ad heredes extraneos ex testamento et ab intestato, existentibus et non existentibus legitimis heredibus, absque solutione aliqua prelati Ecclesie et absque solutione campsoldj.

In Dei nomine amen. Super primo puncto, quo queritur an possit peti a Rectore Ecclesie quod doceat de iure suo ex quo ipsi Ecclesie fuit solum canon per tantum tempus videlicet quinquaginta annorum, dicendum de iure: videtur quod non: nam, ex quo tanto tempore fuit solum canon pro dictis possessionibus, Ecclesia habet fundatam suam intentionem adeoque quod, quod si res seu possessiones fuissent aliene, prescriptio facta de illis rebus per emphyteutam possidentem esset ad utilitatem Ecclesie, ita quod Ecclesia posset res illas petere, ut notat Speculator, in titulo 'De locatione', § 'Nunc aliquo', ver. liij., et Martinus de Fano in suo Tractatu 'De iure emphyteutico', in xii.q.. Ex hoc ergo sequitur quod dicti Petrus et Johannes non possunt referre questionem dominij Rectori et dicere quod doceat de iure suo, nam ex frequenti solutione canonis dicto Rectorj resistere non possunt pro hoc C., 'De agricolis et censitis', l. 'Litibus', libro xj° (C., 11,48,20), quod sentit Cynus, C., 'De prescriptione triginta annorum', l. 'Comperit', in fi. (C., 7,38,6,1). Super eo vero quo queritur an presumantur emphyteute perpetua vel ad tempus, dicendum videtur quod ex quantitate pensionis et canonis presumitur; quia si magis, presumatur, quod fuit perpetua, si parva, presumatur ad tempus, quia non expedit ecclesie dare in perpetuum et sic debet intelligi xii., q.ii. 'Apostolicos' (Decretum Grat., C. 12, q. 2, c. 13), facit Extra, 'De rebus ecclesie non alienandis', c. 'Ad aures' (Extra, 3,13,7). In dubio etiam iudicandum est pro eo quod magis expedit Ecclesie, ut Extra, 'De penitentiis', c.ij. (Extra, 5,38,2), ad quod facit quod pulere notat Speculator, in dicto § 'Nunc aliqua', versy. vij.

Super secundo puncto quo queritur an possint dicte res emphyteutice in extraneum heredem transferri, non interveniente consensu prelati, dicendum est quod non: de quo in Speculatore, in dicto § 'Nunc aliqua', versy. cxij.

Super tertio puncto habemus opiniones contrarias: nam glossa, que est in l. fi., C., 'De iure emphyteutico' (C., 4,66,3), dicit quod sic, et ibi per Guylelmum de Cunio et idem notat in c. 'Potuit', Extra, 'Locato' (Extra, 3,18,4), et pro hoc ff., 'De legatis' i., l. 'Si domum', § fi. (D., 30,1,71,6) et ff., 'De verborum significatione', l. 'In conventionibus' (D., 50,16,219). Sed contra nota C., 'De fundis patrimonialibus', l. i. libro xj°. (C., 11,62,1). Sed veritas videtur quod sine Ecclesie consensu non possit legari seu donari extraneo pro hoc videtur textus l. fi., C., 'De iure emphyteutico' (C., 4,66,3), ubi non solum venditio sed omnis alienatio prohibetur, quam opinionem tenet ibi Petrus non obstante dicta l. 'Si domum', § fi. (D., 30,1,71,6), et l. 'In conventionibus', 'De verborum significatione' (D., 50,16,219), quia locuntur in emphyteusi rei publice.

Ratio quia tunc ad quemcumque vadant res, eo ipso quod est possessor, tenetur solvere vectigal seu census ut C., 'Sine censu vel reliquis', l. fi. (C., 4,47,3), ff., 'De publicanis', l. 'Imperatores' (D., 39,4,7), unde non interest rei publice. Sed secus in alia emphyteusi, quia est novus possessor, et ad pensionem non tenetur, cum ipse nichil promiserit, unde non potest alius emphyteuta alienare sine consensu dominj et maxime emphyteuta Ecclesie ut C., 'Ne rei dominice vel templorum' l. i. et ij. (C., 7,38,1 e 2). Sed contra id quod queritur an in casu quo donatio vel legatum rej emphyteotice Ecclesie valet, debeat ipsi Ecclesie campsoldum, sicut si ipsa res emphyteutica venderetur, Speculator tenet quod non, in dicto § 'Nunc aliqua', ver. cvij. et ver. cxiiij. Sed contra notatur per glosam C., 'De iure emphyteutico', l. fi. in fi., super verbo 'extimationis' (C., 4,66, 3,4) et istud ultimum verius probatur primo per illum textum dum dicit pretij vel extimationis loci probatur etiam ratione. Nam plus debet gravari ille, qui habet rem titulo lucrativo, quam ille qui habet titulo honoroso, ut l. 'Apud Celsum' § 'De autoris', ff., 'De doli exceptione' (D., 44,4, 4,27). Sed nos videmus quod, ille qui habet rem titulo emptionis solvit campsoldum ut dicta l. fi., in fi., C., 'De iure emphyteutico' (C., 4,66, 3,3). Ergo multo magis debet solvere ille, qui habet titulo emptionis, alias donationis, vel legati, vel alio titulo lucrativo. Preterea pro hoc facit, quia videmus quod, si curialis alienat titulo honoroso, seu non lucrativo, curia nichil habet nomine descriptionis, secus si titulo lucrativo l.i., § 'Lucrativas', C., 'De imponenda lucrativis descriptione', libro xº. (C., 10,36, 1,3). Et istam opinionem notat Guylelmus in dicta l. fi., in fi. (C., 4,66, 3,4), per dictas rationes.

Super quarto de iure dicendum videtur quod consuetudo laycorum non nocet ecclesie. Esset enim talis consuetudo nimis honorosa Ecclesie et ideo non servanda, Extra, 'De consuetudine', c.i. (Extra, 1,4,1) et expresse per Hostiensem in c. 'Cum dilectus', eodem titulo (Extra, 1,4,8), nec statutum ut c. 'Bone quidem', Extra, 'De constitutionibus', c. 'Ecclesia sancte Marie' (Extra, 1,2,10) cum Aut. 'Cassa', C., 'De sacrosantis ecclesiis' (C., 1,2, post 12).

Super quinto dicendum est quod per talem protestationem dicti Petrus et Iohannes dictam solutionem evitare, nec differre possunt, per ea que dicta sunt in primo dubio, ymmo si non purgarent moram immediate, elapso biennio, res reverterentur ad ecclesiam in dicto c. 'Potuit', Extra, 'De locato' (Extra, 3,18,4), facit l.ij., C., 'De iure emphyteutico' (C., 4,66,2).

Et ita, ut superius dictum est, dicimus et consulimus nos Angelus de Amelia decretorum doctor et cet., Conte domini Sacchi de Perusio



legum doctor, in cuius rei testimonium nos subscripsimus et proprijs sigillis sigillari fecimus.

## 4.

Torino, Biblioteca Nazionale, H. I. 13, ff. 141ra-141va.

*Consilium domini Angeli de Amelia.*

Maritus, sine filiis, uxorem suam sibi heredem universalem instituit, et ultra legata diversis personis in testamento reliquit. Uxor heres instituta hereditatem aducit cum beneficio legis et inventarii, et inventarium confecit, ad cuius confectionem quidam ex legatariis, qui erant in civitate, non fuerunt vocati, nec citati. Fuit tamen factum generale proclama, si quis crederet sua interesse compareret ad videndum confectionem inventarii et mulier, ignara litterarum, notarium adhibuit, qui se subscripsit secundum formam iuris, et ipsi inventario ipsa heres instituta non adhibuit tres testes, specificè loco legatariorum absentium. Est tamen verum quod, in ipso inventario fuerunt adhibiti vj. testes et ultra, ydonei et honeste opynionis. Modo queritur de duobus: primo, an dictum inventarium valeat de iure ita quod possit retinere falcidiam. Secundo queritur utrum dicta heres instituta, cum sit mulier, posito quod a creditoribus et legatariis conveniatur ultras vires hereditarias, possit se excusare per iuris ignoranciam cum certo de dampno vitando. Et allegatur circa primum quod ipsum inventarium valeat, videtur posse probari, quia per generalem proclamatum fuerint citati omnes quorum poterat interesse, que citatio videtur sufficere, ut l. 'Aut qui aliter', § i., ff., 'Quod vi aut clam' (D., 43,24,5,1) et l. 'Ut perfectus', 'De annualis exceptione' (C., 7, 40,2). Item quia non videtur citatio necessaria in forma iudicii, sed sola convocatio ab heredibus, ut in Auth. 'De heredibus et falcidia', § 'Ille adiecto' (Nov., 1,2,1), l. i., § 'Cum dicitur', ff., 'Si cui plus quam per legem falcidiam' (D., 35,3,1,6), que vocatio satis videtur esse facta. In contrarium videtur quod non valeat, quando legatarii debuerunt nominatim citari; convocatio enim videtur pro solemnitate adiecta ad inventarium per legem, C., ut dicto § 'Illo adicito' (Nov., 1,2,1). Sed, si ea non servatur, non valet, et heres in solidum convenitur ut l. 'Sancimus', § 'Sed si perfectam', C., 'De iure deliberandi' (C., 6,30,22,4). Et non sufficit generalis convocatio, ubi certus est adversarius et eius copia potest haberi, ut ff., 'De liberis agnoscendis', l. i., § i. (D., 35,3,1,1), et est casus in l. 'Si curatoris', C., 'De iure deliberandi' (C., 6,30,9). Item probat tex. in dicto §, cum dicit quod si personarum etiam dignitas vel qualitas

facultatem prestat ad confectionem, quod debent vocari pro eis agentes, et sic notat tex., quod nominatim debet fieri convocatio. Preterea quantumcumque sex testes fuerint adhibiti, cum non fuerint tres nominatim loco legatariorum, non videtur valere, ut in Auth. 'Sed cum testator', § 'Ad legem falcidiam' (C., 6,50,7, Nov. 1,2). Ad secundum an mulier possit se excusare pretextu ignorancie, cum certet de dampno. In contrarium videtur quod mulier non excusetur, quia in dampno tali ita eis subutatur sicut maribus. Sed eis non subvenitur ut dicto §, sed si prefatam eodem modo, nec mulieribus lex enim, que concedit illud beneficium, concedit si solemnitas servetur in solidum. Et si diceretur quod pretextu ignorancie quis excusetur, esset dicere quod lex, que inducit solemnitatem inventarii, esset frustra posita.

Viso puncto et etiam allegationibus pro utraque parte factis, dicendum est quod dictum inventarium de iure non valeat. Tum licet, quia quo ad creditores, quos heres poterat universaliter ignorare, possit tollerari quod generaliter proclama sufficet, in l. 'Si eo tempore', C., 'De remissione pygnoris' (C., 8,25,6) et Auth. 'Si omnes' § 'Si ut se', ab herede tamen quando ad legatarios, qui ex ipsa effectione testamenti certi sunt, et possunt specialiter vocari ad confectionem, non videtur sufficere generale proclama, sed quod notatur per Innocentium in c. 'Cum in tua', Extra, 'Qui matrimonium accusare possunt' (Extra, 5,18,6), cum, quia non fuerunt specialiter adhibiti tres testes ut loco creditorum absentium, intererant confectioni inventarii, ut no. in dicto § 'Sancimus', nec est curandum quod in dicto inventario fuerint adhibiti sex testes. Nam isto casu quidam testes adhibentur ad solemnizandum instrumentum, vel inventarium, ut tamquam publicum probet et tunc idem est quod in aliis, ut in Auth. 'De fide istrumentorum', quidam adhibetur ad solemnizandum ipsam inventarii confectionem, ut loco creditorum absentium intersint, ne quid malignitate convertatur per heredem. Et de hoc habent deponere, ut probatur in dicto § 'Si vero absunt' (Nov., 1,2,1). Et isti testes deponunt loco creditorum, qui non venerunt, vel alium pro se non miserunt. Et ex ratione, que intelligi potest, apparet quod dicti testes specialiter adhibentur loco legatariorum, tum quia locus pro herede adhibitus ad subscribendum non subscribit se, ut de iure debuit. Cum igitur dictum inventarium non fuerit factum ut debuit, non valet de iure, ut in § 'Si vero absunt', 'De hereditate et falcidia' (Nov., 1,2,1).

Ad secundum cum queritur utrum dicta mulier heres possit se excusare pretextu ignorancie iuris, cum certet de dampno vitando, dicendum est quod non, ut in § 'Quia vero', 'De Hereditate et falcidia' (Nov., 1,4,2), iuncto § 'Pupillus' (Nov., 1,4,1), ex quo colligitur quod illa

confectio, que addidit certam formam confectionis inventarii, est generalis et ligat quoscumque personas et solum excipit minores et pupillos, ut notatur in l. § 'Cum igitur' sit spetiale in pupillo et minore, igitur in contrarium est ius comune, ut l.i., 'Ad municipale', cum symilibus (D., 50,1,1). Illa enim constitutio voluit privilegiare acta, omissionem forme, solum modo minorem etatem et non sexum feminineum, dando ei restitutionem in integrum, ut dicto § 'Pupillus' (Nov. 1,4,1) et l. 'Auxilium', 'De minoribus' (D. 4,4,37,1), ubi glosa ita intelligit illum § et per Cynum in l. fi., § i., 'De iure deliberandi' (C., 6,30,22,1), et per predicta et que notantur per Dynum in regula iuris, 'Ignorancia' (Sextus, 5,12,13) et de regulis iuris de facili revertetur ad obiecta. Et ita consulo ego Angelus de Amelia, legum doctor.

## 5.

Urbino, Biblioteca Universitaria, Fondo della Congregazione di Carità, perg. 61.

[ST] In nomine Domini amen. Quidam homines de civitate Urbini, numero centum vel idcirca, fecerunt inter se quandam fraternitatem sub vocabulo Beate Marie Virginis de Misericordia, iam sunt xvij anni, vel circa; et elligerunt de se ipsis quosdam Rectores, qui regerent ipsam fraternitatem et disponderent de bonis ipsius fraternitatis et de alijs negotijs ipsius fraternitatis, secundum eorum ordinamenta. Qua fraternitate sic facta, tempore procedente, Rectores predicti fuerunt instituti heredes et fideicommissarij in testamentis aliquorum, post particularia legata et fideicommissa, facta in eisdem testamentis ecclesie et alijs pijs locis. Qui rectores aliqua ex dictis testamentis executi sunt in totum, et aliqua pro parte, solvens integre particularia legata predictis ecclesijs et alijs pijs locis, aliqua vero in nullo. Et in anno Domini MCCCxlviii., die vigesima quinta mensis setembris, dominus frater Bartholomeus, tunc episcopus Urbini, donavit, attribuit atque concessit dicte fraternitate et Rectoribus ipsius, recipiente ipsa fraternitate, quoddam hospitale subiectum ipsi domino Episcopo, positum in dicta civitate, modo et forma contentis in instrumento ipsius concessionis, cuius instrumenti copia vobis transmittitur. Modo dominus Episcopus prefatus civitatis predictae petit a dictis fraternitate et rectoribus ipsius, nomine dicte fraternitatis et nomine dicti hospitalis, canonicam portionem de omnibus relictis et legatis in quibuscumque testamentis seu alijs ultimis voluntatibus, factis dictis rectoribus fraternitatis predictae seu hospitali predicto per modum legati, seu

institutionis et substitutionis, nec non de datis et qualitercumque donatis manualiter eisdem rectoribus in morte, seu mortis articulo, distribuendis per ipsos ad pias causas. Item petit sibi dari et tradi per dictos rectores canonicam portionem de omnibus relictis, seu legatis factis quibuscumque ecclesijs, seu alijs pijs locis civitatis et diocesis urbinatis in testamentis et alijs ultimis voluntatibus, in quibus dicta fraternitas, seu rectores ipsius, fuerunt et sunt heredes, seu commissarij, instituti tam de solutis per ipsos rectores dictis ecclesijs et alijs pijs locis, quam de non solutis. Item petit sibi dari et tradi per dictos rectores omnia male ablata incerta relicta in testamentis predictis per dictos testatores.

Item petit sibi reassignari et reddi rationem et computum per supradictos rectores, nomine suo et nomine predecessorum eorundem, quatenus ad ipsos rectores presentes pervenerunt de omnibus et singulis hereditatibus, relictis et legatis, seu donatis, quomocumque et qualitercumque ad pias causas fraternitati, hospitali et rectoribus prelibatis. Et inter alia allegatur, pro parte dicti domini Episcopi, quedam constitutio sinodalis, facta tempore domini Episcopi Marci, sub MCCcxliij., scripta et publicata originaliter manu Ser Addami notarii, cuiusquidem constitutionis copia vobis transmittitur. Et ex adverso supradicti rectores negant supradictam fraternitatem et se teneri ad predicta petita per dominum Episcopum supradictum, et ipsum dominum Episcopum predicta de jure petere posse, et maxime quia negant dictam fraternitatem factam fuisse cum auctoritate, vel licentia, diocesanj episcopi, vel alterius superioris, et alijs certis rationibus et causis contentis in responsionibus factis per dictos rectores contra dictum dominum Episcopum et petitionem factam pro eius parte, copia quarum petitionis facte, pro parte dicti domini episcopi, et responsionum factarum, pro parte dactorum Rectorum vobis, per latorem presentium destina . . . . ur. Unde queritur numquid dicta fraternitas et rectores predicti teneantur dicto domino episcopo ad predicta, que ipse dominus episcopus petit vel non. Visis dictis petitione et responsionibus et iuribus pro unaquaque dictarum partium facientibus, super quibus placeat vobis vestrum consilium iuridicum et salubre reddere cum allegationibus iurium facientium pro his que dixeritis consulenda et ipsum consilium in formam publicam, cum presenti puncto vobis transmissio et cum petitione et responsionibus supradictis et alijs scripturis vobis transmissis latore presentium exhibere.

Et breviter visis iure et allegationibus utriusque partis et diligenter inspectis, super primo puncto dicendum videtur quod de relictis et legatis factis dictis fraternitati et rectoribus et institutionibus, factis de eisdem prefato domino episcopo, nulla canonica portio debeatur, ratio quia hanc

canonicam, sive quartam, petit et exigi episcopus a monasterijs, ecclesijs et alijs pijs locis ut Extra, 'De testamentis', c. 'Offitij' et c. 'Requisisti', § finali (Extra, 3,26,14 e 15), sed prefatus non sub nomine monasterii, vel ecclesie, aut alicuius pij loci aliquid fuit relictum igitur et cet. Nam non sunt intitulati in aliquo predictorum status; enim predictorum est quidam modus vivendi, non sub nomine alicuius religionis approbate, iuxta ea que notatur per Ioannem Andree et Paulum in c. penultimo, Extra, 'De sententia excommunicationis', in Clementinis (Clem., 3,7,2).

Et postito tamen quod eorum status appellaretur religio, non sequitur quod sint persone ecclesiastice, quia laici bene viventes iuxti et honesti appellantur religiosi, Extra, 'De constitutionibus', 'Ecclesia' (Extra, 1, 2,10), et 'De rebus ecclesie non alienandis', c. ultimo (Extra, 3,13,12). Et merito quia magis sunt deputati cultuj divino et operibus pietatis, quam certi layci non appellari possent religiosi. Totus tamen populus christianus dicitur christiana religio. Religio enim est nomen valde generale, ut notat Archydiaconus, 'De religiosis', c.i., libro sexto (Sextus, 3,17,1), et quia recte vi[v]unt, predictorum status potest dici regula in dicta regula. Item considerato quod legitur xij. q.i., 'Duo' (Decretum Grat., C. 12, q. 1, c. 6), plura sunt illa que suadent istos debere esse sub genere laycorum, quam clericorum, ideo pro hac parte debet iudicari, Extra, 'De probationibus', 'Licet' (Extra, 2,19,9) et sancit quod notat xij., di., c.i. (Decretum Grat. D. 13,1). Igitur cum non sint religiosi per se sumpto vocabulo nec clerici, nec persone ecclesiastice, quia et coram iudice seculari conveniuntur. Sequitur quod relicta eis facta et institutiones facte de ipsis sunt facte tamquam pauperibus, aut tamquam amicis, aut intuitu personarum ipsarum bene viventium et bona sua in operibus pietatis et elemosine erogantium, et in nullo istorum casuum competit episcopo quarta, ut in dicto c. 'Requisiti', ad finem (Extra, 3, 26,15), 'De verborum significatione', ex parte iij, et no. 'De sepolturis', c.ij (Clem., 3,7,2). De relictis factis dicto ospitali prefato domino episcopo quarta debetur, ut in dictis c. 'Offitii' et c. 'Requisisti' (Extra, 3,26, 14 e 15) etiam si pauperibus ipsius hospitalis facta essent, ut notatur per dominum Ioannem Andree in c. 'Dudum', Extra, 'De conversione coniugatorum' (Extra, 3,32,20), super verbo 'pauperibus' in Novella. Et predicta vera nisi in casibus privilegiatis, in quibus non debetur, no. in c. ultimo, Extra, 'De testamentis' (Extra, 3,26,20).

Super secundo vero puncto et dubio dicendum videtur quod rectores dicte fraternitatis debent solvere quartam dicto domino Episcopo de omnibus et singulis legatis, factis ecclesijs et pijs locis non expretis tamen solutis integre, vel non solutis, relictis in institutionibus factis de ipsis, vel

in testamentis, in quibus fuissent executores deputati, executione acceptata et hoc quo ad integre soluta vigore constitutionis sinodalis, qua spreta fuerunt in culpa solvendo, non retenda dicta quarta, ut in ipsa cavetur dummodo ipsa constitutio facta fuerit cum capitulo suo.

Permissum est enim episcopo statuta facere super iurisdictione sua, vel rebus ad ipsum pertinentibus, Extra, 'De hiis que fiunt a maiore parte', c. ultimo (Extra, 3,11,4) et 'De maiori parte e obedientia', c.ij. (Extra, 1,33,2) quod expresse tenet Innocentius c. 'Vestra', Extra, 'De locato et conducto' (Extra, 3,18,2) et idem Ioannes Andree post eum in Novella; idem Paulus de Laçariis etiam in causa proposita, quo ad constitutionem faciendam super retentione quarte episcopalis in c. 'Dudum', 'De sepulturis' in Clementinis, in glosa super verbo 'largiri' (Clem., 3,7,2) ad quod faciat ff., 'Ad legem falcidiam', 'Linea margaritarum' (D., 35,2,26), C., eodem titulo, l. penultima (C., 6,50,18) et ff., 'Ad trebellianum', l. 'Heres', in fine (D., 36,1,22), in quibus patet quod quarta, que debetur heredibus pro legem falcidiam, ab ipso vendicari potest, ratio quia est in bonis suis: sic igitur dicendum est in quarta predicta, quicquid subtiliter dicat Innocentius in c. 'De hiis', Extra, 'De sepulturis' (Extra, 3,28,4), que subtilitates non placent ibi heredes secundum canonem, ratio quia quilibet potest agere quatenus sua interest contra illum, qui facultatem habet restituendi nulla actione expressa, argumentum 'De electione', 'Cum inter r.' (Extra, 1,6,16) et 'De iudiciis', 'Cum dilecti' (Extra, 2,1,16) et xij., q.v., 'Forte' (Decretum Grat., C. 14, q. 5, c. 3), quia si pecunia mea est penes te, equum est ut eam michi reddas, ff., 'Si certum petatur', 'Si et me et Titium', in fine (D., 12,1,32). Igitur in predictis merito statuere potuit dominus Episcopus supradictus et hec vera, si ligati erant dicta constitutione predictos, hoc secundum Hostiensem est arbitrum, de qua materia et que sicut ratio diversitatum.

Item constitutio predicta et inferiorum plene notat in Summa Hostiensis, 'De constitutionibus', § 'Quando constitutio', in principio; de etiam notat Paulus in 'prohemio' Clementinarum. Et dico illos rectores tantum teneri ad predictam quartam, qui soluerunt integre, non autem subcessores ipsorum, ratio quia, sicut religioso instituto executore nichil acquiritur suo ordini ex tali executione, ita ex officio executionis nichil acquiritur rectorie. Nam non ex natura rectorie, sed ratione officij executionis actio competit, non choeret ergo rectorie, ad quod faciat ff., 'De verborum obligationibus', 'Si stipulatus' (D., 45,1,76), ff., 'De minoribus', l.ij., § 'Si quid minori' (D., 4,4,13,1), C., 'De sacrosanctis ecclesiis', Aut 'Ingressi' (C., 1,2, post. 13) executionem causam officii,

non nomine rectorie sed executoris, igitur ergo factum et delictum ipsorum non obligat successores in officio rectorie, ad quod facia[t] xxiiij., q. iij., 'Si habes' (Decretum Grat., C. 24, q. 3, c. 1), 'De electione', 'Si compromissarius', § i., libro sexto (Sextus, 1,6,37,1), Extra, 'De exceptionibus', 'Cum venerabiles' (Extra, 2,25,6) non enim est proprie habes, sed quasi xij, q. ij., c. ultimo (Decretum Grat., C. 12, q. 2, c. 75) xxij., q. viij., 'Convenior' (Decretum Grat., C. 23, q. 8, c. 21).

Et hac eadem ratione dicendum videtur super quarto dubio, quod successor non teneatur reddere rationem executionis facte per predecessores, sed ipsi idem qui gesserunt reddere compellantur, iuxta no. 'De testamentis', c. i., in Clementinis (Clem., 3,6,1), in Speculo, 'De instrumentorum edicione', § 'Nec non', in xj. columpna. ver. 'Sed an tenetur', cum duobus versiculis sequentis. Et posito quod in executione succedat iuxta no. in Speculo eodem §, vers. 'In super', cum vers. sequenti, non tantum ipsum officium rectoire obligatur persona gerens, nisi quatenus provenisset ad successionem et in utilitate rectorie conversum esset, ut Extra, 'De substitutionibus', c. i. (Extra, 3,23,1) et 'Ne prelati vices', c. ultimo (Extra, 5,4,4), ubi plene de hac materia. Et sic non obstant iura in contrarium allegata.

Super tertio vero dubio, an mala oblata in certa debeant episcopo assignari, super hec diversi diversa sentiunt. Nam Hostiensis dicit quod sic, quod optime videtur probari per c. 'Cum sit', 'De Iudeis' (Extra, 5,6,16), 'De testamentis', 'Tua' (Extra, 3,6,4) et 'De usuris', 'Cum tu' (Extra, 5,19,5), in quibus patet quod dispositio male ablatorum incertorum pertineat ad episcopum. De hoc etiam per Ioannem Andree in c. 'Si episcopus', Extra, 'De penitentibus et remissionibus', li. vj. (Sextus, 5,10,2), faciat C., 'Communia de successione', Aut. 'Omnis peregrinis' (C., 6,59, post 10) et in Aut. 'De sanctissimis episcopis', § 'Si autem' (Nov., 123,14). Et est ratio quia si talia non derent referri ad Episcopum de facili daretur materia illis qui deberent restituere, dicendi falsum et convincendi fraudem inveniando consanguineos et amicos confidentes se talia ut pauperes recepisse. Sed Archydiaconus tenet contrarium, Extra, 'De testamentis', c. ij., lib. vj., (Sextus, 3,11,2), dicens quod ille, qui debet restituere, potest hoc facere per se vel fideicommissa, quem ad hec deputaverit, secundum commissa episcopi. Nec iste est de casibus specialiter episcopo reservatis, inducit pro se glosam positam in dicto c. 'Cum sicut' (Extra, 3,40,8), que non facit mentionem de episcopo. Et hec opinio Archydiaconi videtur michy melius nisi in constitutione aliqua sinodali aliud caveatur super hiis episcopus statuere possit et casus non reservatos reservare iuxta notatur per Joannem Andree, in dicto c. ij., 'De testamen-

tis', lib. vj. (Sextus, 3,11,2) in Novella ad allegationes per Hostiensem respondit ipse Archidiaconus quod gratia brevitatis omitto. Et ita michi Angelo Nardi de Amelia, canonico tudertino, minimo decretorum doctori, actu Perusi legenti, videtur, salvo consilio melius sentientis quod appensione sigilli proprii roboravi et nihilominus per infrascriptum notarium iussi et volui publicari et in publicam formam redigi.

Et ego Benedictus Nicole de Amelia, imperiali auctoritate notarius et iudex ordinarius, hoc consilium et suprascriptum in publicam formam redigi de ma[n]dato venerabilis viri domini Angeli supradicti michi facto Perusio, in hospicio sue habitationis, currentibus annis Domini MCCClij<sup>o</sup>, indictione quarta, tempore domini Clementis pape vj., presentibus magistro Cantone Veraducii de Orbino, Jacopo Uatelli et Mactheolo Tucoli de Amelia, testibus ad hec vocatis et rogatis, die xxvj. mensis martii.

Et ego Angelus Nardi predictus propria manu subscribo.

[L.S.]

6.

Monaco, Bayerische Staatsbiblioth., 26912, ff. 126va.  
Torino, Biblioteca Nazionale, H. I. 8, ff. 141ra-141va.

An bastardus admittatur ad tutelam <sup>(1)</sup>.

[Q]uidam decessit <sup>(2)</sup> ab intestato superstiti sibi Margarita sua <sup>(3)</sup> filia <sup>(4)</sup> pupilla <sup>(5)</sup> minore duobus annis et domina Johanna sua <sup>(6)</sup> uxore minore xx. <sup>(7)</sup> filia Petri <sup>(8)</sup> que domina habet duos fratres carnales legitimos minore xxv annis. Et habet duos bastardos maiores xxv. annis (Queritur quis istorum debet esse legitimus tutor <sup>(9)</sup>) de <sup>(10)</sup> sorore carnali dicti testatoris. Est quidam Martinus nomine <sup>(11)</sup> maior xxv. annis, queritur quis istorum debet <sup>(12)</sup> esse legitimus tutor dicte Margarite <sup>(13)</sup> pupille?

Et breviter dicendum est bastardos non esse admittendos nec eis debet deferri <sup>(14)</sup> dicta tutela <sup>(15)</sup> ex eo quod <sup>(16)</sup> ad hereditatem dicte pupille admitterentur ab intestato, ut l. 'Hac parte', ff., 'Unde cognati' (D., 38,8,2), et <sup>(17)</sup> in Auth. 'Quibus modis naturales efficiuntur sui', § 'Fi-

<sup>(1)</sup> An - tutelam: Consilium Francisci Tigrini de Pisis, et in dextero margine Numquid spurius, seu bastardus sit tutor legitimus T <sup>(2)</sup> decessit: om. T <sup>(3)</sup> Margarita sua: om. T <sup>(4)</sup> filiam T <sup>(5)</sup> pupilla: om. T <sup>(6)</sup> domina-sua: om. T <sup>(7)</sup> add. annis T <sup>(8)</sup> filia Petri: om. T <sup>(9)</sup> annis-tutor: om T <sup>(10)</sup> de: ex T <sup>(11)</sup> Martinus nomine: nomine Martinus alius maritus, alius T <sup>(12)</sup> debet: debeat T <sup>(13)</sup> Margarite: om. T <sup>(14)</sup> eis-deferri: nec esse deferenda T <sup>(15)</sup> dicta: legitima T <sup>(16)</sup> quod: quia T <sup>(17)</sup> add. § 'Filius' T <sup>(18)</sup> § 'Filius':



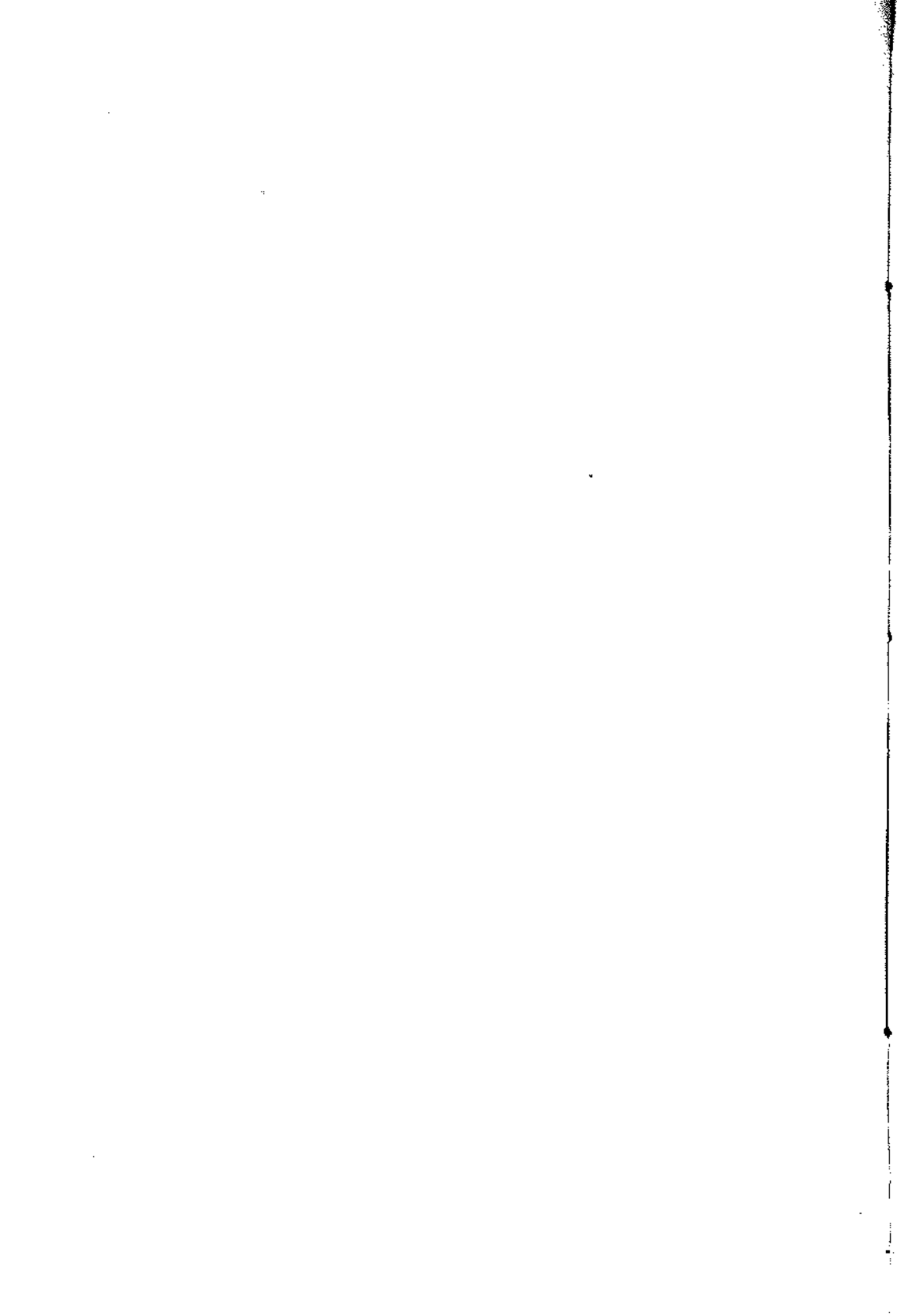
lium' (18), ubi etiam legitimatus (19) et etiam (20) naturalis non legitima-  
tus (21) non succederet nisi in certa legitimatione (22) et hoc notat Specu-  
latorem (23), 'De successione ab intestato', § finali (24); facit ad predicta  
l.i. (25), 'De tutelis' (D., 26,1,1), cum symilibus. Preterea ad (26) hoc  
videtur expressum (27) recte (28) intuendi l.f. (29), C., 'Quando mulier  
officio tutele (30) fungi potest' (C., 5,35,3).

Admittitur ergo (31) dictus (32) legitimus et sibi defertur dicta tutela  
per dicta iura (33).

Et ita dicimus ego Franciscus de Pisis et Angelus de Amellio (34)  
etc. (35).

---

*om. T* (19) legitimus *T* (20) etiam: *om. T* (21) non legitimatus: *om. T*  
(22) legitima *T* (23) *add. in titulo T* (24) i. *T* (25) i: *om. T* (26) ad:  
*om. T* (27) expresse *T* (28) recte: *om. T* (29) fi: *add. in fine T* (30) officio  
tutele: tutele officio *T* (31) igitur *T* (32) predictus *T* (33) dicta iura: iura  
predicta *T* (34) Humelia *T* (35) etc.: *add. Et ego Bar. de Saxoferrato T.*



## INDICE DEI NOMI E DEGLI AUTORI

- Abbas Panormitanus: v. Nicolò de' Te-  
deschi.  
 A. monachus sancti Benedicti: 24.  
 Addamus, ser, notarius: 96.  
 Addario (d'), A.: 24.  
 Alanus de Insulis: 46.  
 Alberico da Rosate: 8, 9, 45.  
 — Maletti: v. Maletti, Alberico.  
 Albertus a Pergamo: 45.  
 Albornoz, Alvarez Egidio: 10, 12, 18, 27.  
 Acher, J.: 39.  
 Alessandri, Nicola: 22.  
 Alessandro dell'Antella: v. Antella (dell'),  
Alessandro.  
 — III: 54.  
 Ancanaro (d'), Pietro: 65.  
 Andrea da Monte Ubiano: v. Monte Ubia-  
no (da), Andrea.  
 — di Martino di Lello: 50.  
 Andreas, ser: 22.  
 Angelello Colay: v. Colay, Angelcello.  
 Angelo degli Ubaldi: v. Ubaldi (degli),  
Angelo.  
 — di Alessandro, degli Ubaldi: v. Ubal-  
di (degli), Angelo di Alessandro.  
 Angelus de Aemilia: 29.  
 — d'Autelia: 30.  
 — de Aurelia: 29.  
 Angiò (d'), Roberto: 21.  
 Angiolinus de Camerino: 29, 30.  
 Antella (dell'), Alessandro: 30.  
 Antolin, G.: 24, 42.  
 Antonio da Budrio: 36, 57.  
 Antonius de Camarino, magister: 30.  
 — de Rosellis: v. Rosellis (de), Anto-  
nius.  
 Aramburu, P. J.: 4, 5, 6.  
 Archydiaconus: 97, 99.  
 Arenis (de), Jacobus: 46, 47.  
 Arnaldo da Via, card.: 6.  
 Arsendi (degli) Arsendino: 36.  
 — —, Raniero: 47.  
 Arsendino degli Arsendi: v. Arsendi (de-  
gli), Arsendino.  
 Aristotele: 41.  
 Ascheri, M.: 25, 28, 29, 30, 32, 33.  
 Atti (degli), Francesco: 9, 78.  
 — —, Ranuccio: 52.  
 Augustinus de Amelia: 27.  
 Aulus Gellius: 48.  
 Autezrieth, J.: 43.  
 Azari (degli), Paolo: 45, 84, 98.  
 Azzi (degli) Vitelleschi, G.: 26.  
 Azzolino da Camerino: 7.  
 Azzone: 36.  
 Bagarotto: 32, 33, 38.  
 Baldo degli Ubaldi: v. Ubaldi (degli),  
Baldo.  
 Balduini, Jacopo: 32.  
 Balusius, S.: 9.  
 Barassi, L.: 58, 71.  
 Barbosa, A.: 39.  
 Bargioni, A.: 42.  
 Barisanis (de), Dionisius: 22.  
 — —, Nicolaus: 22.  
 Barsio (de), Nicolaus: 22.  
 Barth. Bellen.: 60.  
 Bartholomaeus, episcopus Urbini: 95.  
 Bartali, Franciscus: 22.  
 Bartoli, Franciscus: 22.  
 Bartolomeo Cepolla: v. Cepolla, Barto-  
lomeo.  
 Bartolo da Sassoferrato: 3, 7, 8, 18, 19,  
21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29,  
30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 41,  
42, 43, 46, 49, 51, 52, 53, 55, 56,  
57, 58, 59, 60, 62, 65, 67, 68, 69,  
70, 73, 74, 79, 83, 101,  
— di Francesco: 25.  
 Bartoloni, F.: 6.

- Barzis (de), Benedictus: 54.  
 Bassiano, Giovanni: 54.  
 Battista de Tortis: v. Tortis (de), Battista.  
 Beatrice de' Portinari: v. Portinari (de'), Beatrice.  
 Bellomo, M.: 47, 49.  
 Bellonus, J.: 39, 45.  
 Belviso (de), Jacobus: 58, 59, 66, 67, 74.  
 Benedetto di Nicola: 14, 19, 100.  
 — XII: 4.  
 Benedictus de Barzis: v. Barzis (de), Benedictus.  
 — Nicole de Amelia: v. Benedetto di Nicola.  
 Bentivoleis (de), Bentivolus: 38, 39.  
 Bentivolus de Bentivoleis: v. Bentivoleis (de), Bentivolus.  
 Berondus: 22.  
 Bernabei, C.: 8.  
 Bernardino da Landriano: v. Landriano (da), Bernardino.  
 Bernardo da Parma: 73.  
 Bernicoli, S.: 20.  
 Bersalo (de), Nicolaus: 22.  
 Bertachini, Giovanni: 27, 28.  
 Bertoli, Francesco: 22.  
 Besta, E.: 30, 52, 57, 61, 62, 63, 64, 74, 75.  
 Betelli Franciscus: 22.  
 Betoli, Franciscus: 24.  
 Bettoli, Franciscus: 22, 23.  
 Bini, V.: 7, 8, 18, 23, 52.  
 Bluhme, F.: 22, 32.  
 Boccaccio, Giovanni: 21, 24.  
 Bocerius, H.: 72.  
 Boehner, Ph.: 44.  
 Boeren, P. C.: 21, 23.  
 Boháček, M.: 42.  
 Bonifatius domini Rainerii Zacariae de Urbeveteri: 26.  
 Bonsoni (de'), Nicolò: 22.  
 Borino, J. B.: 32, 41.  
 Brandi, B.: 82, 83.  
 Bréhier, L.: 17.  
 Brossano (da), Simone: 11.  
 Brugi, B.: 53, 57.  
 Burleigh, Walter: 44, 46, 48.  
 Calasso, F.: 42, 51.  
 Calisse, C.: 30.  
 Calogerà, A.: 18.  
 Calvi, D.: 45.  
 Campitelli, A.: 21, 22, 26, 50.  
 Cantonus Verarducii de Orbino: v. Verarducii, Cantonus.  
 Capocci, G. V.: 10.  
 — Nicola, card.: 8, 9, 10, 11, 12.  
 — Pandolfuccio: 5.  
 Caprioli, S.: 46, 66.  
 Captilia (de), Verucius Coraducii: v. Coraducii de Captilia, Verucius.  
 Carlo IV di Lussemburgo: 18.  
 — III di Durazzo: 20.  
 Carolus Barrè, L.: 50.  
 Caron, P. C.: 73.  
 Carusi, H.: 43.  
 Casamassima, E.: 24, 32, 36.  
 Caselli, G. C.: 53.  
 Castiglione (de), Lapo: 9, 78.  
 Castro (di), Paolo: 54, 57, 58, 59, 60, 62, 68.  
 Cecchini, G.: 23, 26.  
 Celani, E.: 6.  
 Cenci, C.: 18.  
 Cepolla, Bartolomeo: 36.  
 Cervetis (de), Petrus: 57.  
 Chaillon, M.: 110.  
 Ciaconius, A.: 10, 50.  
 Ciocaglione, F.: 61.  
 Cino da Pistoia: 23, 36, 57, 59, 79.  
 Clementi, G.: 5.  
 Cola, Monaldo: 14.  
 — Pucciarelli: v. Pucciarelli, Cola.  
 Colay, Angelello: 14.  
 Colonna: 5.  
 Conte de' Sacchi da Perugia: v. Sacchi (de') da Perugia, Conte.  
 Conti, Paolo: 6.  
 Coraducii de Captilia, Verucius: 29.  
 Corradi, A.: 17.  
 Corsini, Pietro: 50.  
 —, Tommaso: 30, 41.  
 Courtrai (de), Siger: 44.  
 Coville, O.: 11.  
 Cristofani, A.: 34.  
 Cuturi, T.: 50.

- Dauviller, J.: 53, 57.  
 Delachenal, R.: 11.  
 Delaville le Roulx, J.: 17.  
 Denife, H.: 11.  
 Depercz, E.: 24.  
 Dionigi di Nicolò de' Barigiani: *v.* Barisanis (de), Dionisius.  
 Dionisius de Barisanis: *v.* Barisanis (de), Dionisius.  
 Dino Rossoni dal Mugello: *v.* Rossoni dal Mugello, Dino.  
 Diplovatazio, Tommaso: 3, 8, 9, 15, 16, 18, 20, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 37.  
 Donatus, E.: 39, 40.  
 Ducange, C.: 83.  
 Duparc, M. C.: 33, 35.  
 Dupin, A.: 38.  
 Duprè Theseider, E.: 5.  
 Durandus, Guillelmus: *v.* Durante, Guglielmo.  
 Durante, Guglielmo: 9, 33, 36, 62, 70, 71, 72, 75, 76, 81, 82, 83, 92, 101.  
 Eggs, G. J.: 12, 50.  
 Egidi da Viterbo, Jacopo: 31, 32, 34, 36, 37, 38.  
 Egidio Alvarez Alborno: *v.* Alborno, Egidio Alvarez.  
 — Foscherari: *v.* Foscherari, Egidio.  
 Emden, A. B.: 9.  
 Enrico da Susa: 57, 58, 59, 67, 72, 92, 99, 100.  
 Ermini, G.: 7, 9, 18, 26, 49, 50, 77, 79.  
 Esmein, A.: 53, 57, 59, 71, 72, 75.  
 Euatlo: 47.  
 Eubel, K.: 6, 13, 27.  
 Fabbrucci, S. M.: 18.  
 Fabricius, J. A.: 34.  
 Faraglia, N. F.: 20, 21.  
 Federico da Montefeltro: *v.* Montefeltro (da), Federico.  
 Feenstra, R.: 32, 41, 42, 53.  
 Ferrendat, H.: 33.  
 Fierens, A.: 12.  
 Fijalek, J.: 43.  
 Filippini, F.: 27.  
 Firmanus: *v.* Bertachini, Giovanni.  
 Fischer H.: 53.  
 Fonseca ab Ehora, J. M.: 51.  
 Folco de' Portinari: *v.* Portinari (de'), Folco.  
 Foscherari, Egidio: 40.  
 Fournier, M.: 9.  
 Franciscus, abbas Monasterii Saximi: *v.* Pucciarelli, Francesco.  
 —, — Monasterii Campiregii: *v.* Pucciarelli, Francesco.  
 — Bartali: *v.* Bartali, Franciscus.  
 — Bartoli: *v.* Bartoli, Franciscus.  
 — Betelli: *v.* Betelli, Franciscus.  
 — Betoli: *v.* Betoli, Franciscus.  
 — Bettelli: *v.* Betelli, Franciscus.  
 — de Aptis: Atti (degli), Francesco.  
 — de Pisis: Tigrini, Francesco.  
 — Tigrini de Pisis: *v.* Tigrini, Francesco.  
 Francesco d'Assisi: *v.* Pucciarelli, Francesco.  
 — Bertoli: *v.* Bertoli Francesco.  
 — di Bartolo da Sassoferrato: 22.  
 — Petrucci: *v.* Petrucci, Francesco.  
 Fransen, G.: 34.  
 Fulcus de Portonariis de Florentia: *v.* Portinari (de), Folco.  
 Fumi, L.: 6.  
 Galetti, P. L.: 10.  
 Gams, P. B.: 13.  
 Garcia y Garcia, A.: 24, 25.  
 Gasnault, P.: 15.  
 Gasparrini Leporace, T.: 26.  
 Genstal, R.: 53, 54, 57, 75.  
 Genzmer, E.: 32, 33, 34.  
 Geraldo, vescovo di Rimini: 16.  
 Gherardi, G.: 50.  
 Gherardo du Puis: 18, 26.  
 Giannone, P.: 53.  
 Giovanni Bassiano: *v.* Bassiano, Giovanni.  
 — da Imola: 43.  
 — d'Amelia: 25, 26.  
 — d'Andrea: 30, 33, 34, 36, 37, 43, 56, 67, 72, 97, 98.  
 — da Salisbury: 44, 47, 48.  
 — Pagnotta: *v.* Pagnotta, Giovanni.

- *Venturelli*: v. *Venturelli, Giovanni*.  
*Giuliani, A.*: 48.  
*Glorieux, P.*: 4.  
*Gregorio XI*: 12.  
*Gualfredus, iudex maioris Ecclesiae viterbensis*: 31.  
*Guillelmus a Cunio*: v. *Guglielmo da Cunio*.  
— *Durandus*: v. *Durante, Guglielmo*.  
*Guglielmo da Cunio*: 81, 82, 83, 91, 92.  
— da *Sherwood*: 44.  
— *Durante*: v. *Durante, Guglielmo*.  
*Guillemain, B.*: 11, 12.
- Halm, C.*: 20, 24.  
*Henricus Hostiensis*: v. *Enrico da Susa*.  
*Hostiensis*: v. *Enrico da Susa*.  
*Hugolinus Pelloi*: v. *Pelloi, Ugolino*.
- Innocenzo VIII*: 39.  
— *IV*: 32, 89, 94.  
— *VI*: 26.  
*Irnerio*: 54, 81.  
*Isidoro da Siviglia*: 46.
- Jacobilli, L.*: 3, 22, 26.  
*Jacobus Balduinus*: v. *Balduini Jacopo*.  
— de *Arenis*: v. *Arenis (de), Jacobus*.  
— de *Belviso*: v. *Belviso (de), Jacobus*.  
— de *Ravanis*: v. *Ravanis (de), Jacobus*.  
*Jacopo Balduini*: v. *Balduini, Jacopo*.  
— de *Amelia*: 33, 34, 35, 37.  
— *Egidi*: v. *Egidi da Viterbo, Jacopo*.  
— *Rubieri*: v. *Rubieri, Jacopo*.  
— *Zocchi*: v. *Zocchi, Jacopo*.  
*Jacopus Uatelli*: v. *Uatelli, Jacopus*.  
*Jemelo, A. C.*: 26.  
*Johanna*: 100.  
*Joannes*: 21, 90, 91.  
— *Andree*: v. *Giovanni d'Andrea*.  
— *Antonius a Sancto Georgio*: 57, 60, 66.  
— *Bertachini*: v. *Bertachini, Giovanni*.  
— de *Amelia*: v. *Giovanni de Amelia*.  
— de *Aurelia*: 25.  
— de *Mailhaeo*: 15.  
— *domini Petri de Amelia*: v. *Giovanni d'Amelia*.
- *Saresberiensis*: v. *Giovanni da Salisbury*.  
*Jorio, G.*: 42.
- Lancellotti, G. P.*: 18.  
—, *S.*: 10.  
*Landriano (da), Bernardino*: 25, 29, 36.  
*Lapo da Castiglione*: *Castiglione (da), Lapo*.  
*Lapo de Castelliono*: v. *Castiglione (da), Lapo*.  
*Latino Orsini*: v. *Orsini, Latino*.  
*Lauesberg, H.*: 48.  
*Laurent, M. H.*: 7, 14.  
*Lauterius, J.*: 4.  
*Le Bras, G.*: 51.  
*Lecacheaux, P.*: 12.  
*Legendre, P.*: 33, 35.  
*Leonij L.*: 52.  
*Liotta, F.*: 21, 22, 26, 50.  
*Luca da Penne*: 21.  
— *Rodulfi*: v. *Rodulfi, Luca*.  
*Lucio Tarlati da Pietramala*: v. *Tarlati da Pietramala, Lucio*.  
*Ludovico il Bavaro*: 5.  
*Ludovicus de Sardis*: v. *Sardis (de), Ludovicus*.  
— *Philipputti*: v. *Philipputti Ludovicus*.
- Kantorowicz, H.*: 8, 17, 32, 33.  
*Kirsch, J. P.*: 12.  
*Kirshner, J.*: 26.  
*Knust, H.*: 48.  
*Kuttner, S.*: 11, 33.
- Mactheolus Tucoli*: v. *Tucoli, Mactheolus*.  
*Maffei, D.*: 11, 50, 53.  
*Maier, A.*: 40, 43, 49.  
*Maierù, A.*: 48.  
*Maletti, Alberico*: 36.  
*Malombra, Riccardo*: 36, 57.  
*Marcus, episcopus Urbini*: 96.  
*Margarita*: 19, 100.  
*Martinus*: 100.  
— de *Dacia*: 40.  
*Mazzatinti, G.*: 20.  
*Mazzucchelli, G.*: 8, 45.

- Meijers, E. M.: 53, 82.  
 Mercati, A.: 5.  
 Meyer, G.: 20, 24.  
 Micchel, ser: 21.  
 Michaelorius, B.: 61.  
 Minio Palluello, L.: 41.  
 Mollat, J.: 4, 9, 12, 24, 34.  
 Monaldo Cola: v. Cola, Monaldo.  
 Monte Ubiano (da), Andrea: 18, 23, 24.  
 — — —, Raniero di Andreuccio: 23.  
 Montefeltro (da), Federico: 38.  
 Morelli, A.: 50.  
  
 Nardi, L.: 13, 14, 16.  
 Narducci, H.: 38.  
 Nellus a Sancto Geminiano: 79.  
 Nicola Alessandri: v. Alessandri, Nicola.  
 — Capocci: v. Capocci, Nicola.  
 — Zucci, vic.: v. Zucci, Nicola.  
 Nicolaus de Barisanis: v. Barisanis (de),  
 Nicolaus.  
 — de Barsio: v. Barsio (de), Nicolaus.  
 — de Bersalo: v. Bersalo (de), Nicolaus.  
 — domini Pauli: 23.  
 Nicolini, O. F. M., U.: 10, 22.  
 Nicolò de' Barigiani: v. Barigiani (de'),  
 Nicolò.  
 — de' Bonsoni: v. Bonsoni (de'), Nicolò.  
 — de' Romani da Osimo: v. Romani  
 (de') da Osimo, Nicolò.  
 — de' Tedeschi: v. Tedeschi (de'), Ni-  
 colò.  
 — Spinelli: v. Spinelli, Nicolò.  
 Niermeyer, J. F.: 83.  
 Novati, F.: 12.  
  
 O'Donnell, J. R.: 44.  
 Oldoinus, A.: 10, 23, 53.  
 Orsini: 5.  
 —, Latino: 39.  
 Oudinus, C.: 9.  
  
 Pagnotta Giovanni: 4, 5, 6.  
 Pampaloni, G.: 24.  
 Pandolfuccio Capocci: v. Capocci, Pan-  
 dolfuccio.  
 Pansier, P.: 11.  
  
 Panzetti, H.: 6.  
 Panzirolus, G.: 22.  
 Paolo canonico perugino: 21.  
 — Conti: v. Conti, Paolo.  
 — degli Azari: v. Azarii (degli), Paolo.  
 — di Castro: v. Castro (di), Paolo.  
 — di Peluzzo: 50.  
 Pascutia: 85, 86, 87.  
 Pasinus, J.: 19, 20.  
 Pasqui, U.: 18, 70.  
 Passerini, L.: 50.  
 Paulus de Laçariis: v. Paolo degli Azarii.  
 — Paulutii: v. Paulutii, Paulus.  
 — Pellutii: v. Pellutii, Paulus.  
 Paulutii, Paulus: 21.  
 Pecugi Fop, M.: 18, 19, 24.  
 Pellini, P.: 18, 20, 26.  
 Pelloli, Ugolino: 17, 18, 23, 24, 28, 29,  
 30, 58, 65, 70, 89.  
 Pellutii, Paulus: 21.  
 Pene Vidari, G. S.: 73.  
 Pertile, A.: 61.  
 Peruzzi, P.: 39.  
 Petrucci, A.: 50.  
 —, Francesco: 36.  
 Petrus: 21, 90, 91.  
 — de Cervetis: v. Cervetis (de), Petrus.  
 Philipputti, Ludovicus: 21.  
 Piacentino: 64.  
 Piana, C.: 12.  
 Pier Saccone Tarlati da Pietramala: v.  
 Tarlati da Pietramala, Pier Saccone.  
 Pietro da Corvara: 5.  
 — da Bellapertica: v. Bellapertica (da),  
 Pietro.  
 — d'Ancarano: v. Ancarano (d'), Pietro.  
 — degli Ubaldi: v. Ubaldi (degli), Pietro.  
 — di Tommaso Corsini: v. Corsini, Pie-  
 tro.  
 Pinborg, J.: 48.  
 Pireto (de), Pontius: 12.  
 Pitzorno, B.: 53, 54, 55, 57, 65, 69,  
 70, 71.  
 Platina, B.: 52.  
 Podlaha, A.: 12, 42.  
 Pontius de Pireto: v. Pireto (de), Pontius,  
 Portinari (de'), Beatrice: 24,  
 — —, Folco: 24.

- Powicke, F. M.: 9.  
 Prerovski, O.: 11, 50.  
 Prisciano: 41.  
 Protagora: 47.  
 Pucciarelli, Cola: 28.  
 —, Francesco: 26, 50, 51.  
  
 Quintilianus, M. F.: 48.  
  
 Rabotti, G.: 8.  
 Raniero di Andreuccio da Monte Ubiano:  
   v. Monte Ubiano (da), Raniero di Andreuccio.  
 — degli Arsendi: v. Arsendi (degli), Raniero.  
 Rashdall, H.: 9.  
 Ravanis (de), Jacobus: 74.  
 Recuperus de Sancto Geminiano (!): 57.  
 — — — Mineato: 30, 61.  
 Riccardo Malombra: v. Malombra, Riccardo.  
 — da Saliceto: 47.  
 Richeri, T. M.: 66.  
 Riezler, S.: 11.  
 Righetus: 22.  
 Roberti, M.: 75.  
 Roberto d'Angiò: Angiò (d'), Roberto.  
 Rodulfi, Luca: 9, 12.  
 Roffredo: 36.  
 Romani (de'), Nicolò da Osimo: 9, 11, 12.  
 Romanis (de), A.: 4, 5.  
 Romano, V.: 21.  
 Roos, H.: 40.  
 Rosellis (de), Antonius: 54.  
 Rossello d'Arezzo: 26.  
 Rossi, A.: 7, 9, 15, 18, 20, 23, 49, 50.  
 —, G.: 33.  
 Rossoni dal Mugello, Dino: 42, 43, 46, 49, 79.  
 Rubieri, Jacopo: 35, 36.  
 Ruyschaert, J.: 43.  
 Sacchi (de'), da Perugia, Conte: 20, 21, 22, 80, 81, 82, 92.  
 Salutati, Coluccio: 12.  
 Sardis (de), Ludovicus: 54.  
 Sauerland, H. V.: 11,  
 Savigny (von), C. F.: 42, 52.  
 Sbaralea, J. L.: 45.  
 Schizzerotto, G.: 35, 36, 60.  
 Schnapper, B.: 35.  
 Schorr von Carolsfeld, F.: 10.  
 Schulte (von), J. F.: 37.  
 Schulz, F.: 8, 17.  
 Segoloni, D.: 7, 22.  
 Segre, A.: 12.  
 Siger de Courtrai: v. Courtrai (de), Siger.  
 Šimák, J. V.: 43.  
 Simone da Brossano: v. Brossano (da), Simone.  
 Solmi, A.: 42, 43.  
 Speculator: v. Durandus Guglielmus.  
 Speyer (von), Wendelin: 36.  
 Spinelli, Nicolò: 12.  
 Strauchius, J.: 45.  
  
 Tamassia, N.: 32.  
 Tancredi da Corneto: 42, 47, 49.  
 Tarlati da Pietramala, Lucio: 70.  
 — — —, Pier Sacone: 70.  
 Tarulli Buonamonti, L.: 23, 26.  
 Tedeschi (de'), Nicolò: 9, 57, 60, 65, 72, 73, 74, 75.  
 Tegrini: v. Tigrini, Francesco.  
 Teule (de), E.: 45.  
 Theiner, A.: 5.  
 Thomas de Cursinis: v. Corsini (de), Tommaso.  
 Tigrini, Francesco: 7, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 58, 75, 76, 79, 80, 89, 101.  
 Tihon, C.: 12.  
 Tomaseth, H. J.: 12.  
 Tommaso d'Aquino, san: 46.  
 — Corsini: v. Corsini, Tommaso.  
 — da Gubbio: 26.  
 — Diplovatazio: v. Diplovatazio, Tommaso.  
 Tonini, L.: 13.  
 Torelli, L.: 4.  
 —, P.: 75.  
 Tortis (de), Battista: 36.

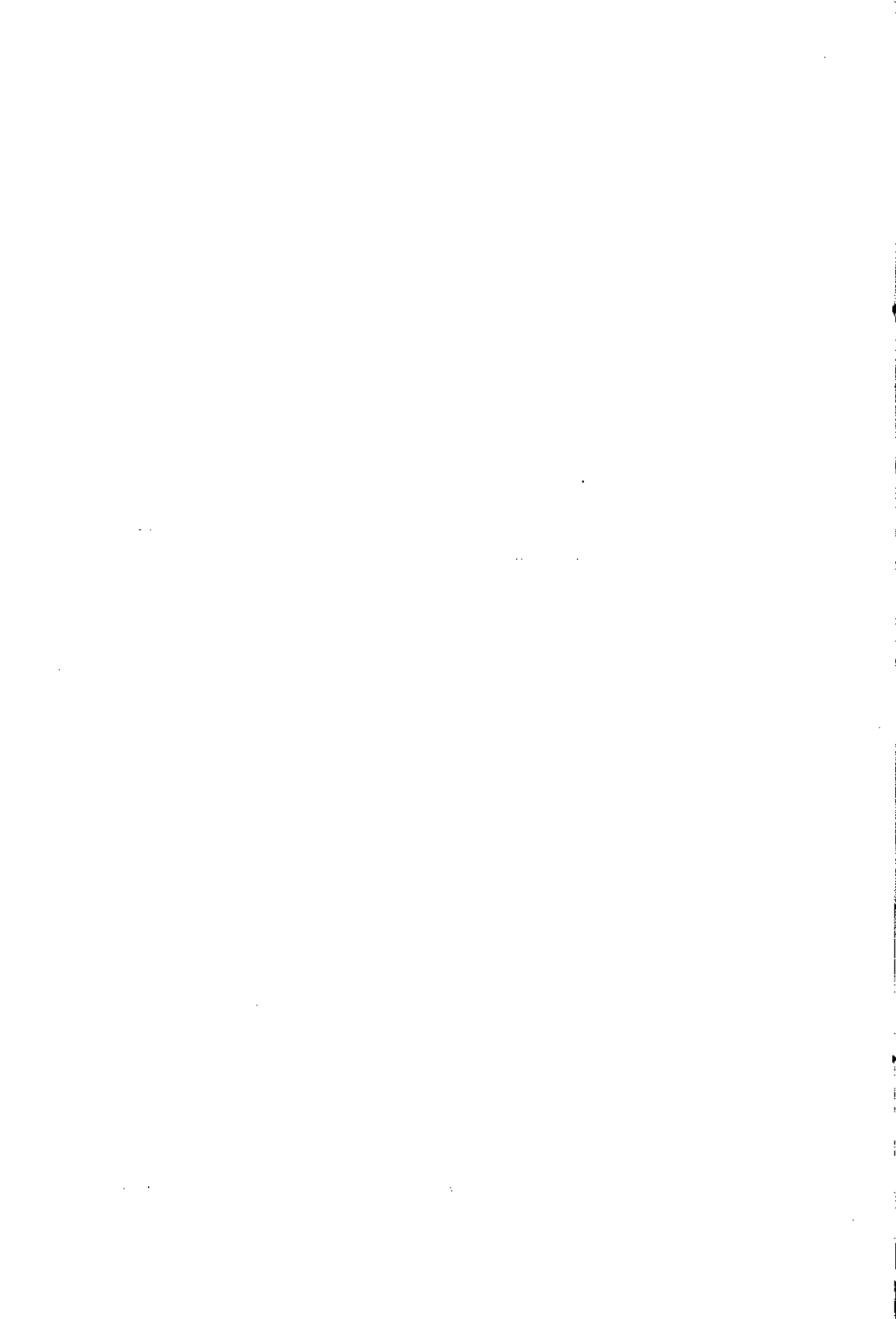


- Trifone, R.: 66.  
Tucoli, Macteolus: 100.
- Ubaldo (degli), Angelo: 3, 21, 22, 28, 29,  
31, 34, 35, 36, 52, 53, 54, 58, 60,  
73.  
— — — di Alessandro: 36.  
— — Baldo: 3, 9, 10, 18, 20, 22, 23,  
29, 30, 33, 36, 41, 42, 47, 52, 53,  
54, 56, 58, 59, 61, 65, 68, 69, 70,  
71, 72, 79, 80, 81.  
— —, Pietro: 21, 22.
- Ughelli, F.: 52.  
Ugolinus Pelloli: v. Pelloli, Ugolino.  
Ullman, W.: 48.  
Urbano V, papa: 10, 12.  
— VI, papa: 50.
- Vaerini, B.: 45.  
Van de Kamp, J. L. J.: 8, 22, 23, 30, 53.  
Van de Weil, C.: 53, 65.  
Vatelli, Jacopus: 100.  
Venturelli, Giovanni: 27.  
Verarducci, Cantonus: 100.  
Verdera y Tuelles, E.: 10.
- Vermiglioli, G. B.: 7, 8, 12, 20, 21,  
50, 52.  
Vernaccini, A. G.: 18.  
Verucius Coraducii de Captilia: v. Cora-  
ducii de Captilia, Verucius.  
Vidal, J. M.: 14, 34.  
Vigneux, P. E.: 22.  
Villus, capitaneus Maxe: 21.  
Vincentius Bellovacensis: 38, 48.  
Visconti: 12.  
Volpe, G.: 6.  
Volterra, E.: 58.
- Wadding, L.: 51.  
Wallerand, G.: 44.  
Webb, C. I. C.: 48.  
Weisheipel, J. A.: 44.
- Zacour, N. P.: 11.  
Zicari, I.: 17.  
Ziletti, F.: 32.  
—, G. B.: 38.  
Zocchi, Jacopo: 60.  
Zucei, Nicola: 6.  
Zumkeller, A.: 5.

VITTORIO PARLATO

LA « CONFERMA » PONTIFICIA ALLE DELIBERAZIONI  
DEL CONCILIO DI CALCEDONIA (\*)

(\*) Il presente scritto è destinato agli « Studi in onore di P.A. D'Avack ».



SOMMARIO: 1. Cenni sul problema della conferma alle decisioni dei concili ecumenici. — 2. Avvertenze su concilio e concilio ecumenico nel V secolo. — 3. Validità e limiti della potestà di magistero e legislativa del sinodo di Calcedonia alla luce: a) degli atti conciliari. — 4. (segue) b) delle lettere pontificie. — 5. Inesistenza di una "conferma" pontificia alle deliberazioni di Calcedonia. L'assenso romano come dichiarazione di volontà ricomprensibile in quella dell'intero collegio episcopale: speciale, rispetto a quella degli altri padri, solo per la sua necessarietà. — 6. Inserimento, agli inizi del VI secolo, della norma respinta da Roma, il can. 28, in collezioni canoniche orientali ed occidentali. Successiva accettazione, di fatto, di quanto stabilito in quel canone, anche da parte di Roma. La legislazione giustiniana sanzionatrice del primato costantinopolitano, nel diritto statale.

1. La tradizionale dottrina canonista, specie di Curia, nel tentativo di mettere in evidenza l'esercizio del primato pontificio nei confronti del collegio episcopale, anche riunito in concilio ecumenico, ha sostenuto, cercandone anche una prova nei vari concili tenutisi nel corso dei secoli, che l'ecumenicità stessa e la validità delle deliberazioni sia dottrinali che disciplinari, dipendessero dalla conferma pontificia, intesa come dichiarazione di volontà che si unisce a quella sinodale, perfezionandola, al fine di conferirle pieno valore giuridico; con la conseguenza dell'imputabilità dei deliberati sinodali, non al concilio, cui è riconosciuta solo un'attività preparatoria, ma al romano pontefice. Logico e necessario corollario di questa impostazione è la distinzione, seguita in dottrina, tra atto sinodale e atto pontificio e la particolare posizione attribuita al papa, rispetto agli altri vescovi, tale da far scrivere che: « Subiectum iurisdictionis in Concilio Oecumenico est duplex, Episcopatus et Summus Pontifex, realiter quidem sed inadaequate distinctum » <sup>(1)</sup> e che tale concilio non gode della

---

(1) A. COUSSA, *E praelectionibus in librum secundum Codicis Iuris Canonici. De personis. De clericis in specie*, Grottaferrata 1953, p. 43; cfr. anche I. CHELODI, *Ius canonicum de personis*, Trento 1942, p. 368. La dottrina ha sentito il bisogno di distinguere la conferma pontificia in 'essentialis' ed in 'accidentalis' e quest'ultima

piena potestà nella chiesa, viste che i suoi atti devono essere confermati dal papa; da tutto questo deriva che, almeno dal punto di vista giuridico, i decreti conciliari vengono imputati al vescovo di Roma.

Si è continuato a scrivere, anche di recente, che anche per i concili ecumenici del primo millennio si poteva parlare di conferma pontificia, nel senso testé ricordato, portando così un'ulteriore prova alla tesi dell'esercizio del primato pontificio nei confronti delle chiese orientali prima dello scisma <sup>(2)</sup>.

in 'accidentalis in forma communi' e in 'accidentalis ex certa scientia'. La 'confirmatio essentialis' si ha in tutti i casi in cui sia necessario l'intervento personale del papa perché un determinato atto possa dirsi formato o possa comunque ottenere il risultato cui mirava. Questo si verifica soprattutto in tutta una serie di atti di organi inferiori: esempio tipico la nomina a benefici ecclesiastici quando non siano di libera collazione pontificia. Cfr. L. DE LUCA, *Confirmatio apostolica accidentalis*, in *Studi-economico giuridici (pubblicati a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari)*, Roma 1948, I, pp. 7-9 nota 3. Il necessario intervento del romano pontefice, stabilito dal *Codex* concretizzantesi in un'attività che il legislatore designa come confermatória, sta in realtà a significare che gli effetti degli atti confermati, almeno da un punto di vista giuridico, devono essere ricollegati all'autorità ed alla volontà del pontefice, anche se questi, nel procedimento di formazione degli atti stessi si è valso della collaborazione di altri organi e di altro soggetti (DE LUCA, *op. cit.*, p. 21). Si ha invece 'confirmatio apostolica accidentalis' quando essa viene data dal pontefice, spontaneamente o dietro richiesta, senza che sia preordinata *ad necessitatem* dall'ordinamento canonico (DE LUCA, *op. cit.*, p. 58). Il fine della conferma accidentale è comunque quello di corroborare l'atto confermato, rendendolo irrevocabile e definitivo (P. FEDELE, voce *Conferma (dir. can.)*, in *Encicl. del dir.*, vol. XIII, p. 861). DE LUCA (*op. cit.*, p. 13) ritiene che anche la conferma, di cui al can. 227 C.I.C., relativa ai decreti dei concili ecumenici, sia 'confirmatio essentialis', e specifica, poi (a p. 23, nota 21) che essa non ha il valore di una mera approvazione (approvazione per l'A. [pp. 37-38] ha il significato di condizione di efficacia dell'atto ad essa soggetto, atto non ancora efficace, ma valido) e che la legge elaborata dal concilio e confermata dal pontefice non può « concepirsi come atto complesso » che per l'A. è quell'atto che nasce dall'incontro di volontà di due organi distinti, per cui un primo atto imputabile ad un organo viene reso operante tramite l'approvazione di un altro. DE LUCA però anche configurando la conferma pontificia ai decreti dei concili ecumenici nella 'confirmatio essentialis' scinde sempre la dichiarazione pontificia da quella del collegio episcopale, come se provenissero da due soggetti interamente distinti.

(2) La dottrina ottocentesca ritenne infatti che per ogni concilio ecumenico esistesse un atto pontificio, posteriore al concilio medesimo, di vera e propria conferma, cfr. ad es. K.I. HEFELE, *Koncilien-geschichte*, I, Freiburg in Br. 1855, p. 38 ss., o che la conferma potesse essere data anche tramite un atto papale al momento stesso

L'assenza, in alcuni casi, di documenti pontifici successivi ai singoli concili (3), adatti ad essere interpretati come conferma, spinse la dottrina a ritenere che il papa avrebbe potuto dare la conferma o al momento stesso dell'approvazione, in assemblea, dei documenti sinodali — conferma concomitante — o, addirittura, prima della votazione conciliare — conferma antecedente — nel caso che i padri si fossero limitati a ratificare un documento papale (4). La dottrina, prevedendo valide obiezioni all'ipotesi di conferma antecedente, precisa che anche questo modo di procedere non distrugge l'essenza dell'atto giudiziale dei vescovi; costoro, sottoscrivendo il documento pontificio, proferiscono una sentenza secondo la verità conosciuta, alla stessa stregua di un

---

dell'approvazione assembleare, cfr. ad es. C. PESCH, *Praelectiones dogmaticae*, I, Freiburg in Br. 1894, p. 270 e D. PALMIERI, *Tractatus de romano pontifice*, Prato 1891, p. 670; e comunque pose l'accento sulla natura di questo atto pontificio qualificandolo come vera conferma, elemento necessario perché una delibera conciliare potesse acquistare forza di legge universale, bene differenziandolo dall'assenso degli altri padri sinodali, cfr. ad es. F. WERNZ, *Ius decretalium*, II, 2, Prati 1915, p. 733, il quale scrive che l'atto conciliare privo di conferma « continet solummodo subordinatam et incompletam, non supremam et definitivam sententiam, quae ex sese universalem obligationem producat. Quare... confirmati i.e. iuris iam quaesiti per Superiorem facta corroboratio non est mere accidentalis, sed essentialis », ed essenziale è appunto quando « saltem quasi formam substantialem sive essenziale complementum dat statuto iam ab aliqua publica auctoritate in Ecclesia condito, sed ita imperfecta, quae ex sese tanquam causa efficiens completa vim veram et plenam suis decretis tribuere non potest (F. WERNZ, *Ius decretalium*, I, Prati 1913, p. 137); cfr. anche F. WERNZ-P. VIDAL, *Ius canonicum*, II, *de personis*, Romae 1943, p. 539; COUSSA, *E praelectionibus*, cit., p. 15, il quale scrive: « Nullum enim concilium oecumenicum in Ecclesia vim obtinet nisi a Romano Pontifice ut tale admittatur. Ita concilia quae ab inito vel ex toto vel ex parte... oecumenica non erant, in iis quae Pontificis Romani consensum obtinuerent oecumenica evasere »; e ancora (p. 42): « ... recte dicitur concilium oecumenicum habere supremam quidem potestatem in Ecclesia, non tamen plenam (cc. 228, 1 et 218, 1); confirmari enim indigent ».

Altri ha sostenuto che non si possa provare con sicurezza l'esistenza di una conferma pontificia relativa ai primi otto concili ecumenici, cfr. F.X. FUNK, *Kirchengeschichtliche Abhandlungen und Untersuchungen*, I, Frankfurt-Main 1972 (ried. anast. dell'ed. 1887), p. 87 ss. (per il Concilio di Calcedonia pp. 101-111) e J. FORCET, voce *Conciles*, in *DThC*, III, I, c. 655 ss., in cui si riprende la tesi di FUNK.

(3) Si discute soprattutto sui primi quattro concili ecumenici, cfr. FORCET, *op. cit.*, c. 655 ss.

(4) A. FAVALE, *I concili ecumenici nella storia e nel diritto*, Torino 1962, p. 22; FORCET, *op. cit.*, cc. 655-656.

giudice il quale giudica anche nel caso che la legge sia così chiara ed univoca da ammettere un'unica interpretazione e soluzione (5).

Recentemente, anche alla luce dell'ecclesiologia accettata dal Vaticano II, si è cercato di elaborare un concetto di conferma che eliminasse la distinzione di soggetti e facesse attribuire la dichiarazione sinodale a tutti i padri nel loro insieme, compreso il papa (6).

Finalità di questo studio è avvalorare questa nuova impostazione dottrinale, attraverso un'indagine su un concilio ecumenico del primo millennio, invocato più volte come esempio tipico, per dimostrare che già nel V secolo gli atti conciliari avevano valore solo dopo la ratifica o conferma pontificia, atto distinto dal deliberato sinodale.

Questa mia ricerca vuol essere anche una risposta alla tesi degli orientali ortodossi, i quali per stabilire l'ecumenicità dei concili e la loro conseguente potestà dottrinale e legislativa universale, pongono piuttosto l'accento sull'accettazione delle deliberazioni conciliari da parte di tutti i vescovi e patriarchi, accettazione che può manifestarsi in più modi: se presenti alle sedute conciliari con la partecipazione alla discussione e votazione, se assenti, con l'adesione alle delibere compiuta da loro rappresentanti, o tramite un successivo atto di recezione (7); non solo, ma

(5) FAVALE, *op. cit.*, p. 22.

(6) Cfr. in proposito A. MORONI, *Note su alcuni aspetti giuridici del concilio ecumenico*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, Milano 1963, I, 2, p. 953 ss.; G. LO CASTRO, *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari nelle fonti del diritto canonico*, Milano 1970, pp. 91 ss. e 190 ss.; in particolare a p. 93, nota 55, rileva che « il concilio è formato da unità distinte, tutte indispensabili » e che va « inteso come entità semplice » e non già « come organo complesso, le sue deliberazioni, di conseguenza, non suppongono una pluralità di manifestazioni soggettive le quali si unificerebbero solo teleologicamente e non anche strutturalmente », ne consegue che gli atti conciliari sono imputati al concilio medesimo e non al papa.

(7) A. COUSSA, *Epitome praelectionum de iure ecclesiastico orientali*, I, Grottaferrata 1948, p. 65. Sulla recezione dei decreti conciliari da parte del popolo di Dio come requisito per l'ecumenicità di un concilio, secondo la dottrina ortodossa, cfr. EMTILIANOS OF MELOA, *The nature and character of ecumenical councils according to the*

ritengono che anche il consenso manifestato dal vescovo di Roma sia riconducibile ad una presa di conoscenza delle statuizioni conciliari, loro approvazione e promulgazione in qualità di patriarca d'Occidente, a nome e per conto di tutta la chiesa latina nell'ambito della quale quelle disposizioni medesime sarebbero divenute operanti (<sup>8</sup>). L'assenso pontificio non avrebbe rivestito, quindi, il carattere di elemento necessario e sufficiente per la validità delle decisioni sinodali nella chiesa universale, bensì quello di elemento necessario nella misura delle adesioni degli altri patriarchi, i quali con la loro accettazione avrebbero reso quelle norme conciliari operanti nelle loro circoscrizioni territoriali (<sup>9</sup>). La validità

---

*orthodox Church*, in *The Councils of the Church, History and Analysis*, Philadelphia 1966, p. 357 ss. e P. EVDOKIMOV, *L'ortodossia*, Bologna 1965, ove (p. 228) si legge che perché un concilio sia ecumenico « non basta né il criterio giuridico formale delle condizioni di pieno potere, né l'ambizione di essere 'ecumenico'; occorre che ogni decisione dogmatica e canonica passi attraverso la 'ricezione' del popolo della Chiesa » (pp. 229-230) e che « Al tempo dei sette concili [i primi sette concili ecumenici] i decreti richiedevano la firma di tutti i Padri e l'accettazione dei decreti da parte dell'Imperatore, in quanto primo membro della Chiesa, dava loro forza di legge per tutti i cittadini... I criteri vengono accettati immediatamente sul piano disciplinare, ma condizionatamente', fino al momento della loro ricezione da parte della Chiesa intera, in cui sono allora ricevuti 'incondizionatamente', come provenienti da un concilio veramente ecumenico e cattolico ».

(<sup>8</sup>) Il tema è stato ripreso, anche di recente, in occasione del secondo congresso della Société internationale du droit des églises orientales, tenuto a Gonia (Creta) dal 26 settembre al 1 ottobre 1973, nelle interessanti comunicazioni di P. L'HULLIER e K. WARE. Quest'ultimo ritenendo giusta e corretta la tesi della ricezione da parte di tutti i fedeli afferma che l'approvazione da parte dell'Imperatore, da parte del papa, da parte di concili successivi non ne sono che alcune tappe: « This proces of recognition, while is an undoubted reality in the Church's life, is not something which can rigidly determined by precise rules. There is, for example, no specific time-limit within which the act of recognition must necessarily be completed. Some councils have been accepted by the universal Church within a period of one or two generations » (K. WARE, *The ecumenical councils and the conscience of the Church*, in *Kanon*, II, 1974, p. 221).

(<sup>9</sup>) È tipico dell'ecclesiologia bizantina considerare la chiesa universale divisa in una pluralità di raggruppamenti di chiese autocefale, legate da un *vinculum communionis*. Già nel V secolo si faceva strada la tesi della 'pentarchia', cioè dell'esistenza di cinque comunioni gerarchiche ultradiocesane, facenti capo ai cinque patriarchi, i quali rappresentavano se stessi, e le chiese loro soggette, di fronte ai loro colleghi. Cfr. V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale nelle chiese orientali dal IV al X secolo. Contributo allo studio della 'Communio'*, Padova 1969, p. 51 ss. e la bibl. ivi cit.



universale delle norme avrebbe operato solo su un piano di fatto e si sarebbe avuta quando tutti i patriarcati avessero reso obbligatorie le medesime statuizioni, sia a carattere dommatico, sia a carattere disciplinare.

2. Prima di passare alla disamina delle fonti è opportuno ricordare che nei primi secoli non si può parlare di concilio ecumenico come istituto giuridico con connotati e caratteristiche ben definite, visto che nessuna norma scritta stabiliva alcunché sui concili e sulla loro ecumenicità. In linea di fatto c'era un'unanime coscienza da parte dei vescovi e della chiesa che i principi dommatici e le linee fondamentali dell'organizzazione ecclesiastica dovessero essere discussi e sanciti in comune, in assemblee espressamente convocate, a cui partecipasse la maggior parte possibile dei vescovi, e soprattutto i titolari di quelle sedi che per importanza religiosa o civile avevano acquisito una preminenza<sup>(10)</sup>. Il fatto poi che il vescovo di Roma sedesse sulla cattedra episcopale di S. Pietro, principe degli apostoli, e che le chiese di Occidente facessero capo a lui, faceva sì che tutti ritenessero che i concili in cui si definivano i principi dommatici o si sancivano le norme disciplinari comuni e costituzionali dell'intera comunione interecclesiale dovessero essere tenuti alla presenza del papa o dei suoi legati e che le deliberazioni dovessero essere approvate anche dal papa o personalmente o tramite suoi rappresentanti.

Occorre precisare ancora che il concilio ecumenico si differenzia e si differenziava da ogni altro sinodo per la sua specifica ed esclusiva competenza a definire, in forma dommatica, i principi della fede<sup>(11)</sup>. Le altre facoltà, gli altri poteri che hanno eser-

---

<sup>(10)</sup> P.P. JAONNOU, *Pape, Concile et Patriarches dans la tradition canonique de l'église orientale jusqu'au IX s.*, in *Les Canons des synodes particuliers* (Pontificia Commissione per la redazione del codice di diritto canonico orientale. Fonti, f. IX, I, 2), Grottaferrata 1962, p. 505 ss.; cfr. anche P. CAMELOT, *I concili ecumenici nei secoli IV e V*, in *Il concilio e i concili. Contributo alla storia della vita conciliare nella Chiesa*, s.l. 1962, p. 88 ss.

<sup>(12)</sup> Secondo JANNOU, *Pape*, cit., p. 524, la riunione di tutti i capi delle chiese

citato i diversi concili ecumenici, succedutisi nel corso dei secoli, non solo loro esclusivi. Ogni sinodo episcopale poteva prendere posizione su problemi della vita religiosa, su questioni sociali, sulla disciplina giuridica ecclesiastica, limitatamente alle diocesi per le quali il concilio intendeva legiferare e per le altre che accettavano le leggi emanate (12). Neppure era competenza esclusiva di un concilio ecumenico dare le norme costituzionali fondamentali dell'intera comunione interecclesiale (anche se, di fatto, è in occasione della loro celebrazione che si pongono le principali regole in proposito): basti pensare all'appello a Roma, sancito da un concilio particolare, quello di Sardica (13).

3. Per il concilio di Calcedonia la dottrina canonista occidentale ha riscontrato o una classica fattispecie di conferma susseguente o un tipico esempio di conferma antecedente, sempre co-

---

particolari, con la partecipazione, assolutamente necessaria, del vescovo di Roma costituisce l'elemento materiale dell'ecumenicità di fatto. L'adesione pontificia ai deliberati dell'assemblea sinodale costituisce l'ecumenicità di diritto da cui deriva la sua infallibilità in materia dogmatica, e sovranità in materia disciplinare.

(12) Sono pienamente d'accordo con J. GAUDEMET, *L'église dans l'empire romain*, Paris 1953, p. 215 ss., il quale rileva che l'autorità e obbligatorietà delle disposizioni sinodali risiedeva, nei primi secoli, nella volontà di osservarle da parte dei singoli vescovi fino a quando una sanzione imperiale non le avesse tramutate in leggi civili. P. L'HUILLIER, *Le Concile oecuménique comme autorité suprême dans l'église*, in *Kanon*, II, 1974, p. 141, da parte ortodossa scrive: « Dans la réception ecclésiastique des décisions disciplinaires prises par des conciles oecuméniques, les distinctions suivantes paraissent s'imposer: 1. Les décisions disciplinaires en connexion avec les définitions dogmatiques s'intègrent strictement dans le phénomène de réception de ces derniers. 2. Les canons reflétant les vérités ecclésiologiques doivent nécessairement et obligatoirement être acceptés » anche se in pratica si verificavano delle eccezioni, senza che però questo implicasse un'abrogazione della norma. « 3. Il en est de même pour les canons rappelant des règles qui appartiennent à la Tradition constante et universelle de l'Eglise... 4. Enfin pour les canons introduisant, sur d'autres points que ceux susmentionnés, des adaptations ou modifications, leur valeur universelle dépend de l'acceptation par les Eglises locales ou plutôt en fait par celles des sièges primatiaux en tant que centres de concentration ».

(13) Can. 3. Concilio particolare tenuto a Sadrica nel 343-344, fu considerato quasi una prosecuzione di quello di Nicea e i suoi canoni, votati da vescovi orientali e occidentali, furono accettati anche da Roma. Sui concili particolari cfr. JOANNOU, *Pape*, cit., p. 503 ss.

munque qualificando l'intervento pontificio come atto distinto da quello sinodale.

Si è sostenuto così <sup>(14)</sup> che proprio in quel concilio si sia verificata una delle più chiare ipotesi di conferma antecedente, giacché i padri si sarebbero limitati unicamente ad approvare quanto il romano pontefice aveva insegnato, e ribadito in un documento destinato al concilio medesimo, sul domma cristologico.

A questa tesi si può opporre subito un'obiezione di fondo: ammesso che i padri avessero sottoscritto senza modifiche il documento papale, e che per questo motivo si possa parlare di approvazione antecedente, questa approvazione riguarderebbe solo le deliberazioni dottrinali, e nemmeno tutte, non anche i decreti conciliari, per i quali si dovrebbe parlare di conferma concomitante o susseguente.

Va ricordato poi che perché si verifichi il caso di accettazione o di conferma antecedente si richiede, in teoria, che i padri conciliari recepiscano in pieno, senza modifiche, il testo pontificio. Un attento esame della formula di Calcedonia mostra, invece, che essa è una rielaborazione di affermazioni dottrinali prese da più documenti: lettera di Giovanni d'Antiochia a Cirillo, tomo di papa Leone a Flaviano, lettera di Cirillo a Nestorio, lettera di Flaviano al pontefice, lettera di Teodoreto. È vero che la definizione calcedoniana rispecchia la tesi romana, ma è anche vero che essa viene presentata in forma diversa, con limitazioni, aggiunte, precisazioni tratte da altri documenti <sup>(15)</sup>.

Neppure mi sembra da condividere la tesi della conferma susseguente, da parte del papa, degli atti del concilio calcedoniano, e conseguente qualificazione, in forza della conferma successiva, dell'ecumenicità di quel sinodo <sup>(16)</sup>. L'esame critico delle fonti dà una risposta inequivoca.

<sup>(14)</sup> Cfr., FAVALE, *op. cit.*, p. 21.

<sup>(15)</sup> Per un'analisi delle fonti della dichiarazione dogmatica di Calcedonia cfr. P. CAMELOT, *Ephèse et Chalcedoine*, Paris 1961, p. 139.

<sup>(16)</sup> Cfr. ad es. COUSSA, *Epitome*, cit., p. 67; ID., *Excerpta ex actis synodorum*

I termini e le forme con i quali i padri espongono le verità di fede sono quelli tipici di chi definisce autoritativamente e non di chi propone principi soggetti a conferma e quindi a condizione sospensiva. Basta a questo proposito vedere la formula iniziale della professione di fede:

« Sancta et magna et universalis synodus... haec definivit quae subter scripta sunt »

e quella conclusiva

« His igitur cum omni undique scrupolositate et diligentia a nobis dispositis definivit sancta et universalis synodus alteram fidem nulli licere proferre vel conscribere aut componere aut sentire aut docere aliter; eos autem qui ausi sunt aut componere fidem alteram aut certe proferre... alterum symbolum... hos si episcopi fuerint aut clerici, alienos esse episcopos ab episcopatu et clericos a clero, si vero monachi aut laici fuerint, anathematizari » (17).

---

*oecomunicarum* a cura di A. TAUTU (P. Commissione per la redazione del codice di diritto canonico orientale, *Fontes*, s. III, vol. VI) Typis Polyglottis Vaticanis 1944, p. 36 ss.; anche P.P. JOANNOU, in *Les canons des conciles oecumeniques* (P. Commissione per la redazione del codice di diritto canonico orientale, *Fonti*, f. IX, I, 1, Grottaferrata 1962) p. 67, scrive che: « L'approbation du concile par Rome fut demandée par le concile, par Marcien, et par Anatole de CP; à cause précisément du 28<sup>e</sup> canon, contre lequel les legats opposèrent leur veto; cela ressort clairement de la lettre d'Anatole, qui cherche à justifier ce canon, et surtout de celle de Marcien qui en demande expressément la confirmation. Le 21 mars 453, vu que les hérétiques abusaient du refus de confirmation du pape, celui-ci ratifia les décrets doctrinaux, tout en rejetant le c. 28, qui est « en opposition avec les canons de Nicée ».

(17) *Conciliarum oecumenicorum decreta*, Friburgi 1962, pp. 59-63. Ricordo anche un altro significativo brano inserito nella medesima dichiarazione di fede (*Conciliarum*, cit., p. 60) « Definimus igitur ordinem et omnes formulas custodiendas quae de fide sunt constitutae, et nos, a synodo quondam in Epheso facta, praefulgere quidem rectae et immaculatae fidei expositionem sanctorum et beatissimorum trecentorum decem et octo patrum qui in Nicaem... congregati sunt, servari autem et ea quae in Constantinopoli a sanctis centum et quinquaginta patribus decreta sunt... », cfr. anche I. ORTIZ DE URBINA, *Nicée et Constantinople*, Paris 1963, p. 229 ss.

Della competenza piena ed universale, in materia disciplinare, i padri sono perfettamente consci, come bene appare dalla dizione del can. 1 :

« Regulas sanctorum patrum per singula nunc usque concilia constitutas proprium robur obtinere decrevimus » (18).

Il problema della competenza legislativa del concilio si pone esclusivamente per il canone ventottesimo, in cui i padri hanno riconosciuto alla sede costantinopolitana un primato ed una speciale giurisdizione sulle chiese di tre diocesi civili dell'Impero, che a norma della precedente disciplina, costituivano tre distinte circoscrizioni territoriali soggette ai vescovi delle città capoluogo (19), ma, di fatto, erano ormai sottomesse al vescovo della capitale (20).

La norma ratificata da centocinquantacinque padri, tra cui il vescovo di Gerusalemme e lo stesso presule costantinopolitano (21), nel corso di una sessione conciliare in cui mancavano i commissari imperiali e i legati pontifici, fu categoricamente rifiutata da

(18) Il testo greco dice: "τοὺς παρὰ τῶν ἁγίων πατέρων καθ' ἐκάστην σύνοδον ἄχρι τοῦ νῦν ἐκτεθέντος κανόνας κρατεῖν ἐδικαιώσαμεν".

Edizione dei testi latino e greco a cura di JOANNOU, in *Les canons des conciles oecumeniques*, cit., p. 69. Cfr. anche K. HEFELE, *Histoire des conciles d'après les documents originaux* (trad. franc. a cura di Delarc), Paris 1870, III, p. 100.

(19) Il can. 6 di Nicea ed il can. 2 di Costantinopoli I avevano riconosciuto alle sedi di Efeso, Eraclea e Cesarea la giurisdizione primaziale rispettivamente sulle chiese delle Diocesi d'Asia, di Tracia, del Ponto. Cfr. la bibliografia cit. in PARLATO, *L'ufficio*, cit., p. 12 nota 8.

(20) Sono i padri conciliari che scrivono al papa sottolineando che il can. 28 non fa altro che sancire una situazione di fatto: « eam namque consuetudinem, quae ex longo iam tempore permansit, quam habuit Constantinopolitanorum sancta Dei Ecclesia ad ordinandum metropolitanos provinciarum tam Asianae, quam Ponticae, vel Thraciae; et nunc synodale decreto firmavimus ». Ep. XCVIII, P.L., LIX, 955. L'asserzione rispondeva al vero ed aveva avuto anche un avvallo giuridico in un privilegio emanato da Teodosio II in cui si stabiliva che nessuna consacrazione episcopale nelle tre diocesi menzionate poteva aver luogo senza l'autorizzazione del vescovo della città imperiale. Cfr. JOANNOU, *Pape*, cit., p. 543 ss.

(21) Manca la sottoscrizione dei patriarchi di Alessandria e di Antiochia, cfr. JOANNOU, *Pape*, cit., p. 547.

questi ultimi, appena ne vennero a conoscenza <sup>(22)</sup>. Dalle fonti non appare chiaramente se tutte le norme disciplinari fossero state votate nella medesima seduta, e se i legati romani fossero presenti alla discussione delle altre <sup>(23)</sup>. L'unico dato certo è che le proteste ed il veto dei rappresentanti papali si riferiscono unicamente al can. 28 <sup>(24)</sup>, ed è per l'approvazione pontificia di questo solo canone che i padri, il vescovo di Costantinopoli e l'imperatore scrivono numerose lettere a Roma.

Ai fini dello studio è interessante ed utile considerare tutte queste lettere. In quella dei padri sinodali, prima si comunica a papa Leone che il concilio ha recepito e sottoscritto le tesi dommatiche da lui propugnate, poi si rende noto che i padri hanno preso altre decisioni al fine di migliorare l'organizzazione ecclesiastica, persuasi che il papa, non appena le avrà conosciute, le ratificherà. « Indicamus vero », scrivono i padri, « quia et altera quaedam pro rerum ipsarum ordinata quiete, et propter ecclesiasticam statutorum definitivimus firmitatem, scientes quia

---

(22) Il 29 ottobre nel corso di una seduta alla quale non assistevano né i commissari imperiali, né i rappresentanti pontifici, i vescovi votarono un testo in cui si riconoscevano numerose prerogative alla chiesa di Costantinopoli (can. 28). L'indomani 30 ottobre durante la sessione plenaria cui sono presenti i legati romani e i commissari imperiali, PASCASINO, *Legatus papae*, dice di aver appreso che in sua assenza erano state prese delle decisioni che sembravano in contrasto con le regole costituzionali della comunione intereclesiale e ne chiede pubblica lettura. Le proteste dei legati si rivolgono in due direzioni: consenso dei vescovi ottenuto con la forza, violazione del primato romano e dei legittimi diritti delle altre chiese. I legati rilevano che i poteri primaziali non possono derivare ad una chiesa per l'importanza civile della città (cfr. PARLATO, *L'ufficio*, cit., p. 17) che il can. 28 lede le prerogative di altre due sedi petrine Alessandria ed Antiochia, che Costantinopoli aveva il solo merito di essere la seconda città dell'impero. Cfr. CAMELOT, *op. cit.*, p. 165 ss.

(23) Secondo CAMELOT, *op. cit.*, p. 239, i primi venticinque canoni sarebbero stati promulgati il 25 ottobre, dal 28 al 29 si sarebbe discusso sul can. 28, senza la presenza dei legati romani. Cfr. anche HEFELE, *Histoire*, cit., pp. 135 e 98 ss., dove si prende in considerazione l'ipotesi che tutti i canoni fossero stati votati in assenza dei legati romani, ma che la loro opposizione si manifestasse solo per il can. 28.

(24) Benché il can. 9 e il can. 17 dessero particolari prerogative al vescovo di Costantinopoli (PARLATO, *L'ufficio*, cit., p. 18 ss.) non troviamo mai proteste di parte romana in proposito; mentre queste permangono per il can. 3 del Costantinopolitano I — primato d'onore di quello stesso vescovo — i cui deliberati erano stati ratificati a Calcedonia; quelli dommatici nella stessa dichiarazione dommatica, quelli disciplinari dal can. 1.

et vestra sanctitas addiscens et probatura et confirmatura est eadem ». Dalla stesura della lettera si comprende che queste decisioni riguardano unicamente le prerogative della sede bizantina, infatti, senza interruzione alcuna da quanto sopra riportato, i padri scrivono « eam namque consuetudinem, quae ex longo iam tempore permansit, quam habuit Constantinopolitanorum sancta Dei Ecclesia, ad ordinandum metropolitanos provinciarum tam Asianae quam Ponticae vel Thraciae, et nunc synodali decreto firmavimus » (25).

Sono queste deliberazioni, e solo queste, che i legati pontifici rifiutano, affermando che tali norme « procul dubio a vestra providentia [il papa; sono i padri conciliari che scrivono e riportano il pensiero dei legati romani] inchoari (26) et hoc bonum volentes ut sint fidei, sic bonae ordinationis vobis deputetur effectus » (27).

A detta dei padri il rifiuto di approvare il can. 28 sarebbe derivato dal fatto che questa nuova normazione sarebbe dovuta scaturire da una proposta pontificia, così come era avvenuto per la definizione cristologica.

Nella lettera si fa poi presente che, come il concilio ha ratificato quanto il pontefice romano aveva proferito in materia teologica, è giusto ed opportuno che il papa sanzioni quanto esso concilio ha statuito in materia disciplinare :

« Rogamus igitur, et tuis decretis nostrorum honora iudicium » (28).

Gli stessi motivi si riscontrano nella lettera dell'imperatore Marciano al papa, a chiusura della quale si legge appunto :

« Petimus ut ea quae sancta synodus statuit, etiam religio tua in perpetuum praecipiat observari » (29).

(25) Ep. XCVIII, P.L., LIV, p. 955.

(26) Il testo greco dice: " πάντως ἀπό τῆς ὑμετέρας ἀρχαῶσαι ".

(27) Ep. XCVIII, P.L., LIV, p. 957.

(28) Ep. XCVIII, P.L., LIV, p. 959.

(29) Ep. C, P.L., LIV, p. 972.

Nella lettera di Anatolio, vescovo di Costantinopoli, a papa Leone il tono è diverso, si mette bene in luce la coscienza della potestà legislativa universale di cui è investito il concilio, si dice infatti che, dopo che i legati romani ebbero espresso le loro riserve sulle prerogative da attribuire a Costantinopoli, con il can. 28, « signavit sancta synodus, et subscriptione confirmavit huiusmodi definitionem ». Anatolio non nasconde le proteste dei legati, ma le presenta come obiezioni che non rispondono a precise disposizioni della sede romana. I legati si erano opposti, suggerisce, perché « ignorant intentionem vestrae sanctitatis », con forme così inopportune e violente da suonare di oltraggio al concilio medesimo, a lui, Anatolio, ed alla chiesa costantinopolitana (30). La lettera precisa che queste prerogative, riconosciute a Costantinopoli, sono state prese « nutu piissimorum nostrorum imperatorum » e che ora il testo del can. 28 viene inviato a Roma perché il papa ne prenda conoscenza e lo approvi. A questo proposito Anatolio ricorda al pontefice come il concilio abbia fatto proprie le tesi cristologiche di papa Leone, altrettanto faccia il pontefice accogliendo la norma conciliare relativa alla chiesa bizantina: « Et sicut utilia ecclesiastico statui omnia quae consecuta sunt, et rite gesta in sanctissima et universali synodo rata habere dignabimini, ipsam quoque definitionem supradictam de sede Constantinopolitana curavimus mittendam ad vestram sanctitatem, ut cognoscere possit quemadmodum vestris praecibus ex divina sapientia omnia fuerint peracta » (31).

Mi pare che il tenore e la dizione letterale dei documenti esaminati autorizzi a ritenere che le disposizioni normative decretate dal concilio siano, nella concezione comune, prive di valore solo quando abbiano incontrato l'esplicito dissenso dei legati romani.

---

(30) Ep. CI, P.L., LIV, p. 981.

(31) Ep. CI, P.L., LIV, p. 983.



Tutte le lettere vertono sul can. 28, l'unico atto conciliare respinto dai rappresentanti pontifici <sup>(32)</sup>, e tutte cercano di convincere il papa a sanzionarlo, mettendo in luce l'ossequio dei padri verso le tesi dottrinali romane, l'opportunità di questa nuova disciplina ecclesiastica (non determinata dall'ambizione dei presuli costantinopolitani, ma da obbiettive necessità), la volontà imperiale, e, infine, il fatto che quanto veniva sancito in quel canone rispecchiava una situazione esistente e consolidata.

Due anni dopo la conclusione del concilio, l'imperatore Marciano si rivolge a Leone I e lo invita insistentemente a manifestare, per iscritto, la sua piena adesione alla dottrina sancita a Calcedonia, facendo presente che molti eretici si fanno forti del silenzio romano per respingere i dommi appena formulati: « Ob eam rem tua pietas litteras mittere dignabitur, per quas omnibus Ecclesiis et populis manifestum fiat in sancta synodo peracta a tua beatitudine rata haberi » e ancora, sempre per respingere i pretesti degli eretici: « tua veneranda dignitas decretum quam celerrime emittat quo confirmare ipsam Chalcedonesem synodum manifestissime ostendat, ut ii qui exoptant in via diverticula, nullam habere possint suspicionem de iudicio tuae sanctitatis » <sup>(33)</sup>.

Marciano domanda una conferma formale e pubblica dei decreti dottrinali. Per l'imperatore questa conferma non è un atto necessario per la validità dei medesimi, ma un atto opportuno dettato dalle circostanze. Il fatto che gli eretici abusino della opposizione pontificia al can. 28, cercando di qualificarla come

---

<sup>(32)</sup> Il legato pontificio Lucenzio dice che la sede romana non deve essere umiliata in loro prosenza. Tutto ciò che il giorno precedente, in loro assenza, è stato fatto in pregiudizio delle regole canoniche deve essere annullato; altrimenti, almeno, la loro protesta sia allegata agli atti « sin alias, contradictio nostra his gestis inhaereat, ut noverimus quid apostolico viro universalis ecclesiae Papae referre debeamus: ut ipse aut de suae sedis iniuria aut de canonum eversione possit ferre sententiam » (MANSI, VII, 454). Per il G. BARDY (in *Storia della Chiesa dalle origini ai giorni nostri*, cominciata da FLICHE e MARTIN [trad. it.], IV, Torino 1964, p. 300), la dichiarazione di Lucrezio costituisce un vero appello al Papa.

<sup>(33)</sup> Ep. CX, P.L., LIV, p. 1017 ss.

reiezione di tutti gli atti conciliari, necessita una chiara presa di posizione al riguardo. Bisogna eliminare quanto prima le cause di malinteso; di qui la necessità di una dichiarazione solenne e formale, di un atto che, lungi da avere valore ed efficacia costitutiva, sia unicamente dichiarativo <sup>(34)</sup>.

Se appare chiaro dalle fonti citate che i padri hanno la coscienza di essere investiti della piena potestà legislativa universale sia in campo dottrinale, che disciplinare, quando agiscono con i legati pontifici, risulta anche chiaramente che i legati romani ritengono di avere la rappresentanza del vescovo di Roma, di agire in nome e per conto di lui.

Nella formula di deposizione del patriarca alessandrino Dioscoro si legge: « ...Leo per nos et per praesentem sanctam synodum... nudavit eum tam episcopatus dignitate, quam etiam et ab omni sacerdotali alienavit ministerio » <sup>(35)</sup>.

Nelle sottoscrizioni in calce ai documenti conciliari si legge: « Pascasinus episcopus... vice beatissimi et apostolicae universalis ecclesiae papae urbis Romae sanctae synodo praesidens... Lucentius episcopus... et ipse vicem gerens apostolicae sedis magnae Romae Leonis... Callius Bonifacius presbyter et legatus sanctae ecclesiae antiquae et magnae Romae, et ipse similiter locum

---

<sup>(34)</sup> Cfr. FORGET, *op. cit.*, c. 659. Si è sostenuto che la frase dell'imperatore: « ... ob eam rem [la resistenza degli eretici che aveva come pretesto il silenzio del papa] tua pietas litteras mittere dignabitur, per quas omnibus Ecclesiis et populis manifestum fiat in sancta synodo peracta a tua beatitudine rata haberi » (Ep. CX, P.L., LIV, 1017-1019) stia a significare che « litterae ergo apostolicae sedis, quibus confirmabantur synodi generales legendae erant in Ecclesiis Orientis, haecque confirmatio in omnium notitiam deducenda erat, ne quis de eadem ambigens, decretis synodi reluctari posset. Ecce ergo necessaria confirmationis pontificiae manifestissimum testimonium » (P. e H. BALLERINI, nota *h* all'Ep. CX, P.L., LIV, 1018). La tesi è da respingere nettamente, tutta la risposta della lettera come anche quella di risposta del pontefice (cfr. *infra*, p. 130) mostra chiaramente che la nuova approvazione pontificia non è un'ulteriore dichiarazione che quanto stabilito in materia di fede a Calcedonia era pienamente corrispondente alla sua concezione e che i suoi legati, in assemblea, si erano uniti, a suo nome, agli altri padri, prendendo, allora, definitiva posizione in proposito.

<sup>(35)</sup> Mansi, VI, 1047.

tenens sanctissimi archiepiscopi Leonis... » (36); oppure: « Pàscasinus episcopus, vicarius domini mei beatissimi atque apostolici universalis ecclesiae papae urbis Romae Leonis synodo praesidens... Lucentius episcopus civitatis ecclesiae Erculanae, vicarius domini mei beatissimi atque apostolici viri universalis ecclesiae papae urbis Romae Leonis... Bonifacius presbyter urbis Romae, vicarius domini mei beatissimi et apostolici viri universalis ecclesiae papae urbis Romae Leonis » (37).

4. L'esame delle lettere pontificie si rivela di particolare interesse perché dimostra la consapevolezza che il papa ha non solo della necessità di un suo assenso, dato' in proprio o tramite legati, affinché un atto conciliare sia valido, ma anche del ruolo che riveste Roma, « cathedra Petri », nella comunione interecclesiale. Nella lettera di risposta all'imperatore Marciano (38) papa Leone scrive che: « Qui [Anatolio di Costantinopoli] etiam si praecipuis meritis optimoque iudicio legitime fuisset ac solemniter ordinatus, contra reverentiam tamen canonum paternorum, contra statuta Spiritus sancti, contra antiquitatis exempla, nullis posset suffragiis adiuvari... Non dedignetur regiam civitatem, quam apostolicam non posset facere sedem; nec ullo speret modo quod per aliorum possit offensiones augeri. Privilegia enim Ecclesiarum sanctorum Patrum canonibus instituta, et venerabilis Nicaenae synodi fixa decretis, nulla possunt improbitate convelli, nulla novitate mutari ».

Il pontefice precisa, poi, che la sua accettazione delle prerogative attribuite a Costantinopoli, così innovative rispetto alla precedente disciplina, apparirebbe agli occhi di tutti come una violazione delle norme stabilite, con l'assistenza dello Spirito Santo, a Nicea, norme che egli è tenuto a far osservare (39).

(36) Mansi, VI, 1081.

(37) Mansi, VII, 135.

(38) Ep. CIV, P.L., LIV, 993-995.

(39) « In quo opere, auxiliante Christo, fideliter exequendo, necesse est me perseverantem exhibere: quoniam dispensatio mihi credita est, et ad meum tendit reatum,

Nella lettera all'imperatrice Pulcheria il linguaggio del papa assume toni di piena coscienza del suo primato universale che esprime in precisi termini giuridici: « Consensiones vero episcoporum, sanctorum canonum apud Nicaeam conditorum regulis repugnantes, unita nobiscum vestrae fidei pietate in irritum mitimus et per auctoritatem beati Petri apostoli, generali prorsus definitione cassamus, in omnibus ecclesiasticis causis his legibus obsequentes quas ad pacificam observantiam omnium sacerdotum, per trecentos decem et octo antistites Spiritus sanctus instituit » (40).

Se le parole sono diverse, eguale è il principio affermato anche nella lettera al vescovo di Costantinopoli. Dopo averlo rimproverato della sua ambizione, del tentativo di anteporre la sua cattedra a quella di Alessandria e di Antiochia, e limitare i legittimi diritti di alcuni metropolitani, afferma che « Sancti illi et venerabiles Patres, qui in urbe Nicaena, sacrilego Ario cum sua impietate damnato, mansuras usque in finem mundi leges ecclesiasticorum canonum condiderunt, et apud nos et in toto orbe terrarum in suis constitutionibus vivunt; et si quid usquam aliter quam illi statuere praesumitur, sine cunctatione cassatur » (41).

Due anni dopo la chiusura del concilio, su richiesta dell'imperatore Marciano, il quale, come si è detto sopra, aveva fatto presente che il silenzio pontificio sugli atti del concilio veniva sfruttato dagli eretici (42), il papa scrive una lettera indirizzata a tutti i padri conciliari, nella quale accusa il presule costantino-

---

si paternarum regulae sanctionum, quae in synodo nicaena, ad totius Ecclesiae regimen, Spiritu Dei instruente, sunt conditae, me (quod absit) connivente, violentur; et major sit apud me unius fratris voluntas, quam universae domus Domini communis utilitas ». Ep. CIV, P.L., LIV, 995. Sull'importanza delle norme stabilite a Nicea, specie in relazione alle prerogative delle sedi primaziali cfr. A. WUYTS, *Le 28<sup>e</sup> canon de Chalcedoine et le fondement du primat romain*, in *Orient. Christ. Period.*, 1951, p. 275 ss.

(40) Ep. CV, P.L., LIV, 1000.

(41) Ep. CVI, P.L., LIV, 1005.

(42) Ep. CX, P.L., LIV, 1017, di cui cfr. *supra* a p. 127.

politano di non aver divulgato la sua prima risposta per nascondere il rifiuto pontificio al can. 28. In questo scritto papa Leone precisa alcuni punti particolarmente importanti. In primo luogo chiarisce che per gli atti conciliari riguardanti materia di fede c'è già stata una duplice adesione, quella effettuata dai suoi legati, di per sé sufficiente, e quella da lui stesso espressa, per lettera, al vescovo di Costantinopoli: « *Omnem quidem fraternitatem vestram nosse non ambigo, definitionem sanctae synodi, quae ob confirmationem fidei in Chalcedonensi civitate celebrata est, toto corde me fuisse complexum* »; e ancora: « *...ut et fraterna universitas, et omnium fidelium corda cognoscant me non solum per fratres, qui vicem meam executi sunt, sed etiam per approbationem gestorum synodaliū, propriam vobiscum unisse sententiam* ». Si parla delle due occasioni nelle quali fu già manifestata l'adesione romana: la prima volta, la sola necessaria in sé, l'assenso è stato dato durante il concilio, la seconda volta l'assenso, dato per lettera, si aggiungeva al primo senza rivestire un particolare valore. A questi, ora, si aggiunge un terzo assenso, ma anch'esso deve essere considerato come una successiva dichiarazione di volontà, relativa al medesimo oggetto, del medesimo valore delle precedenti. È bene precisare, infatti, che il papa non parla di ' conferma ', bensì usa espressioni diverse: « *fuisse complexum* » corrispondente al greco *περιπλεκεσθαι* e « *per approbationem [me] propriam vobiscum [episcopis] unisse sententiam* », parole queste che pongono l'accento sull'*aver aderito* da parte del papa alle tesi dei vescovi<sup>(43)</sup>. L'adesione, viene ribadito subito dopo, si riferisce unicamente alla decisione dommatica, dato che il concilio fu radunato per dirimere controversie dottrinali e salvaguardare l'ortodossia, con il consenso della Santa Sede: « *in sola videlicet causa fidei, quod saepe dicendum est, propter quam generale concilium, et ex praecepto Christianorum principum, et ex consensu apostolicae sedis placuit congregari* »<sup>(44)</sup>.

(43) Cfr. sul punto FORCET, *op. cit.*, c. 660.

(44) Ep. CXIV, P.L., LIV, 1027 ss.

Quanto alle norme disciplinari il papa scrive che non solo i principi di fede, stabiliti a Nicea, ma anche i canoni sono inviolabili: qualsiasi norma nuova la quale sia in contrasto con essi è priva di valore; il romano pontefice, custode dell'ortodossia, della legge canonica e dei diritti di tutte le Chiese non potrà mai accettare la loro violazione. « De custodiendis quoque sanctorum Patrum statutis, [scrive il papa], quae in synodo Nicaena inviolabilibus sunt fixa decertis, observantiam vestrae sanctitatis admoneo, ut iura Ecclesiarum, sicut ab illis 318 Patribus divinitus inspiratis sunt ordinata, permaneant. Nihil alienum improbus ambitus concupiscat, nec per alterius imminutionem suum aliquis quaerat augmentum » (45).

Né in questa lettera, né in quelle scritte all'imperatore ed all'imperatrice, in cui comunica semplicemente di aver inviato una lettera ai padri sinodali, il papa fa cenno alcuno ai primi ventisette canoni (46).

Ritengo che il romano pontefice li considerasse pienamente validi, perché approvati anche dai suoi legati. I motivi portati a sostegno del rifiuto di aderire al can. 28 ruotano sempre attorno ai medesimi concetti: salvaguardia dei diritti delle sedi petrine (47), immutabilità della legislazione sancita a Nicea (48), con-

---

(45) Ep. CXIV, P.L., LIV, 1029-31.

(46) Ep. CXIV, P.L., LIV, 1031 e Ep. CXVI, P.L., 1033.

(47) Per il papa Roma aveva il primato non perché la città di Roma fosse stata la prima capitale dell'Impero, ma perché era stata la sede di Pietro, principe degli apostoli. Il secondo posto nella *communio* interecclesiale apparteneva ad Alessandria perché quella Chiesa era stata fondata dall'Apostolo Marco, discepolo di Pietro. Antiochia aveva il terzo posto, perché Pietro ne era stato il vescovo e vi aveva predicato prima di giungere a Roma. Leone I però non si rendeva conto che la sua tesi conteneva un punto debole. Secondo l'applicazione rigorosa della teoria delle sedi petrine Antiochia avrebbe dovuto avere il secondo posto perché fondata dall'apostolo Pietro. Il fatto è che i padri a Nicea nell'elenare al can. 6 le sedi primaziali hanno dato una giustificazione « apostolica » che in realtà nascondeva la situazione di fatto allora esistente. Dopo Roma, Alessandria d'Egitto era la seconda città dell'Impero ed Antiochia la terza. La precedenza di Marco sulle chiese fondate dagli altri Apostoli, e su una sede petrina, non trovano giustificazione che nella realtà politica esistente negli anni immediatamente precedenti al concilio di Nicea. Cfr. F. DVORNIK, *Byzance et la*

danna dell'ambizione dei vescovi di Costantinopoli. Il tutto dettato dalla preoccupazione che il progressivo aumento di importanza civile di Costantinopoli, cui faceva riscontro l'inevitabile progressivo diminuire di importanza di Roma, la vecchia capitale ormai non più centro dell'impero, facesse sì che il can. 28 non fosse che una tappa — successiva al can. 3 del Consiglio di Costantinopoli del 381 <sup>(49)</sup> — di un processo volto a trasferire il primato romano alla chiesa costantinopolitana <sup>(50)</sup>.

---

*primauté romaine*, Paris 1964, p. 48 e H. MAROT, *Unité de l'église et diversité géographiques aux premiers siècles*, in *L'épiscopat et l'Église universelle*, Paris 1964, p. 577.

<sup>(48)</sup> Non solo a Roma, ma in tutto l'Oriente quanto stabilito a Nicea veniva tenuto in grandissima considerazione e non solo i principi dommatici, per la loro stessa natura immutabili, ma anche le stesse norme disciplinari venivano assunte come principi base, come norme sovraordinate, la non conformità delle nuove disposizioni a quelle veniva considerata come motivo di invalidità. Oltre quanto scritto nelle lettere pontificie, testé riportate, il valore delle norme poste a Nicea si ricava anche dal fatto che durante i lavori del Concilio vi fu un'ampia discussione sul prescritto del can. 6 (di Nicea) invocato dai legati romani per respingere il can. 28 (Mansi VII, 422 ss.), discussione che non avrebbe avuto luogo se tutti i padri non lo avessero considerato un dettato iderogabile.

<sup>(49)</sup> « Veruntamen Constantinopolitanus episcopus habeat honoris primatum praeter Romanum episcopum, propter quod urbs ipsa sit iunior Roma ». *Conciliorum*, cit., p. 28. Questo canone non era stato recepito da Roma e anche in occasione della discussione sul can. 28, a Calcedonia, i legati romani non vollero prendere in considerazione.

<sup>(50)</sup> In realtà il can. 28 non era in quel momento una presa di posizione contro le prerogative della sede romana di cui riconosceva esplicitamente il primato, sia pure basato su motivi diversi da quelli propugnati da Roma stessa: importanza politica della città, e non sede petrina. I padri, in realtà, volevano limitare la posizione di Alessandria, i cui due ultimi vescovi Cirillo e Dioscoro avevano esercitato un potere, di fatto, su tutto l'oriente, anche in danno delle altre chiese, umiliando a più riprese i vescovi bizantini. Cfr. DVORNIK, *op. cit.*, pp. 43-44. Ugualmente significato antialessandrino hanno anche i canoni 2 e 3 del concilio di Costantinopoli del 381. Cfr. JOANNOU, *Pape*, cit., p. 43. Se il pericolo per Roma, non era così imminente, tuttavia il can. 3 di Costantinopoli e, soprattutto, il can. 28 di Calcedonia aprivano la via ad una futura completa esautorizzazione della cattedra romana. Il can. 28, infatti, dava i privilegi, sulle chiese delle tre diocesi orientali (Ponto, Asia e Tracia) ed altri su altre chiese fuori dei confini orientali dell'impero, a causa dell'importanza politica che al momento aveva Costantinopoli. Se questa città fosse divenuta l'unica capitale dell'Impero, Roma avrebbe perduto automaticamente quei privilegi che esercitava sulle chiese d'occidente. Cfr. C. JOUSSARD, *Sur les décisions des conciles généraux des IV et V siècle dans leur rapport avec la primauté romaine*, in *Istina* 1957, pp. 495-496.

5. Dall'esame dei documenti sopra riportati, mi pare che si possano enucleare questi punti fermi.

La definizione dogmatica e i primi ventisette canoni<sup>(51)</sup> furono approvati dai padri conciliari, tra questi figuravano i legati romani. Dal tenore della formula di approvazione risulta chiaro che i padri conciliari erano consapevoli che quanto essi decidevano in materia dottrinale e disciplinare, aveva immediatamente pieno vigore e che rappresentava quanto il collegio episcopale, e la stessa chiesa universale ritenevano di poter sancire e stabilire. I legati pontifici, veri rappresentanti muniti di pieni poteri, approvano e sottoscrivono i decreti a nome del papa e si impegnano per lui. Una deliberazione che ha incontrato la loro opposizione formale — anche se già accettata e votata dalla grande maggioranza degli altri padri, come nel caso del can. 28 — rimane una semplice proposta di legge respinta, che se i padri vogliono, possono rimettere alla decisione finale del romano pontefice, in persona. Respinta anche da quest'ultimo la proposta non si trasforma affatto in una norma giuridica e di conseguenza non figura nelle collezioni canoniche ufficiali.

L'approvazione pontificia, sia essa effettuata direttamente o tramite il voto dei suoi legati, ha un valore del tutto speciale; essa si somma agli altri voti, ma costituisce, al tempo stesso, una condizione necessaria alla validità della decisione presa: la maggioranza conciliare richiesta è una maggioranza qualificata, cioè deve necessariamente ricomprendere il voto del vescovo di Roma. In ultima analisi Roma ha il diritto di veto sulle decisioni conciliari<sup>(52)</sup>.

---

(51) I canoni 29 e 30 sono estratti dal processo verbale della IV sessione e non hanno la forma di vere e proprie disposizioni normative. L'importanza contingente fece ritenere quelle delibere meritevoli di una particolare evidenziazione attraverso la loro presentazione sotto forma di canoni. Cfr. HEPPEL, *Histoire*, cit., pp. 133-134.

(52) Parlo di maggioranza conciliare qualificata, perché comprensiva del voto del romano pontefice. I dati storici, relativi al concilio di Calcedonia, oggetto di questo studio, non presentano ipotesi in cui le deliberazioni sinodali riscontrassero l'approvazione di una minoranza di padri tra cui figurassero, però, i legati romani. Questo im-



Quanto rilevato aiuta anche a meglio qualificare la natura dell'assenso pontificio alle delibere conciliari. Come ricordavo all'inizio di questo studio<sup>(53)</sup>, la dottrina tradizionale chiama l'accettazione papale col termine di *conferma*, cui fa accedere un'ulteriore specificazione *ratione temporis* distinguendo così una conferma antecedente, una concomitante ed una susseguente. A me pare che proprio il termine *conferma*, almeno per il concilio di Calcedonia, non individui giustamente la natura giuridica e le caratteristiche dell'adesione pontificia, dando adito a considerarla come un atto distinto che accede ad una delibera sinodale, perfezionandola.

Infatti anche la *confirmatio apostolica essentialis* — in cui si è voluta ricomprendere l'adesione pontificia alle deliberazioni dei concili ecumenici<sup>(54)</sup> — anche se è qualificata, in diritto canonico, come atto personale del pontefice, necessario affinché un determinato atto possa dirsi formato o possa comunque conseguire il risultato cui mira, è però ritenuta attribuire gli effetti dell'atto confermato, almeno dal punto di vista strettamente giuridico, all'autorità ed alla volontà del papa; l'attività di chi ha formulato l'atto è vista unicamente come azione preparatoria e di collaborazione. Ne deriva l'esclusione dell'imputabilità dei decreti sinodali al concilio ecumenico, ridotto ad organismo distinto dal romano pontefice e, come tale, titolare di una potestà limitata e condizionata<sup>(55)</sup>.

---

pedisce di controllare l'attendibilità della tesi sostenuta. Ritengo che un atto sinodale che non avesse riscosso il favore della maggioranza dei padri, anche se accetto ai rappresentanti pontifici, non sarebbe stato considerato statuizione sinodale. Probabilmente i legati romani, accortisi della volontà contraria dei vescovi, facilmente desumibile dalla discussione, non avrebbero fatto mettere in votazione un documento sul quale si sarebbero trovati in minoranza.

(53) Cfr. *supra*, nota 1 e FORGET, *op. cit.*, c. 655.

(54) DE LUCA, *op. cit.*, p. 21; LO CASTRO, *op. cit.*, pp. 92-93, nota 55, parla di *confirmatio essentialis* in un'accezione non strettamente tecnica, quale quella indicata da DE LUCA a proposito dei concili ecumenici tenuti a norma del *Codex*, rilevando che gli atti sinodali sono attribuiti al concilio stesso e non al papa.

(55) COUSSA, *E praelectionibus*, cit., p. 15 WERNZ, *op. cit.*, I, p. 137.

Dall'esame delle fonti risulta, invece, evidente che l'assenso pontificio ai decreti di Calcedonia è una partecipazione alla statuizione conciliare, fatta durante le sessioni tramite il voto dei suoi rappresentanti, o, chiuso il concilio, con un atto di accettazione personale, relativo ad una decisione, e solo per quella <sup>(56)</sup>, respinta dai legati romani, come sarebbe avvenuto se Leone I avesse accolto il can. 28.

Non siamo in presenza di due soggetti distinti, papa e vescovi, ma di un solo soggetto: il corpo episcopale del quale fa necessariamente parte il vescovo di Roma, in una posizione speciale, per cui si richiede la sua adesione per la statuizione di qualsivoglia principio dottrinale e di ogni norma giuridica; ma la dichiarazione di volontà resta ricompresa in quella dell'intero collegio episcopale, di modo che la deliberazione presa è imputata formalmente al concilio nel suo insieme e non ad una delle sue componenti: non al solo corpo episcopale, perché in assenza dell'adesione romana non si avrebbe, formalmente, atto sinodale, né una definizione dottrinale vincolante, né una norma giuridica; non al solo papa, perché egualmente non ci troveremmo dinanzi ad un atto conciliare, ma ad un mero atto pontificio.

L'assenso papale non può neppure essere qualificato come *ratifica* <sup>(57)</sup>, perché anche questo istituto presuppone l'esistenza di due soggetti operanti, su piani diversi, anche se sul medesimo oggetto. La delibera conciliare verrebbe ad avere la veste di atto complesso, cosa da respingere assolutamente, almeno per il concilio di Calcedonia, oggetto di questo studio, ma, oserei dire, per tutti i concili ecumenici <sup>(58)</sup>, dato proprio che presuppone diversità di organi e diversità di poteri specifici, e non unicità di organo quale è istituzionalmente il concilio ecumenico.

---

<sup>(56)</sup> Cfr. *supra* a p. 126.

<sup>(57)</sup> MORONI, *op. cit.*, p. 954.

<sup>(58)</sup> MORONI, *op. cit.*, p. 954 e LO CASTRO, *op. cit.*, p. 92, nota 55. Ad analoghe conclusioni giungo in un altro mio scritto *La « conferma » pontificia alle deliberazioni del secondo concilio ecumenico di Nicea*, comunicazione al III Congresso internazionale di diritto canonico.

Le ulteriori qualificazioni di ' conferma ' antecedente, concomitante e susseguente, possono avere un significato solo se con questi aggettivi si vuol indicare il momento nel quale si è verificato l'assenso pontificio <sup>(59)</sup>.

Anche nella conferma susseguente — che più d'ogni altra si presenta come atto distinto da quello assembleare — la posticipazione è solo d'ordine temporale, e non si concretizza in un atto diverso dalle singole dichiarazioni degli altri padri conciliari, se non per la sua necessarietà, come avviene anche per l'approvazione, data, in sede assembleare, personalmente dal papa o dai suoi rappresentanti.

6. Il can. 28 non fu così inserito nelle collezioni canoniche dell'epoca; l'imperatore Marciano trovò fondate le proteste del papa; Anatolio si scusò incolpando il clero di Costantinopoli <sup>(60)</sup>.

Poiché, come ho precisato prima, il contenuto del canone rispecchiava una situazione di fatto ormai consolidata, che rimase, nonostante la polemica, agli inizi del VI secolo il canone in questione è riportato nella nuova stesura del *Syntagma dei quattordici titoli*, opera composta nel 500-501 a Gerusalemme ed accolta, a poco a poco, nelle altre chiese d'Oriente <sup>(61)</sup>. Anche in Occidente il can. 28 viene inserito in qualche redazione della *Prisca* <sup>(62)</sup>: ne sono testimoni due manoscritti, entrambi di provenienza italiana. In essi, subito dopo i primi ventisette canoni di Calcedonia, vengono riportati i canoni del concilio Costantinopolitano I e subito dopo il ben noto canone <sup>(63)</sup>. Dvornik, acco-

<sup>(59)</sup> Vedi nota 2.

<sup>(60)</sup> Cfr. E. EID, *La figure juridique du patriache*, Roma 1962, p. 12, nota 14 e PARLATO, *op. cit.*, p. 21, nota 33. Il canone 28 non è riportato neppure nella collezione dei canoni in uso ad Antiochia, utilizzata da Giovanni Scolastico. Cfr. JOANNOU, *Pape*, *cit.*, p. 547.

<sup>(61)</sup> A. VAN HOVE, *Prolegomena, Mechliniae-Romae* 1945, p. 144.

<sup>(62)</sup> Il manoscritto di Justel e il manoscritto di Chieti, databili entrambi nel VI secolo. Cfr. DVORNIK, *Byzance*, *cit.*, p. 59.

<sup>(63)</sup> Il manoscritto di Chieti è riportato in P.L., LVI, ed il can. 28 si trova alle

gliando la tesi del Maassen <sup>(64)</sup>, ritiene che sia preesistito a questi manoscritti un testo greco di eguale contenuto giuridico, e che questo testo sia stato conosciuto in Italia. Il fatto che i compilatori italiani non abbiano esitato a riportare questo canone dimostra, che, nonostante l'opposizione pontificia, la norma non veniva generalmente e universalmente respinta.

Giustiniano nel 540 (Nov. CXXIII) e nel 545 (Nov. CXXXI) riconosce il primato costantinopolitano <sup>(65)</sup>. Con questi atti legislativi l'imperatore intende mettere definitivamente fine alla controversia e stabilire con una legge civile — e l'ordinamento giuridico di quel tempo gliene riconosceva la piena competenza — l'ordine di precedenza tra le Chiese.

D'altra parte, dopo la lettera di Anatolio al pontefice in cui si rammaricava dell'incidente sollevato dal canone ventottesimo <sup>(66)</sup>, le relazioni tra Roma e Costantinopoli ripresero. E se in Occidente si continuò a discutere sul titolo di patriarca per il vescovo di Costantinopoli, di fatto papa e vescovi bizantini si comunicavano la loro avvenuta nomina con la stessa procedura usata per gli altri patriarchi <sup>(67)</sup>, anzi il frequente scambio di

cc. 809-810. Le ultime due frasi di questa norma presentano una traduzione poco chiara.

<sup>(64)</sup> F. MAASSEN, *Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendland*, Graz 1870, pp. 94 ss. e 526 ss.

<sup>(65)</sup> Nov. CXXXI, 2 « Ideoque sancimus secundum earum definitiones sanctissimum senioris Romae papam primum esse omnium sacerdotum. beatissimum autem archiepiscopum Constantinopleos Novae Romae secundum habere locum post sanctam apostolicam sedem senioris Romae, alijs omnibus sedibus preponatur » e la Nov. CXXIII, 3 « Iubemus igitur beatissimos quidem archiepiscopos et patriarchas, hoc est senioris Romae et Constantinopleos et Alexandriae et Thepoleos et Hierosolymorum... ». Anche per l'ortodosso L'HULLIER, *Le concile*, cit., p. 136, l'approvazione imperiale alle deliberazioni conciliari aveva come unico fine « de donner aux décrets et aux canons conciliaires force de loi dans l'Empire. Il convient de remarquer que les formules de confirmation impériales ne son pas les mêmes que celles accompagnant les souscriptions épiscopales et cette difference est très caractéristique ». Per esempio rileva l'A. nel sesto concilio ecumenico i vescovi usano l'espressione ὁρίσας ὑπέγραφα *definiens subscripsi*, rimandando il ruolo avuto nella formulazione del documento; l'imperatore scrive invece ἀνέγνωμεν καὶ σὸννέσαμεν *legimus et consensimus* (Mansi, XI, pp. 640-656),

<sup>(66)</sup> Ep. CXXXII, P.L., LIV, 1082 ss. (anno 454).

<sup>(67)</sup> PARLATO, *L'ufficio cit.*, pp. 107-116 e 157-190.

corrispondenza, tra le due sedi, tramite il quale venivano trattati e risolti i problemi più importanti della Chiesa ed in special modo dell'Oriente <sup>(68)</sup>, dimostra che Roma riconosceva al vescovo di Costantinopoli, di fatto, una giurisdizione ultra-episcopale ed ultra metropolitana, per non dire un primato su tutto l'Oriente. Gregorio Magno nella sua lettera sinodica, con la quale comunica la sua avvenuta elevazione al pontificato, dà al patriarca bizantino la preminenza sugli altri <sup>(69)</sup>.

In questo periodo si assiste, nella nostra questione, ad un irreversibile processo per cui la realtà delle cose si impone via via alle norme stabilite. Non solo i vescovi del mondo bizantino soggiacciono spontaneamente al primato costantinopolitano, ma anche Roma non può ignorare lo stato delle cose esistente. I reiterati appelli ed ammonimenti papali contro il can. 28 non sono altro che proteste formali destinate a cadere nel vuoto.

Nella prima metà del VI secolo le due novelle giustiniane riconoscono la preminenza del vescovo di Costantinopoli su tutti gli altri primati e patriarchi, salvo il romano pontefice, dando così una sanzione statale ad alcune prerogative contenute nel can. 28, prerogative che solo nell'870 il concilio ecumenico Costantinopolitano IV sanzionerà definitivamente <sup>(70)</sup>.

---

<sup>(68)</sup> Ci sono state tramandate lettere nelle quali i vescovi di Roma si rivolgevano a quelli di Costantinopoli perché salvaguardassero la fede delle chiese orientali, comprese quelle di Alessandria e di Antiochia; cfr. *Acta Romanorum Pontificum*, I (Pontificia Commissio ad redigendum codicem iuris canonici orientalis, *Fontes. Typis Polyglottis Vaticanis* 1943), nn. 155, 157, 158, 160 e 164, tutte della seconda metà del V secolo. Sulle sorti del can. 28 cfr. anche V. MONACHINO, *Il can. 28° di Chalcedonia e S. Leone Magno*, in *Gregorianum* 1952, p. 558 ss.; A. WALZ, *Papst und Kaiser in Chalcedon*, in *Angelicum* 1952, p. 124 ss.

<sup>(69)</sup> Ep. « *Consideranti mihi* », anno 591, Jaffé, n. 1092, indirizzata a « Iohanni episcopo constantinopolitano, Eulogio Alexandrino, Gregorio Antiocheno, Iohanni Hierosolimitano ».

<sup>(70)</sup> Solo nell'870 il can. 21 del concilio costantinopolitano IV riconobbe la precedenza di Costantinopoli su Alessandria, Antiochia e Gerusalemme. *Conciliorum*, cit., p. 15. Cfr. anche in proposito F.G. SAVAGNONE, *Studi sul diritto romano ecclesiastico*, estratto dal vol. XIV degli annali del Sem. Giuridico di Palermo, Cortona 1929, pp. 49-50 dell'estratto.

In linea di principio appare priva di fondamento, almeno per il concilio di Calcedonia, la tesi sostenuta dagli ortodossi, secondo i quali è l'accettazione dei singoli patriarchi, in rappresentanza del gruppo di chiese cui presiedono, che determina la validità ed efficacia della norma conciliare nei rispettivi territori e che, quindi, l'accettazione da parte di Roma produce la vigenza di quelle norme, *solo* nella Chiesa latina; la prova migliore per confutare questa tesi è il dato che il can. 28 di Calcedonia non fu recepito nelle collezioni ufficiali di quel tempo.

È pur vero che anche l'esercizio, di fatto, da parte del vescovo costantinopolitano, delle prerogative riconosciutegli con il can. 28 creò un regime diverso da quello previsto dalle norme, e, in fatto, una differenza tra disciplina orientale e disciplina occidentale, ma essa, proprio perché differenza di fatto, non rompe l'unità giuridica della normazione ecclesiastica e non costituisce prova della teoria secondo cui, non ostante che questo canone fosse stato respinto da Roma e non vigesse in Occidente, sarebbe stato considerato vera norma operante in Oriente.

La sanzione imperiale ad alcune prerogative rivendicate dal vescovo di Costantinopoli crea un diritto nuovo, che in forza della prammatica sanzione del 534 avrà valore anche in Italia<sup>(71)</sup>; ma allora siamo di fronte ad una norma statale in materia ecclesiastica, valida indipendentemente dall'assenso del romano pontefice o degli altri patriarchi. Non vi è dubbio che tale norma tiene conto della realtà di fatto esistente, del can. 28 di Calcedonia (rimasto giuridicamente una legge conciliare respinta); ma è la costituzione imperiale che crea il diritto, non la volontà dei vescovi orientali.

---

(71) *Pragmatica sanctio* di Giustiniano (anno 551), in App. VII dell'edizione delle *Novelle giustiniane* (*Corpus Iuris Civilis*, III) di Schoel-Kroll, 6° ed., Dublin-Zuerich 1954.

JACQUES PRÉVAULT

Maitre de conférences à la Faculté de Droit de Besançon

LES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES  
DU CODE NAPOLÉON (\*)

(\*) Texte, complété par quelques annotations de l'auteur, d'une conférence publique donnée à l'Université de Besançon.





SOMMARIO: I. *Introduction*: Le rayonnement du code Napoléon dans le Monde. Recherche des causes de son succès. Les deux aspects du code: aspect institutionnel et aspect doctrinal; examen des sources. — II. *Le Code Napoléon fruit de l'expérience*: A) Le choix des institutions; B) Le désir d'adapter la loi au milieu social; Critiques et réfutation. — III. *Le Code Napoléon fruit de la pensée révolutionnaire*: A) Élément métaphysique: ses sources, ses manifestations, ses conséquences; B) Élément individualiste: ses causes et ses effets; C) Élément spiritualiste: ses aspects. — IV. *Conclusion*: Supériorité du Code Napoléon sur la législation civile moderne. Solidité des fondements du code.

## I

### INTRODUCTION

Le titre que nous avons retenu pour cet exposé appelle, tout d'abord, une observation. Nous l'avons libellé sous la forme suivante: « les fondements philosophiques du code Napoléon » et non « du code civil français », car notre intention est d'analyser l'état d'esprit qui avait animé le code promulgué en 1804 sous l'impulsion de Bonaparte et resté connu pendant longtemps sous le nom de « Code Napoléon », et non d'examiner le code civil français dans son état actuel. Si, en effet, le code de 1804 est toujours en vigueur, il a subi cependant, à maintes reprises et surtout depuis une quinzaine d'années, de multiples et profonds remaniements, de véritables refontes partielles. Or ces modifications ont été généralement inspirées d'une philosophie toute différente de celle qui avait animé le code primitif.

Nul n'ignore le rayonnement du Code Napoléon, l'influence considérable qu'il a exercée dans le monde entier: elle peut constituer, pour tous les Français, un juste sujet de fierté. Par ce code, la pensée juridique française a rayonné non seulement en Europe mais jusqu'aux extrémités de la terre: du Canada au Chili, en passant par l'Amérique centrale et l'Argentine, de la Belgique

à la Pologne, dans tous le bassin méditerranéen, dans la plupart des pays d'Afrique, en Orient, en Extrême Orient, à l'Île Maurice et au Japon (1).

Dans l'histoire du Monde, aucune législation n'a connu un rayonnement aussi vaste que le code civil français. Seul le Droit romain peut lui être comparé; mais son application immédiate a été limitée à l'Europe et aux rives de la Méditerranée; au delà de ces limites, il n'a été connu que beaucoup plus tard. Ce succès du code civil, chez les peuples les plus divers et malgré des différences de races, de mœurs, de civilisations, et l'importance attachée par les juristes de tous les pays à l'étude de ce code, ont été l'une des causes du prestige de la France au XIXe siècle, et ce malgré les vicissitudes de nos régimes politiques: par ce Code la pensée française s'est répandue dans le monde; grâce à lui la culture française a été connue et admirée (2).

(1) Nous noterons plus spécialement le rôle qu'il a joué en Italie. De 1806 à 1814, le Code Napoléon fut appliqué non seulement dans les pays annexés, mais également dans les États nouvellement formés tels que le Royaume d'Italie, le Royaume d'Etrurie, et dans ceux placés sous un régime politique nouveau, tel le Royaume de Naples; finalement dans toute l'Italie à l'exception de la Sardaigne et de la Sicile. Les idées propagées par ce code, telles que celle de liberté et d'égalité des personnes, de sainteté de la famille, d'inviolabilité de la propriété privée, reflètent des grands principes prônés par la Révolution française, facilitèrent son implantation en territoire italien. Si, après la chute de Napoléon, le code français cessa d'être appliqué, ce fut pour des raisons purement politiques. Certains États furent soumis au droit autrichien (Lombardie, Vénétie); la Toscane et l'État pontifical réinstaurèrent l'usage du droit romain et du droit canonique. D'autres régions élaborèrent leur propre code civil. Mais, d'une part, certaines législations régionales, comme le Code Parmesan et le code civil piémontais (code Albertin), étaient entièrement conformes au code français, d'autre part l'influence du code Napoléon avait si profondément marqué les esprits que presque toutes s'inspirèrent du modèle français, ce qui créa entre elles une certaine unité. Et cette unification dans le domaine du droit privé constitua le premier pas vers l'unification politique de l'Italie. Lorsque, ultérieurement, fut promulgué le premier code « italien » de 1865, il apparut largement inspiré du code français, sinon directement du moins indirectement et par l'intermédiaire du code Albertin (cf. ARMINJON, BORIS NOLDE et WOLFF, *Traité de droit comparé*, t. I, p. 141 et s.; CHIRONI, *Le code civil et son influence en Italie*, in *Livre du Centenaire du Code civil*, t. II, 763 et s.).

(2) Le prestige du code civil a « autant fait pour le nom et l'influence de la France que vingt victoires ou vingt découvertes scientifiques » (MOREAU, in *Livre du Centenaire du code civil*, t. II, p. 1044).

Il serait intéressant d'examiner, dans le détail, l'influence du Code Napoléon à l'étranger. Mais ce travail dépasserait le cadre de notre exposé. Plus importante nous paraît, d'ailleurs, la recherche des causes de ce succès. Si notre code a été apprécié, imité, parfois même adopté par des civilisations très différentes de la nôtre, c'est sans doute parce qu'il avait été construit sur des bases assez larges, assez solides, pour permettre une vaste extension de la construction; parce que, derrière son aspect formel, le Code Napoléon contenait des normes d'une valeur incontestable, susceptibles d'être appliquées même à des civilisations très différentes de celle de la France <sup>(3)</sup>. Pourtant ce code avait vu le jour au lendemain d'une Révolution sanglante qui avait duré 15 ans. Pendant cette période si troublée, les systèmes politiques et les principes juridiques les plus opposés avaient été successivement appliqués. L'instabilité législative et les désastres entraînés par des tentatives extravagantes n'ont jamais été si déplorables qu'à cette époque. Et il est permis de se demander comment une législation civile stable, d'une valeur supérieure au point d'être copiée dans une grande partie du Monde, a pu être le fruit de cette célèbre Révolution. Les conceptions politiques et philosophiques « révolutionnaires » ne devaient-elles pas inévitablement déteindre sur le code de 1804? Sur le plan doctrinal, quelles ont été les idées directrices du Code civil? Existe-t-il une « philosophie du code civil » dont la connaissance nous échappe?

Le Code Napoléon se présente, en réalité, sous deux aspects: l'un, très apparent, celui des institutions; l'autre moins facile à découvrir, celui de la doctrine qui l'avait inspiré.

---

(3) Au début de notre siècle, l'un de nos grands juristes, Glasson, déclarait: « Introduit dans certains pays par la force des armes, il s'y est maintenu par la force de la raison. Malgré ses lacunes et certaines dispositions surannées, l'ensemble du monument n'en reste pas moins grandiose par l'harmonie de ses proportions, par les bases éternellement justes sur lesquelles il repose et, par dessus tout, par la connaissance pratique des rapports de l'homme en société; c'est le code du bon sens et de l'équité » (*Le Centenaire du Code civil. Discours à la réunion solennelle à la Sorbonne, in Rev. critique de législation et de jurisprudence, 1904, 533*).

Sur le plan des institutions, notre Code a été élaboré à une période de réaction politique, la réaction bonapartiste, par des juristes formés sous l'Ancien Régime : c'est pourquoi il marque une réaction très nette en faveur des institutions de l'Ancien Droit. La Coutume de Paris constitue la principale source du droit civil nouveau, qui allait en recopier de nombreuses dispositions. La jurisprudence des Parlements, spécialement celle du Parlement de Paris, était bien connue des rédacteurs du code. La doctrine elle-même de l'Ancien Régime fut, pour eux, un guide précieux. Depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, elle avait su dégager les principes du droit coutumier. Des juristes comme Pothier avaient fait la synthèse de la théorie et les rédacteurs du code en ont recopié de nombreux passages. S'il a eu tant d'admirateurs, c'est parce que notre code a repris des règles juridiques éprouvées, consolidées ou complétées parfois par de vieux principes tirés du Droit romain et inspirés d'une morale supérieure : ces normes présentaient un caractère de perennité que n'aurait pu offrir le Droit de l'époque révolutionnaire. Dans le « *Livre du Centenaire du Code civil* », Albert Sorel écrivait : « le code civil c'est la jurisprudence du Droit romain et l'usage des coutumes ensemble... selon les moeurs, convenances et conditions de la nation française » (Livre du Centenaire - Introduction p. XXIX). L'influence du Droit romain apparaît non seulement dans la pensée mais dans la forme. Le plan lui-même du Code a été emprunté au Droit romain (cf. PORTALIS : *Présentation du Projet au Corps législatif*, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. VI, p. 42). Ses textes, dit un auteur, ont été « imprégnés de la pensée et de la méthode romaine » (Jean RAY, *Essai sur la structure logique du code civil*, p. 74). Pour les rédiger, Bonaparte n'a pas fait appel à des innovateurs de la Révolution française, prêts à faire table rase de tout le passé, mais à des juristes de l'Ancien Régime, ayant reçu une solide formation classique. Selon l'expression du même auteur, c'étaient « des professionnels tout imprégnés de la tradition » (id.). Pour résu-

mer la valeur institutionnelle de la codification nous ne pourrions être plus concis qu'en citant cette phrase de Ripert : « C'est parce que le Code était tout imprégné de la raison romaine et de l'idéal chrétien que l'Europe et le monde y puisèrent des règles de conduite et en firent la base même de leur ordre civil. Qui combat ces principes compromet l'ordre des sociétés et notre civilisation même » (4).

Si on l'examine, maintenant, sous l'aspect doctrinal, le Code Napoléon nous apparaît sous un jour tout différent. Il est l'expression très nette de la pensée révolutionnaire, d'une philosophie qui avait conduit les esprits à la Révolution de 1789. C'est le fruit d'une doctrine d'avant garde qui s'était donné pour mission de briser un système politique. Les principes juridiques de cette doctrine étaient les simples corollaires des principes politiques. Ils étaient inspirés principalement par deux idées. D'abord celle d'égalité de tous les citoyens, sur le plan civil comme sur le plan politique. Cette égalité était, en fait, purement virtuelle. Les hommes de la Révolution ne se sont pas souciés des inégalités sociales ou économiques. Et ils étaient animés d'une sorte de « mystique égalitaire » (5). La seconde idée directrice fut celle de la suprématie du pouvoir législatif. En droit civil, la loi devra désormais constituer la seule source du Droit. Et les hommes de cette époque manifestaient la crainte de l'arbitraire dans l'interprétation de la loi. Cet état d'esprit n'est qu'une conséquence rigoureuse d'un principe politique fondamental, prôné par Montesquieu et par tous les grands orateurs de la Révolution française (Sieyès, Robespierre) : le principe de la séparation des pouvoirs (6).

(4) RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris 1936, p. 223.

(5) Déclaration de CABCACERES à la Convention Nationale, le 9 août 1793 : « Portons dans le Corps de nos lois le même esprit que dans notre corps politique, et comme l'égalité, l'unité, l'indivisibilité, ont présidé à la formation de la République, que l'unité et l'égalité président à l'établissement de notre code » (*Rapport sur le premier projet de code civil*, in FENET, t. I, p. 5).

(6) Sur la prééminence de la loi, nous citerons l'article 6 du Titre I du *Livre préliminaire du code civil* : « La loi, chez tous les peuples est une déclaration solennelle

Telle était, brièvement rappelée, la doctrine de la Révolution de 1789, telle que résumée dans la célèbre *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. C'est elle qui avait animé les rédacteurs du Code civil. Mais la philosophie du Code Napoléon n'est-elle que la simple expression des conceptions révolutionnaires? A côté d'un élément rationnel, n'y a-t-il pas, dans cette philosophie, un élément pratique? Ce sont précisément ces deux éléments que nous chercherons à mettre en évidence. Or, pour les découvrir, la tâche n'est pas facile. Les textes de notre code sont de rédaction laconique. Napoléon avait exigé qu'on leur donne une forme et un contenu strictement utilitaires. Ils ne sont précédés d'aucune introduction générale qui exprimerait des principes philosophiques. On sait, d'ailleurs, qu'à l'exception de Portalis — dont l'influence, il est vrai, a été importante — les autres rédacteurs du code, praticiens avant tout, manifestaient un certain mépris pour la philosophie du Droit <sup>(7)</sup>. L'interprétation exégétique, qui a dominé pendant la majeure partie du XIXe siècle, n'était pas de nature à tenir compte des éléments philosophiques. Et ultérieurement, si aucun auteur n'a ignoré les aspects philosophiques du Code civil, peu nombreux sont ceux qui se sont livrés à de sérieux travaux de recherche à leurs sujet <sup>(8)</sup>, travaux qui n'ont pas toujours retenu l'attention qu'ils méritaient.

---

du pouvoir législatif sur un objet de régime intérieur et d'intérêt commun » (FENET, t. II, p. 4). La crainte de l'arbitraire dans l'interprétation de la loi est clairement exprimée par l'article 7: « La présomption du juge ne doit pas être mise à la place de la présomption de la loi: il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas; et les exceptions qui ne sont point dans la loi ne doivent point être suppléées ».

(7) Le code a été rédigé, sous la direction et avec la participation effective de Bonaparte, par quatre juristes, deux des pays de droit coutumier (TRONCHER et BIGOT DE PREAMENEU) deux des pays de droit écrit (PORTALIS et MALLEVILLE).

(8) Après les études parues, au début du XXe siècle, dans le *Libre du Centenaire du Code civil*, nous devons indiquer principalement les travaux très nombreux de J. BONNECASE, professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux, notamment ses ouvrages sur *La philosophie du Code Napoléon appliqué au droit de la famille* (1928), *La Notion de Droit en France au XIXe siècle* (1919), *Science du Droit et romantisme* (1928), *La pensée juridique française depuis 1804 à l'heure présente* (1933) ce dernier

Pour découvrir cette philosophie du Code civil, il faut surtout :

1° lire attentivement certains articles du Code (parfois les moins connus) et rechercher leurs sources;

2° dépouiller les travaux préparatoires du code civil (9);

3° connaître le contenu du « *Livre préliminaire* », véritable introduction philosophique qui avait été rédigée par Portalis et présentée avec le projet de code civil; mais il a été supprimé par Bonaparte, qui l'avait estimé inutile pour les besoins de la pratique (10).

C'est, alors seulement, que se dévoile à nos yeux la véritable doctrine du Code Napoléon : ce code est d'abord le fruit d'une philosophie expérimentale; il est aussi le fruit de la pensée de l'époque révolutionnaire.

## II

### LE CODE NAPOLÉON FRUIT DE L'EXPÉRIENCE

Il est incontestable que la philosophie du Code civil était, avant tout, une *philosophie expérimentale*. Elle s'est manifestée sur deux plans : d'abord par le retour à des institutions juridiques qui avaient fait leurs preuves à travers les siècles; ensuite par le désir d'une adaptation de la loi au milieu social.

#### A) *Le choix des institutions.*

Les rédacteurs du code civil ont eu, en premier lieu, le désir de réinstaurer des institutions, des règles juridiques, qui avaient fait leurs preuves. Cet état d'esprit est clairement exprimé par

---

ouvrage faisant un peu la synthèse des précédents. Plus récemment, quelques travaux de M. SAVATIER, *Bonaparte et le code civil* (1927), *Destin du Code civil français* (in *Revue internationale de droit comparé*, 1954, p. 633); de M. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français* (1969); *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise* (1973).

(9) V. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil* (Paris 1827).

(10) On en lira le texte dans FENET, tome II, p. 3 à 8.

cette déclaration de Portalis au Corps législatif : « L'histoire est la physique expérimentale de la législation. Elle nous apprend qu'on a respecté partout les maximes anciennes, comme étant le résultat d'une longue suite d'observations. Jamais un peuple ne s'est livré à la périlleuse entreprise de se séparer subitement de tout ce qui l'avait civilisé et de refaire son entière existence » (V. FENET, t. VI, p. 39). Il nous paraît inutile d'insister sur cet aspect que nous avons déjà évoqué. L'examen des différents chapitres du code en montrerait suffisamment les sources. Tout le droit des obligations est d'origine romaine. La réglementation du domaine foncier a été puisée dans les coutumes. Le régime matrimonial légal est celui de la coutume de Paris; les auteurs du code ont admis timidement, et à titre facultatif, le régime dotal qui était usité depuis quinze siècles. Parmi les règles juridiques transcrites dans le code, celles recopiées des Grandes Ordonnances du Chancelier d'Aguesseau (Ordonnance de 1731 sur les donations, de 1735 sur les testaments), faisaient figure de dispositions récentes. La majorité des autres normes étaient à la fois anciennes et empiriques.

Mais les rédacteurs du code ne se sont pas contentés de faire revivre des institutions du passé. Ils ont aussi délibérément rejeté celles de la période révolutionnaire, dont les résultats avaient été parfois désastreux, par exemple dans le domaine de la famille <sup>(11)</sup>. Ils ont refusé toute législation construite sur une base « révolutionnaire ». En quel sens fallait-il comprendre ce terme? Portalis nous l'a précisé : « Nous appelons esprit révolutionnaire le désir de sacrifier violemment tous les droits à un but politique et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'Etat... ». « Nous avons trop aimé dans nos temps modernes les changements et les réformes : si en matière d'institutions et de lois les siècles d'ignorance son le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumière ne sont que

---

(11) Cf. OLIVIER MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire* (Paris 1910).



trop souvent le théâtre des excès » (12). Bonaparte, avait, d'ailleurs, déclaré aux rédacteurs du code : « Nous avons fini le roman de la Révolution » (13).

Il ne s'agissait pas, cependant, de faire une simple résurrection de la tradition. Il fallait aussi envisager une législation pratique et adaptée aux réalités.

### B) *Le désir d'adapter la loi au milieu social.*

Nous ouvrons ici une page importante dans l'histoire du code civil. La lecture des travaux préparatoires et de tous les documents qu'on a pu recueillir sur l'état d'esprit dans lequel ont travaillé les rédacteurs de ce code, révèle la recherche constante d'une adaptation de la loi au milieu social.

Le *Discours préliminaire* lors de la présentation du projet et le *Discours de présentation et exposé des motifs* témoignent du souci de faire cadrer l'oeuvre avec le milieu qu'elle devait régir. A plusieurs reprises, Portalis a exprimé cette idée, directrice à ses yeux, que le législateur devait construire un droit en fonction des moeurs, des besoins, des caractères du peuple auquel ce droit est destiné. Il critiquait les réformes animées d'un esprit de système, préparées abstraction faite de tout contact avec le milieu social, de toute connaissance des hommes pour lesquelles elles sont faites (14).

Le travail de préparation du code a été efficacement dirigé par Bonaparte, qui n'était ni juriste ni philosophe mais qui cherchait la rédaction d'un ouvrage pratique, adapté aux réalités de

---

(12) *Discours préliminaire* lors de la présentation du projet (FENET, tome I, p. 465 et 482).

(13) Cité par A. SOREL, *Introduction au Livre du Centenaire du code civil*, p. XXVII.

(14) Insistant sur le danger des réformes législative, PORTALIS disait « Il faut être sobre de nouveautés en matière de législation parce que, s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir » (*Discours préliminaire*, FENET, t. I, p. 466).

la vie. Il a obligé les rédacteurs « à sortir du convenu, de l'abstraction, du système; à prendre les faits et les hommes tels qu'ils sont » (A. SOREL, *op. cit.*, p. XXVII).

Parmi les opinions des commentateurs du code civil, nous retiendrons celle exprimée par un auteur qui n'était pas uniquement juriste mais aussi littéraire, ayant, en 1926, soutenu en Sorbonne une importante thèse sur *La structure logique du code civil français* : Jean RAY a souligné combien les réalités concrètes avaient été présentes à l'esprit des rédacteurs du code, qui n'ont nullement considéré l'être humain comme un sujet abstrait, mais ont estimé qu'il appartiendrait aux tribunaux d'apprécier, dans chaque espèce, le comportement de l'individu, les situations psychologiques complexes telles que la notion de « bon père de famille », en matière d'obligations celles de « bonne foi » et de « équité » (15).

Des juristes étrangers ont dit que, si les rédacteurs de notre code avaient vécu dans un autre milieu social et économique, le résultat de leurs travaux n'aurait pas été le même (16).

Enfin, contrairement à des affirmations inexactes, les auteurs du Code Napoléon n'ont pas eu la prétention de faire une oeuvre immuable et éternelle. Ils admettaient fort bien que des changements dans le contexte social ou économique imposent ul-

---

(15) Jean RAY, *La structure logique du code civil français*, p. 122 et s. On notera aussi cette déclaration de PORTALIS: « Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites » (*Discours préliminaire*, in FENET, *eod. loco*).

(16) LASSAULX, doyen de la Faculté de droit de Coblenze, dans une *Introduction à l'étude du Code Napoléon* destinée à faciliter la compréhension du code dans les pays rhénans, écrivait: « Non seulement il est de toute évidence que si les rédacteurs du code Napoléon, choisis dans tout autre nation, avaient vécu au milieu d'autres institutions organiques et avaient été dirigés par d'autres principes d'économie politique, le résultat de leurs travaux n'aurait point été le même; mais il nous paraît également incontestable que plusieurs règles du code se ressentent de l'influence des moeurs et des habitudes particulières de la nation » (cité par BONNECASE, in *La pensée juridique française depuis 1804*, n° 224, p. 513).

térieurement l'abrogation de la loi, voire même sa désuétude par l'effet d'une coutume contraire <sup>(17)</sup>.

Et pourtant des critiques acerbes ont été formulées contre l'inadéquation de code civil au milieu social.

Elles émanèrent d'abord de l'École socialiste, selon laquelle ce code avait été conçu dans l'intérêt des classes moyennes contre l'intérêt de la classe ouvrière <sup>(18)</sup>. Cette accusation a été reprise par les positivistes, en particulier par Duguit. Or ces critiques ne sont pas fondées. Car, à l'époque de la gestation du code civil, il n'y avait pas de conflit entre « classes moyennes » et « prolétariat ». Et le code a voulu assurer l'égalité de tous, sans distinction de classes. On a pu écrire à ce sujet que « le code, loin d'être une législation de caste, constitue la loi privée fondamentale d'une société entière, telle qu'elle était organisée après la tourmente révolutionnaire » <sup>(19)</sup>. Le défaut d'harmonie avec les intérêts de la classe ouvrière ne s'est fait sentir qu'ultérieurement, avec l'apparition de la grande industrie.

Mais voici que, récemment, un nouvel auteur s'est attaqué violemment au code civil, l'accusant d'avoir été conçu comme un instrument de défense des intérêts de la bourgeoisie pour étouffer ceux du prolétariat (ARNAUD, *Essai d'analyse structurelle du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973). Contre la doctrine du code civil, il élève de véhémentes protestations : « à quel niveau que l'on se place, les règles du Code Napoléon ont été édictées en fonction de l'opposition individu-société » (*op. cit.*, p. 43); « Bien qu'issu d'un courant de libération individuelle, le Code Napoléon est, en définitive,

---

(17) V., sur ce point, BONNECASE, *La pensée juridique française*, n° 224, p. 512.

(18) TISSER, in *Livre du centenaire du code civil*, t. I, p. 71.

(19) AUBERY, *France et Allemagne. Le droit civil et la prééminence juridique*, p. 49. V. également Albert SOREL « le code civil ne connaît ni privilèges pour les personnes, ni corps privilégiés, ni noblesse ni clergé, ni tiers état, ni bourgeois ni artisan dans la nation. Tous sont égaux devant la loi civile » (*Livre du Centenaire*, Introduction, p. XLVIII).

un instrument de répression aux mains des bourgeois. L'idée n'est pas nouvelle, mais pourquoi taire une vérité? à eux seuls bénéficiera l'individualisme juridique, et l'intérêt public recouvrira leurs propres intérêts » (p. 55). « Comme toute législation, le code civil est un monument de la Peur. Car il est vrai qu'on peut étendre au Droit cette affirmation que « la culture, la religion, le mythe, le délire, les rêves ne sont que des projections de l'angoisse sur des plans différents. Ils ne sont que des créations de la peur ». Mais il est le code d'une peur très particulière, celle du petit bourgeois qui a vu ses aspirations individualistes comblées, et veut se prémunir contre le risque qu'il court de perdre les avantages acquis » (eod. loco). Si ces affirmations sont exactes, c'est là un aspect politique de la législation de 1804; en ce cas, ce n'est pas le code lui-même qu'il faut accuser de cet état d'esprit, mais la Révolution de 1789 dont le code n'avait été que le reflet. Seulement sont-elles vraiment exactes?

Sur le plan politique, le Code Napoléon, prolongement dans l'ordre civil du mouvement révolutionnaire, a été dirigé contre la noblesse et non contre un prolétariat alors embryonnaire. Il a pris des mesures pour empêcher la reconstitution des privilèges de l'Ancien Régime (art. 896 sur l'interdiction des substitutions fideicommissaires; égalité entre cohéritiers pour empêcher la réapparition du droit d'aînesse; art. 732 sur l'unité du patrimoine successoral).

Sur le plan social, le code ne se comprend que dans le contexte économique et social des premières années du XIX<sup>e</sup> siècle. Il a été élaboré principalement à l'intention d'une population rurale, qui représentait alors plus des 2/3 de la France, population de petits propriétaires fonciers que la Révolution avait affranchis des dernières servitudes féodales. Or les paysans ne sont ni la bourgeoisie ni le prolétariat. (Karl Marx refusait de considérer les paysans comme constituant une véritable classe sociale, parce qu'il n'existait entre eux aucune communauté, ni aucune

organisation politique). Et le prolétariat n'est devenu, en France, une véritable classe sociale qu'au milieu du XIXe siècle. Quand, en 1920, Morin publiait un ouvrage célèbre sous le titre : *La révolte des faits contre le code civil*, il visait non pas la situation sociale du début du XIXe siècle mais des faits bien postérieurs à cette époque, pour démontrer que le code n'était plus adapté au milieu social du siècle suivant. Nous trouvons les mêmes positions chez DUCUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1920; chez CHARMONT, *Les transformations du droit civil*, 1912). Aubery rappelle aussi que « le défaut d'harmonie du code avec les intérêts des masses ouvrières résulte de faits économiques postérieurs à sa rédaction » (*op. cit.*, p. 48).

La thèse de M. Arnaud est ingénieuse. Elle utilise des formules impressionnantes. Mais sa base est fautive. Cet auteur prétend que le Code Napoléon « apparaît comme l'aboutissement d'une longue gestation intellectuelle au cours de laquelle philosophes et juristes mirent au point un système juridique convenant parfaitement à la société bourgeoise. La recherche fut européenne; le code civil fut, un temps, celui d'une grande partie de l'Europe » (*op. cit.*, p. 11 et 12). S'il est exact que c'est la bourgeoisie qui a fait la Révolution française, en promulguant le code civil elle n'a nullement créé un droit nouveau à son profit. Les rédacteurs ont repris des institutions coutumières, qui dataient de plusieurs siècles et avaient été perfectionnées par la pratique. En élaborant, du XIIIe au XVe siècle, un régime matrimonial de communauté, régime destiné avant tout à un monde rural, il n'apparaît pas que le droit coutumier ait été orienté vers un droit de classe, au profit de la bourgeoisie. Or c'est ce régime qui a été littéralement transcrit dans le code civil et qui est très caractéristique du Droit français. En reprenant de nombreux principes du Droit romain, dont toute la valeur avait été ravivée par les glossateurs, philosophes et juristes ne se sont pas concertés

pour construire « un système juridique convenant parfaitement à la société bourgeoise ». Quant à soutenir que « la recherche fut européenne », l'affirmation est entièrement fautive! Car le Code Napoléon a été conçu par des Français pour être applicable en France. Ce sont les conquêtes de Napoléon qui en ont étendu ultérieurement l'application. Il n'y a pas eu, en 1804, prétention d'établir un ordre juridique bourgeois sur le plan européen. Albert Sorel a bien souligné que « le code civil est une oeuvre essentiellement nationale et française »<sup>(20)</sup>. M. Arnaud soutient aussi que les auteurs de notre code, porte parole de la bourgeoisie, avaient sciemment dissimulé les véritables mobiles qui les dirigeaient et « déguisé » les individus en citoyens pour mieux les « leurrer » (*op. cit.*, p. 11); le code ne serait, ainsi, qu'un « mythe » au sens marxiste du terme (*id.*, p. 24). Ces affirmations sont vivement contestées, dans la postface de son livre, par M.G. Mounin. Ce dernier estime qu'« il y a péril à projeter, sans enquêtes historiques et psychologiques minutieuses, la netteté de nos analyses d'aujourd'hui dans la tête des gens de 1804 ». Il reproche à M. Arnaud de regarder la situation du début du siècle précédent non pas dans sa réalité de l'époque mais dans une optique politique et idéologique de l'homme de 1972 (*op. cit.*, p. 182, v. également la critique du Doyen Carbonnier in *Archives de philosophie du Droit*, tome 20, pp. 448-449).

Ces critiques sont donc beaucoup plus spectaculaires que bien fondées. Et la philosophie du Code Napoléon nous paraît bien avoir été, en premier lieu, une *philosophie expérimentale* <sup>(21)</sup>. Mais elle était aussi une *philosophie rationnelle*. Or ce second aspect est, bien souvent, passé inaperçu.

<sup>(20)</sup> A. SOREL, *op. cit.*, p. XXX.

<sup>(21)</sup> Les explications de PORTALIS sont très nettement en ce sens (v. *Discours préliminaire*, in FENET, t. I, p. 482); v. également TUNC, *La méthode du droit civil. Analyse des conceptions françaises*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1975, p. 877 et s.

## III

## LE CODE NAPOLÉON

## FRUIT DE LA PENSÉE RÉVOLUTIONNAIRE

Un code n'est pas une simple compilation de textes. Et, même dans ce travail de compilation, ses auteurs sont inspirés, plus ou moins consciemment, de certaines conceptions. « Un code quel qu'il soit est nécessairement l'expression d'une philosophie — disait Bonnacase — par la force de choses, ses rédacteurs subissent l'ascendant de certains principes d'ordre supérieur et général, parce qu'il est dans les lois de la nature de ne pas édifier un monument aussi majestueux qu'un code civil sans avoir puisé son plan et sa structure à des sources idéales; les poutres maîtresses doivent avoir été fondues au même moule, si l'on veut que l'ensemble résiste et présente l'harmonie indispensable. Les textes du code, quels qu'ils soient, attentivement examinés, se révèlent malgré eux hiérarchisés et manifestent la philosophie dont ils émanent » (22).

Si nous examinons, maintenant, le Code Napoléon sous cet aspect, il nous semble que la meilleure analyse qui en ait été faite a été celle présentée par Bonnacase dans ses nombreux travaux de recherches historiques sur le code civil et son interprétation, spécialement dans son gros ouvrage intitulé *La pensée juridique française depuis 1804 à l'heure présente* (paru à Bordeaux en 1933). Selon cet auteur, la philosophie rationnelle du code comprend trois éléments: un élément métaphysique, un élément individualiste et un élément spiritualiste.

A) *Élément métaphysique.*

Le Code Napoléon dérive d'une philosophie qui admet l'existence nécessaire d'éléments immatériels dans l'organisation du

---

(22) *La pensée juridique française, op. cit.*, n° 223, p. 510.

Monde. Il croit à la réalité d'un *droit naturel*, supérieur à toute législation humaine. Le « *Livre préliminaire* » du projet de code civil commençait par cette reconnaissance solennelle : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes » (23).

Cette philosophie n'était pas nouvelle. C'est elle qui avait conduit les esprits à la Révolution de 1789! Pour les rédacteurs du code, qui avaient vécu cette Révolution, le droit naturel était devenu une véritable religion de la Raison (24). Portalis avait une intuition parfaite de la doctrine métaphysique. Pour lui, le droit naturel n'était pas un recueil de préceptes mais une notion philosophique et une notion d'ordre transcendant. A tout propos, il invoque ce droit naturel : « quoi quel'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie... » (25); « Quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel, car si la prévoyance du législateur est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes » (26).

Chez les hommes de la Révolution, cette croyance à la suprématie du droit naturel était devenue un véritable article de foi (27). Cette philosophie est bien métaphysique; elle croit à la supériorité d'éléments immatériels auxquels l'être humain n'accède que par un effort de la raison (28).

(23) *Titre préliminaire*, art. 1er (FENET, t. II, p. 3).

(24) En présentant le projet de code civil, PORTALIS déclarait que « le Droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le Droit réduit en règles positives, en préceptes, particuliers » (FENET, t. I, p. 476).

(25) *Discours préliminaire* (FENET, t. I, p. 469).

(26) *Id.*, p. 471.

(27) Par là réapparaît l'aspect politique de cette philosophie. L'histoire nous apprend, en effet, qu'à maintes reprises le droit naturel a été l'arme des opprimés contre un droit positif qui les opprimait. Il avait été l'arme de l'insurrection de 1789.

(28) Peut-on soutenir que cette croyance n'est qu'une idéologie? Ce serait trop affirmer. Lorsque Montesquieu — dont les rédacteurs de notre code ont été les admi-



Cette philosophie n'est pas restée enfermée dans les seuls discours de Portalis. Elle apparaît dans différents articles du code civil, notamment :

1) l'article 565 aux termes duquel « le droit d'accèsion, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle ». Ce texte est le reflet des principes énoncés par Portalis : « Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives » (29);

2) l'article 1135 dit que « les conventions obligent non seulement à tout ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Le mot équité est placé au premier plan. Ce texte se rattache à une autre déclaration de Portalis : « Les parties qui traitent entre elles sur une matière que la loi positive n'a pas définie, se soumettent aux usages reçus ou à l'équité universelle à défaut de tout usage » (30). Et dans le titre V du livre préliminaire on relevait un article 11 selon lequel « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle et aux usages reçus dans le silence de la loi positive » (31).

3) l'ensemble du droit des obligations civiles est présenté par le code comme soumis à des principes fondamentaux de droit naturel. L'article 6 du code civil dit que les conventions ne sau-

---

rateurs — disait que « les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses », il exprimait une observation et non une idéologie. Un auteur moderne a pu écrire à ce propos : « ... la bataille qui caractérise les efforts intellectuels de la science du Droit est celle pour la recherche d'assises, de fondements valables et durables de l'ordre juridique, ce qui implique une résistance aux idéologies » ... « par la nature des choses et grâce à la nature des choses le droit est la science antiidéologique par excellence, dans sa vocation profonde » (SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Le droit devant le problème de l'idéologie*, in *Revue Thémis* (Montréal) 1972, p. 86 et 92).

(29) *Discours préliminaire* (FENET, I, p. 474).

(30) *Id.*, p. 475.

(31) FENET, t. II, p. 7.

raient « déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »; l'article 1165, sur l'effet relatif des contrats, a pour but d'apporter, à l'autonomie de la volonté, des limites naturelles;

4) en matière de responsabilité civile, les articles 1382 et 1383, qui déclarent chacun responsable de son fait ou de sa négligence, traduisent un principe de droit naturel. On a même soutenu que l'alinéa 1er de l'article 1384 appliquait l'adage de droit naturel: « ubi emolumentum ubi onus »<sup>(32)</sup>.

Cette conception métaphysique n'a pas animé uniquement les hommes de la Révolution française. Elle s'est prolongée, avec le code, pendant des décades. Il en résulte que la France du XIXe siècle a été dominée par un idéalisme juridique, une croyance à la supériorité de la notion de Droit. Et cet idéalisme l'a protégé contre les excès qu'ont commis des régimes politiques aux mains desquels sont tombés certains Etats qui n'avaient pas conservé une juste conception du Droit. C'est, en particulier, entre la France et l'Allemagne que l'opposition des concepts fondamentaux a été flagrante. Seulement on s'est généralement contenté de constater ce contraste sans en rechercher la cause. Elle nous est expliquée par Bonnetant dans son ouvrage sur *la Notion de Droit en France au XIXe siècle* (p. 3) « On dit que la France est guidée par le Droit tandis que l'Allemagne n'a d'autre idéal que la force. Rien n'est plus exact. Mais ce que l'on n'a pas mis en relief c'est qu'on est arrivé à ce résultat parce que la France a gardé au XIXe la juste conception de la notion de Droit, tandis que cette notion se déformait en Allemagne pour finalement y disparaître »<sup>(33)</sup>.

(32) TABBAH, *L'humanisme du droit civil français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1954, p. 17.

(33) Cette opposition des concepts a été soulignée par de nombreux juristes. Duguit notamment avait expliqué que « les doctrines de droit public allemandes au XIXe étaient presque toutes une apologie de la force et, sous le couvert de théories juridiques, n'avaient d'autre objet que de fonder l'absolutisme de l'Etat... au contraire l'effort opiniâtre et constant de la doctrine juridique française a été, depuis 1789

B) *Élément individualiste.*

La lecture des textes laisse apparaître tout de suite que le code donne une place de premier rang à la *personne humaine*, assure la protection de son être, de sa volonté, de sa propriété individuelle. Il importe de rechercher les causes de cet individualisme et ses conséquences.

L'individualisme du Code Napoléon est le fruit d'une philosophie qui voit l'essence de la société dans l'individu ou plutôt dans la *personnalité*. Portalis proclamait que « les personnes sont le principe et la fin du Droit, car les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en retirent les personnes »<sup>(34)</sup>. Cet individualisme n'est que le reflet de la fameuse *Déclaration des droits de l'homme* de 1789, dont l'article 2 était ainsi libellé : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme; ces droits sont la liberté, le propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Ce texte évoque la lutte contre l'oppression dont l'individu avait été victime sous l'Ancien Régime. Le droit est conçu comme un instrument pour la protection de l'individu.

L'homme est considéré comme animé d'une volonté libre. Il exprime cette volonté, notamment, par le contrat qui lui permettra de construire lui-même son droit civil<sup>(35)</sup>. En contre partie, l'homme engage sa responsabilité personnelle : le caractère sacré de sa liberté implique le caractère sacré de ses engagements.

---

jusqu'à nos jours, de trouver le fondement solide d'une limitation juridique du pouvoir de l'Etat et d'en assurer la sanction. Les conceptions ont été diverses; elles ont varié de l'individualisme le plus pur au socialisme le plus complet; mais toujours le but a été le même: démontrer que les pouvoirs de l'Etat étaient limités par une règle de droit supérieure à lui-même » (*Le Droit et l'Etat*, cité par BONNECASE, *op. cit.*, p. 16). Au lendemain de la première guerre mondiale, un auteur écrivait qu'en Allemagne « ... on ne voit pas dans le Droit la formule de la raison, de l'équité ou de la simple évolution, mais la résultante de l'autorité de l'Etat, s'inspirant des conditions et volontés de la race. En Allemagne, il n'y a donc pas de Droit contre l'Etat, alors que, chez nous, l'Etat est assujéti au Droit » (AUBERY, *France et Allemagne, le droit civil et la prééminence juridique*, 1919, p. 37).

(34) Discours de présentation au Corps législatif (FENET, t. VI, p. 43).

(35) V. JEAN RAY, *op. cit.*, p. 121.

Cette philosophie est bien profondément individualiste : elle voit dans la personne humaine la racine du Droit, dont le but sera d'assurer la liberté et la protection de cette personne.

On a reproché à cet individualisme d'avoir méconnu totalement les « personnes morales ». Il est permis de se demander si cette accusation est véritablement fondée. On remarquera, tout d'abord que l'expression « personnalité morale » est récente. Mais l'idée en est fort ancienne; elle était connue déjà du droit romain <sup>(36)</sup> et de l'Ancien Droit français <sup>(37)</sup>. Et le code civil, lui aussi, vise, dans certains de ses articles, des sujets de droit qui ne sont pas des personnes physiques. Ainsi les articles 538 et suivants considèrent l'État comme sujet de droits et l'obligations; l'article 950 offre aux « établissements publics » la possibilité de recevoir des libéralités; les articles 1845, 1850, 1859, 1860 considèrent les sociétés comme des sujets de droit, l'article 1852 comme des sujets d'obligations. C'est pourquoi Jean Ray a pu dire que « cette attitude des rédacteurs du code civil est plus positive, plus conforme aux faits que la plupart des théories savantes concernant les personnes morales » <sup>(38)</sup>. On peut, alors, se demander pourquoi le code s'est contenté de reconnaître incidemment l'existence de personnes morales et ne leur a pas consacré un chapitre. Cette attitude s'explique par deux raisons : l'une d'ordre politique, la crainte de voir renaître les institutions du régime politique que la Révolution avait aboli; l'autre d'ordre philosophique : les doctrines philosophiques et économistes de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle avaient fait passer au premier plan la notion de « personne humaine ». C'est donc la connaissance d'un certain état d'esprit, d'une certaine philosophie qui régnait à l'époque de la gestation du code civil qui, seule, peut nous en expliquer ses déficiences ou ses lacunes.

---

<sup>(36)</sup> MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, n° 242 et s.

<sup>(37)</sup> Olivier MARTIN, *Histoire du droit français*, n° 121.

<sup>(38)</sup> Jean RAY, *op. cit.*, p. 189.

C) *Élément spiritualiste.*

En matière de psychologie rationnelle, le code est d'inspiration spiritualiste. Il voit l'essence de la personne dans l'âme humaine, dont la caractéristique est une volonté libre, guidée par l'intelligence et la raison. Bonnacase dit que « le levier suprême du droit civil est, d'après les auteurs du code, la volonté humaine se traduisant par l'acte juridique ou le fait juridique » (39). Cette idée est affirmée solennellement par différents textes, notamment les articles 1134 sur la force obligatoire du contrat, 1382 et suivants sur la responsabilité civile. La valeur attachée à l'intention exprimée par un sujet de droit (v. art. 1156) est très caractéristique. Le Code Napoléon ignore l'engagement abstrait. Le patrimoine est considéré comme un attribut de la personne; lorsque Aubry et Rau diront qu'il n'y a pas de patrimoine sans personne, ils ne feront que reprendre la pensée des rédacteurs du code; il n'y a pas de droit subjectif sans volonté (40). La lésion dans les contrats n'a pas été sanctionnée, par le code, en fonction d'un critère objectif, mais considérée — conformément à l'opinion de Tronchet — comme un vice du consentement.

« Le spiritualisme — écrivait Bonnacase — suppose l'existence de notions premières représentatives d'un Etre Suprême, vers lequel tendent tout naturellement les aspirations de l'âme humaine » (41). En effet la philosophie du Code Napoléon, comme celle de la *Déclaration des droits de l'homme* en 1789, n'était nullement athée. Elle ne se rattachait pas à une religion déterminée, mais elle était profondément déiste. C'est la philosophie de la Révolution française, professée par tous les grands orateurs

---

(39) *La pensée juridique française, op. cit.*, n° 229, p. 518.

(40) « Le patrimoine est une universalité de droit en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent, un ensemble juridique » ... « l'expression biens désigne l'utilité qu'une personne peut retirer des objets sur lesquels elle a des droits à exercer... » (AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. II, p. 3).

(41) *La pensée juridique française*, n° 230, p. 519.

de cette époque, notamment, par Robespierre <sup>(42)</sup>. Cette même profession de foi sera réaffirmée par les premiers commentateurs du Code Napoléon. Ainsi Delvincourt disait que « les lois naturelles sont celles que la raison éternelle, c. à d. Dieu, a gravées dans tous les coeurs »; Proudhon que « le droit naturel est divin puisque les lois qui le composent n'ont d'autre auteur que l'Être Suprême » <sup>(43)</sup>.

En résumé, pour cette philosophie métaphysique et spiritualiste, la notion de Droit aurait été gravée par Dieu dans la conscience humaine. Le Droit est alors considéré comme l'une des pièces constitutives de l'ordre du monde <sup>(44)</sup>.

#### IV

#### CONCLUSION

Sur cette philosophie du Code Napoléon, les jugements les plus divers ont été portés. On remarquera cependant que, jusqu'à une date récente, ils ont, en général et sauf exceptions, été assez élogieux. Dans le *Livre du Centenaire du Code civil*, Boistel écrivait : « Tout observateur impartial reconnaîtra que la croyance en un idéal de Justice, supérieur à la raison humaine, aux emprises de l'opinion et aux institutions sociales, respire par tous les pores de la peau des écrivains, qui, depuis un siècle, ont travaillé sur le Droit » <sup>(45)</sup>. En 1954, lors du Cent cinquantième du code civil, de nombreux juristes, étrangers pour la plupart, ont

---

<sup>(42)</sup> En 1794, Robespierre avait organisé à Paris, dans le jardin des Tuileries, une Fête de l'Être suprême au cours de laquelle il prononça un discours emphatique où il déclarait que le peuple français croyait en Dieu et en l'immortalité de l'âme.

<sup>(43)</sup> PROUDHON, « *Cours de droit civil* », Dijon 1810.

<sup>(44)</sup> « La doctrine du *jus naturale* nous représente des siècles de civilisation plaçant leur croyance raisonnée dans une règle de Droit extérieure à l'homme et s'imposant à lui en tant que partie intégrante de l'ordre du monde » (BONNECASE, *Science du Droit et romantisme*, p. 484).

<sup>(45)</sup> *Le code civil et la philosophie du droit (Livre du Centenaire, t. I, p. 50)*.

encore exprimé leur admiration pour l'oeuvre, ses idées directrices, son rayonnement dans le Monde <sup>(46)</sup>.

Même si cette philosophie était contestable, trop idéaliste notamment, on doit reconnaître aux rédacteurs du Code le mérite d'avoir été inspirés d'une philosophie bien nette. Ils avaient un programme, un idéal philosophique dans lequel ils ont eu véritablement foi <sup>(47)</sup>. C'est là une supériorité du Code Napoléon sur la législation moderne qui, bien souvent, n'a plus à sa base aucune philosophie déterminée. Non seulement elle n'est plus en harmonie avec les principes directeurs du code civil que, fréquemment, des lois nouvelles contredisent, mais encore ces lois, qui se succèdent rapidement dans le temps, se contredisent souvent entre elles. Les facteurs politiques, que les rédacteurs du Code Napoléon avaient voulu écarter afin de donner à la France des institutions durables, réapparaissent de nos jours, plus forts que jamais. Ainsi, nombre de lois récentes ont été souvent proposées et votées dans le but de satisfaire un simple intérêt électoral, beaucoup plus que dans l'espoir de réaliser un idéal de justice. « La loi n'est que la traduction du succès momentané d'un parti ou d'un homme. C'est en cela que la législation moderne est une législation révolutionnaire » — écrivait, en 1936, Ripert qui, quelques années plus tard, concluait au « déclin du Droit » <sup>(48)</sup>. Cette conclusion pessimiste résulte de l'insécurité juridique, conséquence fatale de l'instabilité politique dans un système où la loi n'est plus que « l'expression d'un parti victorieux » <sup>(49)</sup>. Les rédacteurs du Code Napoléon ont eu le mérite de s'élever au dessus de ces considérations. En élaborant, à l'usa-

---

<sup>(46)</sup> V. fascicule spécial de la *Revue internationale de droit comparé*, 1954, 4<sup>e</sup> trimestre.

<sup>(47)</sup> « C'est avec une foi candide — écrit M. le doyen SAVATIER — que le législateur de 1804 s'imagine que la liberté et l'égalité individuelles, telles qu'elles résultent de la propriété et de la liberté des contrats, suffiront à protéger l'individu et à faire le bonheur de l'homme, laché dans la bagarre de la société et de la vie » (*Destin du code civil français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1954, 641).

<sup>(48)</sup> RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, p. 21.

<sup>(49)</sup> RIPERT, *Le déclin du Droit* (1949), p. 5.

ge d'une France politiquement et juridiquement unifiée, une réglementation pratique des rapports de droit entre les individus, ils ont aspiré en même temps à un certain idéal. Au niveau des institutions, ils ont construit un code civil sur trois fondements : la famille, la propriété individuelle, le contrat <sup>(50)</sup>. Dans l'ordre des idées, ils ont été inspirés par une philosophie qui visait : le respect de la personne humaine <sup>(51)</sup>, la liberté pour cette personne de passer des actes juridiques avec, pour corollaire, la force obligatoire des engagements contractés, enfin la conscience de ses responsabilités. C'est parce qu'il a voulu méconnaître l'observation de ces préceptes que le droit civil moderne, même s'il est, parfois, techniquement supérieur, a perdu les qualités qui avaient fait la grandeur du code civil.

---

<sup>(50)</sup> M. SAVATIER les appelle les « colonnes du temple » (*op. cit.*, p. 637). V. également M. CARBONNIER, *Flexible droit*, p. 125 et s.

<sup>(51)</sup> « L'homme du code civil est conçu comme un être noble, maître de lui-même et de son destin, fidèle à ses engagements, conscient de ses responsabilités » (SAVATIER, *op. cit.*, p. 641).



ANTONIO EMANUELE GRANELLI

LINEAMENTI DELL'IMPOSTA  
SUL PLUSVALORE DEGLI IMMOBILI



**SOMMARIO:** 1. Generalità: Precedenti legislativi. La legge 5 marzo 1963, n. 246, istitutiva dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili. Le direttive della legge 9 ottobre 1971, n. 825, relative all'istituzione dell'Invim. Il d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643. Problemi costituzionali relativi alla finanza delle regioni a statuto speciale. Il successivo d.P.R. 23 dicembre 1974, n. 538. La legge 22 dicembre 1975, n. 694 e il problema della sua decorrenza. — 2. Cenni di diritto comparato. — 3. La tassazione dei plusvalori: riferimenti di teoria generale. Autonomia categoriale del plusvalore e sua disunzione dal concetto di plusvalenza. Esclusione del suo carattere di tributo sul reddito o sul patrimonio. Giustificazione dell'imposta in base alla teoria del beneficio. — 3. Struttura e funzione dell'Invim: oggetto e presupposto. Identificazione della fattispecie imponibile nella formazione dell'incremento. Conseguenze in ordine al problema della retroattività dell'imposta. Classificazione del tributo. — 5. Il carattere immobiliare dell'imposizione: sua *ratio*. Determinazione dell'area di imponibilità: esclusione dei beni « equiparati » agli immobili, e delle pertinenze. I diritti reali immobiliari. I principi di continuità e non duplicazione. Il principio di territorialità e la sua applicazione. Natura locale del tributo. Suo carattere di realtà. — 6. Le condizioni di imponibilità. Le alienazioni e i trasferimenti a titolo gratuito e *mortis causa*. Gli atti considerati alienazioni. Regime della vendita con riserva di proprietà e delle locazioni con patto di riscatto bilateralmente obbligatorio. Regime degli atti nulli e annullabili. Problemi particolari: regime delle fusioni anteriori al decreto correttivo. I cosiddetti trasferimenti presunti e le divisioni. Le presunzioni di gratuità del trasferimento d'azienda. L'imposizione decennale e le sue implicazioni costituzionali. — 7. La determinazione del plusvalore imponibile: il valore iniziale e il valore attuale. Esame delle diverse ipotesi. La prima applicazione dell'imposta e le applicazioni successive. Il collegamento dell'imposizione in esame con i tributi di registro, di successione e donazione, e con l'Iva. L'ancoramento dell'Invim all'abrogata imposta sul plusvalore delle aree. Gli elementi correttivi del calcolo del plusvalore. I fattori incrementativi: spese d'acquisto e di costruzione, frutti naturali. Le detrazioni dall'incremento. In particolare: funzione della deduzione percentuale annua. Il problema della svalutazione monetaria. Lo speciale regime dell'utilizzazione edificatoria. — 8. I soggetti passivi: l'alienante a titolo oneroso, l'acquirente a titolo gratuito o *mortis causa*. Le società e le persone giuridiche. Il problema della solidarietà tributaria. Il divieto di traslazione. — 9. I soggetti attivi: la fissazione delle aliquote. La devoluzione del gettito ai Comuni. L'accertamento dell'imposta: competenza degli uffici statali. L'obbligo della dichiarazione. La partecipazione del Comune all'accertamento. Il contenzioso. — 10. Le agevolazioni: esenzioni, sospensioni, differimenti d'imposta.

1. I precedenti storici, assai risalenti, cui si ricollega l'attuale imposta sugli incrementi di valore degli immobili, costituiscono una chiara testimonianza di come la necessità di avocare alla collettività, sotto specie contributiva, almeno una quota delle variazioni positive del valore dei cespiti immobiliari, sia stata costantemente avvertita, sin dagli albori della legislazione nazionale unitaria <sup>(1)</sup>.

Una prima forma, ancorché assai limitata, di tale imposizione, può infatti ravvisarsi già nell'art. 101 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. *F* sui valori pubblici, che faceva carico ai proprietari di immobili avvantaggiati dalla esecuzione di determinati lavori fluviali, di concorrere alle relative spese, in ragione dell'utile conseguito. Analoga obbligazione venne successivamente prevista con l'art. 12 del t.u. delle leggi sulle opere idrauliche, 25 luglio 1904, n. 523; mentre, con l'art. 22 della legge 13 luglio 1911, n. 774, si pervenne ad un'accentuazione del carattere tributario di tale istituto, disponendosi che il concorso dei privati alla realizzazione delle opere inerenti alla difesa dell'abitato contro le corrosioni dei corsi d'acqua e delle frane avvenisse secondo uno speciale ruolo di riparto, da porsi in riscossione « con i privilegi fiscali ».

Analoghi principi furono accolti nella legge 25 giugno, n. 2359, sulle espropriazioni per pubblica utilità: infatti, agli artt. da 77 a 81, che disponevano poter essere istituito, in sede di dichiarazione di pubblica utilità, uno speciale contributo pari alla metà dell'aumento di valore conseguito dagli immobili confinanti o contigui, faceva riscontro l'art. 41, il quale ammetteva in detra-

---

(1) Si cfr. in argomento: MARSILI LIBELLI, *Le imposte sugli aumenti di valore dei fondi rustici ed urbani*, in *Atti dell'Accademia dei Georgofili*, Firenze 1908, p. 4 ss.; GIAQUINTO, *Contributo di miglioria*, in *Nuovo Digesto italiano*, vol. IV, Torino 1938, p. 152 ss.; FORTE, *Teoria dei tributi speciali*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* 1953, 330 ss.; GUIDI, *L'inquadramento dei tributi speciali nel sistema tributario*, retro, 1963, I, 3 ss.; TENTOLINI, *Contributi di miglioria*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano 1962, p. 235 ss.; ZINGALI, *Contributi*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. IV, Torino 1968, p. 716 ss.

zione, dall'indennità dovuta al proprietario parzialmente espropriato, il « vantaggio immediato e speciale », recato dall'opera alla residua proprietà; onde, a sensi dell'art. 79, il maggior valore, che fosse già stato ammesso in compensazione con l'indennità espropriativa, veniva detratto dall'incremento soggetto al contributo. Secondo principi pressoché identici a quelli esposti vennero inoltre istituiti, con le leggi approvative di alcuni piani regolatori di principali città (ad es. Roma, Genova, Napoli, Torino, Milano, ecc.), speciali contributi di miglioria.

Ben presto, tuttavia, si avvertì l'esigenza di affrancare l'istituzione dei contributi dalla necessità di un'apposita legge, richiesta, di regola, anche per la dichiarazione di pubblica utilità <sup>(2)</sup>. Pertanto, con il r.d. 6 febbraio 1919, n. 107 (poi riprodotto nell'art. 37 del t.u. 8 febbraio 1923, n. 422, sull'esecuzione delle opere pubbliche) la dichiarazione di pubblica utilità venne commessa al potere amministrativo, prevedendosi inoltre, in via generale, alcune categorie di opere, considerate *ope legis* di pubblica utilità <sup>(3)</sup>, relativamente alle quali il contributo poteva essere istituito con un semplice decreto del ministro <sup>(4)</sup>. Pertanto, pur dopo le cennate semplificazioni, il regime dei contributi permaneva quanto mai inappagante, soprattutto per l'essere sottratti alla loro applicazione gli incrementi prodotti dal complesso delle opere pubbliche e dalla generica espansione dell'abitato, e per l'esserne il gettito predeterminato entro i limiti del costo complessivo dell'opera, con conseguente attenuazione del carattere tributario del prelievo <sup>(5)</sup>.

---

(2) Cfr. ROSSANO, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Torino 1964, p. 84 ss.

(3) CARUCNO, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano 1967, 6<sup>a</sup> ed., p. 89 ss.; ROSSANO, *L'espropriazione*, cit., loc. cit.; ID., *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Novissimo digesto*, cit., vol. VI, Torino 1968, p. 937 ss., e spec. 942 ss.; ARDIZZONE, *Dichiarazione di pubblica utilità*, in *Enciclopedia*, cit., vol. XII, Milano 1964, p. 391 ss.; LANDI, *Espropriazione per p. u.*, *ivi*, vol. XV, Milano 1966, p. 806 ss., e spec. 812 ss.

(4) MANZONI, *Profili generali dei contributi di miglioria*, Torino s.d., p. 46.

(5) MANZONI, *Profili generali*, cit., p. 47 ss.

Un primo tentativo di colmare le predette lacune, eliminando la cennata sperequazione, venne attuato, inizialmente, con la legge 8 luglio 1904, n. 304, per i soli comuni di Roma, Milano, e Torino, e successivamente, con legge 11 luglio 1907, n. 501, in via generale, mediante l'istituzione dell'imposta sulle aree fabbricabili. È da ricordare, tuttavia, che tale imposta colpiva solo indirettamente le variazioni di valore, essendo strutturata come un tributo periodico a carattere patrimoniale, gravante sulla differenza tra il valore venale dell'area e quello agricolo, emergente dalla rendita fondiaria <sup>(6)</sup>.

I risultati assai deludenti di tale imposta ne suggerirono tuttavia, ben presto, l'abolizione. Essa venne, infatti, abrogata con il r.d. 18 novembre 1923, n. 2358, recante provvedimenti in materia di finanza locale, in virtù del quale i comuni e le province vennero autorizzati ad applicare, in dipendenza della esecuzione di opere pubbliche di ogni genere, uno speciale contributo, ovvero, alternativamente, a richiedere, dai proprietari di immobili dislocati entro la zona interessata dall'opera, un concorso nella spesa. È da notare, a questo riguardo, come tale provvedimento, che pur segnava, ripristinando l'ancoraggio del contributo all'esecuzione di singole opere, un notevole arretramento rispetto al sistema delineato attraverso l'imposta sulle aree fabbricabili, recasse, tuttavia, alcune interessanti innovazioni: esso, infatti, mentre dall'un lato conservava, in termini opzionali, la soluzione del concorso nella spesa, consentiva, dall'altro, l'applicazione del contributo con l'aliquota massima del 20 % del valore, senza alcun limite di gettito, così denotando una chiara evoluzione dell'istituto verso principi di fiscalità. E va ancora sottolineato, quale elemento di estremo interesse, il criterio, ivi espres-

---

(6) Cfr.: GOBBI, *L'imposta sulle aree fabbricabili*, in *Giorn. econ.* 1907, 462 ss.; GEISSER, *Prime applicazioni dell'imposta sulle aree fabbricabili in Italia*, in *Dir. soc.* 1908, 179 ss.; A.D. GIANNINI, *Aree fabbricabili*, in *Enciclopedia*, cit., vol. II, Milano 1958, p. 1041.

samente recepito, della depurazione dell'incentivo dalla svalutazione monetaria.

Per le opere eseguite dallo Stato, organiche disposizioni vennero emanate con la legge 16 dicembre 1926, n. 2551, e con il successivo regolamento 16 febbraio 1928, n. 470: provvedimenti, questi, che non si discostavano tuttavia dall'ormai inadeguato schema del concorso nella spesa, dappoiché circoscrivevano il gettito complessivo dei contributi entro il limite del costo preventivato per la singola opera (7).

Ulteriori, rilevanti innovazioni sopravvennero, in materia di contributi di miglioria degli enti locali, con l'entrata in vigore del t.u. f.l., 14 settembre 1931, n. 1175, che introdusse due diverse figure di contributi: quello di miglioria specifica, applicabile, per tutti i beni immobili, escluse le aree fabbricabili, in dipendenza dell'esecuzione di singole opere pubbliche: e quello di miglioria generica, diretto a colpire, limitatamente alle aree edificabili, l'incremento dovuto all'espansione dell'abitato ed *al complesso* delle opere pubbliche comunali. Ora, è da sottolineare che, mentre il contributo di miglioria specifica restava ancorato al vecchio canone della limitazione di gettito, non potendo il suo complessivo ammontare eccedere il 30 % del costo dell'opera, il contributo di miglioria generica si presentava, invece, ormai compiutamente, come un prelievo di carattere tributario, gravante, senza limiti di gettito, sugli incrementi di valore acquisiti dalle aree suscettibili di utilizzazione edilizia (8).

Al fine di armonizzarne la disciplina con quella introdotta relativamente ai contributi degli enti locali, innovazioni vennero poi apportate, in materia di contributi per le opere eseguite dallo Stato o con il suo concorso, con la legge 6 aprile 1933, n. 427, e, successivamente, con il r.d. legge 28 novembre 1938, n. 2000, convertito nella legge 2 giugno 1939, n. 739. L'entrata in vigore

(7) MANZONI, *Profili generali*, cit., p. 53 ss.

(8) CALORUSSO, *I tributi locali in Italia*, Padova 1937, 2<sup>a</sup> ed., p. 228 ss.; GUST. INGROSSO, *La finanza locale*, Napoli 1962, p. 102 ss.

della Costituzione repubblicana, e la conseguente istituzione delle regioni a statuto ordinario, introdussero nuovi sviluppi nel sistema delle fonti legislative, essendo a talune regioni riconosciuta, in concorrenza con lo Stato, la funzione legislativa in materia di contributi di miglioria per opere pubbliche locali (cfr.: art. 4 dello Statuto speciale per la Sardegna, appr. con legge cost. 26 febbraio 1948, n. 3; art. 8 dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, appr. con legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5).

Seguì la legge 5 marzo 1963, n. 246, con la quale, mentre fu disposta, dall'un lato, l'abrogazione del contributo di miglioria generica, e la sua sostituzione, con l'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili <sup>(9)</sup>, vennero, dall'altro, introdotte rilevanti modificazioni al regime applicativo dei contributi di miglioria specifica: svincolamento del contributo dal costo dell'opera pubblica, estensione di esso a tutti gli immobili comprese le aree edificabili, istituibilità in dipendenza, oltreché della esecuzione di opere pubbliche, anche di altre opzioni degli enti locali, suscettibili di produrre aumenti di valore (introduzione di pubblici servizi, modificazione di piani regolatori particolareggiati, scadenza dei vincoli relativi all'edilizia economica e popolare) <sup>10</sup>.

---

(9) Cfr.: A. ROMANO, *Imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili e modifiche alle norme relative al contributo di miglioria*, Merciano di Romagna s.d., p. 9 ss.; SERA, *L'imposta sulle aree fabbricabili*, Napoli s.d., p. 23 ss.; ANDREA FEDELE, *Profilo dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili*, Napoli s.d., p. 5 ss.; ID., *Profili dell'imposizione dei plusvalori patrimoniali nell'ordinamento italiano*, in *L'imposizione dei plusvalori patrimoniali*, Milano 1970, p. 121 ss.; DE MITA, *Contributi di miglioria e imposta sulle aree fabbricabili*, in *L'imposta sulle aree fabbricabili*, Milano 1962, p. 61 ss.; GIBIINO e MONTALDO, *L'imposta sull'incremento di valore delle aree fabbricabili*, Roma 1963, p. 5 ss.; MASUCCI e DI TORREPADULA, *Aree fabbricabili*, p. 3 ss.; FERRITO, *L'imposta sull'incremento di valore delle aree fabbricabili*, Palermo 1964, p. 7 ss.; ALIBRANDI e DI GENNARO, *Aree fabbricabili*, Roma 1964, p. 7 ss.; S. DUS, *L'imposta sulle aree fabbricabili*, Torino 1968, p. 16 ss.

(10) A. ROMANO, *L'imposta*, cit., p. 15; DE MITA, *Contributi*, cit., loc. cit.; MANZONI, *Profili generali*, cit., p. 71 ss.; GIOV. INGROSSO, *I contributi nel sistema tributario italiano*, Napoli 1964, p. 37 ss.; GUIDI, *Il contributo di miglioria*, Padova 1970, p. 49 ss.



L'assetto normativo, scaturente dalla legge del 1963, veniva quindi prefigurando e rendeva, in un certo senso, necessitata l'ulteriore evoluzione del sistema secondo due fondamentali direttrici: dall'un lato, quella tendente ad enucleare il concetto del plusvalore quale autonoma categoria giuridica, distinta vuoi dalla nozione del capitale, vuoi da quella del reddito; dall'altro, l'unificazione e generalizzazione, in un solo istituto tributario, del prelievo sugli incrementi di valore immobiliare <sup>(11)</sup>.

Tali sono, per l'appunto, i criteri fondamentali rinvenibili alla base della legge di delegazione per la riforma tributaria 9 ottobre 1971, n. 825, che dispose (artt. 1, 3 e 6), l'abrogazione dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili e del contributo di miglioria specifica, e l'istituzione di un'unica imposta sugli incrementi di valore degli immobili <sup>(12)</sup>.

All'istituzione della nuova imposta il legislatore delegato ha quindi provveduto in virtù del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 643, in vigore dal 1° gennaio 1973, disponendo, con pari decorrenza, la soppressione dei contributi di miglioria « previsti dalle norme vigenti », nonché, dell'imposta sul plusvalore delle aree (art. 32). Ecco, dunque, insorgere un primo, delicato ordine di problemi, relativi all'incidenza della legge di riforma sull'assetto della finanza delle regioni a statuto speciale, cui fosse riconosciuta la potestà legislativa nella soggetta materia. Sotto un primo profilo, devesi verificare se l'efficacia abrogante dell'art. 32 operi anche riguardo alle leggi regionali, istitutive di contributi di miglioria; in caso affermativo, se ciò possa costituire violazione dei relativi statuti, approvati con legge costituzionale. Il problema, per la verità, si era già posto, riguardo alla legge n. 246 del 1963, in riferimento alla legislazione del Trentino-Alto Adige: ma, in quella occasione, erasi escluso il contrasto fra la legge nazionale e quella

---

<sup>(11)</sup> Cfr. FILIPPI, *L'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili*, Milano 1975, 2° ed., p. 14.

<sup>(12)</sup> *Amplius*, sulle direttive in materia della legge-delega: GRANELLI, *La tassazione dei plusvalori nella riforma tributaria*, in *Boll. trib. inf.*, 1972, 637 ss.

regionale, assumendosi perdurante la potestà tributaria di quest'ultima entro il proprio ambito territoriale, e quindi inefficace, in esso, la legge dello Stato <sup>(13)</sup>. Non riteniamo, tuttavia, che analoga soluzione possa riprodursi riguardo alla recente riforma: l'istituzione dell'Invim si inserisce, infatti, in un più ampio contesto di revisione organica dell'intero sistema tributario, dal quale escono modificati proprio quei principi generali dell'ordinamento dello Stato, che delimitano, per esplicita prescrizione degli Statuti, il potere legislativo concorrente della regione <sup>(14)</sup>. Sotto altro, e più generale profilo, quest'ultima considerazione porta, quindi, a ritenere che l'entrata in vigore della riforma tributaria abbia fatto venir meno in radice, senza con ciò incorrere in alcuna violazione di principi costituzionali, la potestà legislativa riconosciuta in materia alle predette regioni: infatti, essendosi affermata, quale direttiva della riforma, l'unicità dell'imposizione degli incrementi di valore immobiliari, l'applicazione di contributi di migliorìa risulta incompatibile con i principi generali dell'ordinamento statale <sup>(15)</sup>.

Con il d.p.r. 23 dicembre 1974, n. 668, emanato ai sensi dell'art. 17 della legge di delegazione, vennero poi introdotte norme integrative e correttive dell'originario decreto. Ulteriori disposizioni in materia, alcune delle quali recanti modificazioni di grande portata, sono state, da ultimo, introdotte con la l. 22 dicembre 1975, n. 694 <sup>(16)</sup>. Sorge, al riguardo, il problema della decorrenza di tali disposizioni allorché esse vengano ad incidere

<sup>(13)</sup> Corte cost., 6 febbraio 1969, n. 7, in *Giur. cost.* 1969, 48.

<sup>(14)</sup> Si cfr. infatti, nel senso che « sulle materie di competenza regionale, ove questa sia bipartita o concorrente, permane una competenza statale, limitatamente alla posizione e successiva modificazione dei principi »: Corte cost., 29 maggio 1974, n. 151, in *Giur. cost.*, 1974, 932.

*Amplius*, in argomento: MORETTI, *La potestà finanziaria delle regioni*, Milano 1972, p. 139 ss.

<sup>(15)</sup> GRANELLI, *La finanza locale nell'ambito della riforma tributaria*, in *Boll. trib. inf.*, 1974, 2006 ss., e spec. 2013.

<sup>(16)</sup> In argomento: GRANELLI, *L'INVIM dopo la « Legge Visentin »*, in *Dir. e prat. trib.*, 1976, I.

su situazioni già prodottesi in base alle norme previgenti. A nostro parere, occorre di volta in volta distinguere, secondo i normali criteri ermeneutici, se si tratti di norme recanti interpretazione autentica, intese a correggere ed integrare la formulazione, e non il contenuto della disposizione precedente, nel qual caso la loro decorrenza dovrà farsi risalire all'entrata in vigore di quest'ultima; ovvero se esse mirino a modificare il contenuto stesso della legge anteriore, imponendosene, in tale ipotesi, come necessaria conseguenza in mancanza di diversa espressa statuizione, la decorrenza *ex nunc*.

2. Istituti affini a quelli sin qui passati in rapido esame non mancano nelle legislazioni dei principali paesi europei <sup>(17)</sup>.

Limitando all'essenziale i cenni comparatistici, ricorderemo, innanzitutto, la travagliata esperienza legislativa che caratterizza, nel Regno Unito, la tassazione del plusvalore immobiliare. Una prima applicazione di tale tipo di imposizione si ebbe con l'*Increment Value Duty*, istituita in virtù del *Finance Act* del 1910. L'imposta non riguardava gli immobili in generale, ma soltanto i terreni edificabili, ed aveva ad oggetto esclusivamente il plusvalore formatosi dopo la sua entrata in vigore, escludendosene, per tal modo, qualsivoglia anche parziale effetto retroattivo. Il meccanismo applicativo presentava, invece, connotati assai affini a quelli della nostra *Invim*: essa, infatti, veniva accertata in occasione di trasferimenti per atto tra vivi o per causa di morte nei confronti della generalità dei soggetti, e periodicamente, ogni quindici anni, per i terreni appartenenti a persone giuridiche. Nel 1919, peraltro, il tributo venne abrogato, ed il suo oggetto restò, per così dire, assorbito nella più ampia tassazione, tuttora vigente, dei *capital gains*, destinata a colpire tutti i guadagni di capitale, vuoi mobiliari vuoi immobiliari, « non guadagnati »

---

(17) Un'ampia indagine comparativistica sull'argomento può leggersi in CRISTOFARO, *Recenti tendenze dell'imposizione dei plusvalori patrimoniali*, in *L'imposizione dei plusvalori*, cit., p. 69 ss.

(*unearned*). Peraltro, con il *Finance Act* del 1967, è stata nuovamente introdotta, a fianco della generica *Capital Gains Tax*, una particolare imposta sulla miglioria dei terreni (*Betterment Levy*) che colpisce, con un meccanismo affine a quello dell'antica imposta italiana sulle aree fabbricabili, la differenza fra il valore di scambio e il valore d'uso delle aree, e che viene applicata, oltre che in occasione del trasferimento ed in altre particolari fattispecie, quando venga modificata la destinazione del terreno. Particolari accorgimenti sono, infine, previsti per attenuare gli effetti duplicativi derivanti dalla congiunta applicazione della *Capital Gains Tax* e del tributo in esame <sup>(18)</sup>.

Riguardo alla Francia, va premesso che, analogamente a quanto ebbe a verificarsi in Italia, una prima forma di imposizione degli incrementi immobiliari venne introdotta, limitatamente alle migliorie recate da singole opere pubbliche, in connessione con le espropriazioni per pubblica utilità: tale istituto già previsto nella legge espropriativa 16 settembre 1807, fu confermato nei successivi provvedimenti in materia, sino alla legge 6 settembre 1918, ed a quella, tuttora vigente, 8 agosto 1935. Nel 1920, fu poi istituita una prima organica imposta sul plusvalore immobiliare, tuttavia ben presto abolita. Né miglior sorte ebbe un analogo tributo, istituito alla fine della seconda guerra mondiale con prevalenti finalità di finanza straordinaria. Solo recentemente, con le leggi 15 marzo 1963, n. 254 e 19 dicembre 1963, n. 1241, si è pervenuti ad una organica regolamentazione della materia, attraverso l'istituzione dell'*impôt sur la plus-value des terrains a bâtir*, che colpisce, in occasione del trasferimento o del mutamento di destinazione, la differenza tra il prezzo di alienazione e quello di acquisto dei terreni edificabili, aumentato, quest'ultimo, delle spese di acquisto, di una percentuale per svalutazione monetaria e dell'incremento « normale ». Tale imposta, quindi, non si qualifica tanto come tributo sull'incremento di

---

<sup>(18)</sup> Cfr. LAWTON, *Notes on Development Gains Tax*, in *British Tax Review*, 1974, 282 ss.

valore, quanto, piuttosto, come un'imposizione di « sovraredditi » effettivamente realizzati, che vi sono soggetti soltanto se ed in quanto non subiscano, come redditi, le normali imposte dirette, ovvero la speciale imposta sui redditi immobiliari speculativi (19).

Anche la legislazione belga prevede, dal 1966, una imposizione limitata agli incrementi di valore dei terreni edificabili, la cui realizzazione non dia luogo alle normali imposte sui redditi, ed il cui trasferimento abbia avuto luogo entro otto anni dall'acquisto (20).

Il sistema elvetico, invece, poggia su due differenti categorie di tributi, entrambi afferenti alla finanza cantonale: dall'un lato, contributi di miglioria applicabili in dipendenza della realizzazione di opere pubbliche; dall'altro, speciali imposte sui profitti di carattere immobiliare, non dissimili da quelle che colpiscono tali guadagni in Francia e in Belgio, cui si aggiunge, in alcuni cantoni, un tributo di carattere patrimoniale sugli immobili (21).

In Spagna, particolari disposizioni in tema di tassazione delle plusvalenze realizzate in dipendenza di specifiche attività furono introdotte con il d.l. 30 novembre 1973, n. 12, che istituì, fra l'altro, una speciale imposta proporzionale, con aliquota del 15 %, sulle plusvalenze immobiliari realizzate a lungo termine da persone fisiche e da enti non riconosciuti (22). Alcune modifica-

---

(19) BACHOUR, *L'imposition de la plus-value immobilière*, Paris 1967, p. 97 ss.; BOUYSSOU, *La fiscalité de l'urbanisme en droit français*, Parigi 1972, p. 217 ss.

(20) FILIPPI, *L'imposta comunale*, cit., p. 28.

(21) Cfr.: BACHOUR, *L'imposition*, cit., p. 47 ss.; CRESPI, *Il contributo di miglioria e la sua imposizione nel Comune ticinese*, Milano 1963, p. 17 ss.; BIANCHI, *Le imposte vigenti in Svizzera*, Milano 1969 p. 168 ss.; ID., *Diritto tributario svizzero*, in *Boll. trib. imp.* 1975, 1085 ss.

(22) Cfr. MOLL, *Il trattamento fiscale dei plusvalori nell'imposta generale di rendita delle persone fisiche*, in *Boll. inf. dell'Ist. giur. spagnolo in Roma* 1974, 17 ss.

(23) Si v.: Spain: *New Relations for the Tax on Capital Gains*, in *Europ. Taxation*, 1975, 20 ss.

zioni sono state poi introdotte, in materia, con d.l. 25 gennaio 1974 (23).

Nessuna specifica imposizione degli incrementi sussiste, invece, nel vigente sistema della Germania Federale, che annovera tuttavia un'imposta di carattere generale sul patrimonio (*Vermogensteuer*), ed uno specifico tributo sugli acquisti immobiliari (*Grunderwerbsteuer*).

3. Considerato nella sua immediata e oggettiva realtà, l'incremento di valore si presenta come una variazione positiva del valore di uno stesso cespite, rilevato in momenti diversi del tempo: variazione che può dipendere tanto da cause di tipo economico (aumento della domanda e/o diminuzione dell'offerta globale di quel bene; accresciuta sua redditività), come da ragioni di carattere finanziario (diminuzione del tasso di capitalizzazione, svalutazione monetaria) (24). Ora, questo fenomeno, che attiene alla realtà naturale (economica), può presentarsi, nella realtà giuridica tributaria (25), secondo ottiche assai differenti.

Innanzitutto, poiché quel certo bene, o meglio, il diritto ad esso inerente si presenta, in quanto riferibile al soggetto che ne costituisce il fattore unificante e il centro di imputazione, come elemento di un complesso patrimoniale, il plusvalore, ove non assurga ad autonoma categoria giuridica, resta, per così dire, assorbito nella nozione stessa del patrimonio: esso, infatti, è rilevabile quale variazione finanziaria del patrimonio medesimo, nella invarianza della sua consistenza fisica. Conseguente, da ciò, che l'incremento di valore subisce, pur non costituendone lo spe-

---

(24) Sulle varie specie dei fenomeni incrementativi, si cfr.: GERA, *L'imposizione degli incrementi patrimoniali*, in *Studi in on. di A.D. Giannini*, p. 635 ss.; F. ROMANI, *Gli incrementi patrimoniali e l'imposta sul reddito*, Roma 1974, p. 41 ss.; Id., *Considerazioni economiche sulla tassazione dei plusvalori patrimoniali*, in *L'imposizione dei plusvalori*, cit., p. 9 ss.; LUCIANI, *Incrementi di valore e loro posizione in un sistema di imposte sul reddito*, in *Tributi* 1970, fasc. 58, 3 ss. e spec. 7 ss.

(25) Sulla predetta distinzione, e sui rapporti fra i due ordini di realtà, quella « giuridica » e quella « naturale », si veda: SANTI ROMANO, *Realtà giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1953, rist., p. 204 ss.

cifico oggetto, le imposizioni di tipo patrimoniale, gravanti sul cespite cui esso inerisce: infatti — e tale era il meccanismo applicativo dell'imposta sulle aree edificabili secondo la ricordata legislazione del 1904 e del 1909 — il risultato di tassare determinati incrementi di valore patrimoniale può essere conseguito, in forma, per così dire, indiretta, attraverso l'imposizione ripetuta del valore di essi. Tale meccanismo si differenzia da quello della imposizione sugli incrementi propriamente intesa, per l'effetto di duplicazione che ne discende: infatti, per essere ogni volta colpito il valore pieno del cespite, l'imposta grava, nelle applicazioni successive alla prima, anche il valore precedentemente tassato. Da ciò, l'esigenza — storicamente avvertibile — che il tributo patrimoniale, allorquando abbia carattere ordinario, sia prelevato con aliquote modeste <sup>(26)</sup>, e la sua conseguente scarsa attitudine ad essere applicato secondo principi di progressività.

Sotto altro profilo, l'incremento di valore può costituire componente di reddito, allorquando, per le modalità con cui è venuto manifestandosi, presenti i connotati propri di tale categoria giuridica. E così, nell'ambito di un sistema — come è e resta, pur dopo la riforma, quello italiano — ispirato al canone del *reddito prodotto* <sup>(27)</sup>, l'incremento di valore in tanto potrà venire in rilievo quale reddito (plusvalenza), soggetto alle relative imposte personali, in quanto esso derivi da operazioni speculative, o si manifesti nell'ambito di un'impresa commerciale (ipotesi quest'ultima, in cui l'intento speculativo è, come suol dirsi impropriamente, « presunto »): onde all'imposizione diretta sfuggiran-

---

<sup>(26)</sup> Cfr. COSCIANI, *Istituzioni di scienza delle finanze*, Torino 1970, 6° ed., p. 294.

<sup>(27)</sup> Cfr., nel senso che il nuovo ordinamento tributario non abbia abbandonato, ma solo attenuato in talune sue conseguenze la cosiddetta « teoria della fonte », la quale costituisce, per l'appunto, il supporto teorico della nozione del reddito prodotto: FALSITTA, *Lezioni sulla riforma tributaria*, Padova 1972, pp. 388-91. Nello stesso senso: MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino 1974, 2° ed., p. 464.

Per un'ampia disamina della nozione di reddito, e della problematica relativa alla sua qualificazione, si cfr.: D'AMATI, *La progettazione giuridica del reddito*, vol. I, Padova 1973.

no, necessariamente, gli incrementi di valore « non guadagnati ». Ma pur nei differenti sistemi di ispirazione anglosassone, i quali, accogliendo il più ampio criterio del *reddito entrata*, assoggettano ad imposta gli incrementi comunque prodottisi, ed anche, quindi, in mancanza dell'intento speculativo, l'imposizione degli incrementi quali redditi, o « sovraredditi », ha pur sempre luogo in dipendenza del loro « realizzo », inteso nell'ampio senso di definitiva ed irreversibile acquisizione, vuoi attraverso il trasferimento del cespite, vuoi per effetto di altre situazioni, assunte dalla legge come equipollenti <sup>(28)</sup>. In mancanza di tali condizioni, l'incremento di valore, ancorché obbiettivamente rilevabile, sfugge all'imposizione: esso, se ed in quanto non si sia in qualche modo « scorporato » dal cespite, affluendo come distinta ricchezza al soggetto che ne dispone, non può costituire né reddito, né guadagno. L'esperienza del Regno Unito, che ha portato, come s'è visto, ad affiancare alla generica *Capital Gains Tax* una speciale imposta sul plusvalore dei terreni, offre, a nostro avviso, una sintomatica riprova di come la nozione del reddito, o del guadagno, non sia suscettibile di ampliarsi sino al punto da assorbire interamente quella del plusvalore: onde residueranno sempre, ad essa, ipotesi incrementative non riconducibili a tali forme di imposizione <sup>(29)</sup>.

In effetti, l'impossibilità di ridurre la nozione dell'incremento di valore a quella del reddito, e la conseguente esigenza di farne oggetto di uno specifico tributo, consegue, a nostro avviso, dal fondamento stesso dell'imposizione dei plusvalori in quanto tali, e dalla sua giustificazione teorica <sup>(30)</sup>.

<sup>(28)</sup> FALSITTA, *Lezioni*, cit., p. 424 ss.

<sup>(29)</sup> È significativo, al riguardo, che gli Autori, dai quali si sostiene ed auspica l'attrazione degli incrementi nell'orbita delle normali imposte dirette sul reddito, non soltanto postulino l'adozione del concetto del « reddito entrata », ma svuotino, anche, di ogni fondamento teorico il criterio del « realizzo », qualificandolo come un semplice strumento giustificato da considerazioni di *expediency*: così, ad es., il ROMANI, *Gli incrementi*, cit., p. 103.

<sup>(30)</sup> In argomento: GRANELLI, *La tassazione*, cit., loc. cit.; ID., *Profilo giuridico dell'INVIM*, in *Dir. e prat. trib.*, 1975, I, 749 ss.



La nozione della plusvalenza, infatti, o anche quella, più ampia, del *capital gain*, si ricollega a quel particolare profilo della capacità contributiva, che è alla base dell'imposizione diretta. Posto, infatti, che l'obbligo di contribuire sorge (come lo stesso art. 53 Cost. non manca di sottolineare) in immediata connessione con il complesso dei « carichi pubblici », la capacità contributiva esprime e concettualizza unitariamente i diversi criteri di collegamento, che possono darsi tra le manifestazioni della vita individuale e il complesso dei servizi pubblici: onde lo studio di tale capacità costituisce, in certo senso, la « topica » di siffatto collegamento <sup>(31)</sup>.

L'imposizione diretta riflette, a nostro avviso, un modello di collegamento che potrebbe denominarsi *solidaristico*: essa esprime il principio della partecipazione di ciascuno ai carichi pubblici in funzione della sua forza economica. I doveri di solidarietà sociale, costituzionalmente rilevanti, impongono, infatti, un più alto grado di partecipazione a chi goda di un maggiore *spending power*: donde la opstulata progressività del sistema tributario. L'imposizione del reddito risponde, per l'appunto, a tale modello: essa grava, infatti, in ragione di una ricchezza definitivamente conseguita dal soggetto, e quindi, di una variazione *fisica* del suo patrimonio. Ora, appare evidente che l'imposizione degli incrementi di valore in tanto può ricondursi allo schema predetto, in quanto risponda a due requisiti: *in primis*, le condizioni di imponibilità saranno tali da colpire l'incremento non per il fatto obbiettivo della sua rilevazione, richiedendosene, invece, almeno idealmente, il « distacco » dal cespite nel quale esso è incorporato, con conseguente accrescimento *fisico* del patrimonio; in secondo luogo, il tributo avrà carattere generalizzato, ed

---

(31) In un'ottica non lontana da quella da noi indicata nel testo ci sembra collocarsi il MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino 1970, p. 3 ss., che definisce la capacità contributiva come manifestazione di godimento dei servizi pubblici.

ossia tale da colpire qualsivoglia incremento di valore, e non soltanto quelli inerenti a determinati cespiti.

Una specifica imposta sull'incremento di valore, limitata, come l'Invim, agli immobili, non trova, quindi, giustificazione nei principi che stanno alla base dell'imposizione diretta: la sua « causa », se vogliamo esprimerci in termini grizottiani, risiede altrove.

Infatti, il fondamento di tale tipo di contribuzione va ricercato nel costituirsi, in dipendenza delle scelte economiche collettive (opere pubbliche, programmazione territoriale, ecc.), di rilevanti *diseconomie esterne*, consistenti in ciò: che tali decisioni e scelte apportano vantaggi a determinati soggetti, senza che essi debbano pagare alcun corrispettivo. L'imposta speciale sul plusvalore assolve, quindi, allo scopo di ristabilire l'equilibrio distributivo, eliminando la diseconomia attraverso un trasferimento di segno contrario <sup>(32)</sup>.

Che tale sia la *ratio* del tributo in esame risulta confermato proprio dal suo specifico, particolare oggetto. Invero, ove l'imposta mirasse a colpire un utile speculativo, non si vede perché dovrebbero esserne gravati soltanto gli aumenti di valore interessanti gli immobili, e non, invece, quelli conseguiti da altre categorie di beni, altrettanto suscettibili di incrementarsi (si pensi, ad es., ai valori filatelici o numismatici, alle opere d'arte, ai pezzi d'antiquariato, ecc.). Per converso, le considerazioni che siamo venuti brevemente esponendo consentono di ricondurre l'imposizione di che trattasi a un preciso principio di razionalità, sottraendola al sospetto, altrimenti inevitabile, di una violazione costituzionale: infatti, la valorizzazione degli immobili dipende, a differenza di quella degli altri beni, le cui cause sono per lo più

---

<sup>(32)</sup> Per le nozioni di *economia* e *diseconomia esterna*, vedasi: PEDONE, *Elementi di scienza delle finanze*, Firenze, 1967, 2<sup>a</sup> ed., pp. 44-45. Quanto alla rilevanza di tali nozioni sul piano giuridico tributario, ci permettiamo rinviare a GRANELLI, *Natura delle somme dovute all'erario per l'esecuzione di programmi o progetti non approvati dal C.I.P.E.*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* 1974, I, p. 649 ss., e spec. 656.

complesse e imponderabili, quasi esclusivamente dalle scelte delle autorità preposte alla programmazione del territorio. Il beneficio che essi ritraggono è, quindi, puntualmente e immediatamente identificabile come effetto delle decisioni inerenti all'esecuzione delle opere pubbliche, alla introduzione di infrastrutture e servizi, alla identificazione delle zone di insediamento urbano o industriale, e via dicendo.

È, pertanto, nostro convincimento che l'istituzione dell'Invim, ben lungi dal comportare un abbandono della cosiddetta « teoria del beneficio », già insita nelle previdenti forme di imposizione dei plusvalori immobiliari, risponda ad una più completa ed organica attuazione di tale principio <sup>(33)</sup>.

4. L'oggetto dell'imposta consiste, secondo la chiara dizione dell'art. 1 del decreto istitutivo, nell'incremento di valore degli immobili: e la fattispecie generativa dell'obbligazione tributaria dev'essere quindi identificata, a nostro avviso, *nella formazione stessa* di tale incremento, in quanto prodotto e risultato di decisioni esterne al titolare del bene <sup>(34)</sup>.

Per le ragioni esposte più innanzi, non riteniamo che il presupposto del tributo in esame possa farsi consistere nel trasferimento dell'immobile o nello scadere del decennio di titolarità: tali eventi rappresentano, infatti, mere *occasioni* di accertamento, dappoiché esse non assurgono a elementi di identificazione della capacità contributiva, ma si limitano a fissare il momento del tempo, in cui tale capacità può, e deve, essere rilevata <sup>(35)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> In tal senso: GRANELLI, *La tassazione*, cit., loc. cit., e spec. 839 ss. Anche il MAGNANI, *Considerazioni sugli aspetti economici e finanziari dell'INVIM*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* 1976, I, 49 ss., pur ravvisando nell'istituzione dell'INVIM un tendenziale proposito di « sganciamento dal principio di beneficio, e di allargamento della base imponibile », riconosce tuttavia come tale obiettivo, non possa essere perseguito attraverso tale strumento, e perviene quindi, coerentemente con le proprie premesse d'ordine generale, alla proposta di « soluzioni alternative ».

Sui presupposti teorici della nozione di cui nel testo, vedasi: FORTE, *Teoria dei tributi*, cit., loc. cit.

<sup>(34)</sup> Cfr., sul punto: MICHELI, *Corso*, cit., p. 462.

<sup>(35)</sup> Cfr.: GRANELLI, *La tassazione*, cit., loc. cit.; *L'imposizione degli incre-*

Infatti, l'incremento di valore viene colpito non per il fatto del suo eventuale realizzo, ma in ragione della sua obiettiva esistenza: a differenza di quanto avviene riguardo alla tassazione delle plusvalenze, per le quali il trasferimento (realizzo) o, in certi casi, il mutamento di destinazione, o l'iscrizione in bilancio, influiscono non soltanto sulla cronologia dell'imposizione, ma anche sulla quantificazione dell'imponibile, l'Invim è commisurata a un valore differenziale oggettivo, indipendentemente dal fatto che, attraverso il trasferimento, esso sia stato completamente realizzato.

La formazione dell'incremento viene, dunque, in considerazione, rispetto al tributo in esame, come fenomeno di durata, nel senso che il tempo (intervallo incrementativo) costituisce, esso stesso, elemento della fattispecie imponibile influente sulla sua qualificazione in termini di capacità contributiva, e quindi elemento del presupposto.

Anche sotto questo profilo, si rivela la profonda differenza strutturale fra il tributo in esame e l'imposizione reddituale della plusvalenza.

Nell'imposizione delle plusvalenze, infatti, e dei redditi in genere, l'oggetto del prelievo consiste nel *risultato finale* di una vicenda produttiva: il tributo colpisce la differenza tra i costi ed i ricavi, costituente nuova ricchezza acquisita al patrimonio del contribuente, e la colpisce in ragione di tale acquisizione. È pur vero che, in determinate ipotesi (ad esempio, per i redditi soggetti a tassazione separata di cui all'art. 12 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 597), il periodo di produzione del reddito influisce sul relativo trattamento tributario: ma, in tal caso, la « durata » viene in considerazione non già quale elemento della fattispecie generativa, ma piuttosto come criterio di attenuazione del-

---

menti di valore: *fattispecie e presupposto*, in *Giur. it.*, 1975, I, 1; FILIPPI, *L'imposta*, cit., p. 22; SPADA e VOIELLO, *L'imposta*, cit., p. 70.

Contra: PRIVITERA, *Contributo allo studio della natura dell'INVIM*, in *Giur. imp.* 1972, 654 ss., spec. 658 ss.

l'aliquota, dipendente dall'essere tali guadagni il risultato di uno sforzo produttivo protrattosi per più esercizi. Tuttavia, l'*intervallum temporis*, anche se può assumere, a limitati effetti, rilevanza giuridica, non è coesistente alla nozione del reddito, e resta, quindi, del tutto estraneo alla sua individuazione.

Per converso, la « durata » è coesistente al concetto stesso dell'incremento, proprio perché ed in quanto esso consiste nella rilevazione di differenti valori *in momenti distinti del tempo*: principio, questo, opportunamente avvertito in una recente pronuncia che, riferendosi all'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili, ma con implicazioni puntualmente riproducibili riguardo al novello tributo, ha escluso l'imponibilità della differenza tra il prezzo d'acquisto ed il prezzo di rivendita di un immobile, allorquando le due operazioni abbiano avuto luogo con atti coevi <sup>(36)</sup>.

Che tale sia la corretta prospettiva, entro la quale va inquadrato il presupposto dell'Invim, lo si evince, del resto, dalla formulazione dell'art. 6 del decreto istitutivo, che identifica l'incremento nella differenza tra il valore *alla data* dell'acquisto o della precedente tassazione ed il valore *alla data* in cui si verificano le condizioni di imponibilità. È, quindi, insita, nel meccanismo stesso dell'imposta, l'individuazione di due distinti momenti del tempo, entro i quali il plusvalore viene a manifestarsi: il riferimento alla « data » identifica, d'altro canto, nel giorno solare il « tempo limite », al di sotto del quale qualsiasi modificazione, pur avvertibile in linea di fatto, diviene giuridicamente irrilevante <sup>(37)</sup>.

Il fatto che, nell'imposta di cui ci occupiamo, l'incremento venga in rilievo, quale fenomeno di durata, in ragione del suo progressivo formarsi, comporta precise conseguenze in ordine alla qualificazione di esso dal punto di vista della retroattività.

---

<sup>(36)</sup> Comm. centr., 12 novembre 1974, n. 348, in *Boll. trib. inf.*, 1975, 752, con nota di GRANELLI, *La « durata » come presupposto della tassazione dei plusvalori*.

<sup>(37)</sup> Cfr. GRANELLI, *La « durata »*, cit., loc. cit.

Va premesso, al riguardo, che la retroattività della norma tributaria consiste in ciò, che il prelievo è riferito ad una fattispecie prodottasi prima della sua entrata in vigore. Ora, l'identificazione di tale effetto si presenta agevole, allorquando la fattispecie, dedotta dalla norma, si perfezioni in un momento determinato del tempo; né rileva, a tali fini, che alcuni dei suoi elementi prodromici siano venuti ad esistenza in epoca anteriore, dovendosi avere esclusivo riguardo a quell'elemento finale, cui si ricollegano direttamente gli effetti giuridici previsti nella norma<sup>(38)</sup>. Ad esempio, poiché il presupposto di tassazione della plusvalenza consiste, come s'è detto, nella sua realizzazione, deve escludersi che comporti retroattività del prelievo l'imposizione di plusvalenze secondo la legge vigente all'epoca del realizzo, ancorché l'« operazione speculativa », che vi ha dato luogo, fosse stata intrapresa in epoca precedente. Per converso, allorquando la fattispecie imponibile consista, come riteniamo avvenire riguardo al tributo in esame, in un fenomeno di « durata », e ciò per il consistere l'oggetto dell'imposta non nel mero risultato finale del fatto economico, ma nella totalità e continuità della sua dinamica formativa, la retroattività è ravvisabile se e nella misura in cui la norma comporti la tassazione di plusvalori, formatisi prima della sua entrata in vigore. Perché, quindi, un siffatto tipo d'imposta possa considerarsi assolutamente privo di effetti retroattivi, occorrerebbe che, come avveniva per l'*Increment Value Duty* un tempo vigente nel Regno Unito, il periodo incrementativo assoggettato all'imposta non potesse risalire oltre la sua istituzione. Il meccanismo applicativo dell'Invim prevede, invece (art. 6), che nella prima applicazione del tributo debba assumersi quale valore iniziale, anche relativamente agli immobili acquistati anteriormente alla sua entrata in vigore, il valore alla data di acquisto, con il limite, rispettivamente, dal 1° gennaio 1963 per gli immobili soggetti a tassazione ordinaria, e dal 1° gennaio

---

(38) DONATI, *Il contesto del principio di irretroattività della legge*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1915, I, 246 ss.

1965, o 1° gennaio 1966, per il caso di applicazione dell'imposta decennale. Quanto alle aree edificabili, il periodo di applicazione del nuovo tributo è fatto coincidere con quello della previgente imposta, risalendosi alla data di riferimento fissata dal Comune a norma degli artt. 5 e 25 della legge n. 246 del 1963 <sup>(39)</sup>.

Quali, sul piano della legittimità costituzionale, le implicazioni di questa parziale retroattività dell'imposizione?

Dal punto di vista della capacità contributiva intesa come manifestazione di ricchezza o comunque di vantaggio economico, secondo la nozione tuttora recepitante dalla Corte costituzionale, non riteniamo possa ravvisarsi alcuna ipotesi di illegittimità: come la stessa Corte ha chiarito, dichiarando incostituzionale l'articolo 25, comma 2° della legge n. 246 del 1963, la retroattività comporta violazine dell'art. 53 soltanto nell'ipotesi in cui ne possa derivare una dissociazione fra la capacità contributiva, acquisita in passato, e l'obbligo attuale di contribuire, nel senso che l'imposta possa gravare su una capacità contributiva non più presente al soggetto. Ora, è evidente che l'incremento di valore, quand'anche si sia formato prima dell'istituzione dell'imposta, permane nella disponibilità di chi ne abbia beneficiato fin tanto che duri la titolarità del cespite. Sotto questo profilo, non parrebbe ipotizzabile un contrasto dell'imposizione in esame con il dettato costituzionale: infatti, poiché il tributo viene applicato con riferimento al verificarsi di condizioni successive all'entrata in vigore della legge, esso è, nel momento in cui viene effettuato il prelievo, interamente acquisito al patrimonio del titolare <sup>(40)</sup>.

Più delicato sembra, invece, l'esito del riscontro di legittimità costituzionale in relazione ad un ulteriore aspetto, o corol-

---

<sup>(39)</sup> Così, dichiarando l'illegittimità dell'art. 25, 2° comma della legge n. 246 del 1963, ha statuito la Corte cost., 23 maggio 1966, n. 44, in *Dir. e prat. trib.*, 1966, II, 335, con nota di MARONGIU, *I principi costituzionali della potestà d'imposizione nell'applicazione giurisprudenziale all'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili*.

<sup>(40)</sup> Si veda, con riferimento al 1° comma dello stesso art. 25, la sentenza della Corte cost., 23 maggio 1966, n. 44, citata alla nota precedente.

lario, della capacità contributiva, che si concreta nella « prevedibilità » dell'imposizione: principio, questo, che, teorizzato dall'autorevole dottrina, secondo cui nel principio della capacità contributiva sarebbe insita la possibilità di riferire il presupposto dell'imposta alla volontà del soggetto obbligato <sup>(41)</sup>, affiora in qualche recente pronunzia del Giudice costituzionale <sup>(42)</sup>. Invero, se il presupposto del tributo in esame consiste, come abbiamo ritenuto, nell'intero processo formativo del plusvalore, può dubitarsi che la prevedibilità delle sue conseguenze fiscali debba coprire l'intero fenomeno, e non soltanto il momento conclusivo di esso, in modo che il contribuente sia in grado di conoscere, sin dal momento in cui ha inizio il processo formativo del plusvalore imponibile, l'incidenza del tributo, tenendone conto nelle proprie decisioni <sup>(43)</sup>.

Le caratteristiche strutturali dell'imposta, e le finalità stesse che le sono assegnate nel quadro più generale del sistema tributario, rendono assai problematica una sua collocazione entro le tradizionali classificazioni dei tributi: di ciò è riprova l'incertezza della dottrina in ordine alla sua qualificazione nell'ambito della *summa divisio* tra imposte dirette ed indirette.

A nostro parere, il connotato decisivo, che dovrebbe confermare l'attrazione dell'Invim nell'orbita dell'imposizione indiretta <sup>(44)</sup>, va individuato proprio nella giustificazione causale del prelievo: l'imposta, infatti, non trova il proprio titolo nella dispo-

<sup>(41)</sup> MAFFEZZONI, *La capacità contributiva*, cit., p. 210 ss.

<sup>(42)</sup> Si cfr., ad es.: Corte cost., 11 aprile 1969, n. 75, in *Dir. e prat. trib.* 1969, II, 349, con nota di GRANELLI, *Ancora sull'incostituzionalità di norme fiscali retroattive*, ove si esclude, « nei limiti entro cui si ha coincidenza tra contribuenti soggetti alla nuova imposta e contribuenti già assoggettati al contributo », il contrasto degli artt. 48 e 49 della legge n. 246 con l'art. 53, 1° comma Cost., sulla scorta del rilievo che « a differenza di quanto si riscontrava nel caso dell'art. 25, 2° comma, non sarebbe possibile mettere in dubbio la piena prevedibilità dell'onere... ».

<sup>(43)</sup> GRANELLI, *La « divvata »*, cit., loc. cit.

<sup>(44)</sup> In senso conforme: BALDINI, *L'imposta comunale sugli incrementi di valore degli immobili*, Roma, 1973, p. 172.



nibilità di una certa ricchezza, in se e per se considerata, ma nel beneficio acquisito in dipendenza di decisioni collettive.

Anche sul carattere del « tributo locale », o, meglio, comunale dell'Invim potrebbe sussistere qualche perplessità: la partecipazione del comune alla fase istitutiva dell'imposta, mediante la fissazione delle aliquote (art. 16), ed alla fase accertativa, mediante la formulazione di « motivate proposte di rettifica » (articolo 22), non paiono assumere, a tal riguardo, carattere decisivo, ove si consideri, ad esempio, che analoga partecipazione all'accertamento è prevista per la determinazione dei redditi delle persone fisiche, anche nell'ipotesi in cui essi non siano soggetti ad alcun tributo locale (art. 44, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600). D'altro canto, il dubbio potrebbe risultare avvalorato dal rilievo che, se pure il gettito dell'imposta affluisce interamente al comune, la « gestione » di essa, sotto il profilo dell'esercizio della potestà impositiva, compete all'amministrazione statale.

Ma, a nostro avviso, il carattere locale del tributo si manifesta, in modo incontestabile, non appena si abbia riguardo alla sua giustificazione teorica: al Comune, infatti, ente cui sono affidate decisioni operative in materia urbanistica, è riferibile, in modo pressoché esclusivo, la valorizzazione della proprietà immobiliare <sup>(45)</sup>.

Infine, sembra opportuno porre in evidenza la natura reale dell'imposta <sup>(46)</sup>: essa, infatti, viene applicata sull'incremento di valore considerato nella sua obbiettività, senza che alla determinazione della materia imponibile concorrano in alcun modo elementi di carattere soggettivo. Tale conclusione non sembra smen-

---

<sup>(45)</sup> In tal senso: SPADA e VOIELLO, *L'imposta*, cit., p. 65 ss. *Contra*: PRIVITERA, *Contributo*, cit., loc. cit., e spec. 667, nota 21.

Anche lo STEFANI, *Contributo di edificabilità, INVIM e riforma della finanza locale*, in *Boll. trib. inf.* 1976, 194 ss., dubita del carattere di « tributo locale » dell'Invim: ma sembra a noi che tale assunto, per il collocarsi in una problematica di carattere economico e finanziario, non miri ad escludere una diversa qualificazione dell'imposta dal punto di vista giuridico.

<sup>(46)</sup> Cfr. GIACOBBE, *La legge delega*, Roma, 1973, p. 44.

tita dalla previsione di uno speciale regime impositivo, concernente determinate categorie di soggetti, quale l'imposizione decennale: le qualità personali del contribuente non vi vengono, infatti, in rilievo direttamente, quali fatti indici della capacità contributiva, ma assolvono soltanto ad un compito di qualificazione del processo incrementativo rispetto ad una particolare ipotesi.

5. Le considerazioni svolte più innanzi spiegano, come insita nella *ratio* stessa dell'imposta, la delimitazione dell'area di imponibilità ai beni immobili.

L'individuazione dei cespiti soggetti all'imposta presenta, tuttavia, alcuni aspetti problematici.

Va premesso che il decreto istitutivo non contiene alcuna specifica definizione della categoria dei cespiti imponibili: categoria individuabile, pertanto, sulla base della nozione offertane, in via generale, dall'art. 812, comma 1° cod. civ. che statuisce essere immobili « il suolo, le sorgenti, i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, ed in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo » (47).

Tuttavia, il comma 2° dello stesso articolo dispone essere « reputati » immobili altri beni (mulini, magni e « altri edifici galleggianti »), che pur non presentano le caratteristiche di cui sopra: d'onde il problema della loro « qualificazione » rispetto al tributo in esame (48). Il nostro parere è, al riguardo, negativo: infatti, mentre il comma 1° dell'art. 812 cod. civ. contiene una definizione del concetto di immobile, riproducibile in ogni campo dell'ordinamento ove norme speciali non ne escludano l'operatività, il comma 2° porta, invece, una mera « equiparazione »,

---

(47) BIONDI, *Cosa mobile ed immobile (diritto civile)*, in *Novissimo digesto*, cit., vol. IV, Torino 1968, p. 1024 ss.

(48) Sul problema, in generale, delle qualificazioni nel diritto finanziario, vedasi: AMATUCCI, *L'interpretazione della norma di diritto finanziario*, Napoli, 1965, p. 117 ss.

presupponendo, con questo, che i beni ivi indicati *non siano* immobili. Ora, una siffatta equiparazione non può che risultare limitata agli specifici effetti, in funzione dei quali è prevista <sup>(49)</sup>.

Analogo discorso vale, a nostro avviso, per le pertinenze. A norma dell'art. 818 cod. civ., il bene mobile, astretto ad un immobile con vincolo pertinenziale, segue, agli effetti degli « atti e rapporti giuridici », il regime di questo <sup>(50)</sup>. Non sembra, tuttavia, che tale principio possa essere esteso all'applicazione dell'Invim <sup>(51)</sup>. Di ciò può trarsi conferma dal rilievo che la legge tributaria, allorché ha reso operante tale principio agli effetti impositivi, lo ha espressamente riprodotto: così l'art. 22, comma 3° del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 634, relativo all'imposta di registro. Mancando, nella legge istitutiva del tributo in esame, una norma corrispondente, è quindi da ritenere che le pertinenze vadano escluse dall'imposta. Vero è infatti che l'art. 31 del decreto istitutivo, modificato con il successivo provvedimento di correzione, fa rinvio, ai fini dell'accertamento, della liquidazione e della riscossione dell'imposta e delle sopratasse, nonché per gli interessi, per le dilazioni di pagamento, per i termini di prescrizione e decadenza, « e per quanto altro non sia diversamente disciplinato » dal decreto stesso, alla legge del registro; ma il carattere « procedimentale » di tale norma di collegamento induce ad escludere che essa possa trovare applicazione riguardo alla determinazione del presupposto del tributo <sup>(52)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> La conclusione da noi tratta risulterebbe ulteriormente avvalorata dalla teoria del PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967, pp. 218-19, secondo cui il 2° comma dell'art. 812 cod. civ., identificherebbe una categoria « di pertinenze basate unicamente su presupposti obbiettivi: cioè nella relazione materiale tra le cose e la destinazione, con la esclusione della limitazione di cui alla disposizione del comma 2° dell'art. 817... ».

<sup>(50)</sup> Cfr. GARDANI CONTURSI LISI, *Pertinenze*, in *Novissimo digesto*, cit., vol. VII, Torino 1968, p. 1145 ss.

<sup>(51)</sup> In senso conforme: FILIPPI, *L'imposta*, cit., pp. 30-31.

<sup>(52)</sup> Sui collegamenti della disciplina dell'INVIM con quella delle imposte di registro e di successione e donazione, si cfr.: SPADA e VOIELLO, *L'imposta*, cit., p. 218 ss.

L'identificazione del soggetto passivo non influisce quindi, come riguardo alle imposte a carattere personale, o, comunque, ai tributi la cui fattispecie generatrice postuli, come avviene per quelli gravanti sul reddito, l'esistenza di un soggetto, in mancanza del quale la fattispecie stessa non verrebbe ad esistenza, sul presupposto del tributo: mentre, infatti, non potrebbe concepirsi la configurazione di un reddito in mancanza di un soggetto percipiente, nulla impedisce che il fenomeno incrementativo possa manifestarsi riguardo ad una *res nullius* <sup>(53)</sup>.

Nel tributo in esame, pertanto, l'individuazione del soggetto passivo non è, per così dire, insita nella fattispecie generatrice, ma attiene ad un momento concettuale distinto dalla identificazione di questo: quello, precisamente, della puntualizzazione e della delimitazione della « responsabilità tributaria » <sup>(54)</sup>.

Posto, dunque, che ogni incremento di valore immobiliare costituisce presupposto di prelievo, è ulteriore problema, da risolvere con specifici criteri normativi, quello della individuazione del soggetto chiamato, per così dire, a « risponderne » sul piano giuridico, in virtù di un particolare rapporto con l'immobile avvantaggiato.

Ora, il rapporto soggetto-bene economico si puntualizza, dal punto di vista giuridico, nella categoria dei diritti reali, e precisamente di quella categoria di diritti che, per l'essere costituiti in funzione diretta del godimento della utilità del bene, e non (come avviene per quelli di garanzia) in vista del rafforzamento di un diverso diritto, esprimono un criterio di imputazione soggettiva del beneficio economico, obbiettivamente rilevato.

Il diritto di proprietà, come signoria di carattere generale ed esclusivo comportante la massima espansione della disponibilità del bene, consentita dall'ordinamento, determina, quindi,

---

<sup>(53)</sup> BADINI, *L'imposta*, cit., p. 172.

<sup>(54)</sup> Si cfr., ma con riferimento all'abrogata imposta sul plusvalore delle edificabili: GRANELLI, *Sul regime fiscale delle aree acquistate « mortis causa »*, in *Giur. it.*, 1974, III, 2, 17 ss.

la riferibilità dell'intero incremento al soggetto che si trovi a risponderne *uti dominus*.

Altri diritti, ritagliati all'interno del contenuto del pieno dominio, e quindi definiti « parziari », comportano, invece, una disponibilità non totalitaria del bene, e, per conseguenza, esprimono una partecipazione limitata al beneficio cui l'imposta si riferisce.

Pertanto, salve le specifiche norme tributarie che stabiliscono l'equiparazione al pieno dominio del diritto di enfiteusi (articoli 3, 8), i residui diritti reali — usufrutto, uso, abitazione, superficie e corrispondente nuda proprietà — comportano, di regola, un grado di partecipazione determinato in funzione del grado di godimento del bene (artt. 7 e 9): d'onde l'assunzione, nel calcolo del plusvalore ad essi riferibile, di valori, iniziali e finali, proporzionalmente ridotti. A tale principio fa eccezione il comma 2° dell'art. 7, inteso ad impedire che attraverso frazionati trasferimenti, realizzanti distinte condizioni di imponibilità, si possa perseguire, rispetto all'intero incremento, una attenuazione della progressività delle aliquote: esso prescrive, infatti, che, ove nel triennio dall'alienazione del diritto parziario o della corrispondente nuda proprietà, venga trasferito allo stesso soggetto, per atto tra vivi, il residuo diritto, con conseguente consolidazione, in capo al cessionario, della proprietà piena, l'imposta sia applicata all'intero incremento rilevato per tutto il periodo, come se il trasferimento intermedio, la cui imposta viene detratta da quella così dovuta, non avesse avuto luogo <sup>(55)</sup>.

Analoga soluzione è accolta per il caso di estinzione dei diritti parziari per decorso di termini o per cause naturali: tali vicende, che non danno luogo ad applicazione dell'imposta, determinano, dal loro verificarsi, la piena partecipazione del proprietario al beneficio dell'incremento relativo all'immobile. Pertanto al successivo verificarsi di una condizione di imponibilità.

---

(55) FILIPPI, *L'imposta*, cit., pp. 120-21.

l'imposta verrà liquidata sull'intero incremento rilevabile sin dalla data di acquisizione della nuda proprietà, con detrazione, tuttavia, del plusvalore già tassato in occasione della costituzione del diritto parziario.

I meccanismi, che abbiamo testé sommariamente riferiti, mirano all'attuazione di due principi, che sono coesenziali alla natura stessa del tributo: quello della continuità dell'imposizione, e quello della non duplicabilità di essa. Il fenomeno incrementativo presenta, infatti, carattere di almeno potenziale inesauribilità: esso è suscettibile di manifestarsi indefinitamente, per tutta la durata della vita del cespite. Il suo frazionamento in distinti periodi attiene, pertanto, non alle modalità del suo manifestarsi, ma ai criteri della sua imputazione dal punto di vista soggettivo. È evidente tuttavia, che tali criteri mirano ad attuare una certa « ripartizione » dell'incremento fra i soggetti, che vi abbiamo a vario titolo ed in tempi diversi partecipato: ma essi non possono, né debbono pregiudicare il risultato finale, che è quello da un lato della integrale imposizione degli incrementi rilevati, senza soluzioni di continuità, dall'altro della unicità del prelievo rispetto allo stesso incremento <sup>(56)</sup>.

Resta da far cenno al principio di territorialità, che è alla base del tributo in esame. Giova considerare che tale principio è insito in qualsivoglia tipo di imposizione, e nel concetto stesso della capacità contributiva: infatti poiché i benefici della spesa pubblica, cui l'art. 53 Cost. direttamente ricollega l'obbligo del contribuire, si manifestano entro l'ambito del territorio dello Stato, le fattispecie, suscettibili di venire in rilievo quali presupposti di imposta, debbono necessariamente presentare un qualche elemento di collegamento con la porzione di spazio costituente il territorio nazionale <sup>(57)</sup>. Tali criteri di collegamento, sono tut-

<sup>(56)</sup> Cfr. GRANELLI, *Sul regime fiscale*, cit., loc. cit.

<sup>(57)</sup> Cfr. MAFFEZZONI, *Il principio*, cit., p. 27 ss.; GRANELLI, *La législation fiscale italienne et sa réforme par rapport au droit international*, in *Rev. sc. fin.* 1973, 221 ss., spec. 248 ss.

tavia, diversi, a seconda dei fondamenti logici della singola imposta. Nei tributi di carattere personale, ad esempio, si ha esclusivo riguardo alla *sedes personae*: onde lo Stato assoggetterà al tributo l'intero reddito dei propri residenti, anche se prodotto all'estero, secondo il cosiddetto *world wide system*, caratteristico, ad esempio, dell'Irpef e dell'Irpeg<sup>(58)</sup>. Viceversa, è insito nella logica stessa dell'imposizione reale dei redditi (si faccia il caso dell'Ilor), l'identificazione dell'imponibilità secondo il criterio del luogo di produzione: d'onde l'intassabilità dei redditi prodotti all'estero, ancorché da soggetti residenti nello Stato<sup>(59)</sup>. Riguardo all'imposizione di plusvalori immobiliari, fondata, come s'è visto, sul principio del beneficio, tale criterio si manifesta, per l'appunto, come attitudine del bene considerato a risentire delle decisioni pubbliche in materia di assetto del territorio: da ciò, l'applicazione dell'imposta secondo il principio della *lex rei sitae* (art. 1).

Ma trattandosi, come abbiamo precisato, di un tributo locale, il principio della territorialità si prospetta anche sotto un diverso profilo, ed ossia come criterio di attribuzione del plusvalore all'ente che ne abbia determinato la formazione. Infatti, l'art. 29 del decreto istitutivo dispone che l'imposta, liquidata secondo le aliquote deliberate dal comune nel cui territorio è situato l'immobile, sia devoluta a questo, e precisa che, ove l'immobile sia ubicato in più comuni, si proceda alla ripartizione dell'imponibile in proporzione della superficie compresa in ciascuno di essi, liquidandosi l'imposta con distinte aliquote<sup>(60)</sup>.

6. L'incremento di valore, in quanto fenomeno di durata, si produce con carattere di continuità: idealmente, la sua rile-

---

(58) Cfr. GRANELLI, *Il presupposto dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Dir. e prat. trib.* 1973, I, 1133 ss., spec. 1134-35.

(59) GRANELLI, *Contributo allo studio dell'imposta locale sui redditi*, in *Dir. e prat. trib.*, 1972, I, 873 ss., spec. 879.

(60) Cfr. FILIPPI, *L'imposta*, cit., p. 172 ss.

vazione potrebbe restringersi sino a coincidere con il « tempo limite », ed ossia con l'unità considerata indivisibile o in forza di legge (*tempo limite legale*) o per motivi di indole tecnica (*tempo limite reale*). È evidente, tuttavia, che il prelievo non potrebbe seguire questo andamento del fenomeno incrementativo, tassandolo giorno per giorno, via via che esso viene formandosi. Da ciò, la necessità di fissare, ai fini della rilevazione del plusvalore, dei « periodi incrementativi », e di assumere, quali termini di riferimento per l'imposizione, un momento iniziale ed uno finale <sup>(61)</sup>.

Per quanto riguarda il momento iniziale dell'imposizione, esso, nella prima applicazione del tributo, è individuato con riferimento ad una data fissa (secondo i casi: 1° gennaio 1963, o 1° gennaio 1965, o 1° gennaio 1966, o data stabilita ai fini dell'applicazione dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili), ovvero, se posteriore, alla data di acquisto. Quest'ultima conclusione, espressa dall'art. 6, comma 5° riguardo alle aree fabbricabili soggette all'imposta abrogata, comporta, quindi, la « continuità » delle due imposizioni <sup>(62)</sup>.

Ciò posto, resta tuttavia aperto un delicato problema, dato dal differente meccanismo applicativo dei due tributi: infatti, mentre nel sistema dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree edificabili, l'applicazione del tributo, e la conseguente interruzione della durata o fissazione del periodo incrementativo avevano luogo in dipendenza di trasferimenti per atto tra vivi <sup>(63)</sup>, il regime dell'Invim ricollega tali effetti anche ai trasferimenti *mortis causa*.

*Quid iuris*, dunque, nel caso in cui un'area edificabile, soggetta alla progressiva imposta, fosse pervenuta all'attuale intestatario successivamente alla data di riferimento, per causa di mor-

---

<sup>(61)</sup> Sulla problematica considerata, ci permettiamo rinviare a GRANELLI, *Poteri e facoltà*, cit., loc. cit., spec. 359 ss.

<sup>(62)</sup> FILIPPI, *L'imposta*, cit., pp. 102-103.

<sup>(63)</sup> Cfr. GRANELLI, *Sul regime fiscale*, cit., loc. cit.



te, ed ossia in virtù di un atto che non abbia dato luogo all'applicazione dell'imposta? La soluzione del problema dipende dalla scelta del criterio normativo, da assumere ai fini della qualificazione di tale acquisto: se si ha riguardo alla normativa dell'Invim, esso dovrà considerarsi idoneo a fissare il momento iniziale dell'imposizione; se, per converso, si ritiene applicabile il criterio operante riguardo alla precedente imposta, l'imposizione dovrà essere fatta risalire alla data di riferimento. A nostro parere, questa seconda soluzione è preferibile, in quanto rispondente al principio di continuità dell'imposizione: infatti, ove si assumesse a termine iniziale l'acquisto per causa di morte, il plusvalore precedentemente formatosi sfuggirebbe a qualsivoglia tassazione <sup>(64)</sup>.

Nelle imposizioni, successive alla prima, il principio di continuità e di non duplicazione comporta, di regola, l'assunzione, a momento iniziale, del termine finale della precedente imposizione, e la conseguente coincidenza del valore finale di questa con quello iniziale del successivo prelievo <sup>(65)</sup>. Da tale criterio si discostano, tuttavia, alcune ipotesi, verificantisi allorquando, in virtù di determinate esenzioni, un certo intervallo incrementativo sia sfuggito all'applicazione dell'imposta: in tal caso, il termine iniziale sarà identificato dal momento in cui, con il venir meno della situazione esimente, siansi ricostituite le condizioni di impossibilità <sup>(66)</sup>.

Il termine finale dell'imposizione è dalla legge identificato secondo due distinti criteri, l'uno di carattere generale, l'altro riservato a particolari fattispecie.

Sotto il primo profilo, l'imposta viene applicata in occasione dell'alienazione dell'immobile, a titolo oneroso o gratuito, ovvero del suo trasferimento per causa di morte (art. 2). È da riba-

---

<sup>(64)</sup> *Contra*, FILIPPI, *L'imposta*, cit., p. 103.

<sup>(65)</sup> GRANELLI, *Sul regime fiscale*, cit., loc. cit.

<sup>(66)</sup> Cfr., con riferimento all'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili: GRANELLI, *Poteri e facoltà*, cit., loc. cit., spec. 353 ss.

dire, a questo riguardo, che l'alienazione non viene, a questi fini, in rilievo come manifestazione di « realizzo », ma quale semplice *occasio impositionis*: l'imposta, infatti, è applicata sulla base del valore oggettivo, indipendentemente dal prezzo o corrispettivo conseguito <sup>(67)</sup>. Tale conclusione permane valida anche nell'ipotesi in cui, trattandosi di trasferimento coattivo, l'assunzione del valore determinato agli effetti dell'imposta di registro comporta, in virtù dell'art. 42 del d.p.r. n. 634, l'applicazione del tributo sulla base del prezzo di aggiudicazione: ciò dipende, infatti, proprio dal rilievo che le particolari modalità del trasferimento garantiscono, o quantomeno mirano a garantire, la coincidenza del prezzo con il valore venale dell'immobile <sup>(68)</sup>. Il principio riferito soffre, in realtà, una sola eccezione, che non sembra trovare una valida *ratio* giustificatrice: allorché il trasferimento immobiliare, per l'aver ad oggetto un bene diverso dai terreni, e per l'essere effettuato da un'impresa commerciale in forma non permutativa (nel caso di permuta, infatti, l'Iva è applicata sul « valore normale »: art. 13 lett. *d*, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633), sia soggetto all'imposta sul valore aggiunto in base al corrispettivo fatturato, quest'ultimo viene assunto, per effetto del richiamo operato dall'art. 2 del decreto in esame, quale valore agli effetti dell'Invim <sup>(69)</sup>.

Le disposizioni correttive, introdotte con il successivo d.p.r. n. 688, hanno, inoltre, individuato alcune categorie di atti che, pur non essendo pacificamente alienazioni a titolo oneroso, sono considerati tali: le vendite forzate <sup>(70)</sup>, le sentenze importanti esecuzione specifica dell'obbligo di stipulare un contratto di trasferimento immobiliare, i conferimenti e le assegnazioni, eccettua-

<sup>(67)</sup> GRANELLI, *La tassazione*, cit., loc. cit., spec. 839-42.

<sup>(68)</sup> GRANELLI, *La tassazione*, cit., loc. cit., spec. 844.

<sup>(69)</sup> MICHELI, *Corso*, cit., p. 472; GRANELLI, *La tassazione*, cit., spec. 846; FILIPPI, *L'imposta*, cit., pp. 99-100.

<sup>(70)</sup> Cfr. SPAZIANI TESTA, *L'Invim ed i trasferimenti coattivi*, in *Comm. centr.*, 1973, II, 447 ss.

te quelle di alloggi costruiti da cooperative nell'ambito della legislazione sull'edilizia economica e popolare <sup>(71)</sup>.

Precisa, inoltre, lo stesso testo normativo che, nelle vendite con riserva di proprietà e nelle locazioni con clausola di riscatto vincolante per entrambe le parti, l'alienazione si considera avvenuta all'atto della stipulazione.

Tali pur opportune puntualizzazioni non risolvono, tuttavia, i numerosi nodi problematici, che si presentano all'attenzione dell'interprete, ed ai quali riteniamo necessario dedicare un rapido accenno.

Relativamente al caso in cui gli atti di alienazione o di trasferimento gratuito anche per causa di morte, siano dichiarati nulli o annullati per cause oggettive, non imputabili alle parti, prevede l'art. 31 che l'imposta debba essere restituita, considerandosi l'atto, anche ai fini della successiva imposizione, come non intervenuto. Per converso, resta ferma l'imposizione degli atti risolutivamente condizionati, pur dopo l'avveramento della condizione. Nulla è detto, invece, per il caso in cui l'atto sia sottoposto a condizione sospensiva: a nostro avviso, la considerazione dei particolari effetti di tale condizione, il cui avveramento determina *ex tunc* l'operatività del trasferimento, induce a ritenere che l'imposizione rimanga, in tal caso, differita al verificarsi della condizione, fermo restando, tuttavia, ai fini delle aliquote, della valutazione e ad ogni altro effetto, il riferimento alla data della stipulazione <sup>(72)</sup>.

Neppure la *vexata quaestio* del regime delle incorporazioni e fusioni risulta, con le norme integrative, compiutamente superata. È indubbio che la nuova formulazione dell'art. 6, disponendo assumersi a valore iniziale, nell'imposizione a carico della

---

(71) Si cfr.: RIZZI CORALLO, *Le assegnazioni di immobili da società di ogni tipo e l'Invim*, in *Boll. trib. inf.*, 1974, 311 ss.

(72) In senso conforme, PERBONE, *L'imposta sull'incremento di valore degli immobili: primi spunti critici*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.* 1973, I, 512 ss. (questo A. ritiene, tuttavia, che le aliquote vadano invece determinate al momento del verificarsi della condizione); SPADA e VOIELLO, *L'imposta*, cit., p. 181.

società risultante dall'operazione, quello della data di acquisto da parte delle società fuse od incorporate, escluda tali atti dall'orbita dell'imposta; tuttavia, dovendosi dubitare del carattere interpretativo di tali norme, resta aperto il problema della imponibilità delle fusioni attuate prima della sua entrata in vigore: problema che, nel caso in cui si fossero rese operanti, in ipotesi, le esenzioni di cui alle leggi 18 marzo 1965, n. 1701 e 1° dicembre 1971, n. 1101, espressamente riferite, dall'art. 39 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601, al tributo in esame, si rifletterebbe sulla determinazione del valore iniziale nelle successive applicazioni dell'imposta <sup>(73)</sup>.

Altra questione aperta è quella dei trasferimenti presunti agli effetti dell'imposta di registro, circa i quali potrebbe coltivarsi il dubbio di una loro idoneità a determinare l'applicazione dell'Invim. A nostro avviso, la soluzione dev'essere negativa, in quanto la presunzione non può venire estesa oltre l'ambito della sua previsione. Né il contrario assunto potrebbe giustificarsi in base al richiamo che l'art. 31 fa, per quanto non sia diversamente disciplinato, alla legge di registro: infatti, le condizioni d'imponibilità sono puntualmente disciplinate dal decreto in esame <sup>(74)</sup>. Conseguentemente, devesi altresì escludere, a nostro avviso, l'imponibilità delle divisioni, anche per le eccedenze considerate come trasferimenti a norma dell'art. 32, d.p.r. n. 634 <sup>(75)</sup>. Per lo stesso ordine di considerazioni, devesi negare la riproducibilità, riguardo all'Invim, delle presunzioni stabilite in altri testi di legge in ordine alla qualificazione dell'atto: onde i trasferimenti

---

(73) La tassabilità delle fusioni era negata, già prima della emanazione del decreto « correttivo », da S. DUS, *La fusione di società e l'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, in *Iva e imp. ind. aff.*, 1973, I, 7 ss., e da GAFFURI, *L'Invim e la dinamica delle società commerciali*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1973, I, 490 ss., spec. 503 ss.

(74) D'ERRICO, *Norme procedurali per la tassazione degli atti privi di dichiarazione di valore e delle presunzioni di registro ed Invim*, in *Boll. trib. inf.* 1975, 380 ss.

(75) FILIPPI, *L'imposta*, cit., p. 35 ss.

immobiliari, per i quali risulti pattuito un corrispettivo, conserveranno, ai fini dell'Invim, il carattere di alienazione a titolo oneroso, a nulla rilevando il rendersi operante, nei riflessi dell'imposta di trasferimento, della presunzione di gratuità di cui all'art. 25 del citato d.p.r. n. 634.

Un cenno merita, infine, l'ipotesi della cessione d'azienda, allorquando vi siano ricompresi cespiti immobiliari. A nostro avviso, poiché l'inserimento dell'immobile nel complesso aziendale non ne esclude, ai fini degli atti che ne importino disposizione, la perdurante individualità (arg. ex art. 2556 cod. civ.), l'imposta risulterà applicabile.

Il secondo criterio di determinazione del termine finale, previsto limitatamente alle società e, più generalmente, agli enti ed alle organizzazioni soggetti all'imposta sul reddito globale delle persone giuridiche (cfr. *infra*, n. 8), è dato dallo scadere del decennio di ininterrotta titolarità del dominio o del diritto enfiteutico. Anche la nuda proprietà rientra, a nostro parere, nella previsione, postoché, in caso contrario, dette società potrebbero agevolmente sottrarsi all'imposta concedendo a proprie collegate un diritto parziario diverso dalla enfiteusi.

Tale meccanismo impositivo, può, tuttavia, dare adito a notevoli perplessità dal punto di vista costituzionale.

Sotto un primo aspetto, non va dimenticato che il fenomeno incrementativo presenta un andamento discontinuo sino a produrre, in presenza di determinate situazioni, variazioni di segno negativo <sup>(76)</sup>. Ora, è evidente che, cristallizzandosi il processo incrementativo in un certo momento, dalla scelta di tale momento viene a dipendere la rilevazione di un plusvalore che, accertato in un momento diverso, potrebbe risultare inferiore, o addirittura azzerarsi. Si faccia il caso di un terreno che, acquistato come fondo agricolo, sia poi divenuto edificabile, e successivamente sia stato assoggettato ad un vincolo urbanistico: orbene, a seconda che il periodo venga fatto cadere prima o dopo l'imposi-

(76) Cfr. ROMANI, *Gli incrementi patrimoniali*, cit., p. 104.

zione del vincolo, si darà, oppur no, un plusvalore tassabile. Ora, un cosiffatto meccanismo pacificamente non si rivela arbitrario, si da contrastare con l'art. 53 Cost., allorquando il verificarsi della condizione di imponibilità venga fatta dipendere (come avviene per le normali ipotesi di alienazione o trasferimento) dalla volontà stessa del soggetto, o da circostanze che la legge considera come succedanei di tale volontà, per essere così considerate a effetti diversi da quelli fiscali. Ma tale situazione non si verifica nel caso dell'imposizione decennale, ove alla determinazione del momento in cui cade l'imposta non concorre, in alcun modo, la volontà del soggetto: talché sembra legittimo domandarsi se il tributo non possa per questa parte, confliggere con il principio della capacità contributiva.

Sotto altro profilo è da osservare che l'imposta periodica, a fronte dell'aspetto negativo che testé abbiamo messo in luce, presenta un risvolto favorevole, quando all'andamento crescente del fenomeno incrementativo faccia seguito l'alienazione o il trasferimento del bene: in tal caso, infatti, lo scomporsi dell'intero periodo in separati intervalli comporta, a favore delle società, un onere inferiore, che non trova, a nostro avviso, giustificazione, a fronte del più gravoso trattamento riservato, *ceteris paribus*, agli altri soggetti (in argomento: *infra*, n. 8).

7. Ai fini della determinazione dei valori, iniziale e finale, la regola, accolta dalla legge in esame, è quella del riferimento ai corrispondenti valori assunti ai fini dei tributi erariali indiretti (registro, donazioni o successioni, Iva) applicati in dipendenza del medesimo presupposto. Viene, così, riprodotto e reso ancor più vincolante, il principio della *automatica efficacia* delle risultanze erariali, già recepito, ma con salvezza della prova della loro inattendibilità, dall'art. 4 della legge n. 246 del 1963.

Naturalmente, il valore cui occorre avere riguardo, è quello definitivamente accertato ai fini dei corrispondenti tributi di registro, o di successione o donazione, intendendosi per tali quelli

risultanti da dichiarazione non rettificata, nel caso in cui non vi sia stato accertamento d'imposta completamentare, ovvero quelli emergenti da accertamento non impugnato, o definito per adesione, od ancora da pronunzia non impugnabile delle Commissioni di merito <sup>(77)</sup>. Delicati problemi sorgono, invece, riguardo al corrispettivo determinato ai fini dell'Iva: corrispettivo che, quando sia stata regolarmente emessa fattura, non è, ovviamente, soggetto a revisione, ma soltanto, e in casi particolarissimi (operazioni non imponibili o esenti) all'accertamento della loro corrispondenza a quello effettivamente percepito (non si ritiene, infatti, che il caso, più generale, di indicazione di una imposta inferiore al dovuto, previsto dall'art. 41 del d.p.r. n. 633, riguardi anche l'ipotesi della « sottofatturazione »). Parrebbe, quindi, che, ove il trasferimento dia luogo ad applicazione dell'Iva, debba assumersi, quale valore, il corrispettivo risultante dalla fattura: il che costituisce, come si è già osservato, un discostamento addirittura abnorme dai principi che reggono l'imposta. Qualora, per converso, essendosi omessa la fattura, e la conseguente registrazione del corrispettivo, l'Ufficio proceda a rettifica della dichiarazione annuale, appare quanto meno dubbia la possibilità di riferirsi a tale atto: esso, infatti, riguarda il complesso dei ricavi imponibili dell'intero anno, e non la singola operazione. Tuttavia, poiché, la rettifica avrà luogo con criterio analitico, gli elementi di questa potranno ricavarsi, emergendo quali *interna* dell'atto. Ma il problema diviene insolubile allorquando siasi proceduto, ai fini dell'Iva, all'accertamento induttivo (art. 55, d.p.r. n. 633). Resta poi ferma, in ogni caso, l'incongruenza che le determinazioni ai fini dell'Iva, anche se risultanti da riscontri dell'ufficio, vertono pur sempre sul corrispettivo, e non sul valore dell'immobile <sup>(78)</sup>.

<sup>(77)</sup> Tale meccanismo impositivo è all'origine di rilevanti conflitti di interesse, che si riflettono sul regime del relativo contenzioso tributario, dando luogo a delicate ipotesi litisconsortili. Si veda, in argomento: D'ERRICO, *Imposta di registro ed Invim: litisconsorzio necessario nel giudizio tributario*, in *Boll. trib. inf.* 1975, 698 ss.

<sup>(78)</sup> FILIPPI, *L'imposta*, cit., p. 99 ss.

La regola generale, per cui i valori accertati ai fini dei tributi erariali si assumono automaticamente agli effetti dell'Invim, soffre, tuttavia, alcune eccezioni.

Innanzitutto, è intuitivo che tale meccanismo non può operare allorquando si tratti di imposta decennale, mancando, in tale ipotesi, un atto soggetto a registrazione o comunque ad applicazione di tributi erariali: in tal caso, l'Ufficio accerterà il valore dell'area ai soli effetti dell'Invim.

Analogamente si procede, allorquando il trasferimento, per non essere soggetto né all'imposta proporzionale di registro, né a quella di successione o donazione, né all'Iva, non abbia dato luogo ad alcuna valutazione per tali effetti (art. 6 comma 2°).

Possono, inoltre, rinvenirsi ipotesi di discostamento dei valori, assunti nell'applicazione dell'Invim, da quelli sui quali sono o furono applicati i tributi erariali.

La legge prevede, espressamente, il caso in cui, trattandosi di fondi rustici, il valore fosse stato determinato con il criterio automatico: principio, questo, che potrà valere soltanto riguardo al valore iniziale, posto che, con l'entrata in vigore della riforma, la valutazione automatica è stata abolita.

Altre fattispecie, tuttavia, è dato rinvenire nella casistica: si pensi, per fare uno dei molti esempi, all'ipotesi del trasferimento di un diritto enfiteutico, per il quale l'imposta di registro fosse stata assolta, come ivi allora prescritto, sull'ammontare del canone pattuito, e non sul valore del diritto<sup>(79)</sup>; ed ancora, al caso in cui la valutazione dell'ufficio, unitariamente espressa, riguardi genericamente un complesso di beni, immobili e mobili<sup>(80)</sup>. Anche in tali ipotesi, sembra di dover concludere che il valore di mer-

(79) Cfr.: A. UCKMAR, *La legge del registro*, vol. I, Padova 1958, 5ª ed., p. 315 ss.

(80) Va notato che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, di cui non è da escludere la riproducibilità pur nell'ambito del disposto dell'art. 49, comma 2° del D.P.R. n. 634 del 1972, l'obbligo di indicare, nell'accertamento, il valore distintamente attribuito ad ognuno dei beni trasferiti, sussisterebbe sol quando il contribuente abbia reso, a sua volta, distinte dichiarazioni di valore. Si cfr., in tal senso: Cass., sez. un. civ., 4 ottobre 1971, n. 2719, in *Boll. trib. inf.* 1971, 1894.



cato dell'immobile dovrà determinarsi *ad hoc*, agli effetti dell'Invim.

Altre delicate ed eleganti questioni sorgono nel caso in cui, trattandosi di aree edificabili, l'Invim venga, come si è visto, a saldarsi con la previgente imposta.

Verificandosi, ad esempio, che il valore iniziale debba essere determinato con riferimento ad un atto di acquisto, in dipendenza del quale avesse trovato applicazione l'abrogata imposta, dovrà aversi tuttavia riguardo, secondo le regole esposte, al valore definito ai fini dell'imposta di registro o di successione, oppure, se diverso, dovrà assumersi il valore sul quale venne applicata l'imposta di cui alla legge n. 246 del 1963? A nostro avviso, è da preferire la seconda soluzione, posto che essa, pur non trovando conferma nella lettera della legge, meglio riflette il già menzionato principio di continuità fra le due imposte.

Analoga questione può insorgere allorquando si debba procedere alla valutazione, alla data di riferimento, di un'area censita in catasto, per la quale era previsto, dalla legge n. 246 del 1963, il calcolo del valore cosiddetto automatico: dovrà procedersi, anche ai fini dell'Invim, a tale calcolo? Propenderemmo per la soluzione negativa, in quanto il riferimento alla data di cui agli artt. 5 e 25 della citata legge è formulato esclusivamente in vista della fissazione del periodo incrementativo, e non pare, quindi, estensibile alla metodologia di stima.

La differenza fra i due valori, iniziale e finale è, tuttavia, depurata, ai fini della determinazione dell'incremento imponibile, di taluni elementi. Alcuni di essi, per l'esprimere la presenza di un beneficio prodotto da cause diverse da quelle che giustificano l'imposta (cause concorrenti), costituiscono, riproducendo la terminologia della più volte citata legge n. 246, « fattori incrementativi »<sup>(81)</sup>, e vengono, quindi, imputati ad aumento del valore

---

(81) Cfr. GRANELLI, *In tema di determinazione dei plusvalori imponibili ai fini dell'applicazione dell'imposta comunale sulle aree fabbricabili*, in *Boll. trib. inf.* 1966, 557 ss., spec. 579 ss.

iniziale (così gli incrementi naturali, le spese d'acquisto, le spese incrementative e di costruzione: art. 10 e segg.). Tali spese sono, ovviamente, imputabili sol quando siano state sostenute entro il periodo incrementativo considerato: ma a tale regola, la nuova formulazione dell'art. 13 apporta una rilevante, opportuna eccezione, riconoscendo detraibili, anche se sostenute dopo il trasferimento, le spese di urbanizzazione primaria e secondaria, rese obbligatorie ai fini dell'edificazione <sup>(82)</sup>.

Una diversa posta correttiva, prevista dall'art. 14, consiste nella detrazione, dall'incremento accertato, di una somma pari al 4 % del valore iniziale per ogni anno o frazione di anno superiore al semestre. La funzione di tale elemento attiene alla progressività dell'imposizione, sulla quale influisce, conformemente alla struttura del presupposto, la « durata » del periodo incrementativo: infatti, a parità d'incremento, il beneficio sarà tanto più rilevante, quanto più breve risulti il tempo in cui si sia prodotto. Pertanto, poiché la progressività delle aliquote varia in proporzione del rapporto fra l'incremento accertato ed il valore iniziale, espresso percentualmente, la detrazione di un importo crescente in relazione al tempo sortisce l'effetto di attenuare la progressività al crescere del periodo incrementativo <sup>(83)</sup>.

Altre detrazioni dall'incremento mirano, invece, all'attuazione del principio di non duplicità del tributo: tali, ad esempio, quelle, di cui ci siamo precedentemente occupati, relative alla ipotesi di estinzione o consolidazione di diritti parziari per decorso di termini o per cause naturali. Osserviamo tuttavia, a questo riguardo, che la piena realizzazione di tale principio non è assicurata dai citati art. 7, comma 2° e 9, comma 2° del decreto, nel testo risultantene dal provvedimento correttivo, in quanto, essendo prevista la detrazione esclusivamente dei plusvalori già tassati dall'atto della costituzione del diritto parziario, e non, in-

<sup>(82)</sup> Sulla rilevanza di tali oneri nei riguardi dell'abrogata imposta sul plusvalore delle aree, si cfr. CRANELLI, *Attualità in tema di imposta comunale sulle aree edificabili*, in *Boll. trib. inf.* 1968, 1231 ss., spec. 1234-35.

<sup>(83)</sup> FILIPPI, *L'imposta*, cit., p. 137.

vece, di quelli eventualmente tassati in occasione di successivi trasferimenti di tale diritto, questi ultimi sconteranno due volte il prelievo.

Nessuna depurazione è, invece, prevista riguardo alla svalutazione monetaria, conseguendo, da ciò, l'imponibilità dei relativi incrementi « nominali » <sup>(84)</sup>. Tale conseguenza, oltre che risultare incompatibile con la struttura e con le rilevate finalità dell'imposta, è, a nostro parere, suscettibile di determinare un contrasto con il principio di capacità contributiva, consacrata dall'art. 53 della Costituzione: infatti, la mancata esclusione, dall'area dell'imponibilità, degli incrementi da svalutazione si traduce nella rilevazione di una capacità contributiva apparente e fittizia, dovuta non già ad una effettiva miglioria dell'immobile, ma al mutamento dell'unità di misura del suo valore <sup>(85)</sup>. Né sembra possa invocarsi, a giustificazione di siffatto risultato, il principio nominalistico: esso, infatti, come la Cassazione non ha mancato di precisare con riferimento alla tassazione delle plusvalenze <sup>(86)</sup>, opera soltanto riguardo alle ipotesi in cui la moneta entri in rilievo come mezzo di pagamento, e non, invece, allorquando essa funga, come nella specie, da strumento di misurazione dei valori <sup>(87)</sup>.

<sup>(84)</sup> Cfr. GRANELLI, *L'applicazione dell'Invim in un contesto inflazionistico ed il principio della capacità contributiva*, in *Boll. trib. inf.* 1975.

<sup>(85)</sup> Comm. trib., 1° gr. Tortona, 19 febbraio 1975, in *retro*, 1975, in *Giust. it.* 1975, III, 2, con nota di GRANELLI, *L'inflazione e l'Invim: profili costituzionali*, ed in *Leg. giur. trib.* 1975, 837, con nota di CORRADO, *Brevi note in tema di determinazione sull'imponibile ai fini dell'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili*.

<sup>(86)</sup> 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?*

<sup>(87)</sup> Recentemente, peraltro, la Cassazione sembra essere pervenuta ad una più radicale soluzione, secondo cui dovrebbe negarsi in assoluto la tassazione delle plusvalenze da svalutazione. Si cfr., infatti: Cass., sez. I, civ., 16 ottobre 1974, n. 2874, in *Dir. e prat. trib.* 1975, II, 3, con nota di V. UCKMAR, *Le differenze di numerario conseguenti alla svalutazione monetaria non sono assoggettabili a tassazione*, ed in *Riv. dr. fin. e sc. fin.* 1975, II, con nota di GRANELLI, *Svalutazione monetaria, reddito e incrementi di valore*.

Una relevantissima innovazione è stata introdotta, dall'art. 2 della legge n. 694 del 1975, relativamente all'utilizzazione edificatoria.

In base alla previgente formulazione dell'art. 6, comma 6° del decreto istitutivo, successivamente modificato con il d.p.r. numero 688 del 1974, gli immobili appartenenti ad imprese costruttrici, che avessero provveduto direttamente alla loro edificazione, erano assoggettati ad un particolare criterio di tassazione, mirante ad escludere dal prelievo l'intervallo compreso fra l'inizio e il termine della costruzione. Fu subito chiaro, tuttavia, che la nozione di impresa costruttrice non si presentava di agevole definizione<sup>(88)</sup>, incorrendo nell'alternativa di restringere in misura eccessiva l'area di operatività del beneficio, ovvero di renderla quanto mai evanescente: prova ne sia che lo stesso Ministero delle finanze, dopo avere in un primo tempo ravvisato la necessità che si trattasse di impresa principalmente operante nel settore edilizio<sup>(89)</sup>, modificò successivamente il proprio punto di vista, pervenendo a riconoscere sussistente il predetto requisito soggettivo anche riguardo ad imprese svolgenti in forma occasionale l'attività costruttiva<sup>(90)</sup>. D'altro canto, tale limitazione non appariva giustificata: ed invero, postoché lo speciale regime di che trattasi era istituito al fine di escludere dall'imposizione, conformemente alla struttura stessa del tributo, il plusvalore prodotto dall'intervento edificatorio, risultava del tutto incongruente circoscriverne l'applicabilità a una determinata categoria di soggetti.

La legge in esame, disponendo, nel testo del comma 6° dell'art. 6, la soppressione delle parole « da parte di imprese costruttrici », e rendendo quindi la norma stessa applicabile a qualsiasi soggetto, che abbia intrapreso l'utilizzazione edificatoria, eli-

(88) GRANELLI, *Profilo giuridico*, cit., loc. cit., sp. 778.

(89) Si veda, infatti, la Circolare 21 febbraio 1973, n. 20, in *Boll. trib. inf.* 1973, 514.

(90) In tal senso, si cfr. la Circolare 2 agosto 1973, n. 45, in *Boll. trib. inf.* 1973, 1846, e la nota 22 maggio 1974, n. 4, *ivi*, 1974, 1967.

mina non soltanto una palese incongruenza, ma fors'anche un vizio costituzionale della norma, della cui legittimità ben poteva dubitarsi in riferimento all'art. 53 Cost.

Peraltro, la rilevanza del dubbio di incostituzionalità, dianzi prospettato, permane, conformemente all'insegnamento della Corte costituzionale, che afferma proponibili le questioni di incostituzionalità di norme abrogate in quanto esse possano trovare applicazione in rapporti progressi <sup>(91)</sup>, relativamente alle fattispecie tributarie verificatesi prima dell'entrata in vigore del nuovo sistema: ciò, in quanto il già ricordato comma 1° dell'art. 5 dichiara applicabile, anche se il relativo rapporto di imposta sia pendente a tale data, la normativa originaria.

Naturalmente, l'ambito di operatività del nuovo criterio di imposizione delle attività costruttive dev'essere determinato secondo i principi generali che presiedono alla successione delle leggi nel tempo: e, trattandosi nel caso considerato di una fattispecie a formazione progressiva, realizzantesi attraverso una sequenza di fatti — acquisto dell'area, costruzione, trasferimento o titolarità decennale dell'immobile —, l'attrazione della fattispecie medesima nell'orbita della precedente o della successiva disciplina giuridica dipende dal momento del tempo in cui sia venuto a situarsi l'elemento di essa fattispecie, che appaia come determinante ai fini della sua rilevanza in termini di capacità contributiva. Ora, non v'ha dubbio, a nostro avviso, che tale elemento vada individuato nel compimento del periodo incrementativo: eppertanto riteniamo che i soggetti, diversi dalle imprese costruttrici, possano avvalersi del regime in considerazione quante volte il trasferimento abbia avuto luogo, o il decennio sia maturato, successivamente al 31 dicembre 1975, a nulla rilevando che, prima di tale data, abbia avuto luogo, in tutto od in parte, l'attività costruttiva.

---

(91) Cfr., ad es.: Corte cost., 30 maggio 1963, n. 77, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 1070.

In dottrina: JEMOLO, *Inefficacia costituzionale di legge abrogata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1959, 336 ss.

8. Si è già posto nel debito rilievo come la qualificazione dei soggetti passivi dell'imposta abbia luogo sulla base di una particolare relazione con l'immobile, tale da determinare o rilevare, nel soggetto, la disponibilità dell'incremento, rendendo allo stesso imputabile il vantaggio prodottosi con la valorizzazione del cespite.

Questo rapporto varia con il mutare delle condizioni di imponibilità.

Riguardo all'ipotesi di alienazione a titolo oneroso, la soggettività passiva è attribuita all'alienante: costui, infatti, quando anche non abbia realizzato l'intero plusvalore, si trova nella possibilità di operarne la realizzazione. Egli, quindi, verte in una situazione di *disponibilità dell'incremento*.

Per converso, la legge attribuisce la soggettività passiva, rispetto all'ipotesi di trasferimento gratuito o *mortis causa*, a coloro a cui profitto si verifichi l'acquisto. La scelta non è, per la verità, imposta, come la precedente, dalla logica del tributo, atteso che la disponibilità dell'incremento è ben ravvisabile anche nei confronti di chi cede gratuitamente, o dismette morendo, l'immobile: infatti, l'abrogata imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili veniva applicata a carico dell'alienante anche per il caso di cessione gratuita del terreno.

È, comunque, da sottolineare che l'imposta in esame non costituisce, riguardo all'ipotesi di trasferimento *mortis causa*, una passività ereditaria, qualificandosi piuttosto come debito proprio del successore. Essa, infatti, viene considerata dalla legge come una componente dell'imposta sulle successioni o donazioni, nella quale resta, per così dire, assorbita: statuisce, infatti, l'art. 19 del d.p.r. n. 637, richiamato dall'art. 55 dello stesso decreto, che, da tali imposte, è detratto, sino a concorrenza dell'imposta successoria o di donazione attribuibile all'immobile, il tributo in esame.

Riguardo, infine, all'imposizione decennale, il soggetto passivo è individuato nella società o nell'ente che, allo scadere del

decennio, abbia la titolarità dell'immobile quale proprietario od enfiteuta.

È da rammentare, a tal riguardo, che la legge di delegazione aveva limitato l'applicazione decennale dell'imposta alle « società che svolgono in modo esclusivo o prevalente attività di gestioni di immobili ». Come non mancammo di rilevare <sup>(92)</sup>, questa categoria soggettiva lasciava adito, in mancanza di più dettagliate individuazioni, a un ampio margine di incertezza e controvertibilità. Né a tale incertezza potevano sopperire i principi, peraltro non univoci, elaborati dalla giurisprudenza in merito alla legge 18 ottobre 1955, n. 930, recante agevolazioni per lo scioglimento e la trasformazione delle società immobiliari <sup>(93)</sup>, attese le diverse finalità in funzione delle quali siffatta categoria veniva in considerazione.

D'altro canto, la rilevata indeterminatezza era, in certo senso, connaturale ad una legge che, in conformità all'art. 76 della Costituzione, si limitava a determinare « principi e criteri direttivi ».

Peraltro, il ricordato d.p.r. n. 643 del 1972, istitutivo dell'imposta, non recò alcuna ulteriore specificazione, limitandosi a riprodurre nell'art. 3, l'anodina formulazione della legge di delegazione <sup>(94)</sup>.

L'esigenza, ben presto avvertita, di circoscrivere l'area di controvertibilità insita in tale nozione, indusse tuttavia il legislatore delegato ad enunciare, con il successivo d.p.r. n. 688 del

---

<sup>(92)</sup> GRANELLI, *La tassazione dei plusvalori nella riforma tributaria*, in *Boll. trib. inf.* 1972, 337 ss., spec. 848-49.

<sup>(93)</sup> Si cfr., ad es., Cass., Sez. I civ., 13 maggio 1968, n. 1480, in *Boll. trib. inf.* 1968, 2445, 12 giugno 1968, n. 1879, *ivi* 1969, 465.

<sup>(94)</sup> DI PIETRO, *La nozione di società immobiliare e l'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili*, in *Giur. comm.*, 1974, I, 55 ss.; *Id.*, *L'imposta sull'incremento di valore degli immobili nei confronti delle società di gestione*, in *Dir. e prat. trib.* 1974, I, 824 ss.; MARIANI, *Individuazione delle società di gestione immobiliare prevalente: un problema dell'art. 3, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, istitutivo dell'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili*, in *Comm. centr.* 1975, II, 437 ss.

1974, portante disposizioni integrative e correttive nella soggetta materia, una precisa definizione del concetto di società immobiliare di gestione, rapportandola a parametri quantitativi, come tali sottratti a qualsivoglia margine di opinabilità <sup>(95)</sup>. Ma, quasi a dimostrare che, come insegnavano i padri, *omnis definitio in iure periculosa*, il criterio di identificazione così introdotto si rilevò, per motivi opposti a quelli che ne avevano suggerito l'adozione, ma non meno validi, scarsamente appagante: ed invero, la sua eccessiva rigidità dava luogo a non pochi inconvenienti e, in molti casi, ad autentiche sperequazioni <sup>(96)</sup>.

Si giunse, per tal via, alla soluzione accolta dall'art. 1 della legge n. 694 del 1975, modificativa del comma 1° dell'art. 3: estensione, cioè, dell'imposta decennale non soltanto alle « società di ogni tipo e oggetto », e quindi, prescindendo dalla loro attività di mera gestione immobiliare, ma anche « agli enti pubblici e privati diversi dalle società, compresi i consorzi, le associazioni non riconosciute e le organizzazioni di cui all'art. 2 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 598 ».

La *ratio* di tale ampliamento della sfera soggettiva di applicazione periodica dell'imposta è dalla Relazione ministeriale al disegno di legge identificata nel rilievo che, essendosi « sostanzialmente assegnato al tributo lo scopo precipuo di colpire gli incrementi di valore acquisiti dagli immobili come effetto di fenomeni non dipendenti dall'iniziativa del soggetto e collegati invece allo sviluppo economico della collettività e ai connessi processi di urbanizzazione », risulterebbe con tale scopo non coerente, « sul piano logico, la discriminazione operata nell'assoggettare ad imposta gli incrementi di valore immobiliare conse-

<sup>(95)</sup> Per più ampi riferimenti, ci permettiamo rinviare a GRANELLI, *Profilo giuridico*, cit., loc. cit., spec. 779-80.

<sup>(96)</sup> *Amplius*, in tal senso: GRANELLI, *Profilo giuridico*, cit., loc. cit.; FILIPPI, *L'imposta*, cit., p. 193 ss.; ID., *Invim: società immobiliari... agricole*, in *Giur. comm.* 1975, I, 735; DI PIETRO, *L'imposta sull'incremento di valore degli immobili nei confronti della società di gestione*, in *Dir. e prat. trib.* 1974, I, 824 ss.; PEZZANA, *L'invim decennale e le società agricole*, in *Comm. centr.* 1975, II, 1339 ss.



guiti dalle società sulla base di elementi di carattere soggettivo » (97).

Ora, proprio la riferita giustificazione del nuovo assetto conferito all'imposta periodica conferma, a nostro avviso, come non si tratti di un semplice adeguamento tecnico dei criteri applicativi, ma di una modificazione che interviene a confortare, *ex positivo jure*, la ricostruzione da noi delineata del tributo in esame (98), conferendo allo stesso una maggiore rispondenza allo schema teorico dell'imposizione dell'incremento di valore, inteso quale variazione oggettiva rilevante indipendentemente dal realizzo (99). Invero, rimanendo l'applicazione periodica dell'imposta circoscritta alle cosiddette società immobiliari di gestione, il carattere « strumentale » di essa poteva offrire un serio argomento alla diversa teorizzazione, che identificava il presupposto del tributo in esame nel trasferimento del plusvalore, costituente, in tale prospettiva, normale ipotesi di tassabilità, ed assegnava quindi al prelievo periodico una funzione sussidiaria, di chiusura del sistema contro possibili elusioni (100). L'estensione di tale prelievo rende, invece, non più ipotizzabile siffatta ricostruzione: onde alla tassazione periodica deve ormai riconoscersi un pari valore qualificante, riconducendola a sistema unitario con le altre ipotesi applicative.

L'identificazione dei soggetti passivi, tenuti al pagamento del tributo in forma periodica, è attuata secondo due differenti criteri per le società e per gli altri enti.

Riguardo alle prime, la soggettivazione passiva è disposta autonomamente dall'art. 1 della legge in esame con disposizione onnicomprensiva: rientrano, pertanto, nell'area di imponibilità

---

(97) Così la relazione ministeriale al disegno di legge, pubblicata in *Boll. trib. inf.* 1976, 135 ss.

(98) GRANELLI, *Profilo giuridico*, cit., loc. cit.

(99) Si cfr., in particolare, GRANELLI, *L'imposizione degli incrementi*, cit., loc. cit.

(100) Si veda, per tale prospettazione, PRIVITERA, *Contributo allo studio della natura dell'Invim*, in *Giur. imp.* 1972, 654 ss., spec. 658 ss.

non soltanto le società di capitali, soggette all'imposta sul reddito globale delle persone giuridiche (art. 2, lett. a, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 598), ma anche le società di persone, regolari od irregolari, e le società di fatto, che vengono quindi ad assumere, nell'ambito dell'imposta sugli incrementi di valore immobiliari, una soggettivazione analoga a quella loro conferita ai fini dell'imposta locale sui redditi (art. 2 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 599) <sup>(101)</sup>. Ne va esclusa invece, a nostro avviso, la cosiddetta « impresa familiare » di cui all'art. 230-bis cod. civ. (art. 89, legge 19 maggio 1975, n. 151), dovendosi negare, secondo l'unanime opinione della dottrina, il carattere societario di tale istituto <sup>(102)</sup>.

Quanto, invece, agli enti diversi dalle società, l'identificazione ha luogo *ob relationem*, facendosi dalla legge in esame rinvio alla corrispondente disciplina dell'imposta sul reddito globale delle persone giuridiche. In virtù di tale rinvio, saranno quindi soggetti all'applicazione periodica del tributo sul plusvalore gli enti pubblici e privati aventi nello Stato la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale, compresi i consorzi, le associazioni non riconosciute e le « altre organizzazioni senza personalità giuridica non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifichi in modo unitario ed autonomo », nonché le società ed enti di ogni tipo, escluse le associazioni in partecipazione, che non abbiano nello Stato la sede legale o amministrativa, o l'oggetto principale.

Al riguardo, è da osservare che, mentre l'applicazione del tributo agli enti non societari di diritto interno costituisce un

---

<sup>(101)</sup> In argomento, GRANELLI, *Contributo*, cit., loc. cit.

<sup>(102)</sup> In argomento, si cfr.: FILOSA, *Riforma del diritto di famiglia*, Padova 1975, pp. 67-68; SPADEA, *Il regime patrimoniale fra coniugi nel nuovo diritto di famiglia con particolare riguardo ai beni immobili*, in *Cons. immob.* 1976, 1, p. 29 ss., spec. 39-40; CORSI, *Azienda coniugale, comunione legale e società*, in *Giur. comm.* 1975, 615 ss.; ID., *Impresa familiare, azienda coniugale e « rapporti con i terzi » nel nuovo diritto di famiglia*, ivi 1976, 5 ss.; CASSONE, *Il nuovo diritto di famiglia*, Roma 1975, p. 197; A. e M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, vol. I, Milano 1975, p. 609 ss.

elemento di assoluta novità, l'imposizione periodica, oltreché delle società, degli « enti di ogni tipo » la cui sede legale e amministrativa ed il cui principale oggetto siano all'estero si presenta, piuttosto, come generalizzazione di un principio insito nel regime introdotto dal citato d.p.r. n. 688 del 1974: tale provvedimento, infatti, nel chiaro intento di scongiurare l'elusione dell'imposta attraverso l'utilizzazione di istituti di diritto straniero non assimilabili alle società commerciali — quali, ad esempio, le ben famigerate *Anstalten* — (103), aveva precisato doversi considerare società di gestione immobiliare, sempreché sussistessero, avuto riguardo alle attività svolte nel territorio dello Stato, i previsti paramenti quantitativi, non soltanto le società estere, ma anche le « analoghe organizzazioni ».

Le rilevate modificazioni comportano, quindi, un ampliamento della sfera di rilevanza internazionale del tributo, che potrà essere fonte di ulteriori, delicati problemi nelle ipotesi in cui la materia sia regolata da accordi internazionali, concernenti l'imposizione del reddito o/e del patrimonio: quale regime si renderà, in tal caso, operante? La questione dipende, innanzitutto, dalla qualificazione dell'oggetto del tributo. Conformemente al nostro convincimento, che l'imposta in esame, anche nelle ipotesi in cui venga applicata in dipendenza di atti di trasferimento, abbia tuttavia ad oggetto l'incremento patrimoniale nella sua obiettiva rilevabilità (104), crediamo di dover negare totalmente l'applicabilità, *in subiecta materia*, delle regole convenzionali concernenti la tassazione dei redditi (plusvalenze) e dei *capital gains*, attraendo per intero il tributo in esame nel regime delle imposte sul patrimonio. Ma quand'anche tale soluzione potesse revocarsi in dubbio riguardo alla normale applicazione dell'imposta in dipendenza di atti di trasferimento o di successione *mortis causa*, sembra a noi indubitabile che essa debba valere quanto all'im-

---

(103) Cfr., SPADA e VOIELLO, *L'imposta*, cit., p. 112.

(104) GRANELLI, *L'imposizione*, cit., loc. cit.

postazione periodica: onde il principio di diritto interno, che dispone assoggettabili al tributo decennale le società e gli enti stranieri intestatari di immobili siti nel territorio dello Stato, appare conforme alla regola, espressa riguardo ai beni immobili in tutte le Convenzioni in materia di doppia imposizione del patrimonio, della *lex rei sitae* <sup>(105)</sup>.

Tale constatazione svuota, quindi, di pratico interesse l'ulteriore, delicato problema derivante dal carattere di « tributo locale » dell'imposta in esame <sup>(106)</sup>, per il caso in cui la Convenzione escluda, espressamente o tacitamente dal proprio regolamento tale categoria di tributi <sup>(107)</sup>.

---

<sup>(105)</sup> Si vedano, in tal senso, le Convenzioni con: Danimarca, 10 marzo 1966, resa esecutiva con legge 18 marzo 1968, n. 649, art. 22; Finlandia, 4 agosto 1967, resa esecutiva con legge 12 dicembre 1973, n. 1041, art. 22; Israele, 22 aprile 1968, resa esecutiva con legge 12 aprile 1973, n. 201, art. 5; Norvegia, 25 agosto 1961, resa esecutiva con legge 2 marzo 1963, n. 534, art. 23; Paesi Bassi, 24 gennaio 1957, resa esecutiva con legge 18 giugno 1960, n. 704, art. 18.

Allo stesso risultato approdano le Convenzioni che assegnano il diritto a riscuotere l'imposta patrimoniale al Paese cui compete di tassare il reddito del cespite considerato. Si vedano, ad esempio, le Convenzioni con: Francia, 29 ottobre 1958, resa esecutiva con legge 9 febbraio 1963, n. 469, artt. 4 e 6; Germania, 31 ottobre 1925, resa esecutiva con r.d.l. 13 dicembre 1925, n. 2161, conv. nella legge 15 luglio 1926, n. 1866, artt. 2 e 12; Svezia, 20 dicembre 1956, resa esecutiva con legge 13 marzo 1958, n. 580, artt. 4 e 15.

<sup>(106)</sup> Sull'argomento, si cfr., GRANELLI, *Profilo*, cit., *loc. cit.*, spec. 768-69.

<sup>(107)</sup> L'esclusione dei tributi locali è, ad esempio, prevista, oltretutto dalla citata Convenzione con Israele (art. 1), dalle Convenzioni con l'Irlanda, 11 giugno 1971, resa esecutiva con legge 9 ottobre 1974, n. 583, art. 1, e con Trinidad e Tobago, 26 marzo 1971, resa esecutiva con legge 20 marzo 1973, n. 167, art. 2: secondo tali Convenzioni, il regime pattizio si applica soltanto ai tributi prelevati « per conto di ciascuno degli Stati contraenti ». Anche la Convenzione con la Svezia, 20 dicembre 1956, resa esecutiva con legge 13 marzo 1958, n. 280, non si discosta da tale criterio, in quanto prevede, all'art. 2, l'applicazione del proprio regolamento non già ai tributi locali propriamente intesi, sibbene soltanto agli « accessori riscossi insieme all'imposta base e dovuti... alle regioni, alle province, ai comuni ed alle Camere di commercio ».

Dispongono, invece, oltretutto in ordine ai rispettivi tributi statali, anche relativamente a quelli prelevati per conto delle « suddivisioni politiche » e degli « enti locali » di ciascuno degli Stati contraenti, oltre alle citate Convenzioni con la Danimarca, la Finlandia, la Francia, la Norvegia ed i Paesi Bassi, le Convenzioni con il Belgio, 19 ottobre 1970, resa esecutiva con legge 30 luglio 1973, n. 527, e con la Giamaica, 19 marzo 1965, resa esecutiva con legge 18 marzo 1968, n. 654.

È, poi, da sottolineare come abbia perduto ogni rilevanza, ai fini considerati, la distinzione fra enti « commerciali », aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di alcuna fra le attività indicate nell'art. 51 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 598, ed enti « non commerciali », caratterizzati dall'aver come oggetto esclusivo o principale attività non d'impresa: l'imposta periodica colpisce, quindi — salve le esenzioni di cui diremo (*infra*, n. 10) — anche gli enti pubblici e, più in generale, le organizzazioni senza fine di lucro.

Altro punto, sul quale riteniamo opportuno soffermarci, è quello della unitarietà ed autonomia del presupposto, cui la lett. b) dell'art. 2, d.P.R. n. 598 ricollega l'applicazione dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche alle organizzazioni senza personalità giuridica: richiamando, infatti, tale criterio in ordine all'applicazione dell'imposta sull'incremento di valore, potrebbe coltivarsi il dubbio che, a tali effetti, l'unitarietà ed autonomia vada riferita al presupposto di quest'ultimo tributo, e non a quello dell'imposta sul reddito globale. La questione è di notevole importanza, in quanto per il carattere obiettivo, e quindi *naturaliter* unitario ed autonomo del presupposto dell'imposta sui plusvalori immobiliari <sup>(108)</sup>, il riferimento a quest'ultimo potrebbe ricondurre nell'area dell'imponibilità decennale anche gruppi sprovvisti di ogni soggettività collettiva <sup>(109)</sup>, quali, ad esempio, le comunioni indivise. Ma, proprio tale conclusione, palesemente ultronea rispetto ai fini cui la tassazione periodica risulta preordinata, induce a respingere l'ipotizzata soluzione, e, conseguen-

---

(108) Cfr. GRANELLI, *L'imposizione*, cit., loc. cit.

(109) Per una revisione critica di tale nozione, si veda l'opera, invero fondamentale, dell'ANTONINI, *La soggettività tributaria*, Napoli s.d., spec. p. 72 ss.

A nostro avviso, di soggettività collettiva deve discorrersi, in materia tributaria, allorché, non sussistendo la personificazione del gruppo — personificazione che non può assumere carattere settoriale — il presupposto risulti tuttavia *commune pluribus uti universi*, e non — come avverrebbe nel caso di semplice solidarietà — *uti singuli*: in altri termini, quando la fattispecie tributaria faccia capo pur sempre ai singoli, ma non in quanto tali, sibbene in quanto membri di un gruppo organizzato.

temente, a ritenere che la soggettivazione debba riferirsi, anche relativamente al tributo in esame, all'unitarietà ed autonomia dell'attività produttiva di reddito: unitarietà ed autonomia che si identificano, a nostro avviso, con l'esistenza di una organizzazione preordinata ad una funzione « dinamica », e non meramente gestionale.

Con l'ampliarsi della categoria dei soggetti periodicamente imponibili, sembra a noi, inoltre, che risulti aggravato un profilo di illegittimità costituzionale, già ravvisabile, a nostro parere, nel previgente assetto della materia <sup>(110)</sup>: considerata, infatti, la progressività delle aliquote, risulta che, per l'essere alle società ed agli enti consentito lo scaglionamento del periodo incrementativo in separati decenni, l'onere complessivo dell'imposta incide, come già abbiamo osservato (*supra*, n. 6), nel caso di trasferimenti di immobili da parte di soggetti che ne abbiano la titolarità da oltre dieci anni, più gravosamente per le persone fisiche. A nostro avviso, tale sperequazione potrebbe essere agevolmente eliminata con un espediente assai semplice: quello di consentire ai soggetti, diversi da quelli obbligati al pagamento dell'imposta periodica, *la facoltà* di presentare, ogni dieci anni, la dichiarazione per gli immobili di loro proprietà.

Alla trattazione dei soggetti passivi attiene, altresì, la problematica relativa alla solidarietà tributaria <sup>(111)</sup>: solidarietà che è stabilita, dall'art. 26 del decreto, tra gli alienanti e tra i beneficiari del trasferimento, allorquando la condizione di imponibilità si verifichi simultaneamente e paritariamente. A nostro parere, la specifica previsione del vincolo solidale con riferimento alla comunione dell'alienazione o del trasferimento si è resa necessaria, in quanto, in mancanza di una apposita statuizione, la solidarietà avrebbe potuto ipotizzarsi riguardo alle sole fattispecie, in cui vi fosse comunione, oltreché del trasferimento, dell'acqui-

---

<sup>(110)</sup> Cfr., infatti, GRANELLI, *Profilo giuridico*, cit., loc. cit., spec. 774.

<sup>(111)</sup> Sull'argomento in generale, si cfr., FANTOZZI, *La solidarietà nel diritto tributario*, Torino 1968.

sto. Infatti, poiché la solidarietà ha il proprio fondamento generale nella cosiddetta *eadem causa debendi* (art. 1294), essa appare configurabile, in materia tributaria, allorché più soggetti passivi abbiano paritariamente partecipato al presupposto, cui si ricollega la rilevazione della capacità contributiva: situazione, questa, che, riguardo al tributo in esame, si manifesta soltanto nell'ipotesi in cui sussista, rispetto a più titolari, l'identità dell'intero periodo incrementativo <sup>(112)</sup>.

Va, infine, fatto cenno al divieto di traslazione dell'onere dell'imposta, posto dall'art. 27 del decreto. Nessun problema, per quanto concerne il patto di trasferimento dell'onere, dichiarato nullo *ope legis*. Qualche dubbio, può, invece, configurarsi riguardo all'ipotesi della traslazione occulta, attuata mediante aumento del prezzo di vendita: al riguardo, è opportuno rammentare come, secondo qualche precedente giurisprudenziale formatosi in riferimento all'analogo divieto previsto per l'imposta sul plusvalore delle aree edificabili, anche in tal caso il divieto si renderebbe operante, legittimando l'esperimento dell'azione di riduzione del prezzo <sup>(113)</sup>.

---

<sup>(112)</sup> *Amplius*, con riferimento all'abrogata imposta sul plusvalore delle aree: GRANELLI, *Osservazioni in tema di solidarietà per debito d'imposta nei riflessi della tassazione comunale delle aree fabbricabili*, in *Boll. trib. inf.*, 1967, 1657 ss.

<sup>(113)</sup> Trib. Firenze, 26 gennaio 1966, in *Dir. e prat. trib.* 1967, II, 59, con nota di GRANELLI, *In tema di traslazione dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili*.

Sull'operatività del divieto anche nei riflessi dell'imposta retroattiva, e sulla persistenza della nullità pur dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale, vedansi: App. Firenze, 16 maggio 1967, in *Dir. e prat. trib.* 1969, II, 363, con nota di GRANELLI, *In tema di traslazione dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili, di azione di rimborso dell'imposta retroattiva e di legittimazione a ricorrere*; Cass., sez. I civ., 11 dicembre 1974, n. 4181, in *Giur. it.* 1975, I, 1, con nota di GRANELLI, *L'imposizione degli incrementi*, cit.,

Si veda inoltre, con riferimento al contributo di miglioria specifica: Cass., sez. I civ., 19 gennaio 1973, n. 198, in *Mass. giur. it.* 1973, 61, che ha ritenuto incorrere nel divieto la traslazione « in avanti », e non, invece, quella « all'indietro », intesa a far ricadere il relativo onere sul venditore, che avesse alienato l'arca dopo il 1° gennaio dell'anno antecedente alla delibera di dar corso all'opera pubblica, ma prima dell'istituzione del contributo.

9. Avuto riguardo alla destinazione del gettito d'imposta, la posizione di soggetto attivo compete all'amministrazione comunale.

Il comune partecipa altresì, con propria deliberazione, alla determinazione degli elementi dell'imposizione, ad esso spettando, entro limiti prestabiliti, la fissazione delle aliquote, secondo il procedimento descritto all'art. 13: in mancanza di tale deliberazione, che deve essere adottata entro il 1° agosto dell'anno precedente e comunicata, voltagché sia divenuta esecutiva, al Ministro, le aliquote restano fissate nella misura minima di legge. Va, poi, sottolineato che la deliberazione, dovendo essere adottata « con riguardo da una parte alle esigenze finanziarie anche in riferimento all'ultimo bilancio approvato ed alle ulteriori esigenze di spesa, e, dall'altra, alle condizioni dell'economia locale », dovrà essere adeguatamente motivata in linea di opportunità <sup>(114)</sup>.

La dissociazione, operata dal meccanismo applicativo dell'imposta, fra la soggettività attiva e il potere di accertamento e riscossione del tributo, ingenera delicati problemi riguardo alla ripetizione dell'imposta, che si assuma indebitamente pagata.

Va precisato, infatti, che, secondo autorevoli prospettazioni, il d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, portante revisione del contenzioso tributario, inquadra anche la *condictio indebiti* entro lo schema del giudizio sugli atti (di annullamento) <sup>(115)</sup>, o, quantomeno, deduce l'esistenza di un atto di imposizione a presupposto dell'azione tributaria <sup>(116)</sup>. Nel caso in cui l'imposta sia stata pa-

(114) Si cfr., con riferimento alla fissazione dell'aliquota del contributo di miglioria: Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 1967, n. 663, in *Dir. e prat. trib.* 1968, II, 519, con nota di GRANELLI, *Questioni varie in tema di istituzione del nuovo contributo di miglioria specifica*.

(115) COCIVERA, *La nuova disciplina del contenzioso tributario*, Milano 1973, p. 43 ss.

(116) RUSSO, *Il nuovo processo tributario*, vol. I, Milano 1974, p. 581 ss. In prospettiva analoga si colloca il POTITO, *Azione di accertamento e ripetizione dell'indebito in materia tributaria*, in *Riv. dir. fin. e sc. ft.* 1974, I, 123 ss., ove afferma che la ripetizione dell'indebito tributario è in ogni caso soggetta allo speciale procedimento



gata senza preventiva imposizione, ovvero nell'ipotesi in cui il contribuente affermi sopravvenuto il diritto alla restituzione (si pensi, per fare un esempio *in subiecta materia*, alla sopraggiunta dichiarazione di nullità di un atto di trasferimento immobiliare), il ricorso alle Commissioni — unico rimedio consentito in ipotesi, per l'essere venuta meno ogni possibilità di adire al giudice ordinario in prima istanza — dovrebbe essere proposto contro il rifiuto (tacito ed espresso) di restituzione della somma: rifiuto da provocare attraverso apposito atto di intimazione, diretto « all'amministrazione ». Ora, non può dubitarsi che l'amministrazione, nei cui confronti opera la messa in mora, sia quella stessa, cui compete l'accertamento: eppertanto, la domanda di restituzione dell'Invim sarà presentata all'Ufficio del registro, e l'eventuale ricorso verrà proposto in suo contraddittorio. Non v'ha dubbio, tuttavia, che, nel caso di accoglimento del ricorso, il comune si troverà obbligato alla restituzione della somma acquisita, con il risultato abnorme che — in mancanza di istituti atti a garantire la sua partecipazione al giudizio — esso subirà gli effetti di un giudicato intervenuto *inter alios*. E, d'altro canto, pur nell'ambito dell'opposta teorizzazione, secondo la quale il provvedimento di cui al citato art. 16 non escluderebbe la immediata esperibilità dell'azione di rimborso avanti al giudice ordinario, allorquando il pagamento abbia avuto luogo senza imposizione <sup>(117)</sup>, la difficoltà permane, posto che passivamente legittimata resterebbe pur sempre la sola amministrazione finanziaria.

Quest'ultimo rilievo introduce alcune considerazioni critiche in ordine ai meccanismi relativi all'accertamento dell'imposta.

Il sistema prescelto è quello, ormai comune, della dichiarazione controllata <sup>(118)</sup>: dichiarazione che il contribuente deve pre-

---

avanti alle Commissioni: procedimento che postula, per l'appunto, o l'atto d'imposizione, o l'equipollente silenzio.

<sup>(117)</sup> Cfr., TESAURO, *Il rimborso dell'imposta*, Torino 1975, p. 267 ss.

<sup>(118)</sup> Su tale procedimento, vedasi, MICHELI, *Corso*, cit., p. 153 ss.; IO., *Consi-*

sentare, nei termini e con le modalità di legge, al competente Ufficio del registro (art. 18). E va rammentato, al riguardo, che l'art. 7, comma 2° della legge n. 694 del 1975, disciplinando le modalità di presentazione della dichiarazione tributaria da parte delle società e degli enti « ai quali l'imposta viene estesa per effetto dell'art. 1 », dispone che, relativamente agli immobili per i quali il primo decennio sia già scaduto alla data del 1° gennaio 1976, la dichiarazione debba essere presentata entro il 31 luglio 1976, e, successivamente, « entro il 31 luglio dell'anno di compimento di ogni ulteriore decennio ». Tale disposizione, coordinata con il comma precedente, che fissa al 1° gennaio 1976 la decorrenza dell'efficacia del nuovo regime, porta a identificare il periodo di prima applicazione del tributo, per i soggetti chiamati *ex novo* alla tassazione periodica, nel decennio 1° gennaio 1966-31 dicembre 1975: si verifica pertanto, rispetto alle « società immobiliari di gestione » precedentemente tassabili, uno slittamento di un anno dell'intervallo incrementativo. È, quindi, appena il caso di osservare che queste ultime società non sono, per effetto della nuova disciplina, rimesse in termini per presentare la dichiarazione, che, per il riguardare il diverso periodo 1° gennaio 1965-31 dicembre 1974, avrebbe dovuto essere resa entro il 31 marzo 1975. Questo sfasamento dei periodi incrementativi, inoltre, è destinato a perpetuarsi nel tempo, in quanto, per gli immobili che al 1° gennaio 1975 appartenessero da almeno un decennio a società di gestione, i successivi decenni continueranno a scadere un anno prima di quelli relativi ad immobili appartenenti ad altre società o enti.

La macchinosità di questo sistema sembra a noi oltremodo criticabile: essa conduce, infatti, a mantenere in vita, sia pure ai limitati effetti della scansione temporale dell'incremento, la categoria delle società di gestione, con conseguenti prevedibili esiti contenziosi. Meglio sarebbe stato, a nostro avviso, istituire

---

*derazione sul potere tributario d'accertamento nelle nuove leggi d'imposta*, in *Riv. dir. fn. e sc. fn.* 1974, I, 621 ss

un qualche criterio di unificazione, il quale consentisse di realizzare, anche nelle ipotesi considerate, quella omogeneità di trattamento che già sussiste per gli immobili acquistati successivamente al 1° gennaio 1966.

La legge prevede un meccanismo di partecipazione del comune all'accertamento: ma è subito da notare come siffatta partecipazione non sia totale, sibbene limitata a talune ipotesi applicative del tributo (si esclude, infatti, la tassazione decennale); e, almeno stando ad autorevoli interpretazioni, ad alcuni elementi soltanto della materia imponibile, dovendosi escludere qualsiasi possibilità di interloquire sul valore attuale, determinato ai fini dell'imposta di registro, di donazione o di successione <sup>(119)</sup>.

Con i suddetti limiti, il comune può, entro 90 giorni, formulare motivate proposte di rettifica, comportanti la liquidazione di una maggiore imposta. Ove a tali proposte l'ufficio non ritenga di accedere, gli atti vengono rimessi all'U.T.E., il quale formula motivate proposte all'Ufficio del registro per gli adempimenti di competenza»: disposizione, questa, che porta a negare, alle determinazioni dell'U.T.E., qualsiasi efficacia vincolante, qualificandole alla stregua di un semplice parere tecnico.

Sulla funzione esercitata dal comune attraverso la formulazione delle proposte sussistono numerose incertezze <sup>(120)</sup>. Escluso, infatti, che tale funzione manifesti l'esercizio di una potestà impositiva, essendo questa interamente affidata all'Ufficio del registro, possono ipotizzarsi diverse soluzioni.

Innanzitutto, potrebbe ritenersi che il comune dispieghi una attività meramente consultiva, esprimendo un « parere » in senso tecnico; ma tale costruzione ci sembra da escludere, in quanto appare in contrasto con la specifica « direzione » impressa all'intervento del comune, che può esercitarsi soltanto nel senso di un aumento dell'imposta: segno, questo, che tale intervento non ha

---

<sup>(119)</sup> FILIPPI, *L'imposta*, cit., p. 158.

<sup>(120)</sup> Cfr., sull'argomento, l'ampio studio del TREMONTI, *Alcuni aspetti della partecipazione dei comuni all'accertamento tributario*, in *Boll. trib. inf.* 1974, 293 ss.

carattere strettamente obiettivo, ma esponenziale di un interesse dell'amministrazione proponente <sup>(121)</sup>. Parimenti, sembra da negare che la situazione possa farsi rientrare entro lo schema del « concerto » <sup>(122)</sup>: ed infatti, se è pur vero che tale istituto costituisce lo strumento tipico di ponderazione di interessi comprimari e distinti, è altrettanto indubitabile che esso presuppone l'esercizio di facoltà discrezionali, insussistenti rispetto all'attività impositiva <sup>(123)</sup>. Ancora, potrebbe farsi riferimento alla figura dell'atto complesso, ricorrente allorquando alla formazione di un medesimo atto-provvedimento concorrono determinazioni di più autorità amministrative, investite di distinti poteri <sup>(124)</sup>: ma anche a tale soluzione osta il rilievo che la « proposta » del comune, ben lungi dall'influire direttamente sul contenuto dell'atto impositivo, ne condiziona soltanto il procedimento, rendendo necessaria la previa richiesta del parere dell'U.T.E.

Quale che sia, peraltro, la configurazione teorica dell'istituto, esso non pare assolvere alla funzione per la quale è stato introdotto nell'ordinamento: funzione, come si è visto, rappresentativa e garentistica dell'interesse del comune alla percezione della giusta imposta <sup>(125)</sup>.

Infatti, anche a voler prescindere dalla considerazione delle ipotesi (imposta decennale) rispetto alle quali la partecipazione non si rende operante, e degli elementi (valori accertati ai fini delle imposte erariali indirette) sui quali essa non influisce, sembra decisivo osservare che l'interesse della civica amministrazione, rilevante nella fase dell'accertamento, non trova, poi, alcuno strumento di tutela nell'ambito del contenzioso tributario, che si svolge in un contraddittorio dell'Ufficio erariale e del contribuente. Ciò, almeno, nelle ipotesi in cui si neghi, come sembra di dover

<sup>(121)</sup> GRANELLI, *La finanza locale*, cit., loc. cit., spec. 2026-17.

<sup>(122)</sup> Cfr., CORREALE, *Contributo allo studio del concerto*, Padova 1974, p. 103 ss.

<sup>(123)</sup> TREMONTI, *Alcuni aspetti*, cit., loc. cit., spec. 300-301.

<sup>(124)</sup> Cfr.: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 1970, p. 829 ss.; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1969, 10<sup>a</sup> ed., p. 384 ss.

<sup>(125)</sup> GRANELLI, *La finanza locale*, cit., loc. ult. cit.

fare — ma la questione meriterebbe ulteriore approfondimento — il potere del comune di ricorrere contro l'accertamento, o di dispiegare intervento autonomo nel processo tributario istauratosi a seguito della impugnazione proposta dal contribuente.

Nel caso in cui l'imposta in esame venga applicata congiuntamente ai tributi di registro o di successione, il relativo avviso di accertamento è notificato, dal competente Ufficio del registro, nei termini e con le modalità stabilite per il corrispondente tributo erariale; mentre il termine per la rettifica delle spese imputabili a maggiorazione del valore iniziale, denunciate in sede di successione, decorre dalla data della denuncia successoria.

Particolari termini di decadenza vengono, invece, stabiliti per le ipotesi in cui l'accertamento del tributo *de quo* abbia luogo autonomamente: vale a dire per l'applicazione periodica, rispetto alla quale il termine è fissato in tre anni decorrenti dalla data di presentazione della dichiarazione, e per i trasferimenti immobiliari soggetti all'applicazione dell'Iva, nel qual caso — come già statuiva la precedente formulazione dell'art. 20 — l'accertamento andrà notificato entro il 31 dicembre del comma 4° successivo a quello della dichiarazione.

È, poi, il caso di ricordare che, per la notificazione dell'accertamento officioso, in tutte le ipotesi di omessa dichiarazione, il termine è di cinque anni.

10. Ulteriori rilevanti innovazioni sono state introdotte in materia di esenzioni e riduzioni di imposta dall'art. 3 della legge n. 694, che ha profondamente modificato l'art. 25 del decreto istitutivo, nel testo già sostituito con il ricordato d.p.r. n. 688 del 1974.

Il sistema delle esenzioni, risultante da tale rielaborazione, presenta due fondamentali categorie di benefici, riferibili alle due diverse ipotesi applicative del tributo: il trasferimento per atto tra vivi o *mortis causa* dall'una parte, la titolarità decennale da parte di società ed enti equiparati dall'altra.

Sotto il primo profilo, va segnalato innanzitutto, il riconoscimento dell'esenzione totale dall'imposta, già accordata per i trasferimenti *mortis causa* di fondi rustici nell'ambito della famiglia colonica, anche per i trasferimenti per atto tra vivi: esenzione che, data l'ampiezza della formula usata, deve ritenersi operante, nell'ambito predetto, non soltanto riguardo ai trasferimenti gratuiti, ma anche alle ipotesi di cessioni a titolo oneroso.

Opposto criterio è seguito, invece, riguardo alle agevolazioni fiscali che la legge in considerazione ha introdotto a favore di corrispondenti regimi di favore, previsti dal d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 637, istitutivo dell'imposta sulle successioni e donazioni, e dalle successive modificazioni di cui all'1. 2 dicembre 1975, n. 576. Infatti, al fine di agevolare dall'un lato il trasferimento di patrimoni di modesta entità, dall'altro, a parità di valore, quelli realizzantisi nell'ambito del nucleo familiare, l'originaria disciplina del predetto tributo già mandava esenti dalla componente globale dell'aliquota dell'imposta i trasferimenti di valore inferiore a 20 milioni, disponendo, inoltre, l'inapplicabilità della componente relativa alle singole quote alle devoluzioni in favore del coniuge o di parenti in linea retta (art. 6 d.p.r. n. 637, cit.). Tali agevolazioni sono state, poi, ulteriormente accentuate, a decorrere dal 5 dicembre 1975, per effetto dell'art. 32 della citata legge n. 576, che ha elevato da 20 a 30 milioni la predetta fascia esente. Corrispondenti benefici non furono, peraltro, istituiti riguardo all'imposta sul plusvalore degli immobili, la quale, pur essendo deducibile dal tributo di successione o donazione fino a concorrenza della parte di questa proporzionale al valore degli immobili trasferiti (artt. 19 e 55, ult. comma d.p.r. n. 637 cit.), costituisce un prelievo del tutto autonomo, e non già una componente dell'imposta successoria, come avverrebbe se si facesse luogo ad un conguaglio: infatti, nel caso in cui l'imposta in esame superi l'ammontare del tributo sulle successioni o donazioni, esso resta interamente dovuto.

Su ciò, non mancarono di appuntarsi le critiche della dottrina. Qualche autore ebbe, infatti, a rilevare che il sistema testé descritto, con il frustrare le esenzioni e riduzioni riconosciute ai fini dell'imposta di trasferimento, determinava dall'una parte, a parità di valore, un ingiustificato trattamento di minor favore per le devoluzioni immobiliari, e produceva, dall'altra, un effetto regressivo, in quanto il vantaggio della deduzione dell'imposta sul plusvalore, addirittura nullo per le successioni e donazioni esenti, veniva avvertito, sino ad un certo limite, in misura crescente con il crescere del valore imponibile ai fini dell'imposta di successione o donazione <sup>(126)</sup>.

A nostro avviso, tali rilievi, pur apprezzabili da un punto di vista strettamente economico, non erano tuttavia idonei a fondare, sul piano giuridico, riserve in ordine alla legittimità costituzionale del tributo. Qualificata, infatti l'imposta sul plusvalore come tributo gravante non già sul trasferimento (semplice *occasio impositionis*), ma sull'obiettiva valorizzazione dell'immobile, rilevata rispetto a un determinato periodo, la completa separazione del regime dei due tributi appariva pienamente giustificata dalla diversità dei rispettivi titoli di prelievo <sup>(127)</sup>.

Tuttavia, la legge n. 694, riflettendo, a nostro avviso, una valutazione di mera opportunità, e non un vincolo di natura costituzionale, ha introdotto due nuovi ordini di benefici, peraltro limitandoli al caso di trasferimento *mortis causa*: innanzitutto, sono dichiarati esenti gli immobili il cui valore complessivo non superi la soglia dei 30 milioni; secondariamente, l'imposta viene dimezzata per i trasferimenti in linea retta o a favore del coniuge.

Ora, è nostro convincimento che tale compromissoria soluzione, ben lungi dall'eliminare la rilevata incongruenza, l'abbia anzi ulteriormente aggravata, (« pezo el tacòn del bucio »!...), conferendole un preciso rilievo sul piano costituzionale: per l'es-

---

<sup>(126)</sup> Così lo SCIBELLI, *Miti e paradossi del binomio Invim-successioni*, in *Boll. trib. inf.* 1975, 1342 ss.

<sup>(127)</sup> Cfr., in senso conforme, SPADA e VOIELLO, *L'imposta*, cit., p. 222.

sere infatti, il beneficio limitato alle sole devoluzioni *mortis causa*, non v'ha dubbio che i criticati effetti permangano riguardo ai trasferimenti a titolo gratuito, così legittimando il sospetto di una violazione degli artt. 3 e 53 Cost., sotto il profilo della lesione del principio di eguaglianza. Vero è, infatti, che le successioni *mortis causa* e le liberalità costituiscono, nonostante le analogie e connessioni in esse rilevabili, titoli di trasferimento affatto diversi (basti por mente al rilievo che, in questo secondo caso, il trasferimento si produce per effetto di un negozio giuridico, mentre nel primo esso si ricollega al mero fatto naturale della morte), e quindi astrattamente differenziabili: ma tale rilievo potrebbe perdere, a nostro avviso, ogni pregio aspetto della considerazione che, nella specie, tali vicende risultano completamente equiparate non soltanto ai fini dello specifico tributo che le colpisce — ciò non escluderebbe, invero, un diverso trattamento in altra materia — ma anche, e questo è quel che più conta, proprio agli effetti dell'imposizione del plusvalore.

Certo, non vanno ignorati i pericoli di elusione del tributo, insiti nell'estensione del beneficio agli atti di liberalità: possibilità ad esempio, di frazionare un trasferimento gratuito di ingente valore in più atti di donazione, tutti di valore inferiore alla « soglia di imponibilità »; o di rendere la vendita di immobili intassabile agli effetti del plusvalore, o soggetta a una tassazione fortemente attenuata, attraverso la previa donazione di essi al coniuge od a parenti in linea retta, i quali, rivendendolo pochi giorni dopo, non darebbero praticamente luogo a materia imponibile. È, tuttavia, nostro convincimento che tali indesiderate strumentalizzazioni del beneficio avrebbero potuto essere evitate mediante opportuni accorgimenti, in analogia, del resto, con quanto praticato proprio relativamente all'imposta sulle successioni: si veda, ad esempio, l'art. 7, comma 4° del relativo decreto.

Relativamente all'applicazione dell'imposta periodica, la estensione delle fattispecie esentive e, più in generale, agevolative, si presenta come una necessaria conseguenza dell'ampliamento



dell'area di imponibilità: il contenuto innovativo della legge in esame si concreta quindi per questa parte, a prescindere dagli apprezzabili ritocchi di carattere formale, nella previsione di particolari benefici riguardo a situazioni che, nell'ambito del sistema *quo ante*, non costituivano fattispecie imponibili.

Va, infatti, preliminarmente sottolineato come, proprio in dipendenza ed a seguito della generalizzazione dell'imposizione periodica, la normativa in esame preveda quali fattispecie esentive due ipotesi che, nell'ambito del precedente sistema, circoscrivente tale imposizione alle società esercenti mera gestione di immobili, erano invece dichiarate intassabili per esclusione dell'elemento soggettivo: quella degli immobili appartenenti a cooperative edilizie (<sup>128</sup>) e relativi consorzi e, più in generale, ai soggetti indicati ai nn. 3, 7 e 15 dell'art. 16, t.u. 28 aprile 1938, n. 1165, e quella dei beni appartenenti a società di locazione finanziaria (<sup>129</sup>). Sul primo punto, osserviamo che, attraverso il riferimento, alle norme richiamate del citato t.u., i beneficiari della esenzione andrebbero individuati, oltreché negli istituti autonomi per le case popolari (n. 3) e nelle « cooperative per la costruzione e l'acquisto di case popolari ed economiche a favore dei propri soci » (n. 7), nell'Istituto nazionale per le case ai maestri (n. 15)... Tuttavia, la stranezza di siffatta ultima previsione ci fa dubitare di trovarci in presenza di un *lapsus calami* legislativo: probabilmente, il richiamo dovrà intendersi riferito al n. 13 « enti e società costituiti con lo scopo di costruire, senza finalità di lucro, case popolari da assegnare in locazione con patto di futura vendita e di riscatto ». Sia ben chiaro, nulla abbiamo contro i maestri, benemerita categoria: ma non riusciremmo a comprendere, ove effettivamente si fosse inteso dichiarare esente l'Isti-

---

(<sup>128</sup>) Sul trattamento delle cooperative nella diversa ipotesi di assegnazione, si cfr., da ultimo, D'ERRICO, *Assegnazione di alloggio o socio di cooperativa edilizia: regolamentazione tributaria indiretta*, in *Boll. trib. inf.* 1976, 202 ss.

(<sup>129</sup>) Sull'argomento, vedasi: FANTOZZI e ALDERIGHI, *La disciplina fiscale della locazione finanziaria*, in *Quaderni di Giur. comm.*, Milano 1975, p. 161 ss., spec. 160 ss.

tuto predetto, per quale ragione si sarebbero esclusi gli analoghi istituti, elencati dallo stesso art. 16, e concernenti categorie non meno benemerite, quale, ad esempio, quella dei giornalisti (n. 11). D'altro canto, è nostro convincimento che siffatta previsione esentiva sarebbe del tutto superflua, postoché già ricadente nella specifica esenzione in favore degli enti « non commerciali », di cui diremo tra breve. È, poi, da porre in opportuna evidenza che la nuova formulazione dell'art. 25 fa venir meno il requisito, prescritto invece, ai fini dell'esclusione della soggettività, dall'art. 3, nel testo modificato *ex d.p.r.* n. 688 del 1974, precedentemente in vigore, del carattere « a proprietà indivisa » della cooperativa <sup>(130)</sup>. Quanto alle società che esercitano esclusivamente attività di locazione finanziaria (le cosiddette « società di *leasing* ») l'esenzione, limitata ai soli fabbricati, si presenta come un caso specifico di quella prevista, come vedremo, in via generale per gli immobili destinati all'esercizio di attività commerciali, ma con la particolarità che essa viene applicata anche per i fabbricati dati in locazione.

La più ampia esenzione è poi riconosciuta agli immobili di proprietà dello Stato, delle regioni, delle province, dei comuni, e dei loro consorzi ed associazioni, purché queste ultime, dotate di personalità giuridica.

Quanto agli enti non commerciali, aventi nel territorio dello Stato la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale, l'esenzione spetta limitatamente agli immobili « destinati all'esercizio delle attività istituzionali », e purché tale destinazione sia in atto da non meno di otto anni: gli immobili non aventi tale specifica destinazione, o aventila da meno di otto anni, scontreranno, quindi, l'imposizione periodica, essendo gli enti in questione investiti (cfr. *supra*, n. 1) della soggettività passiva, ma beneficeranno, come diremo, della riduzione dell'imposta.

---

<sup>(130)</sup> Sul punto, in senso critico, M. RUSSO, *Le esenzioni fiscali quali manifestazioni di privilegio politico*, in *Boll. trib. inf.* 1975, 1178 ss., spec. 1182 ss.

Alla medesima condizione del permanere della destinazione agevolata da non meno di otto anni sono assoggettate le esenzioni riconosciute in dipendenza di particolari destinazioni considerate di pubblico interesse. La prima di tali ipotesi riguarda gli immobili totalmente destinati allo svolgimento, da parte dello stesso proprietario od enfiteuta, di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, culturali, ricreative o sportive. Su ciò, mette conto di rilevare come, a nostro avviso, il requisito della totale destinazione debba intendersi nel senso non già che l'intero immobile debba essere utilizzato per le attività considerate, ma che tale destinazione debba essere, anche per parti di esso, esclusiva, con conseguente inapplicabilità del beneficio per gli immobili nei quali le predette attività siano svolte promiscuamente con altre: qualora, ad esempio, una società, proprietaria di un edificio, abbia destinato ad attività didattiche o culturali il primo piano di esso, e dato in locazione gli altri, sconterà l'imposta limitatamente a questi ultimi; mentre nessuna esenzione competerebbe nel caso che essa utilizzasse i medesimi locali, oltretutto per lo svolgimento di tali attività, per altri impieghi non agevolati. La collocazione della norma esentiva, e, soprattutto, la previsione, riguardo ad essa, del medesimo requisito di durata minima della destinazione, prescritto per altre ipotesi di destinazione non lucrativa, ci induce inoltre a ritenere che l'esenzione di che trattasi competa soltanto nell'ipotesi in cui le attività considerate non abbiano luogo nell'esercizio di un'impresa commerciale: in quest'ultimo caso, infatti, si ricade nella diversa ipotesi esentiva, prevista per i fabbricati destinati a tali attività. In altri termini, mentre beneficerebbe dell'esenzione l'associazione culturale o ricreativa che, in locale di sua proprietà, effettui proiezioni cinematografiche, l'esenzione dovrà invece negarsi nel caso di esercizio, da parte di società commerciali, di una normale sala cinematografica. Per converso, nell'ipotesi in cui le predette attività, come pure altre attività di natura politica o sindacale, siano svolte da particolari soggetti, riconosciuti nel-

l'ambito del diritto pubblico (partiti politici rappresentati nelle assemblee nazionali o regionali, organizzazioni nazionali legalmente riconosciute, sindacati rappresentati nel C.N.E.L., società di mutuo soccorso), l'esenzione è accordata indipendentemente dalla titolarità dell'immobile, e, quindi, anche nel caso in cui il soggetto proprietario od enfiteuta l'abbia ceduto in locazione ad alcuno degli enti considerati. Una ulteriore ipotesi, in ordine alla quale l'esenzione è subordinata al requisito della durata minima di otto anni, è, infine, quella degli immobili destinati all'esercizio del culto, « purché compatibile con le disposizioni degli artt. 8 e 19 della Costituzione ».

Particolarmente tormentata, per i numerosi problemi cui prevedibilmente darà luogo, è la materia dell'ulteriore esenzione, prevista a favore « dei fabbricati destinati all'esercizio di attività commerciali e non suscettibili di diversa destinazione senza radicale trasformazione e degli immobili destinati all'esercizio di cave e torbiere e relative pertinenze, sempreché l'attività commerciale sia esercitata direttamente dal proprietario o dall'enfiteuta ».

Va sottolineata, preliminarmente, la contrapposizione tra la più ampia esenzione riconosciuta per la generalità degli immobili destinati all'esercizio di cave e torbiere, e quella accordata, invece, per le altre attività commerciali, relativamente ai soli fabbricati: una argomentazione soverchiamente restrittiva, la quale pretendesse di associare l'aggiunta delle « relative pertinenze » all'esercizio di cave e torbiere, anziché all'intero contenuto della norma, condurrebbe ad escludere dall'esenzione, relativamente alle attività commerciali in genere, anche le « aree di pertinenza » degli edifici agevolati. A nostro avviso, tuttavia, l'ipotizzata restrizione non sarebbe giustificabile, dovendosi considerare incluse nel concetto stesso di fabbricato le parti di suolo (parcheggi, depositi all'aperto, ecc.) che risultino strutturalmente preordinate al suo servizio <sup>(131)</sup>: onde non riteniamo di poter

(131) Si cfr., ad es., G.p.a. Savona, 29 ottobre 1973, in *Boll. trib. inf.* 1974, 1180.

dubitare che l'espressione « e relative pertinenze » si riferisca tanto ai fabbricati destinati all'esercizio di attività commerciali, come agli immobili destinati all'esercizio di cave e torbiere.

Parimenti, va riferita ad entrambe le ipotesi, e non soltanto alla seconda, la condizione che l'attività sia esercitata « direttamente dal proprietario o dall'enfiteuta »: infatti, poiché la *ratio* dell'esenzione trova fondamento, nell'uno come nell'altro caso, nel carattere « strumentale » dei beni considerati, rispetto all'attività del soggetto passivo (onde sembra sussistere una sorta di parallelismo fra il contenuto dell'art. 40, d.p.r. 29 settembre 1974, n. 597, richiamato *in parte qua* dall'art. 5, comma 2° del coevo d.p.r. n. 598, e la norma in esame), essa non può che venire meno allorché gli immobili stessi non rivestano tale specifica natura. Della esattezza di tale principio trovasi, del resto, puntuale conferma nella espressa estensione del beneficio ai fabbricati dati in locazione da parte delle « società di *leasing* ». Non ci nascondiamo, tuttavia, che tale limitazione, per se ineccepibile, può dare luogo, in sede applicativa, a qualche perplessità. Si pensi al caso, assai frequente, delle stazioni di distribuzione di carburante, dati dalle società petrolifere in comodato ai singoli gestori: come negare a siffatti immobili il carattere di « fabbricati... non suscettibili di diversa destinazione », e strumentali rispetto all'attività esercitata dalla società comodante...?

Quanto al requisito della insuscettibilità di diversa destinazione senza radicale trasformazione, esso non abbisogna di particolari chiarimenti. Giova, piuttosto, soffermarsi sulla nozione di « esercizio di attività commerciali », in ordine alla cui identificazione si prospetta l'alternativa tra il riferimento al più limitativo concetto di impresa commerciale, desumibile dall'art. 2195 cod. civ., e quello, più ampio di « attività di impresa », enunciato dall'art. 51, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 597, e comprendente, oltre alle attività di cui al citato art. 2195 « anche se non organizzate in forma di impresa », le prestazioni di servizi a terzi, « se organizzate in forma d'impresa », l'allevamento di animali

con mangimi non ottenuti per almeno un quarto dal terreno, e la manipolazione, trasformazione e alienazione di prodotti agricoli e zootecnici non rientranti nel normale esercizio dell'agricoltura ». A nostro avviso, va accolta questa seconda soluzione: né sembra, alla stessa, di ostacolo la circostanza che la norma esentiva menzioni espressamente l'esercizio di cave e torbiere, che pure è annoverato, dal citato art. 51, fra le attività di impresa, dappoiché tale menzione trova il proprio fondamento non già nel rilievo che siffatte ipotesi non siano per sè ricomprese nella nozione di « attività commerciali », sibbene nell'esigenza di differenziarne, come s'è visto, il trattamento agevolativo, estendendolo agli immobili diversi dai fabbricati.

Circa l'esercizio di cave e torbiere, è infine da osservare come la norma non preveda, a ragion veduta, l'ipotesi dell'esercizio di attività minerarie: infatti, a norma dell'art. 826 cod. civ. le miniere, a differenza delle cave e torbiere, che possono restare nella proprietà del privato fin tanto che non gliene venga sottratta la disponibilità, fanno, *ipso iure*, parte del patrimonio indisponibile dello Stato <sup>(132)</sup>, e godono, sol per questo, di un diverso titolo di esenzione.

Ulteriori esenzioni dal prelievo periodico sono, infine, previste per gli immobili di proprietà degli enti di sviluppo, di cui al d.p.r. 14 febbraio 1966, n. 257, e della Cassa per la formazione di « attività commerciali », istituita con il d.l.C.p.S. 5 marzo 1948, n. 121.

Sempre relativamente alla tassazione periodica, sono poi previste riduzioni dell'imposta.

Innanzitutto, per gli immobili di proprietà degli enti « non commerciali » soggetti all'imposta sul reddito globale delle persone giuridiche, i quali non siano destinati all'esercizio di attività di istituto, e non godano, quindi, dell'esenzione, il tributo è ridotto del 50 %, e dell'80 % qualora si tratti di enti che ge-

---

<sup>(132)</sup> Cfr., D'AVANZO, *Miniere, cave, torbiere*, in *Noviss. dig. it.*, vol. X, Torino 1968, p. 699 ss., spec. 703.

stiscano forme di previdenza od assistenza sociale a norma della legge 30 aprile 1969, n. 153.

Una riduzione del 60 % è poi prevista relativamente agli immobili, terreni o fabbricati, che siano destinati ad attività agricole o forestali esercitate direttamente e continuativamente dal proprietario o dall'enfiteuta, e sempreché essi non trovino diversa destinazione in piani urbanistici particolareggiati o in lottizzazioni convenzionate. Al riguardo, dobbiamo manifestare non poche né lievi perplessità per il trattamento peggiore dalla legge in esame riservato alle attività agricole, beneficianti della riduzione, in confronto di quelle commerciali, cui è, invece, riconosciuta la totale esenzione. La sperequazione risulta, per la verità, fortemente attenuata per effetto dell'interpretazione, da noi difesa, secondo cui debbono intendersi come commerciali, ai fini considerati, tutte le attività indicate dall'art. 51, d.p.r. n. 597 del 1973: tale interpretazione porta, infatti, a ricollegare l'esenzione all'esercizio di tutte le attività che, come avviene di norma allorché esse facciano capo a società, eccedono il normale ciclo dell'agricoltura. Ma, pur con la predetta limitazione, sembra a noi che tale diversità di trattamento possa concretare una violazione degli artt. 3 e 53 Cost.: né possiamo esimerci dal ricordare, a questo riguardo, che la stessa Corte costituzionale, pronunciandosi in riferimento all'art. 31 della precedente legge tributaria sulle successioni di cui al d.p.r. 30 dicembre 1923, n. 3270, ha già avuto occasione di dichiarare illegittime le disposizioni che ingiustificatamente privilegino le attività industriali o commerciali rispetto a quelle agricole<sup>(133)</sup>.

Viene, infine, estesa a tutte le ipotesi applicative del tributo la riduzione del 75 % relativa agli incrementi di valore degli immobili di interesse artistico, storico ed archeologico, precedentemente accordata per il solo caso di trasferimento.

Circa gli effetti nel tempo, per questa parte, del novello regime, va osservato che, a norma del comma 2° dell'art. 5, le ridu-

(133) Corte cost., 12 luglio 1965, n. 69, in *Dir. e prat. trib.* 1965, II, 349.

zioni dell'imposta periodica, previste in favore degli immobili appartenenti ad enti non commerciali o destinati ad attività agricole, hanno effetto retroattivo, trovando applicazione « anche se l'obbligo della dichiarazione è sorto anteriormente al 1° gennaio 1976 ». Dovrebbe arguirsi, a nostro avviso, che, ove l'imposta fosse già stata assolta ad aliquota piena, compete la restituzione dell'eccedenza: ma la reticenza della legge sul punto, e la poco lodevole tendenza giurisprudenziale alla canonizzazione del principio « chi ha pagato ha pagato », inducono a non coltivare soverchie illusioni. Trovano, invece, applicazione dal 1° gennaio 1976 gli altri benefici, introdotti dalla legge in esame: pertanto, nei confronti delle « società di gestione » relativamente alle quali fosse già sorto, prima di tale data, l'obbligo di dichiarazione, e, più in generale, per le fattispecie applicative prodotesi fino al 31 dicembre 1975, continuano ad applicarsi le esenzioni e riduzioni previste nell'originario decreto e nel provvedimento correttivo del 1974. Ciò trova, a nostro avviso, conferma nella disposizione, di cui al comma 1° dello stesso art. 4, secondo cui le disposizioni previste dall'art. 15 del d.p.r. n. 643 del 1972, come modificate con l'art. 1 del d.p.r. n. 688 del 1974, si applicano « anche ai rapporti di imposta pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge »: infatti, è da ritenere che il richiamo dell'art. 15, del tutto inconferente, sia dovuto ad un altro *lapsus calami*, e che il riferimento vada inteso, per l'appunto, all'art. 25.

Una mera *sospensione* di imposta, solo in un secondo tempo suscettibile di trasformarsi in esenzione, riteniamo invece di dover ravvisare nel disposto dell'art. 25, lett. c), ove è prescritto essere esenti gli immobili acquistati a titolo gratuito o per causa di morte da enti pubblici o privati riconosciuti con lo scopo specifico di assistenza, educazione, istruzione, studio, ricerca scientifica e pubblica utilità, ma essere l'esenzione stessa revocata qualora la realizzazione dello scopo non sia documentata entro un quinquennio.



Uno schema ancora diverso così dall'esenzione come dalla sospensione, è, poi, quello del *differimento dell'imposizione*: esso ricorre allorquando, pur non facendosi luogo, al verificarsi della condizione di imponibilità, a prelievo dell'imposta, il relativo periodo non resta definitivamente sottratto alla tassazione; talché, al successivo sopravvenire della situazione imponibile, l'incremento considerato sarà quello relativo all'intero periodo, dovendosi conseguentemente assumere, quale valore iniziale, quello relativo all'acquisto e alla precedente applicazione dell'imposta. Un esempio può ravvisarsene, agli effetti dell'Invim, nel disposto dell'art. 228 della l. 19 maggio 1975, n. 151, sulla riforma del diritto di famiglia. Tale norma di carattere transitorio consente, infatti, la possibilità di istituire, per i beni acquistati prima della riforma, il regime di comunione, disponendo che i relativi atti e trasferimenti, se posti in essere entro due anni dell'entrata in vigore della legge, siano « esenti da imposte e tasse ». Poiché l'esenzione riguarda il singolo atto traslativo, e non l'incremento, per se considerato, sembra a noi evidente che, nel caso di successivo trasferimento, l'imposizione non decorrerà dall'atto costitutivo della comunione, ma risalirà al periodo anteriore.

ANTONIO EMANUELE GRANELLI

THE CAPITAL GAINS DEFINITION IN ITALY (\*)

(\*) Relazione nazionale al XXX Congresso internazionale I.F.A. sul tema *The Definition of Capital Gains in Various Countries* (Gerusalemme 1976).



SUMMARY: I. *General Rules*. 1. Description of the Framework of Capital Gains Treatment. - 2. Ordinary Income and General Gains Distinction. - 3. Legal Basis of Capital Gain's Definition. — II. *Main Factors in Capital Gains' Classification*. 1. Property Character. - 2. Nature of Disposition. - 3. Holding Period and Circumstances. - 4. Inflation. — III. *Distinction between Investments and Business Activities*. 1. General. - 2. Trade or Business Badges. - 3. Business Goodwill. - 4. Depreciable Business Assets. - 5. Non-depreciable Business Assets. IV. *Distinction between Investment and Speculation*. 1. General. - 2. Holding Periods. - 3. Other Factors. — V. *Profits from the Rewards of Personal Efforts*. — VI. *Transactions Involving Recurring Receipts*. 1. General. - 2. Disposal Retaining Interests. - 3. Returns of Capital, Compensations and Damages. — VII. *Transformation of Tangible into Intangible Assets*. — VIII. *Transformation of Ordinary Income into Stock Appreciation*. — IX. *International Aspects*. 1. International Law Provisions-General. - 2. International Agreements Rules. — X. *Conclusions*.

## I

1. In principle, the tax law in force in Italy includes capital gains (*plusvalenze*) in the income definition: consequently, they are subject to ordinary income taxes provided for by the various fiscal Acts, i.e. the individual or corporate income taxes, respectively called IRPEF and IRPEG (Presidential Decrees, n. 597 and 598 of September 29, 1973), and the local income tax, called ILOR (P.D. n. 599 of September 29, 1973).

There is, however, for capital gains from real estates situated within the Republic, a more particular duty, called INVIM (P.D. n. 643 of October 26, 1972), which can be added to the income taxes: in this case, in order to avoid double taxation, the amount of INVIM due is deducted from capital gains subject to income tax.

As a rule, realization is required in order to tax capital gains: there are, however, many exceptions to this rule. E.g., the increase of value of a property belonging to a partnership

company, corporation and so on, though unrealized, is taxed as income when allocated in the balance. Moreover, some events, which do not involve any transfer of property, are considered as realizations: e.g., the application of a property relevant on business term for the owner's private use or others which are not so connected with the business activity.

2. Capital gains are distinguished from ordinary incomes by their unreproducible nature: indeed, while ordinary incomes arise from a perpetual source, which remains under the subjects' control, capital gains are carried out once for all. Consequently, as far as the business entities go, capital gains are considered as profits relevant to « assets », the production or sale of which are not the object of the business activity.

This principle is to be considered, of course, only in income tax matters, INVIM being indifferently levied on all real estates appreciations, without any distinction between ordinary and extraordinary profit. E.g., the profit obtained by the sale of a building will be considered from the income tax point of view, as an ordinary income if the vendor is a builder, but as a capital gain if his activity does not consist in building or in dealing in real estate; vice versa, in both cases the realized increased value will be liable to INVIM.

The aforesaid difference between capital gains and ordinary incomes, is based, therefore, on the taxpayer's nature, because it depends on his activity, regarding the object (asset or goods) in question.

3. The capital gain concept in Italian income taxation, has a statutory basis. There are, fundamentally, two definitions, one concerning the assessment of business income taxes, and others regarding private persons and non-profit institutions.

The former definition, which concerns both individual and corporate businesses, is set out in art. 54 of the P.D. n. 597/1973,

on individual income tax, and referred to in art. 5 of the P.D. n. 598, on corporate income tax assessments: accordingly, capital gains consists of *the difference between the greater value which is realized and the last value estimated for income taxation matters*, less direct costs and, if relevant, the INVIM amount.

The latter definition, regarding private persons' taxation, is to be found in art. 76 of the P.D. n. 597, which provides that capital gains, liable to income tax, consist of *the difference between the selling price, less INVIM if due, and the purchase price increased by costs of the asset transferred*. This definition is adopted even by art. 20 of the P.D. n. 598, concerning income taxation of nonprofit institutions and corporate bodies.

## II

1. For income tax purposes, the capital asset character is not important as regards the definition of capital gains: however, as we shall see, it may affect the treatment of capital gains.

Therefore, the distinction between personal and real estates does not concern this definition, though it involves some changes in the rules on taxation.

On the contrary, for INVIM purposes, only real estate is to be considered.

On the other hand, there is no specific exclusion of particular properties from the definition of a capital asset.

2. The nature of the disposition is relevant both in income taxation on capital gains and for INVIM purposes, because, while the realization of the asset, which is normally necessary for the capital gain account, depends on this nature, the INVIM is applied on the occasion of certain disposals, involving the transfer of property.

For the purposes of income taxes, there is no general definition of « realization », nor are there specific statutory exclusions;

but many qualifying standards have been established by case law: we may say approximately, that realization consists in the exchange of a capital asset. There are, however, a great many debated questions. E.g., while it is undoubted that bequests are not relevant to capital gains taxation, it is disputed whether a deed of gift can give rise to a realization of capital gain: the affirmative solution is backed by some writers (see, e.g.: FALSITTA, *Lezioni sulla riforma tributaria*, Padova, 1972), but the judicial decisions prevalingly hold a contrary opinion (see, on this point: Comm. centr., dec. n. 68976 of March 1, 1963). Of course, this question arises only if the deed of gift does not involve a realization for another motive: e.g., because this asset, which was used for business purposes, is destined for non-business uses.

As for the rest, our tax law does not require any specified method of property transfer — the exchange may take place either as a sale or permutation, payment in kind, satisfaction of a claim, contribution to a company, etc. The only requirement, in default of which a disposal might not be classified as a realization and thus for capital treatment, consists in its voluntary nature: therefore, a compulsory transfer of property does not constitute an occasion for capital gains treatment. E.g., the expropriation of a property due to an administrative measure or a forced sale is not within the sphere of disposals relevant to capital gains taxation, because this transfer is not undertaken by the owner, but the will of an administrative or judicial authority. Likewise, the conversion of property in consequence of events beyond the owner's control, such as theft or destruction, does not give way to capital gains taxation. On the other hand, when the conversion depends on the will of the owner, even if conditioned by unfavourable circumstances — such as, e.g., if a property was sold in order to avoid its forced sale — it may be relevant to the purpose of capital gains treatment: hence bequest, and, more generally, hereditary successions are not to be considered as « realizations » for capital gains treatment.

Whereas, for the INVIM purposes, we find exceptions to these rules: not only gifts, but even bequests and successions of real estates attract taxation. However, these exceptions are only apparent: in fact, INVIM is charged, in these cases, on the beneficiary of the succession (heir, devisee, or donee), and thus it assumes, on this side, the character not indeed of capital gain but of estate acquisition tax.

3. Our income tax law as a rule does not require any holding period for capital gains treatment: in fact while for capital assets connected with the owner's trade or business (whether an individual or a corporate person) there are no particular requirements apart from the « realization », for assets having a private destination it is required that the sale or exchange of the capital asset is characterized by a speculative purpose.

However, the holding period is sometimes considered just as an indication of this purpose: there are even some statutory provisions in this sense, which lay down presumptions of speculative purposes in relation to holding periods of some categories of capital assets, as will be explained in more detail in paragraph IV, 2, *infra*.

The number of transactions in the taxable year is not important as a specific requirement, but it may be taken into account in order to establish if the capital asset is connected or not with the taxpayer's trade or business.

Likewise the fact that the profit from the sale of a property is reinvested in acquisition of other property is not a relevant factor in determining the nature of the capital gain, but it is a factor in capital gains treatment: in fact, as it is provided by art. 54 of the P.D. n. 597, the capital gains achieved by the sale of a capital asset relating to business terms are exempted from income taxes, if set aside in a special fund, on condition that they are reinvested within the following two years.



As we have seen (paragraph I, 3, *supra*), the fact that the taxpayer is a corporate and not an individual person is not a relevant factor in the capital gains definition: for the question is the difference between business or non-business activities, whether they are practised by corporate or individual persons.

4. It is a contentious point whether or not inflation should be taken into consideration for the definition of capital gains. (cfr., on this point: *I problemi delle imprese di fronte alle variazioni dei prezzi e dei cambi*, Acts of VII Congress of *Società Italiana per lo studio dei problemi fiscali — Italian Section of I.F.A.; Imposte e inflazione*, Milano, 1976). Authoritative sources state that capital gains are constituted only by real increases in value: hence, when the appreciation of an asset depends on depreciation of currency, it would not be regarded as a source of capital gain. There is also, in this sense, an important sentence of the *Corte di Cassazione* (n. 2874 of October 16, 1974).

### III

1. The distinction between *investments* and *business activities* is applied in our tax law in order to exclude from capital gains the every day profits of the business and commercial world (On this point, notice: SURREY, *Definitional Problems in Capital Gains Taxation*, 69 *Harvard Law Review*, 1956, 985).

This distinction is based, as we have already seen (paragraph I, 2, *supra*), on the nature of the property, when it has to do with a taxpayer practising a business activity; indeed, even stores and stocks, the business activity's products and property held for sale to customers are not considered as capital assets, and hence the profit arising from their exchange is treated as ordinary income, the realization of other properties — e.g.; fixed assets — gives rise to a capital gain.

Well, the distinction between investments and business activities is based on the taxpayer's nature (i.e., whether it is a matter of corporate or individual business on the one hand, or of a private or non-profit body on the other) and also on the function of the property with respect to his activity.

This difference, of course, is not only important in order to apply a specific treatment for capital gains, but also in defining them: indeed, our law enumerates these profits, for income tax purposes, with the items of income, and thus reserves to them the same treatment as to all income.

In other words, the question is to establish if the profit is the product of an investment or a business activity: but, once we have ascertained that we are in this last case, this profit will be taxed, as a capital gain, according to the income tax law.

On the other hand, as regards the INVIM application the difference is not relevant, since this special tax affects all increase in value of real estates transferred or sold, whether arising from an investment or a business activity.

2. The factors relevant in distinguishing between « investment » and « business » concern only the income taxation of both individual or partnership or corporate businesses: indeed, as for private property, not used in business, the important difference is between « investment » and « speculation », as we shall discuss in more detail later on (paragraph IV, 1, *infra*). Therefore, it is a matter of circumstances which display a particular connection between the sale or exchange of a certain property and the business activity practised by the taxpayer.

Thus, the nature of property may be important, as we have already said (paragraph I, 2, *supra*) in order to establish this connection: e.g., the realization of shares (stocks) will be considered as a business activity when carried out by a holding company, and as an investment on other cases.

Moreover, there are some relevant factors in identifying the business activity, such as the frequency or number of similar transaction by the same taxpayer: if somebody, e.g., customarily invests in real estates, the real estate held by him will not be considered as a capital asset, but as a « stock in trade »; hence, the proceeds of its sale do not correspond to a capital gain, but to an everyday profit.

3. At this point we must add the goodwill (*avviamento*) is considered as a business asset: therefore, the sale of an entire business, or of a branch of it, gives way to the realization, apart from all other assets used in business, of this particular intangible property too for the income tax purposes. There is, however, a special rule in the treatment of these profits, provided by art. 12 and 13 of the P.D. n. 597: when they are not itemised as part of business income, they are taxed separately, applying the average rate of the previous two years.

4. Within the capital gains relevant to income taxation our law includes gains arising from dispositions of depreciable property used in business: or rather, this is in a certain sense, as we said already (see paragraph I, 3, *supra*), the typical case of capital gain realization.

Thus, since the capital gain is considered, from the point of view at issue, as an item of income, it has to be cleared from the costs: hence, the capital gain classification is applicable only to the amount exceeding the original cost of the property, as provided by art. 5 of the P.D. n. 597, mentioned above. On the other hand, assuming as a starting point the last value assessed for taxation purposes, the excess depreciation realized upon sale of the asset is recaptured as an income, whatever depreciation method was used by the taxpayer. The same rules are applicable when the taxpayer realizes a loss on the sale of the asset, and there is no difference, for income tax purposes, between the treatment of real or personal estates.

However, when it is a matter of a real estate, INVIM applies on the basis of the objective difference between starting-value, increased by costs improvements, and realization value, without considering the depreciation, which is completely taxed.

5. Even non-depreciable assets used in business give rise to capital gain, when they are the object of a disposal: but it is required, for this purpose, that the properties concerned are « used » in the business, and not « objects » of the business, such as inventory items. On the other hand, the disposal must concern present property, hence the sale of « futures » is not considered as a realization of capital gains. Therefore, the disposition of contractual rights, book debts, accounts receivable in foreign currency, non-competition agreements etc., do not involve the capital gains treatment, although they may give rise to an extraordinary item of income.

But when an entire business is sold, or an entire branch of it, capital gains treatment applies on goodwill, as we have already said in paragraph 3, *supra*. There is, however, a difference of opinions in the case of the sale of the partnership interest by a partner.

Yet, as the shares (stocks) of a corporation are not « properties », the sale of a stock interest is not an item for capital gains treatment, unless the interest sold is such that it assures for the buyer the control on the entire corporation.

#### IV

1. As we have already seen (paragraph III, 2, *supra*) the distinction between « investment » and « speculation », which does not concern business taxation, is applied to non-business property. Indeed, while the realization of property used in business gives always rise to a capital gain, without distinguishing

between investment and speculation — we say, in this case, that there is a legal presumption of speculative purpose —, that of property not connected with trade or business is a source of capital gain, assimilable to an income, only when it is not a matter of simple investment, but of speculation.

The above distinction is based on art. 76 of the P.D. n. 597, and 20 of the P.D. n. 598, which provide that capital gains concur to form the income individuals and non-business entities only when arising from speculative transaction.

2. In order to define a « speculative transaction », our statute law provides few rules, the most important of which regards the holding period. This rule, however, is not generalized, but restricted to some cases. Particularly, it is provided that the sale of real estate involves a speculation when the holding period is less than 5 years. As for personal estates, the limit of the holding period is established at 2 years for works of art, antiques and elements of collections, while there is not any similar provision for other goods.

3. In the same way, the statute law specifies only a few other badges of speculation all concerning real estate. First of all, we must mention, as a factor of this distinction, the circumstances in which the property was acquired and held: the sale of real estate, provided it is sold within two years of course, is considered as a speculative transaction when the property was not destined for own personal or family use of the taxpayer; and the same rule applies to capital gains arising from sales of partnerships and stocks in companies the property of which is pre-viously invested in real estate.

In the second place, there is a speculation whenever a subdivision or urbanisation of land and a subsequent sale of it, as well as of a portion of it, were carried out.

These are the statute law rules in defining the speculative transactions, but many other factors are shown in case law, as well as in administrative practice, for cases not outlined by the statute law: e.g. the circumstances and modalities of acquisition, shall be taken into consideration, as well as the length of the period of ownership, the purpose of transaction, etc.

On the contrary, as far as INVIM goes, there is no relevant distinction between investment and capital gain, seeing that the increase in value of the real estate sold is taxed in all cases.

## V

We have already seen that in business income taxation only the present properties are considered as capital assets, the disposal of which gives rise to capital gains (paragraph III, 5 *supra*). Likewise the profits from rewards of personal efforts — such as copyrights, patents, know-how, amounts received on cancellation of employments, etc. — are not important for capital gains treatment.

## VI

1. For income tax purposes, profits are classified as capital gains only in the case where there occurs a non-recurrent realization of property. In our tax law there is no statutory definition of non-recurrent receipt. However, since the income arising from a disposal of property is taxable when the debt has arisen, even if it is not yet paid, we may say that non-recurrent receipts consist of a price agreed for a total sum, although its payment was effected by instalments. Instead, when the price of disposal consists of an annuity, or other recurrent amounts, we do not have a capital gain, but a « return of capital » which is considered as an ordinary income. Thus, the capital gains treatment will not apply

in the case where the price was paid in the form of royalties. In this sense, the mode of payment may be a relevant factor in determining the nature of the profit.

However, for the purpose of levying INVIM this distinction is not applicable: the increasing values of real estate which are sold or transferred are taxable in all cases.

2. It is not required, for the application of capital gains provisions, that the taxpayer shall have relinquished all his interests in the property sold: the capital gains treatment is still applicable in cases where only certain rights or interests are sold. But there is a requirement by which the disposal of these rights or interests must be *definitive* and *irreversible*, i.e. that profit from it is unreproducible in the future.

In other words, the disposal of property retaining any interest — e.g.: if a property is sold in instalments and the vendor retains a security interest in it — does not impede the capital gains treatment application. In the light of the preceding information, we may discuss some significant cases. E.g., the sale of an entire right to exploit oil in a property while retaining ownership, does not carry out a capital gains, as well as the disposal of the right to collect recurring receipts for a fixed number of years, all the more if the owner retains the balance of the rights. If all the sand and gravel from a land are sold, whether the payment is agreed in a lump sum or royalties based on production, there is not a disposal relevant for capital gains treatment application; and the same solution will be accepted in the case where the taxpayer contracts to sell certain minerals in his land, and grants to the purchaser the absolute rights to exploit these minerals.

3. Moreover, seeing that capital gains arise from the transfer of a capital asset, whereas the reward for other people's utilisation of a property, or the availability of a sum of money, are classified as returns of capital, the receiving of a sum for can-

cellation of a long term lease, as well as the assignment for a lump-sum of the right to receive payments in the future from a lease, will not constitute capital gains. All the more so, there will be no relevance for capital gains treatment in the redemption of non-interest bearing bonds issued at a discount so that the full amounts is equal to the issue price plus interest.

Equally, the mounts received as compensation for losses or as damages are not considered as capital gains, although they are losses or damages inherent to the business activity.

As for the disposal of franchises, trademarks and tradenames, which constitute intangible assets, the capital gains treatment applies only if the price of transfer is agreed as a definite sum, even if payable by instalments, and not as a recurrent receipt.

## VII

As a rule, for capital gains income taxation purposes, there is no difference in treatment between tangible and intangible assets: in both cases, as we have explained above (paragraph III, 5, *supra*), the capital gains treatment may be applied. Therefore our tax system does not provide general measures to eliminate the possibility of transforming tangible into intangible assets, since this transformation is not important as a rule. However, particular measures are provided by statutory law on account of the few cases where transformation may be important: we have seen, e.g. (see paragraph IV, 3 *supra*) that the transfer of shares (stocks) in a company the capital of which was invested prevalingly in real estate is the same, on the holding period side and other badges of speculation, as the direct sale of these estate.

Thus, there is no qualitative difference in the treatment of the sale of a « partnership interest » if the partnership's property consists mainly of inventory items increased in value: it will influence, only the assesment of the transfer value of the interest, and not the characterisation of the disposal.



As for INVIM, tax avoiding by transferring, not a real estate, but shares and interests in companies or partnerships owning them, is avoided by the provision that these entities likewise pay the rate in question on the increased value of the properties in their ownership every ten years (D.P. n. 643/1972, art. 3).

## VIII

The provisions too, regarding the transformation of ordinary income into stock appreciation, are infrequent in our tax law. That happens because these earnings, retained and accumulated as well as distributed, are, as a rule, treated in the same manner as constituting ordinary income. E.g., if a corporation has retained its earnings, they are anyway included in the total assessable profit for corporate income tax purposes; when these earnings are eventually distributed, they constitute ordinary income to the shareholder, and then they are subject, as ordinary income, to individual or corporate income taxes, according to whether the shareholder is an individual person or a partnership on one hand, or a company or corporation on other hand.

Indeed the dividends received by the residents in Italy, are subject, according to art. 27 of the P.D. n. 600, to a withholding of 10 %, as advance on personal taxes which will be due on balance by the taxpayer. There are, however, some exceptions to this: e.g., according to an amendment made by art. 20 of the Stockmarket Act, n. 237 of June 7, 1974, it has been made possible for the taxpayer to opt for a final withholding tax levied at a rate of 30 %: hence, when the dividends are so substantial, that, in the case where progressive rates are applicable to the total revenue, the balance of the tax burden would be higher than the withholding tax, this option may involve a tax sparing.

There is, however, no particular provision to avoid capital gains treatment in the case of transferring shares (stocks) in cor-

porations which accumulated their profits: indeed, seeing that in any case capital gains are included in income, such measures would be superfluous.

## IX

1. As for income tax, our present law, in force since 1973, establishes the following principles.

The individual and corporate income taxes are levied, as regards resident persons or entities, according to the world-wide income principle, i.e. including in the taxable income the profits produced in foreign countries, while non-residents pay these taxes only on income produced in Italy; whereas the local income tax affects both residents and non-residents on income produced in the Republic. In order to ascertain when an income is produced in Italy or not, there are some important criteria; specifically: the business profits of non-residents are considered as produced in Italy when they arise from permanent establishments in the Republic, and this rule is available also for capital gains produced by nonresidents (art. 19, P.D. n. 597).

But in the case of a non-resident company or corporation, then the business capital gains are considered as produced in Italy, even if they do not arise from a permanent establishment, whenever they proceed from the sale of assets used in a business operating in Italy (art. 22, P.D. n. 598). As for non-business capital gains, produced by speculative transactions, they constitute income produced in the Republic when they proceed from disposals of assets situated in Italy: however, the capital gains realized by non-business foreign entities are not subject to corporate income tax.

At this point, we may now conclude that capital gains produced by non-residents are treated differently from those achieved by residents, because, while the latter are taxable, in all cases, as items' of the world wide income, the former attract a tax charge only if they arise from non-business assets in Italy, or business assets proper to a permanent establishment.

On the other hand, the residents are affected, as far as the individual or corporate income taxes are concerned, in the same way whether the capital gains are produced at home or abroad; but not for local income tax purposes, in as much as on this side only capital gains produced in the country are taxed. Hence, while the capital gains in the country are affected by two taxes — individual or corporate income tax plus local income tax —, those arising from foreign countries are subject only to individual or corporate tax. These differences, however, do not regard the capital gains definition, but only their treatment.

As for the INVIM application, there are no particular international aspects: the tax is due whenever a real estate is exchanged, whoever is the owner.

2. The international agreements for the avoidance of double taxation and prevention of tax evasion in force between Italy and other countries concern the abrogated income taxes, but they apply provisionally to the new taxes on income (see, e.g., the Exchange of Notes between Italy and U.S.A. Ambassadors, on December 13, 1974, which establishes that the Italian Government will apply, from January 1, 1974, the provisions of the Convention signed in Washington on March 30, 1955).

These conventions, which mostly follow the O.E.C.D. Committee Draft defined in 1963, establish, as a rule, that residents of one of the Contracting States are exempt from any tax on gains from the sale, transfer or exchange of capital, in the other Contracting State, unless they have in the other Contracting State a permanent establishment and such gains are attributable to it. But on this side too it is a matter of capital gains treatment, and not a matter of definition.

## X

On the basis of the preceding remarks, we may now summarize the policy of capital gains definition in our tax law.

First of all, capital gains are considered as items of total income, and hence subject to ordinary income taxes.

But capital gains arising from disposals of real estate are also affected by a special local tax, which applies income taxation independently, and thus even an increase in the value of the property is not important for income tax purposes.

As for income taxation, the capital gain is a profit arising from the disposal of a « capital asset », i.e. of a property which is not held for sale. Therefore, when the property is connected with the business or trade of the taxpayer, the profit is considered as a capital gain only if it arises from an investment, in as much as the profit produced by a business activity constitutes an everyday income. Thus we classify as capital gains the increase of wealth arising from the sale of depreciable business properties and of an entire business as well as of a partnership interest.

When an asset is not connected with a business, its disposal gives rise to a capital gain only if it was the object of a « speculation », i.e. it was originally acquired in expectation of a profit.

To sum up we may say that our law does not offer any unitary and inclusive definition of capital gains, because it takes into consideration only certain categories of capital gains; and also because the concept applies to various taxes. Indeed, there is not a specific and general tax on capital gains (see, in this sense: ROMANI, *Le traitement fiscal des gains en capital*, XLII Cah. de Dr. Fisc. Internat., 96) and that enables a number of profits, which are not reducible to statutory provisions, to avoid taxation (see, on this point: ROMANI, *Gli incrementi patrimoniali e l'imposta sul reddito*, Roma, 1964). But it is necessary to recognize that these gaps are, so to speak, « systematic » in our tax law, which is still imbued with the « income as a product » principle: hence capital gains — excepted those arising from the appreciation of real estate, liable to INVIM — are recaptured for income taxation only if they arise from a business or speculative activity.

Indeed, this principle, which was at the basis of our tax law before 1973, has been attenuated and rectified, but substantially kept in the new provisions of the Tax Reform Legislation. Thus, in order to achieve a full capital gains taxation there would have to be a radical change in our tax law, giving up the « income-product » principle and replacing it with the principle of income « as a profit », taxable independently of its source.

STEFANO SICARDI

LA POSIZIONE COSTITUZIONALE DEL GIUDICE  
TRA POTERE E RESPONSABILITÀ



SOMMARIO: I. *Considerazioni di carattere generale*: 1. Dottrina liberale dello Stato e ruolo istituzionale della Magistratura nei paesi dell'Europa continentale: la subordinazione del giudice alla legge e il principio della separazione dei poteri. - 2. La burocratizzazione della Magistratura. - 3. Il problema dell'irresponsabilità del giudice: il carattere vincolato dell'attività giurisdizionale e l'abbandono dell'elettività per privilegiare il modello di giudice-funziario. - 4. La responsabilità politica nel diritto costituzionale. — II. *Il ruolo del giudice e della Magistratura nell'Italia monarchica*: 1. Una precisazione. - 2. Formale deresponsabilizzazione del giudice e sua sostanziale sottoposizione ad influenze e controlli da parte del potere politico: i rapporti tra Magistratura ed Esecutivo. - 3. Organizzazione interna dell'ordine giudiziario e influenza politica. - 4. Il ruolo del pubblico ministero. - 5. Considerazioni riassuntive. — III. *Stato democratico, Costituzione repubblicana, responsabilità del giudice*: 1. Fattori di carattere generale che pongono il problema della responsabilità del giudice. - 2. In particolare, i fattori peculiari alla situazione storico-istituzionale italiana. - 3. Estrema difficoltà di configurare una responsabilità politica del giudice a livello istituzionale nell'ambito dell'ordinamento costituzionale italiano; inaccettabilità, in conseguenza della normativa costituzionale, di una serie di meccanismi di controllo e di influenza sull'operato dei giudici: a) L'influenza indiretta del potere politico; b) Il mancato equilibrio delle componenti all'interno del Consiglio superiore della Magistratura; c) La responsabilizzazione politica dei magistrati di fronte al Consiglio superiore. - 4. Responsabilità politica dei giudici e Corte costituzionale. - 5. Il controllo popolare sui giudici e la Costituzione. — IV. *Considerazioni conclusive*.

## I.

1. La normativa costituzionale e ordinaria in tema di potere giudiziario propria dei paesi occidentali è improntata a tutt'oggi ai principi fondamentali della tradizione costituzionale liberale; e la sistemazione dei reciproci rapporti e delle differenti competenze tra il giudiziario e gli altri poteri dello stato è dovuta, innanzitutto, per quanto riguarda i paesi dell'Europa continentale <sup>(1)</sup>, alla elaborazione dottrinale e normativa affermatasi nella

---

<sup>(1)</sup> In questo lavoro non si affrontano, se non di scorcio, i differenti problemi di ordine storico ed istituzionale che si pongono, in tema di ordine giudiziario, nei paesi anglo-sassoni. Per il trapasso dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale



seconda metà del secolo XVIII e portata a compimento entro la prima metà del secolo XIX.

Questa elaborazione assume notevole importanza ai fini del nostro discorso poiché salda la problematica relativa al giudiziario a quella inerente alle fonti del diritto: si può affermare infatti che i principi fondamentali relativi ai compiti degli organi giudicanti e al ruolo complessivo della Magistratura nel sistema costituzionale sono una diretta conseguenza della razionalizzazione del diritto ottenuta attraverso il privilegiamento della norma scritta, innovativa dell'ordine giuridico preesistente e prodotta dagli organi sovrani (in un primo tempo il monarca, in seguito il Parlamento) a ciò deputati. Punto terminale di questo complesso processo è l'affermarsi della legge come prima e principale fonte del diritto. Il fenomeno descritto (che viene pure comunemente designato con il termine complessivo di codificazione <sup>(2)</sup>), riduce la portata del precedente giurisprudenziale ad un ruolo esclusivamente persuasivo <sup>(3)</sup> attraverso il riconoscimento al diritto giudiziario (addirittura negato come tale nel periodo della Rivoluzione francese <sup>(4)</sup>) di una funzione di inte-

---

inglese e per la rilevanza e il ruolo, in questo contesto, del potere giudiziario, si può utilmente consultare MC ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia 1956; e recentemente MATTEUCCI, *Dal Costituzionalismo al Liberalismo*, in AA.VV., *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, a cura di L. FIRPO, IV, t. II, Torino 1975, 13 ss.

(2) La quale tende in ogni caso, sia essa solamente una riformulazione della vecchia normativa, sia essa ispirata a principi di portata rivoluzionaria (p. es. il soggetto unico di diritto), a menomare o restringere il potere del giudice ed è quasi sempre accompagnata (se non preceduta), come è il caso della Francia rivoluzionaria, da leggi di riorganizzazione e reazionalizzazione delle Magistrature.

(3) Per il diverso significato di *lex* ed *interpretatio* nella dottrina antecedente alla Rivoluzione francese e l'importanza assunta dall'*interpretatio* come fonte del diritto anche a causa della molteplicità ed estrema confusione delle fonti normative cfr. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova s.d. (ma 1974), 54 ss.

(4) Cfr. ad esempio ROBESPIERRE: «L'affermazione che la legge è creata dalle Corti di giustizia... deve essere esclusa dal nostro linguaggio. In uno stato che ha una Costituzione e un potere legislativo la giurisprudenza delle Corti di giustizia consiste solo nella legge stessa», cit. in NEUMANN, *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, in *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna 1973, 262.

grazione a livello subordinato della legge e più in generale attraverso la collocazione di tutte le fonti diverse dalla legge (e quindi anche del diritto giudiziario) in un ruolo meramente sussidiario di quest'ultima (5).

Il movimento dottrinale che già dalla prima metà del secolo XVIII privilegia la certezza del diritto (e conseguentemente richiede una razionalizzazione della normativa giuridica) si salda così con i più specifici obiettivi politici dei sovrani del tempo il cui disegno accentratore si scontrava talvolta contro il notevole potere acquisito dai grandi corpi giudiziari (si pensi emblematicamente ai *Parlements* francesi), talaltra contro la sopravvivenza di giurisdizioni di carattere feudale.

Proprio in questo periodo Montesquieu enuncia la formulazione più autorevole (e destinata a lasciare una profonda influenza) sul ruolo del giudiziario all'interno degli equilibri costituzionali. Senza dubbio la sua concezione degli organi giudiziari come organi non permanenti che non restino in carica se « non quando la necessità lo richieda » e i cui membri siano scelti in un rango non inferiore a quello delle parti (6) appare profondamente legata ad una formazione culturale prerivoluzionaria (ed anzi contrasta con la tendenza che successivamente si affermò volta a fare del giudice un pubblico funzionario di carriera). Il contributo del Montesquieu sta invece nel fatto che egli (posto che le competenze assegnate al giudiziario ne facevano un potere in certo senso nullo (7)) propugnò una concezione meccanica, di stretto

(5) Il che non significa certo negare l'esistenza e l'importanza della fonte regolamentare (si pensi ad esempio ai regolamenti di prerogativa regia).

(6) MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Napoli 1777, I, 316 ss. Le citazioni che precedono e seguono sono tratte dal celebre cap. VI del libro XI.

(7) « Il potere di giudicare viene individuato in modo da identificare il suo esercizio in un'attività puramente intellettuale e non realmente produttiva di 'diritto nuovo' essendo da una parte limitata dalla legislazione, che concettualmente la precede, e dall'altro dall'attività di esecuzione che, promuovendo la sicurezza pubblica, include anche l'attività di esecuzione materiale dei giudizi che costituiscono il contenuto del 'potere di giudicare'. Per queste ragioni alla definizione di quest'ultimo potere Montesquieu aggiunge la considerazione — *estremamente importante anch'essa nella storia delle ideologie giuridiche* — che il potere di giudicare è 'in qualche modo un potere

vincolo al testo normativo, della interpretazione giudiziale « formulando in modo nuovo quell'esigenza di chiarezza e di certezza che si vede serpeggiare nella cultura della prima metà del secolo XVIII ed ispirare i primi tentativi di codificazione o compilazione di leggi »<sup>(8)</sup>: basti qui ricordare che « se i tribunali non debbono essere fissi, i giudizi debbono esserlo a tal punto da non essere mai altro che il testo preciso della legge » e che « i giudici sono soltanto... la bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che non ne possono moderare né la forza, né il rigore ».

La subordinazione alla norma scritta, innovatrice dell'ordine giuridico preesistente, del diritto di produzione giudiziaria (subordinazione che gli fa perdere il ruolo determinante prima posseduto e produce conseguentemente una menomazione del potere del giudice nello svolgimento della sua funzione tipica<sup>(9)</sup>) è da farsi risalire a molteplici ragioni. Se all'inizio tale processo fu dettato da un'esigenza di riordinamento di un materiale normativo estremamente sparso e frammentato, in seguito il privilegiamento della fonte-legge fu dettato dalla necessità di riformulare i principi dell'ordinamento giuridico su presupposti rivoluzionari assicurandone il rispetto nei confronti di una Magistratura po-

---

nullo' » (sottolineatura mia). Cfr. TARELLO, *Per una interpretazione sistematica de « L'Esprit des lois »*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, Bologna 1971, 40-41.

(8) TARELLO, *Per una interpretazione*, cit., 47. Può apparire strano che sul problema dell'interpretazione giudiziale il ROUSSEAU sostenga che è possibile lasciare ai giudici « le pouvoir de les interpreter [les lois] et d'y suppléer au besoin par les lumières naturelles de la droiture et du bon sens » cfr. *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, X, Paris 1960, 382. ROUSSEAU condivide con gli altri illuministi l'esigenza generale della certezza ma ritiene che ad essa non contrasti il lasciare un certo margine di discrezionalità al giudice: non vi è quindi contrasto di fondo con la generale posizione illuministica, per quanto riguarda il motivo ispiratore della sua concezione; vi è tuttavia un contrasto in relazione alla soluzione data al problema della funzione del giudice. Cfr. a questo proposito CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966, 43.

(9) Si rimanda alla nota 3 per indicazioni sull'importanza assunta dall'*interpretatio* nel sistema delle fonti del diritto e alla nota 19 per la posizione di notevole rilievo assunta dal giudice nella Francia dell'*Ancien Régime*.

tente e riottosa alle innovazioni <sup>(10)</sup>: attraverso la subordinazione del giudice alla legge si perseguiva l'obiettivo di evitare che le leggi del parlamento fossero soggette a distorsioni al momento della loro applicazione <sup>(11)</sup>. Non solo: da un punto di vista più generale non si deve dimenticare l'influenza esercitata dal concetto 'classico' di legge che è volontà generale nel suo sorgere e non lascia spazi ulteriori a diverse interpretazioni del « politico » e del « sociale » da parte degli organi deputati alla sua applicazione. D'altronde, la subordinazione del giudice alla legge e la funzione a lui propria di assicurare effettività alle norme giuridiche prodotte dal corpo legislativo (norme particolarmente importanti perché volte alla tutela dei diritti fondamentali del cittadino) contribuisce a consolidare l'opinione che prevarrà indiscussa (per tutto l'ottocento e oltre) sulla funzione garantista che la Magistratura ha da svolgere nel sistema costituzionale.

In una prospettiva più vasta la sistemazione dei rapporti tra il giudiziario e il legislativo sulla base di una netta e rigida ripartizione di competenze (nel senso che il giudice applica la normativa prodotta dal Parlamento ai rapporti in ordine ai quali si facciano valere pretese contrastanti da parte dei soggetti interessati, oppure al fine di reintegrare l'ordine giuridico violato) si inquadra nel canone organizzativo fondamentale della dottrina costituzionale liberale: la separazione dei poteri. Conseguenze di

---

<sup>(10)</sup> Dei timori nutriti verso le Magistrature prerivoluzionarie è sintomo l'atteggiamento tenuto nei confronti dei *Parlements* francesi: essi vengono sospesi con il decr. 3 novembre 1789 e definitivamente aboliti nel 1790 in concomitanza con una delle leggi più importanti del primo periodo rivoluzionario (l. 16-24 agosto 1790 sull'organizzazione giudiziaria).

<sup>(11)</sup> A questa esigenza obbedì l'istituzione del *Tribunal de Cassation*, la cui primitiva funzione era appunto quella, quale organo del potere legislativo, di vegliare sulla precisa osservanza delle leggi da parte del potere giudiziario. In proposito CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Milano-Torino-Roma 1920, I, spec. capp. XIX, XX, XXI (481 ss.).

Deve però precisarsi che l'affermazione di carattere generale contenuta nel testo deve essere maggiormente articolata in riferimento alla Francia rivoluzionaria, nella quale l'affermarsi della « Scuola dell'Esegesi » obbedì a ragioni in parte differenti. Cfr. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (Lezioni a.a. 1960-1961), Torino 1961, 90 ss.

tale principio sono costituite, da un lato, dalla incensurabilità da parte della Magistratura ordinaria dell'operato della pubblica amministrazione (principio, per lo meno all'inizio, notevolmente accentuato <sup>(12)</sup>) e, per converso, dal principio della insindacabilità del contenuto delle pronunzie dei giudici da parte degli altri poteri od organi dello stato. Vedremo tra breve l'importanza che specialmente la seconda conseguenza possiede per lo svolgimento del nostro discorso.

Conclusivamente si può dire quindi che il privilegiamento della fonte-legge, cui fa riscontro un diverso modo di intendere l'attività e il ruolo del giudice nell'adempimento della funzione giurisdizionale <sup>(13)</sup> e, più in generale, una ripartizione di competenze tra i diversi organi dello stato attraverso il principio della

(12) Cfr. LE COSTITUZIONI FRANCESI DEL PERIODO RIVOLUZIONARIO: Cost. del 1791, cap. V, « del potere giudiziario », art. 3: « i tribunali non possono né ingerirsi nell'esercizio del potere legislativo, o sospendere l'esecuzione delle leggi, né usurpare funzioni amministrative, o citare davanti ad essi gli amministratori per ragione delle loro funzioni ».

Cost. dell'anno III, tit. VIII, « Potere giudiziario », disposizioni generali, art. 203, 2° comma: « I giudici non possono fermare o sospendere l'esecuzione di nessuna legge, né citare davanti ad essi gli amministratori per ragioni inerenti alle loro funzioni ».

Si pensi d'altronde alla recente scomparsa dal nostro diritto dell'istituto della garanzia amministrativa.

I testi delle Costituzioni in SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia moderna*, Torino 1952, 89 e 171. Cfr. ora dello stesso autore *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano 1975.

(13) Il vincolo al testo scritto, il carattere ad un tempo esecutivo e vincolato che viene ad assumere la funzione del giudicare, l'istanza garantista cui il ruolo del giudice viene collegato costituiscono infatti notevoli differenze rispetto alla concezione che del giudice e della funzione giurisdizionale si aveva in Europa nel periodo anteriore alla codificazione. Sul problema del ruolo svolto dal giudice nell'adempimento della funzione giurisdizionale, problema strettamente connesso con la teoria dell'interpretazione cfr., oltre all'opera di BOBBIO cit. a nota 11 e all'opera di CATTANEO di cui a nota 8: TARELLO, *Orientamenti della Magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, in *Pol. del dir.* 1972, 459 ss. Un interessante contributo di sintesi è offerto da MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano 1973, spec. cap. VII (« l'interpretazione della legge scritta »), 59 ss. Dello stesso autore cfr. pure « *Lo stile italiano* » *Vinterpretazione*, in *Riv. it. di dir. e proc. civ.* 1968, I, 373 ss.

separazione dei poteri, pone una serie di principi cardine inerenti alla posizione del giudice e della Magistratura all'interno degli equilibri costituzionali.

2. Il secondo elemento di notevole importanza che contribuisce a dare alla Magistratura nei paesi dell'Europa continentale la sua attuale connotazione è costituito dal processo di burocratizzazione dell'ordine giudiziario <sup>(14)</sup>. Tale processo si registra nei confronti delle istituzioni giudiziarie francesi <sup>(15)</sup> — la cui influenza profonda su quelle italiane è fuori dubbio — attraverso il tramonto dell'elettività <sup>(16)</sup> come metodo di reclutamento per le cariche giudiziarie, nel periodo storico immediatamente successivo alla Rivoluzione del 1789, per la precisione con la Costi-

---

<sup>(14)</sup> Rifacendosi alle analisi di Max WEBER si può dire che la Magistratura non sfugge, nei paesi continentali dell'Europa a diritto codificato, ad un certo tipo di organizzazione socio-istituzionale del sistema capitalistico: lo sviluppo della forma burocratica di esercizio del potere. Ciò contribuisce alla progressiva professionalizzazione di certi ruoli e, in specifico, di quello del giudice (*Economia e società*, II, Milano 1968, par. 260 ss.). Il problema della tecnicizzazione del ruolo del giudice deve farsi risalire, a giudizio di questo autore, alla razionalizzazione della scienza giuridica, alla costruzione tecnico-giuridica delle situazioni della vita sulla base di 'principi giuridici' astratti (*Economia*, cit., 190).

Devono però farsi due distinte precisazioni: la prima è costituita dal fatto che « la posizione di distributore automatico del diritto propria del giudice... appare ai moderni pratici del diritto sempre meno dignitosa » generando verso la fine dell'ottocento una serie di reazioni nel senso di privilegiare ciò che di creativo vi è nell'attività del giudice, almeno nei casi in cui la legge è insufficiente (*Economia*, cit., 192). Si sviluppano cioè fenomeni di ribellione degli stessi operatori giuridici al ruolo di carattere esclusivamente esecutivo che si vorrebbe assegnare loro.

La seconda precisazione di portata più generale è che « il capitalismo in quanto tale non costituisce... un fattore decisivo per la promozione di quella forma di razionalizzazione del diritto che è rimasta peculiare all'occidente continentale a partire dalla formazione universitaria romanistica del medioevo » (*Economia*, cit., 198). La mancanza di un rapporto di causa-effetto tra sviluppo capitalistico e processo di razionalizzazione del diritto (sulla base di principi giuridici astratti) spiegherebbe il permanere della tradizione giuridica di tipo prevalentemente empirico propria dei paesi anglosassoni.

<sup>(15)</sup> Cfr. per un analogo processo, anche se più tardo, in Germania le pagine di NEUMANN, *Mutamenti della funzione della legge*, cit., 270 ss.

<sup>(16)</sup> L'elettività fu introdotta come metodo di reclutamento dei giudici dalla normativa del periodo rivoluzionario in sostituzione del sistema precedente basato sulla venalità ed ereditarietà delle cariche giudiziarie.

tuzione del 1799 <sup>(17)</sup>, e si consolida con l'avvento del regime napoleonico.

In questo quadro il giudice assume la qualifica di funzionario di carriera dotato di peculiari (anche se spesso solo nominali) garanzie che lo pongono in una posizione privilegiata — anche a causa della delicatezza della funzione che gli è affidata — rispetto agli altri pubblici impiegati. Di qui, a nostro avviso, data la divaricazione che si riscontra nella figura del giudice: sovrano e sciolto da vincoli che non siano la soggezione alla legge nell'adempimento del suo compito specifico (lo svolgimento della funzione giurisdizionale); inserito, per quanto riguarda il suo *status* di pubblico impiegato, nell'organizzazione amministrativa dello stato-persona. La prima situazione trova una ragione nella necessità di attribuire al personale giudiziario una posizione che si confaccia alla tripartizione dei poteri dello stato: quando il giudice svolge la funzione di giudicare non può (per lo meno in linea teorica) che essere sciolto da ogni vincolo che attenti alla funzione sovrana da lui esercitata. L'effetto della seconda situazione è però che il suo rapporto di servizio non rileva solo ai fini della sua immissione in carriera e della retribuzione che gli compete ma pure rispetto alle situazioni di soggezione a lui proprie (sorveglianza da parte dei superiori — tra i quali c'è pure il Mini-

---

(17) Cfr. artt. 67-68 della Cost. 22 frimaio anno VIII (13 dicembre 1799) che prevedono (ad eccezione che per i giudici di pace) il reclutamento giudiziario attraverso la scelta operata dal primo console su liste di eleggibili in luogo dell'elezione e di conseguenza la nomina a vita salvo condanna per prevaricazione o esclusione successiva dalle liste. Cfr. la successiva legge del 18 marzo dell'800 istitutiva dei tribunali di appello: attraverso una divisione in classi di questi ultimi e dei tribunali di prima istanza si venivano a creare le condizioni (si pensi alle distinzioni relative alla sede, al grado, allo stipendio) per il nascere della carriera giudiziaria, a sua volta favorita (vedi avanti II n. 3) da una struttura piramidale dell'ordinamento giurisdizionale. Con il Senato-consulto del 16 termidoro anno X (4 agosto 1802) — tit. IX, artt. 78 ss. — viene abbozzato nitidamente il potere di sorveglianza che costituirà una costante della legislazione successiva. Infine la sistematizzazione definitiva della materia si ha con la legge 20 aprile 1810 che, tra l'altro, regola il procedimento disciplinare con un sistema (pronuncia sulla mancanza disciplinare da parte dello stesso corpo giudiziario cui appartiene l'incolpato) che sarà adottato dall'ordinamento giudiziario del 1865.

stro della Giustizia —; possibilità di trasferimento — per molto tempo di competenza dell'esecutivo —).

Il progressivo affermarsi e consolidarsi della Magistratura come corpo di funzionari <sup>(18)</sup> determina inoltre l'instaurarsi di uno stabile collegamento, che non subirà modificazioni nei paesi di tradizione giuridica francese (e non solo in quelli) per tutto l'ottocento e oltre, tra esecutivo e giudiziario, attraverso il Ministro della Giustizia preposto al « governo » della Magistratura, responsabile politicamente del buon andamento dell'amministrazione giudiziaria avanti al Parlamento; non per questo però, evidentemente, autorizzato a sindacare nel merito — si rammenti il principio della separazione dei poteri — le scelte dei magistrati nell'esercizio della loro funzione tipica. Attraverso questo collegamento i due poteri, esecutivo e giudiziario, formalmente sullo stesso piano, mostrano di essere in realtà notevolmente sbilanciati rispetto alla reciproca capacità di influenza, riscontrandosi una evidente debolezza di quest'ultimo.

3. Solo attraverso queste considerazioni di fondo è possibile introdurre il problema della responsabilità del giudice e, in particolare, di quello specifico tipo di responsabilità che si vuol designare politica per sottolinearne il contenuto del sindacato *sul merito delle scelte operate dal magistrato nell'adempimento della sua funzione tipica*.

Se attraverso il privilegiamento della fonte-legge, il giudiziario viene privato, per lo meno dal punto di vista dei principi, di molta parte del suo potere (perché si viene a restringere l'am-

---

(18) Il giudice-funziario è definito complessivamente da due caratteristiche fondamentali: l'essere preposto alla carica non tramite l'investitura popolare ma in seguito alla nomina dall'alto (generalmente attraverso pubblico concorso) e l'essere parte in un rapporto di servizio caratterizzato dal principio della carriera e di conseguenza da legami di tipo gerarchico in relazione ai doveri d'ufficio (la violazione dei quali — che peraltro non riguardano lo svolgimento della funzione giurisdizionale — dà luogo a responsabilità disciplinare). La prima caratteristica differenzia il giudice-funziario dal giudice elettivo proprio della tradizione americana; la seconda dal modello di giudice proprio della tradizione inglese.



bito della sua discrezione con la razionalizzazione del materiale normativo e con la sottoposizione dell'attività giudiziale alla norma scritta (<sup>19</sup>)), viene pure posto definitivamente in ombra il problema della responsabilità del magistrato nell'adempimento della funzione giurisdizionale.

Infatti, in questa prospettiva, l'attività giurisdizionale non può che concretarsi in un processo di carattere meccanico, sillogistico, di applicazione al caso concreto di una norma altrove prodotta e che gli spazi a quella concessi non sono che di chiarificazione o al massimo di integrazione a livello subordinato della legge scritta (<sup>20</sup>); da ciò deriva l'inutilità se non l'impossibilità di configurare una responsabilità del giudice per le scelte da lui operate nell'esperimento della sua attività tipica, in considerazione del carattere vincolato di queste scelte.

---

(<sup>19</sup>) Una ben diversa prospettiva si riscontra invece nella Francia dell'*Ancien Regime*. In questo periodo il potere del giudice tende a divenire sempre maggiore per la molteplicità delle fonti del diritto e l'oscurità della normativa vigente. Per converso riesce difficile parlare di una responsabilità del giudice nel periodo considerato: se in origine questa era massima poiché il re delegava la funzione del giudicare a persone di sua fiducia da lui nominate e da lui revocabili, in seguito, con l'affermarsi della venalità e poi dell'ereditarietà delle cariche giudiziarie, la responsabilità divenne minima (in che misura si può essere responsabili nei confronti d'altri di un diritto proprio legalmente acquistato e trasmesso?). Non si deve dimenticare come « sotto l'*Ancien Regime* lungi dal considerarsi la Giurisdizione come una funzione esclusivamente riservata allo Stato, si scorgeva in essa un diritto patrimoniale proprio di colui che ne era investito, e si ammetteva quindi che l'amministrazione della giustizia entro un determinato distretto fosse venale e trasmissibile a titolo privato, come un qualsiasi oggetto idoneo di proprietà e di commercio »; già prima della Rivoluzione francese si fa tuttavia strada la tendenza a considerare i giudici come funzionari del sovrano e non come proprietari di una carica o di una giurisdizione (un cenno di ciò in TARELLO, *Le ideologie*, cit., 207). La frase prima riportata è di CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., 385-386. Sul diritto e le Magistrature nell'*Ancien Regime*: ESMÉIN, *Histoire du droit français*, Paris 1892; VIOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, t. III, libro IV, Paris 1903.

(<sup>20</sup>) Una definizione classica ed emblematica del giudiziario si può leggere in SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano 1947, 310: « il potere giudiziario è un potere essenzialmente vincolato nel contenuto: cioè nel senso che esso non ha fini autonomi, in modo che la legge non gli è soltanto limite... ma è, per quanto riguarda la sua applicazione ed attuazione, l'unico ed esclusivo oggetto per cui quel potere deve esercitarsi ».

In questo quadro acquistano un particolare rilievo i principi fondamentali formulati dalla dottrina costituzionale liberale in tema di potere giudiziario, tutti in qualche misura confliggenti con la problematica della responsabilità: l'imparzialità propria della funzione giurisdizionale (il cui compito sta nella conservazione dell'ordinamento giuridico dello stato); l'indipendenza dei giudici, vista come strumentale rispetto all'imparzialità della funzione, indipendenza che postula una serie di strumenti giuridici per la sua realizzazione (garanzie della Magistratura ripartite a loro volta in garanzie del giudice e dell'organizzazione giudiziaria); la autonomia della Magistratura, autonomia<sup>(21)</sup> intesa nel senso di sottrazione ad altri poteri od organi dei provvedi-

(21) In Italia, nel periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione, il termine autonomia è stato collegato con il termine « autogoverno », in quanto questo ultimo costituirebbe la concretizzazione della prima (cfr. p. es. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della Magistratura*, Milano 1958, 174). In realtà, nella sua accezione classica, l'autogoverno consiste « nell'affidare, per mezzo della nomina regia, a esponenti di gruppi privilegiati del luogo, le amministrazioni locali, perché questi le dirigano come rappresentanti della popolazione »; così CASSESE, *Autarchia*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano 1959, 325-326 (cfr. in generale sul problema del *self government*, per un ampio quadro, TREVES G., *Autarchia, autogoverno, autonomia*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1957, 277 ss.). In questa prospettiva si disse che l'autogoverno « implica di norma l'attribuzione di una rilevanza distinta e differenziata agli interessi particolari (locali) rispetto a quelli generali dello Stato » e si negò che una tale situazione potesse prospettarsi per l'organo garante dell'autonomia del giudiziario, il Consiglio superiore della Magistratura (cfr. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova 1964, 3-4; ora però dello stesso autore vedi le significative precisazioni in *Materiali per un riesame della posizione del Consiglio superiore della Magistratura*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1975, 3 ss. e 37 ss.) in quanto il CSM non cura interessi particolari dell'ordine giudiziario ma interessi statuali. In realtà si può affermare che l'adozione del termine autogoverno fu dettato da considerazioni di natura politica. L'uso che se ne fece in sede di Assemblea costituente assume, al di là del suo significato giuridico « classico » — su cui nessuno insistette —, un sapore di rottura con un passato contrassegnato da una pesante influenza dell'esecutivo sulla Magistratura e di affermazione di ideali propri del garantismo liberale. Il termine autogoverno fu, anche per quest'ultimo motivo (nella misura in cui il garantismo si manifestava nell'adesione al principio della separazione dei poteri) ben poco usato, anzi avversato, nelle discussioni all'Assemblea costituente, dalla sinistra social-comunista e da alcuni democristiani (cfr., per la difesa del principio, CALAMANDREI, *IIª sez., IIª sottoc.*, 3; *contra*: LACONI, *IIª sez., IIª sottoc.*, 84; DI GIOVANNI, *ivi*, 83; TARGETTI, *ivi*, 83; UBERTI, *ivi*, 85; CAPPI, *ivi*, 81). Le citazioni sono tratte dalla prima edizione degli *Atti dell'Assemblea costituente*, Tipografia della Camera dei deputati, Roma.

menti riguardanti lo *status* del giudice, dei giudizi disciplinari ed in genere del governo della Magistratura per attribuirli ad un organo separato dalla pubblica amministrazione e composto in misura maggiore o minore da magistrati <sup>(22)</sup>.

Il secondo elemento che contribuisce a dare alla Magistratura nei paesi dell'Europa continentale la sua attuale connotazione (la burocratizzazione dell'ordine giudiziario) assume anch'esso notevole importanza con riferimento al problema della responsabilità del giudice. Attraverso la sistemazione organizzativa della Magistratura sul modello dei corpi amministrativi si viene, sotto un diverso profilo, a sgombrare il campo da qualsiasi problematica di controllo diretto sul giudice (e quindi sull'attività da lui svolta) da parte dei cittadini: ciò si manifesta attraverso l'abbandono dell'elettività come metodo di reclutamento per le cariche giudiziarie. Sicché si potrebbe dire che di responsabilità politica del giudice, questa volta nel senso di un controllo sul merito dell'attività da lui svolta *da parte di chi lo prepone alla carica*, si può in qualche modo parlare solo durante la Rivoluzione francese quando le Costituzioni di quel periodo istituzionalizzarono il diritto alla nomina diretta di tutti i giudici <sup>(23)</sup>.

---

(22) Per una chiara sintesi delle categorie giuridiche in tema di ordine giudiziario DAGA, *Il Consiglio superiore della Magistratura*, Napoli, 1973, IX ss. Per i termini imparzialità e indipendenza non in riferimento alla Magistratura CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano 1961, 103. Più in generale è bene riflettere sul fatto che « lo Stato di diritto sarà, in termini giuridici positivi, uno Stato secondo legge o secondo Costituzione, ma non perde mai il suo carattere di Stato secondo Giudice. Questi sarà il giudice particolare che colpisce la violazione della legge da parte dell'amministrazione, il giudice ordinario che sindacava l'amministrazione al pari dei privati, il giudice che effettua il controllo di costituzionalità delle leggi, a seconda dei diversi punti di vista. Ciò presuppone sempre che il giudice, cui spetta l'applicazione della legge ordinaria o costituzionale, sia imparziale. Ma, per essere tale, egli deve essere indipendente. Indipendente da chi? Dall'autorità nei cui confronti egli potrà essere chiamato a giudicare (anche se da queste stesse autorità egli sia stato nominato; il che comporta sempre qualche rischio) ma non dal costituente o dal legislatore ». TREVES G., *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1959, 406.

(23) PIASENZA, *L'irresponsabilità politica della Magistratura nello stato liberale. Il Piemonte e lo Statuto (1848-1851)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, Bologna 1975, 536, autore di una lucida sintesi storico-istituzionale sul pro-

4. D'altronde il fatto che la responsabilità politica del giudice costituisca un problema lasciato in ombra è testimoniato da un sommario esame <sup>(24)</sup> dello stato della dottrina inerente al tema della responsabilità politica in generale.

Con formulazione notevolmente ampia si definisce la responsabilità come « la situazione che si verifica quando si è chiamati a rispondere degli effetti non conformi a quelli che si sarebbero dovuti attendere dall'esplicamento di un'attività » (nel profilo che qui interessa) un'attività « esercitata nella qualità di agente di diritto pubblico ».

Sottospecie di questa definizione di responsabilità formulata in termini generali è la responsabilità politica « in cui si incorre quando venga meno la ' fiducia ' nei confronti di chi è preposto ad una carica di indole politica da parte di chi lo ha preposto ». Tale ultima forma di responsabilità ha per conseguenza la cessazione del rapporto tra il soggetto responsabile e quello che fa valere la responsabilità <sup>(25)</sup>.

La responsabilità politica è stata pure studiata distinguendo i diversi modi attraverso cui si può esplicare: si è così distinto tra responsabilità politica istituzionale e responsabilità politica diffusa <sup>(26)</sup>. Se la prima si manifesta in un meccanismo di irrogazione di conseguenze negative <sup>(27)</sup> attraverso procedimenti tipici <sup>(28)</sup>, la seconda si manifesta in imputazione di fatti politici <sup>(29)</sup>. È stato sostenuto che al fine di avere responsabilità politica, anche di tipo diffuso, occorre esista un meccanismo per ri-

---

blema qui trattato che verrà richiamata altre volte in queste note, pur riscontrandosi una notevole differenza tra le posizioni di fondo dell'autore richiamato e quelle di chi scrive.

<sup>(24)</sup> Che in questa sede terrà conto dei risultati raggiunti dalla dottrina italiana contemporanea e in particolare da uno dei pochi studi specifici sull'argomento, quello di RESCIGNO G.U., *La responsabilità politica*, Milano 1967.

<sup>(25)</sup> MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975, 229.

<sup>(26)</sup> Distinzione operata dal RESCIGNO, *La responsabilità*, cit., *passim*.

<sup>(27)</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, 112.

<sup>(28)</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, 96.

<sup>(29)</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, 142.

muovere i detentori del potere politico dalle loro funzioni <sup>(30)</sup>; e che, riguardando la responsabilità politica i titolari degli organi e non gli organi in quanto tali, non è possibile strutturare un rapporto di responsabilità politica verso i componenti di organi collegiali le cui deliberazioni siano segrete e le cui regole di azione impediscano la possibilità di far constatare gli eventuali dissensi <sup>(31)</sup>. In ordine poi al problema dei soggetti passivi del rapporto di responsabilità politica si deve notare come essi, per quanto attiene alla responsabilità politica istituzionale, si individuino secondo modi e forme in buona parte predeterminate ed obiettivamente certe e riconosciute <sup>(32)</sup>; per quanto attiene alla responsabilità politica diffusa, pur essendo variabili, vengano individuati sulla base della circostanza di lottare per la conquista del potere politico <sup>(33)</sup>. Risulta sufficientemente chiaro da quanto precede come le definizioni di responsabilità politica costituiscano una puntuale generalizzazione dei vari collegamenti che si possono presentare fra legislativo ed esecutivo e, come, di conseguenza, la loro adattabilità a situazioni diverse sia minima.

Per converso, sulla base di principi radicati nella dottrina costituzionale di indirizzo liberale, la cui influenza, come si è visto è ancor oggi determinante in riferimento alla problematica inerente alla posizione del giudice nel sistema costituzionale, si può affermare che:

a) il giudice non lotta per il potere politico né è preposto ad una carica di indole politica;

b) non si riscontra, come d'altronde si è già avuto modo di vedere, la possibilità di un sindacato di natura politica sulla sua attività tipica, né a maggior ragione la possibilità di rimozione dalle sue funzioni in conseguenza di tale tipo di sindacato.

<sup>(30)</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, 116.

<sup>(31)</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, 23. Concorde il PIZZORUSSO, *Introduzione a L'ordinamento giudiziario*, Bologna 1974, 47.

<sup>(32)</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, 110-111.

<sup>(33)</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, 121.

Risulta chiaro da quanto precede come qualsiasi discorso che si occupi della responsabilità politica del giudice non può che imbattersi in notevoli difficoltà. In primo luogo ci si trova davanti ad una negazione esplicita di quella in base ai principi fondamentali dell'ordinamento; ma nello studio della storia istituzionale ottocentesca, in presenza di una formale deresponsabilizzazione dei giudici, si riscontrano una serie di pesanti influenze e controlli del potere politico sul giudiziario. In secondo luogo si pone il problema di riesaminare i termini della questione in relazione agli ordinamenti contemporanei <sup>(34)</sup>. Questa duplice serie di problemi verrà studiata in riferimento alla situazione italiana. Si cercherà quindi di dar conto della posizione e del ruolo della Magistratura italiana nello stato liberale e nello stato fascista proprio al fine di evidenziare le influenze e controlli cui andò soggetto il giudice in questo periodo; scopo di questa prima parte è infatti quello di ancorare le osservazioni generali che precedono ad un contesto istituzionale dato al fine di trarre una serie di considerazioni di fondo sul problema che stiamo esaminando. In seguito si affronterà il problema della responsabilità del giudice nel vigente ordinamento costituzionale italiano.

## II.

1. Le influenze politiche nei confronti del giudice, con riferimento alla situazione storico-istituzionale dall'Italia monarchica, hanno modo di manifestarsi attraverso i collegamenti che vengono ad instaurarsi tra potere esecutivo e potere giudiziario. Non bisogna però dimenticare di considerare l'organizzazione interna della Magistratura ordinaria; tale organizzazione, i cui presupposti consistono in uno stretto collegamento tra magistrati

---

<sup>(34)</sup> Oggi più che mai è aperto il dibattito sul significato del ruolo del giudice nell'ordinamento, è in atto un lavoro di riesame o di rielaborazione di posizioni che sembravano immutabili o acquisite. Cfr. per il lucido contributo portato alla questione BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Quale giustizia* 1971, 268 ss.

superiori e potere politico e nella posizione dominante di quelli all'interno dell'organizzazione giudiziaria, costituisce un notevole fattore di coesione delle scelte dell'ordine giudiziario nel suo complesso.

È necessario però mettere in guardia dal raffigurare, nei paesi continentali a diritto codificato<sup>(35)</sup>, il confronto tra esecutivo e giudiziario come confronto tra due componenti in lotta, nella quale il primo conculcherebbe le libertà e recherebbe pregiudizio ai diritti che il secondo intende difendere.

Sempre presente nella pubblicistica italiana dell'ottocento e del novecento è questo tipo di posizione, attraverso la quale si giustifica l'esigenza di un riconoscimento effettivo dell'inamovibilità, concretizzazione dell'indipendenza dei giudici per preservarne l'imparzialità della funzione: la Magistratura deve poter essere posta in condizione di difendere le pubbliche libertà in contrapposizione all'esecutivo, che, per la natura e i modi della sua attività, si considera maggiormente proclive a violarlo<sup>(36)</sup>.

(35) Sono da operare distinzioni tra l'atteggiamento dei giudici di fronte alla tutela delle libertà nei paesi anglosassoni e quello dei giudici sullo stesso problema nei paesi dell'Europa occidentale a diritto codificato. Cfr. le osservazioni di AMATO sul rapporto giudice-tutela delle libertà in *Sistema giudiziario e dissenso sociale* (Pol. del dir. 1972, 301 ss.), in riferimento alla situazione degli Stati Uniti. Là i giudici, su cui il sistema istituzionale scarica le contraddizioni sociali (evidenziate dal contrasto tra tolleranza dei principi e intolleranza dei costumi) sono chiamati, quali esponenti della *majority rule* ad operare un bilanciamento tra le regole proprie di quella e la protezione del dissenso. Tra le ragioni della maggioranza e quelle del dissenso si instaura un confronto in sede giurisdizionale che rifugge dagli schemi di ragionamento sillogistico dei paesi della nostra tradizione giuridica dovendosi dimostrare di volta in volta se e perché prevalgano le ragioni della maggioranza. I limiti del riconoscimento del dissenso si paleserebbero a quando il dissenso è o sembra sufficientemente diffuso o comunque non marginale [tanto] da farsi avvertire come contropotere, sia pure potenziale» (*Sistema giudiziario*, cit., 304). Si veda pure, sulla differente posizione del giudice elettivo (sistema di reclutamento, quest'ultimo, scarsamente usato nei paesi di tradizione romano-germanica) rispetto al giudice-funziario, l'affermazione per cui « pur non presentandosi con caratteri di contrapposizione all'esecutivo, il giudice elettivo possiede un certo grado di autonomia, a destra e a sinistra degli indirizzi governativi, che riflette un più diretto contatto con la base elettorale da cui proviene » (CANOSA-FEDERICO, *La Magistratura italiana dal 1945 ad oggi*, Bologna 1974, 454).

(36) Vedi ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze 1917, 262: « garanzia suprema del magistrato è la così detta inamovibilità, che gli assicura una piena

Si deve piuttosto constatare come, nei fatti, questa funzione garantista non fu svolta dalla Magistratura italiana, non solo per la insufficiente tutela giuridica della sua indipendenza, ma, specialmente, per la consonanza di intenti e di vedute tra vertice del giudiziario ed esecutivo <sup>(37)</sup> e, più in generale, per la *forma mentis* propria del giudice funzionario <sup>(38)</sup>.

Con quanto precede non si vuole disconoscere la posizione di inferiorità di cui fu oggetto la Magistratura a causa delle influenze e dei controlli da parte del potere politico; si vuole però non assegnare alla Magistratura nel suo insieme un ruolo che (purtroppo) non ha esercitato nel sistema politico-costituzionale italiano dell'ottocento.

1. La prima situazione di influenza (una situazione che conduce a configurare una sorta di responsabilizzazione politica dei giudici nei confronti dell'esecutivo) deve farsi risalire alla doppia posizione del giudice cui prima si è fatto cenno, da un lato preposto ad una funzione sovrana ed insindacabile dagli altri poteri dello stato, dall'altro titolare di uno *status* di pubblico impiego.

Innanzitutto si deve sottolineare che, in conseguenza del principio della separazione dei poteri, così come non poteva il

---

indipendenza dal potere esecutivo, da cui egli non deve avere nulla da temere come conseguenza di aver fatto giustizia ». Il BONASI tratteggia nitidamente il ruolo della Magistratura come quello di custode delle libertà e dei diritti dei cittadini in *La Magistratura in Italia*, Bologna 1884, 5 ss. (spec. 8-9). Vedi pure PIOLA CASELLI, *Magistratura*, in *Dig. it.*, XV, 1, Torino 2903-07, 241. Più problematico sul punto il MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Firenze 1896, 62 ss.

<sup>(37)</sup> La documentazione su questo punto è purtroppo ancora affidata a contributi notevoli ma necessariamente settoriali. Cfr. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico, Magistratura*, Bari 1973, il quale fa notare semmai come la Magistratura prendesse talvolta posizioni più spiccatamente conservatrici di quelle dell'esecutivo (*op. cit.*, *passim*). Di minor aiuto si rivela AA.VV., *Valori socio culturali nella giurisprudenza*, Bari 1970, Notevole materiale, anche se raccolto in modo molto confuso, si ritrova in MERLINO, *Politica e Magistratura dal 1860 ad oggi in Italia* (1<sup>a</sup> ed. 1925) e nel capitolo *Giustizia e tribunali de L'Italia qual'è* (1<sup>a</sup> ed. 1890) oggi ristampati (Malino 1974).

<sup>(38)</sup> Cfr. le pagine di NEUMANN di cui a nota 15 e pure AMATO, *Sistema giudiziario*, cit., 307-308.



giudice ordinario annullare gli atti amministrativi (potendo solo dichiararli illegittimi in relazione al giudizio in corso ed eventualmente disapplicarli — artt. 4, 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E) non era consentito al potere esecutivo alcun sindacato sul contenuto delle pronunce giurisdizionali.

D'altra parte, però, i provvedimenti riguardanti lo *status* del giudice, a causa del rapporto di servizio che lo legava all'amministrazione, erano di competenza dell'esecutivo, per la precisione del Ministro della Giustizia. Ciò si verificava in riferimento alle assunzioni, operate da commissioni di nomina ministeriale<sup>(39)</sup>. Per quanto riguarda le promozioni l'esecutivo godette per lungo tempo di vasta discrezionalità: l'ordinamento giudiziario del 1865 conteneva a questo riguardo poche disposizioni concernenti i limiti minimi di permanenza in una funzione<sup>(40)</sup>; il regolamento generale giudiziario per l'esecuzione della legge sull'ordinamento giudiziario (adottato con r.d. 14 dicembre 1865, n. 2641) prevedeva poi all'art. 66 che la formulazione delle proposte di promozione fosse demandata congiuntamente al primo presidente e al procuratore generale presso la Corte di Appello nel cui distretto il giudice svolgeva le funzioni; in caso di dissenso ambedue i pareri sarebbero stati inoltrati al ministro il quale avrebbe certamente tenuto in particolare conto le osservazioni del magistrato inquirente rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria. Solo verso la fine del secolo i poteri dell'esecutivo in questa materia furono limitati<sup>(41)</sup>. Ciò che rileva tuttavia in modo determinante per il nostro discorso è la competenza dell'esecutivo in materia di trasferimenti. Al riguardo è d'obbligo citare l'art. 199 dell'ordinamento giudiziario del

(39) Cfr. artt. 18-19 r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626 il quale costituisce l'ossatura della disciplina dell'ordinamento giudiziario dell'Italia monarchica.

(40) Artt. 39, 50, 72, 128 r.d. n. 2626.

(41) Attraverso l'istituzione di Commissioni formate da magistrati o da questi ultimi con l'aggiunta di elementi estranei alla Magistratura incaricate di fornire pareri di promovibilità e di compilare le graduatorie degli aspiranti (cfr. II, n. 3).

1865 <sup>(42)</sup>: vi si prevede che « i magistrati possono per l'utilità del servizio essere tramutati da una Corte o da un Tribunale ad altra Corte o Tribunale con parità di grado e di stipendio ».

Proprio attraverso quest'ultimo strumento si fece valere in modo particolare l'influenza politica dell'esecutivo sulla Magistratura.

Una sentenza che contenesse valutazioni dissonanti rispetto all'indirizzo politico dispiegava naturalmente efficacia di cosa giudicata; il controllo del potere politico non avveniva sull'atto ma sulla persona del giudice. Questi, irresponsabile politicamente del contenuto delle sue decisioni, finiva per subire una responsabilizzazione di fatto nei confronti dell'esecutivo, che, nella misura in cui le pronunce giurisdizionali uscivano dai limiti di tollerabilità a volta a volta propri della gamma di posizioni costituenti l'indirizzo politico dominante, poteva utilizzare un efficace mezzo di sanzione indiretta costituito dall'adozione di provvedimenti aventi un certo segno attinenti allo *status*, alla carriera, alla stabilità di sede del giudice.

Esiste a questo riguardo una notevole documentazione purtroppo non ancora ordinata sistematicamente <sup>(43)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Articolo che fu modificato, attenuandone la portata, solo con la legge 24 luglio 1908 n. 438 per essere poi ripristinato dal r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 (ord. giudiz. Grandi) all'art. 219.

<sup>(43)</sup> Un caso emblematico si verifica nel 1869 a Milano (esso dà luogo ad una serie di dibattiti giornalistici sul problema del controllo parlamentare sull'azione del Ministro della giustizia per l'inquadramento dei quali si rimanda al testo).

In occasione di una manifestazione contro il governo vengono arrestati elementi repubblicani e socialisti sotto diverse imputazioni tra le quali quella di aver recato offesa all'autorità governativa. Circa un mese dopo la sezione istruttoria del tribunale proscioglie gli imputati da qualsiasi addebito. I giudici della sezione istruttoria vengono trasferiti immediatamente per esigenze del servizio *ex art.* 199 ord. giudiz. Ampiamente sul tema D'ADDIO, *Politica e Magistratura (1848-1876)*, Milano 1966, 217 ss. Cfr. pure, sempre in D'ADDIO, *op. cit.*, 202 ss. il caso del presidente della Corte di Cassazione di Palermo, Calvi, trasferito, per una serie di sentenze notevolmente in contrasto con l'indirizzo politico del governo, a Firenze nell'ambito di una serie di trasferimenti riguardanti la Magistratura palermitana (furono complessivamente trasferiti 42 magistrati) nei primi anni successivi all'Unità. Il MIRABELLI, *L'immovibilità della Magistratura nel regno d'Italia*, Napoli 1880, 49-50, ricorda che il guardasigilli

È importante soffermarsi piuttosto sul congegno istituzionale proprio della forma di governo dell'Italia monarchica per mezzo del quale poteva sindacarsi il potere dell'esecutivo sopra descritto: la responsabilità politica, questa ultima istituzionalizzata, dell'esecutivo e in particolare del Ministro della Giustizia nei confronti del Parlamento.

Proprio in occasione di una serie di trasferimenti di magistrati, verificatisi nei primi anni successivi all'Unità, a seguito di una vicenda giudiziaria dai riflessi chiaramente politici<sup>(44)</sup>, i giornali del tempo riassumono in modo sintetico i termini della questione di cui si tratta.

« La Perseveranza » allora giornale di opposizione, faceva notare che se il diritto di traslocazione è nelle mani del potere esecutivo per legge il trasferimento deve essere motivato « non già dal fatto che in tale o tal altro giudizio particolare la sentenza data da loro [i giudici] non sia piaciuta al governo, o anche non sia piaciuta al ministero... altrimenti il giudice verrebbe a trovarsi punito perché esercita l'ufficio secondo coscienza »<sup>(45)</sup>. Ove appare chiara l'adesione ad un principio proprio della tradizione costituzionale liberale: l'esigenza di assicurare alla Magistratura una funzione garantista in conseguenza della sua sottomissione soltanto alla legge. Lo stesso giornale, alcuni giorni dopo, sosteneva che un trasferimento inficiato dall'abuso (il che significava determinato da un giudizio surrettizio sul contenuto della pronuncia giurisdizionale e quindi viziato da eccesso di potere<sup>(46)</sup>) poteva venire censurato dal Parlamento con la possibile conseguenza del « licenziamento » del Ministro in questio-

---

Tajani operò 122 trasferimenti di magistrati tra il 20 dicembre 1878 e il 30 giugno 1879. Il BONASI, *La Magistratura*, cit., 40, riferisce di 211 trasferimenti nel periodo che segnò il passaggio dalla Destra alla Sinistra.

(44) Ci si riferisce ai trasferimenti di cui fu oggetto la Magistratura milanese, su cui cfr. nota precedente.

(45) « La Perseveranza », 27 agosto 1869 in D'ADDIO, *Politica*, op. cit., 788.

(46) L'impugnabilità degli atti di trasferimento sulla base di questo vizio era in ogni caso esclusa fino al 1889 per la mancanza di una giurisdizione che tutelasse gli interessi legittimi.

ne<sup>(47)</sup>. Era però lo stesso giornale che affermava, in contrasto con i fogli fiancheggiatori del governo<sup>(48)</sup>, che « l'autorità del Parlamento si esercita da una maggioranza partigiana di sua natura e necessariamente tale. Il Ministro quindi si può ritenere sicuro da ogni sindacato finché si serve del suo diritto di trasferimento dei giudici secondo il desiderio e l'interesse della maggioranza ».

Faceva eco il Minghetti che, rispondendo a chi difendeva come valido il meccanismo della responsabilità parlamentare per preservare i giudici da indebiti interventi nella loro attività giurisdizionale, osservava: « allorché il partito che governa ha per sé una maggioranza sicura in Parlamento, questa non solo lo assolve ma lo glorifica anche della ingiustizia se gli sembra nell'interesse del partito stesso »<sup>(49)</sup>.

Più compiutamente argomentava il Bonasi: « se è vero che il ministero non è altro che il comitato esecutivo della maggioranza parlamentare, il sindacato della Camera si riduce al giudizio del partito politico dominante su coloro che ne rappresentano le idee, e ne incarnano gli interessi, il quale partito potrà bensì in una questione di politica generale, esterna o interna, togliere al Ministro la propria fiducia, ma non si priverà certo di un organo che convenga a' suoi intenti perché abbia comunque fatto pesare la sua influenza sulle bilance della Giustizia; tanto più che l'abuso non può essere dal Ministro commesso che nell'interesse del partito, od a profitto dei suoi più influenti rappresentanti »<sup>(50)</sup>.

Appare chiaro quindi come l'influenza politica dell'esecutivo nei confronti della Magistratura desse origine ad un profondo disagio. Era chiara la difformità di questa situazione ri-

---

<sup>(47)</sup> « La Perseveranza », 29 agosto 1869, *Il trasferimento dei giudici*, in D'AD-  
DIO, *op. cit.*, 794.

<sup>(48)</sup> « La Perseveranza », 30 agosto 1869, *L'immovibilità dei giudici*, in D'AD-  
DIO, *op. cit.*, 804, in replica a « L'opinione », *ivi*, 799 e 803.

<sup>(49)</sup> MINGHETTI, *I partiti politici e la pubblica amministrazione*, Rocca S.  
Casciano 1969. (rist.), 95.

<sup>(50)</sup> BONASI, *La Magistratura*, cit., 24-25; per un'efficace sintesi della situa-  
zione cfr. pure PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, II, Firenze 1884, 660-661.

spetto alle concezioni dominanti sulla posizione costituzionale e sul ruolo della Magistratura: invece di essere indipendente essa, di fatto, subiva una notevole influenza da parte del potere politico; invece di costituire una garanzia per le minoranze la sua azione veniva pesantemente condizionata dall'indirizzo politico governativo.

Come si è visto si considerava inadeguato a frenare il tramodare del potere esecutivo il meccanismo costituito dalla responsabilità di quest'ultimo verso il Parlamento a causa del giudizio di natura politica espresso dalla maggioranza in merito a provvedimenti incidenti sullo *status* dei magistrati o a pressioni indebite esercitate nei loro confronti (la maggioranza parlamentare infatti concedeva al governo in occasioni di tal genere una sorta di *bill* di indennità). Di conseguenza si richiedeva, in forme differenti, un'efficace ed effettiva traduzione normativa del principio della separazione dei poteri nella regolazione dei rapporti tra esecutivo e giudiziario.

A quest'ultimo proposito possono individuarsi due direttrici fondamentali: in un primo tempo la critica si appuntò su quei poteri in mano all'esecutivo maggiormente suscettibili di incidere, anche se indirettamente, sul corretto svolgimento della funzione giurisdizionale (innanzitutto, quindi, sulla possibilità di trasferimento per « utilità del servizio »). Molte furono le opinioni tese ad assicurare l'inamovibilità della sede che si concretizzarono nella richiesta di subordinare la potestà del Ministro in ordine ai trasferimenti al parere di organi formati da magistrati. In un secondo tempo si fece strada l'idea di assegnare alla Magistratura stessa, attraverso organi composti da magistrati, le competenze più delicate in ordine al loro *status* e alla loro carriera; tale tendenza trovò una limitata concretizzazione legislativa nel Consiglio superiore istituito con la l. 14 luglio 1907, n. 511 <sup>(51)</sup>.

---

<sup>(51)</sup> Cfr. per questo svolgimento MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della Magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano 1967, cap. V (148 ss.) e cap. VI

Una prima osservazione da fare consiste nel sottolineare come, per lo meno fino all'istituzione del Consiglio superiore nel 1907, l'incisività di corpi consultivi di magistrati rispetto al potere di trasferimento ministeriale sia scarsa. Durante il periodo in cui funzionavano Commissioni locali presso le Corti d'Appello (istituite dal Ministro Vigliani con r.d. 3 ottobre 1873, n. 1595) come successivamente al 1880 (anno in cui fu istituita con r.d. 4 gennaio 1880, n. 5230 dal Ministro Villa una Commissione centrale con sede a Roma), i trasferimenti non solo non diminuirono ma talvolta aumentarono rispetto al periodo in cui essi erano di esclusiva competenza del Ministro<sup>(52)</sup>. Si potrebbe a questo punto sostenere, e il motivo era comune alla pubblicistica del tempo, che l'insufficienza del rimedio derivava proprio dal carattere di organi consultivi delle Commissioni, per di più istituite mediante regolamento.

A nostro avviso la spiegazione, non solo della scarsa efficacia delle Commissioni consultive, ma pure della profonda contraddizione che investe la storia istituzionale della nostra Magistratura (una apparente indipendenza correlata ad una pesante responsabilizzazione « di fatto ») si ritrova risalendo al momento iniziale della sistemazione dei rapporti costituzionali tra Magistratura ed esecutivo e precisamente agli anni immediatamente successivi alla concessione dello Statuto albertino.

---

(168 ss.). Una tale ottica non fu estranea a personalità appartenenti a forze politiche considerate in questo periodo ai limiti della legalità. Cfr. MERLINO, *Politica e Magistratura*, cit., 311: « la Magistratura deve separarsi dalla politica, conquistare la propria indipendenza e acquistare l'energia necessaria per adempiere il suo compito di custode incorruttibile delle pubbliche libertà, e dei diritti dei cittadini contro le prevaricazioni degli altri poteri dello Stato e di tutte le fazioni e di tutti i partiti ».

(52) Cfr. i dati contenuti nel progetto COSTA presentato al Senato nella seduta del 10 settembre 1896 da cui risultava che da una media di 740 trasferimenti negli anni 1866-1873 (periodo in cui i tramutamenti erano di esclusiva competenza del Ministro) si era passati ad una media di 898 nel triennio 1874-76 e ad una di 992 nel novennio 1877-85. Si scendeva a 855 nel quinquennio 1886-90 per poi ritornare a 986 trasferimenti tra il 1891 e il 1895. Ancora più importante osservare che « i tramutamenti » di soli magistrati giudicanti erano stati 220 nel solo periodo 1873-75, anni in cui funzionavano le Commissioni consultive ricordate nel testo. Cfr. per questi dati MAROVELLI, *L'indipendenza*, cit., 175-176 ed *ivi* nota 13.

In questo periodo si erano confrontate, in occasione di una serie di dibattiti parlamentari sui temi dell'amministrazione della Giustizia, le concezioni dei moderati e della sinistra piemontese sulla posizione e sul ruolo della Magistratura all'interno della nuova struttura costituzionale. Di fronte ad una sinistra che richiedeva, per lo meno all'inizio, una epurazione del personale giudiziario di estrazione aristocratica e di tendenza fortemente conservatrice, gli elementi moderati avevano opposto i principi della scuola liberale in tema di potere giudiziario (indipendenza della Magistratura dagli altri poteri dello Stato, insindacabilità delle sentenze). La mediazione tra le opposte tendenze, condotta con accortezza dai moderati, si era risolta in un limitato vaglio del personale giudiziario, che non poneva in dubbio la riaffermazione dei principi liberali in tema di potere giudiziario, e nella adozione di un modello burocratico e gerarchico di organizzazione interna giudiziaria, mutuata dall'ordinamento napoleonico. Una tale sistemazione scaturisce appunto dalla prima legge in materia del Piemonte liberale (la legge Siccardi del 1851<sup>(53)</sup>).

Tale sistemazione era destinata ad irrigidirsi ulteriormente attraverso l'azione di uno degli originari esponenti della sinistra piemontese, il Rattazzi, il quale, estremamente attento al problema costituito dalla sistemazione della Magistratura all'interno degli equilibri costituzionali, già nel 1853 aveva presentato un progetto complessivo di ordinamento giudiziario al Parlamento subalpino. Nel 1859 i suoi intenti si realizzavano con il nuovo testo di ordinamento giudiziario piemontese (d.l. 13 novembre 1859, n. 3781) praticamente trasfuso in quello del 1865 più volte qui ricordato.

La legge Siccardi concedeva un notevole potere alla Corte di Cassazione, organo giurisdizionale di vertice. Si disponeva infatti all'art. 1 che i giudici, che a termine dell'art. 69 dello Sta-

---

(53) Su questi problemi la documentazione e le osservazioni di PIASENZA, *L'irresponsabilità*, cit., 573 ss.

tuto avevano acquistato l'inamovibilità<sup>(54)</sup>, non potevano essere privati della loro carica, né sospesi dall'esercizio delle loro funzioni, né senza il loro consenso essere traslocati o posti in aspettativa o a riposo se non previa deliberazione della Corte suprema su richiesta del pubblico ministero. La deliberazione della Corte costituiva quindi premessa legale del decreto con cui il guardasigilli (naturalmente libero di dare o meno corso alla deliberazione stessa) disponeva il provvedimento a carico del magistrato.

La concezione del Rattazzi era invece quella di fare della Magistratura un corpo di funzionari alle dipendenze del Ministro, al cui solo potere erano da far risalire i provvedimenti sullo *status* dei magistrati e la cui responsabilità era politica, di fronte al Parlamento. Una tal concezione si dimostrò estremamente funzionale alle esigenze di amministrazione centralizzata proprie dell'Italia post-unitaria.

Ciò che emerge da questa ricostruzione è la necessità (allora profondamente avvertita) di fare della Magistratura un corpo integrato nella compagine statale ;ciò poteva verificarsi attraverso una struttura gerarchica dell'istituzione in cui l'organo di vertice del potere giurisdizionale godesse di una serie di rilevanti competenze (si è appunto ricordata la legge Siccardi) ma il giudiziario rinunciasse a qualsiasi tentazione di svolgere un ruolo politico proprio (non bisogna dimenticare che la Magistratura piemontese era stata difesa dagli attacchi di chi ne voleva l'epurazione in concomitanza all'instaurazione del nuovo ordine costituzionale proprio in considerazione del fatto che i principi liberali da un lato la volevano insindacabile ma dall'altro fedele applicatrice delle leggi). Oppure l'integrazione della Magistratura nell'apparato statale poteva essere garantita in modo più sicuro ed energico modellandone la struttura su quella di un corpo amministrativo (come appunto pensava il Rattazzi).

---

(54) Che non valeva per i giudici di mandamento e per i primi tre anni di esercizio delle funzioni.



Se l'integrazione della Magistratura nella compagine statale è costante obiettivo specialmente delle forze politiche espressione della borghesia liberal-radical (la « sinistra » del Rattazzi) ciò è perché la Magistratura stessa costituiva un rilevante centro di potere dell'aristocrazia<sup>(55)</sup> e più in generale delle forze conservatrici ostili all'affermarsi dei principi liberali (si pensi alle resistenze opposte dai giudici nell'applicazione delle leggi sui beni ecclesiastici<sup>(56)</sup>). Si deve quindi affermare che, nell'Italia dell'ottocento non solo l'insufficiente tutela giuridica dell'indipendenza ma pure la collocazione socio-istituzionale della Magistratura (prima corpo privilegiato di estrazione nobiliare, poi corpo burocratico), dà ragione della mancata assunzione di quel ruolo garantista che aprioristicamente i giuristi ottocenteschi di formazione liberale le assegnavano sulla scorta della ripartizione di competenze sancita dal principio della separazione dei poteri.

Deve però essere sottolineato che se l'integrazione della Magistratura nella compagine statale inizialmente ha un segno per così dire « progressista » (perché si contrappone alle tendenze conservatrici impersonate dal corpo dei giudici<sup>(57)</sup>) essa acquista nel giro di pochi anni un significato di segno opposto: la forte esigenza di concentrazione del potere unita alla accettazione da

---

(55) Cfr. DIONISOTTI, *Storia della Magistratura piemontese*, II, Torino 1881 92-93.

(56) Sulla giurisprudenza piemontese in materia ecclesiastica e sulle influenze politiche cui fu soggetta in conseguenza di ciò la Magistratura cfr. D'ADDIO, *op. cit.*, 30 ss. il quale nota che « alcuni episodi avevano dato chiara dimostrazione che la Magistratura non era del tutto convinta ed era in fondo ostile all'atteggiamento ecclesiastico delle forze che sostenevano il governo. Tra il 1851 e il 1853 la questione del matrimonio civile, quella del sequestro di beni di alcuni enti ecclesiastici aggravarono i rapporti... fra Governo e Magistratura » (30).

(57) Non bisogna credere che i giudici nei paesi dell'Europa continentale facciano sempre blocco con l'aristocrazia e il sovrano. Anzi, i loro ricorrenti dissidi nei confronti del sovrano sono fin troppo noti (si pensi, ad es., ai reiterati rifiuti di interinare le ordinanze regie). Ciò che deve essere sottolineato è che nell'Europa continentale i dissidi tra sovrano e giudici non portano ad un collegamento di questi ultimi con le aspirazioni di ceti sociali emergenti come invece accade in Inghilterra attraverso il collegamento che viene ad instaurarsi per la difesa della sfera della *iurisdictio* tra giudici di *common law* e parlamento.

parte della Magistratura (salvata dalla epurazione ma privata di un peso politico autonomamente rilevante) di un ruolo tendenzialmente subordinato <sup>(58)</sup> fa sì che i meccanismi di controllo sulla attività del giudice cui si è fatto riferimento operino come deterrente proprio nei confronti di quel ristretto numero di magistrati meno legati a posizioni conservatrici <sup>(59)</sup>.

In questo quadro complessivo trova quindi spiegazione il sovrapporsi ai principi liberali in tema di ordine giudiziario di una responsabilizzazione « di fatto » della Magistratura nei confronti del potere politico.

La sistemazione che si è ora prospettata da un punto di vista generale deve essere approfondita esaminandone due importanti specificazioni: in primo luogo l'organizzazione interna dell'ordine giudiziario e in particolare i legami che si vennero ad instaurare tra Magistrature superiori e potere esecutivo; in secondo luogo la posizione del pubblico ministero. Se quest'ultimo problema fu notevolmente dibattuto dalla pubblicistica del tempo il primo non formò oggetto di attenta considerazione, anzi fu affrontato ben più tardi, in occasione dei dibattiti relativi alla Magistratura in Assemblea costituente.

3. Il problema dell'indipendenza dei giudici dagli altri giudici non ha ragione di porsi in un'organizzazione giudiziaria che per le forme di reclutamento (si pensi per esempio all'elettività) o per l'impossibilità di avanzamenti non conosca il principio della carriera; così come la dipendenza dei giudici all'interno dell'ordine di cui fanno parte è accentuata da una configurazione

---

<sup>(58)</sup> Ma non inesistente, vedi nota 37.

<sup>(59)</sup> Cfr. a questo proposito l'indagine di PAPA, *Magistratura e politica (origini dell'associazionismo democratico nella Magistratura italiana 1861-1913)*, Padova 1973, il quale, attraverso un vasta documentazione, fornisce alcuni esempi dell'esistenza di questi fermenti, quasi esclusivamente riferibili alla Magistratura inferiore. Si rammentino, in questa prospettiva i provvedimenti presi nei confronti dei giudici della sezione istruttoria del tribunale di Milano (cfr. nota 43).

piramidale dell'ordinamento giurisdizionale, basato sul principio dei gradi successivi di giurisdizione <sup>(60)</sup>.

L'indipendenza interna non costituisce quindi un problema nel periodo della Rivoluzione francese, periodo nel quale, come si è già accennato, i magistrati (pur con una serie di restrizioni di censo e di preparazione tecnica) furono reclutati elettivamente e che conobbe un sistema giurisdizionale in cui gli appelli nei confronti delle sentenze di primo grado erano decisi non da organi giudiziari superiori bensì equiordinati a quelli di prima istanza <sup>(61)</sup>.

Il problema inerente all'organizzazione interna dell'ordine giudiziario nasce in concomitanza alla strutturazione della Magistratura in corpo burocratico e al conseguente porsi dei rapporti tra giudici in forme talora analoghe a quelle proprie dei funzionari dei corpi amministrativi. Tale processo, in Francia, è accompagnato dall'adozione di un sistema di successivi e sopraordinati gradi di giurisdizione al cui vertice si colloca la Corte di Cassazione. Tale organo, nato come custode della corretta interpretazione della legge formulata dal Parlamento (e in questo quadro fornito di poteri negativi, di annullamento delle sentenze contenenti « *contravention expresse au texte de la loi* ») <sup>(62)</sup> acquistò nel corso del tempo la funzione di garante dell'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale attraverso la progressiva acquisizione di poteri positivi che si estrinsecarono compiutamente

---

<sup>(60)</sup> « I successivi gradi di giurisdizione costituiscono una garanzia solo in quanto rappresentano una sostituzione parziale o totale del giudizio da parte di giudici di uguale valore e posti sullo stesso piano morale e giuridico. Se al contrario il giudizio sia ripetuto ad opera di giudici disposti in scala gerarchica-amministrativa, inevitabilmente il primo giudice, in luogo di chiedere la decisione solo alla sua intelligenza e conoscenza, cercherà di anticipare la decisione del giudice successivo che in questo caso diverrà davvero giudice 'superiore' ». MARANINI, *Introduzione a AA.VV., Magistrati o funzionari?*, Milano 1962, XXVIII.

<sup>(61)</sup> Cfr. legge 16-24 agosto 1790 su cui CODECHOT, *Les Institutions de la France sous la Revolution et l'Empire*, Paris 1951, 116 ss.

<sup>(62)</sup> Cfr. decr. 27 novembre - 1 dicembre 1790 su cui ampiamente CALAMANDREI, *La Cassazione*, cit., cap. XXI.

con il vincolo in punto di diritto per il giudice di rinvio <sup>(63)</sup>. Ciò contribuì a modellare sempre più le sentenze dei giudici inferiori, di merito, all'insegnamento dell'unica e suprema Corte di legittimità le cui pronunce, pur non costituendo precedente come negli ordinamenti anglo-sassoni, esercitarono una funzione notevole di persuasione.

Se il problema del ruolo esercitato dalla Corte di Cassazione si pone in termini differenti in relazione alla situazione italiana a causa del permanere delle Cassazioni regionali sino al 1923, notevoli analogie si riscontrano per quanto riguarda l'organizzazione interna dell'ordine giudiziario e il sistema della gerarchia delle giurisdizioni tra la Francia postrivoluzionaria e l'Italia monarchica.

Non deve infatti dimenticarsi a quest'ultimo proposito l'adeguamento, completato prima dell'emanazione dello Statuto, del sistema giurisdizionale piemontese a quello francese <sup>(64)</sup>. Ciò che in questa sede maggiormente interessa è la posizione del giudice all'interno dell'ordine giudiziario, strutturato già nel regno di

---

(63) Si veda la legge 1 aprile 1837 sulla Corte di Cassazione su cui CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, cap. XXII. L'art. 2 prevedeva l'obbligo per il giudice di rinvio di uniformarsi ai principi di diritto espressi dalla Corte suprema, nel caso di seconda cassazione per lo stesso motivo. In tal modo la Corte di cassazione influiva positivamente: a) sulla risoluzione della singola controversia che già era stata decisa dalla sentenza cassata b) sulla risoluzione di tutti i casi analoghi che potevano in seguito presentarsi in altri processi (CALAMANDREI, *op. cit.*, 527); infatti « l'opinione della Cassazione, quantunque non dovesse avere di diritto efficacia obbligatoria oltre il caso concreto, esercitava di fatto una disciplina sull'interpretazione giudiziale di tutti i tribunali imperocché se questi non si conformavano volontariamente al modello delle sue decisioni, essa aveva modo di togliere efficacia alle sentenze discordanti e di obbligare i ribelli ad adottare le sue massime giuridiche » (CALAMANDREI, *op. cit.*, 532).

(64) Cfr. regi editti 7 e 30 ottobre 1814 che istituiscono i giudici di mandamento in sostituzione dei castellani e di balivi e regio editto 27 settembre 1822 n. 1392 che istituisce i tribunali di prefettura in luogo dei prefetti. Con il regio editto 30 ottobre 1847 n. 638 viene costituito il magistrato di Cassazione. I Senati vengono in questo periodo tramutati in tribunali d'appello e privati del potere di interinazione e registrazione con decorrenza immediata dal giorno della pubblicazione dello Statuto (art. 82 Stat.).

Sardegna analogamente ad un corpo amministrativo, con una conseguente molteplicità di gradi e di livelli retributivi <sup>(65)</sup>.

In questo quadro deve essere evidenziato il potere di sorveglianza del Ministro della Giustizia su tutta la Magistratura giudicante e, a sua volta, degli organi giurisdizionali superiori di questa sugli organi inferiori. Tale potere costituisce una costante della normativa in materia di ordinamento giudiziario dell'Italia monarchica <sup>(66)</sup> e viene esplicitato in modo emblematico dall'art. 67 del regolamento di attuazione dell'ordinamento giudiziario del 1865: « i soli primi presidenti e i procuratori generali corrispondono per regola ordinaria con il Ministro della Giustizia e con gli altri capi del dicastero. Tutti gli altri funzionari corrispondono con il rispettivo superiore immediato, osservate le norme di gerarchia stabilite dalla legge di ordinamento giudiziario e dal presente regolamento ». Una tale sistemazione dei rapporti interni alla Magistratura era sostenuta dal potere politico: Vigliani, per lungo tempo Ministro della Giustizia della « destra » affermò alla Camera: « e la disciplina, signori, è nella milizia togata ciò che suol essere nella milizia armata. Se cede o si affievolisce, cedono e si affievoliscono i buoni ordini giudiziari » <sup>(67)</sup>. Attraverso il potere di sorveglianza era quindi costituito un potenziale canale di influenza in favore del Ministro della Giustizia e dei magistrati superiori. Era certo indubbio, in linea teorica, che la sorveglianza dei superiori rilevava, all'interno dell'ordine giudiziario, rispetto ai doveri inerenti al rapporto di servizio del magistrato e non costituiva uno strumento di censura dell'attività giurisdizionale; ma già in precedenza si è avuto modo di vedere come attraverso analoghi meccanismi passassero influenze politiche di non indifferente rilevanza.

<sup>(65)</sup> Cfr. sui livelli retributivi della Magistratura piemontese e su quelli relativi all'ord. giudiz. del 1865 MAROVELLI, *op. cit.*, 16 nota 9, 67 nota 30.

<sup>(66)</sup> Cfr. l. 19 maggio 1851 n. 1186 (legge Siccardi), artt. 26 ss.; r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626, artt. 216 ss.; r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786, artt. 178 ss.; r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, artt. 228 ss.

<sup>(67)</sup> *A.P. Senato, Discussioni*, Sessione del 1876, Tornata dal 23 giugno 1876, 489 ss.

Un cenno merita il problema delle promozioni solo al fine di sottolineare che se all'inizio nessuna garanzia fu predisposta per disciplinare l'attività discrezionale dell'esecutivo in questo campo, in seguito la materia venne regolata attribuendo sempre maggiori poteri a consessi (Commissioni locali istituite dal Ministro Vigliani, Commissione centrale, Consiglio superiore costituito con legge del 1907) <sup>(68)</sup> formati da magistrati appartenenti ai gradi più elevati: infatti, sia per quanto attiene alla Commissione centrale che al Consiglio superiore, l'elettorato passivo era limitato ai magistrati di Cassazione e ai presidenti e procuratori generali di Corte d'Appello <sup>(69)</sup>.

Abbiamo fin qui posto in evidenza più volte l'importanza attribuita dalla legislazione sull'ordinamento giudiziario del periodo monarchico all'alta Magistratura. La progressione in carriera, a parte il primo periodo successivo all'Unità, si svolgeva in linea di massima attraverso lo scrutinio e la valutazione dei titoli da parte dei consessi cui si è fatto riferimento; se l'effetto di un tale sistema era l'adesione agli indirizzi giurisprudenziali delle magistrature superiori (da cui provenivano gli esaminatori dei titoli) in conseguenza di esso era sempre aperta la via per instaurare da parte dei magistrati superiori, attraverso una valutazione degli atti tipici (i titoli) del magistrato, un controllo sul merito delle scelte giurisdizionali operate dal personale giudiziario. Un controllo sugli atti poteva quindi in ogni momento trasformarsi in un controllo sui giudici.

---

<sup>(68)</sup> Le deliberazioni di questi consessi erano solo preventive e generiche di dichiarazioni di promovibilità dei magistrati (art. 1 r.d. 5 gennaio 1905 n. 1; artt. 23, 24, 25, 31, 36, l. 14 luglio 1907 n. 511). Il valore delle classifiche era infatti reso incerto dall'arbitrio del ministero di concedere maggior numero di posti ora all'una ora all'altra classe di promovibili (buoni, buoni a pieni voti, ottimi, ottimi a pieni voti, di merito eccezionale), dando talvolta maggior preferenza al merito, talvolta all'anzianità. Cfr. PIOLA CASELLI, *La Magistratura*, cit., 230-231.

<sup>(69)</sup> Cfr. art. 1 r.d. 4 gennaio 1880 n. 5230; art. 1 r.d. 10 novembre 1890 n. 7279; r.d. 1 aprile 1897 n. 117; r.d. 2 dicembre 1900 n. 291; r.d. 4 aprile 1901 n. 110.

Accanto a questo sistema si affermò più tardi, specialmente in riferimento al reclutamento dei magistrati di Cassazione il concorso per esami. I magistrati proposti ai settori nevralgici dell'amministrazione della Giustizia (quelli, come si direbbe oggi, preposti a funzioni direttive: primi presidenti, procuratori generali delle Corti d'Appello e di Cassazione), tuttavia vennero sempre nominati con deliberazione del Consiglio dei Ministri (analogamente ai più alti funzionari del potere esecutivo) <sup>(70)</sup>.

La sorveglianza, il sistema delle promozioni, la nomina agli uffici direttivi nelle mani del Governo forniscono un quadro emblematico dei canali attraverso cui le influenze politiche sulla attività giurisdizionale possono dispiegarsi. Se è vero che « lo strumento più importante per limitare l'indipendenza esterna della Magistratura è proprio quello di creare una struttura di carattere gerarchico e piramidale all'interno dell'ordine giudiziario, in modo da ottenere la subordinazione della Magistratura al potere politico facendo leva sui soli capi degli uffici » <sup>(71)</sup> tale aspetto non fu colto dalla pubblicistica giuridica del tempo <sup>(72)</sup>, pure in un momento in cui le richieste della dottrina di orientamento liberale si appuntavano sull'autonomia e indipendenza della Magistratura dagli altri poteri. Il traguardo che fu raggiunto da questo movimento di opinione, prima che la legge sull'ordinamento giudiziario del 1923 e più ancora quella del 1941 facessero del-

<sup>(70)</sup> Cfr. art. 1 n. 9 r.d. 25 agosto 1876 n. 3289; art. 2 n. 6 r.d. 14 novembre 1901 n. 466; art. 27 l. 14 luglio 1907 n. 511; artt. 139-142 r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786; in particolare l'art. 188 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 disponeva che gli uffici direttivi cui si è fatto riferimento nel testo fossero attribuiti a coloro che « per precedenti di carriera o speciali incarichi assolti risultino non solo distinti per cultura giuridica ma anche particolarmente adatti a funzioni direttive ». L'art. 41 del r.d.l. 31 maggio 1946 n. 511 prescrisse il parere motivato del CSM in ordine alla deliberazione del Consiglio dei ministri.

<sup>(71)</sup> NEPPI MODONA, *La Magistratura e il fascismo*, in AA.VV., *Fascismo e società italiana*, Torino 1973, 131-132.

<sup>(72)</sup> Un esempio non comune di sensibilità per il problema dell'indipendenza interna fornisce il PIOLA CASELLI, *op. cit.*, 231. Il problema era particolarmente sentito dal MERLINO, *L'Italia qual'è*, cit., 134 che affermava: « il magistrato di grado inferiore dipende dal suo superiore... come potrebbe essere reale l'indipendenza della Magistratura se non c'è indipendenza all'interno della Magistratura? ».

l'ordine giudiziario uno dei corpi amministrativi dello Stato i cui funzionari erano dotati di particolari se pur nominali garanzie, fu la spartizione del governo della Magistratura tra il potere politico e consessi di alti magistrati i cui membri elettivi a loro volta erano designati da un ristretto corpo elettorale <sup>(73)</sup>.

4. Resta da esaminare la posizione del pubblico ministero nella normativa di ordinamento giudiziario dell'Italia monarchica per completare il quadro delle influenze politiche sulla Magistratura giudicante.

Caratteristica fondamentale dell'istituto nel periodo considerato è la dipendenza dall'esecutivo: il pubblico ministero è infatti il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria <sup>(74)</sup>.

I magistrati del p.m., amovibili, fino al 1908 sottoposti al potere disciplinare del diretto superiore gerarchico o del Ministro <sup>(75)</sup> (il quale poteva sospendere dalle loro funzioni i procuratori generali con decreto reale <sup>(76)</sup>) erano suscettibili di in-

---

<sup>(73)</sup> Il decreto del 1905 già cit. prevedeva la designazione dei membri elettivi da parte delle Corti di Cassazione del regno; analogamente l'art. 34 l. 14 luglio 1907 n. 511 istitutiva del CSM; soltanto il r.d. 14 dicembre 1921 n. 1978 (Rodinò), rimasto in vigore per soli due anni, prevedeva un CSM eletto da tutti i magistrati, pur mantenendo come requisito per l'elettorato passivo il grado di consigliere di Corte di cassazione o equiparato.

<sup>(74)</sup> Cfr. art. 129 r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626; art. 73 r.d. 14 dicembre 1921 n. 1978; art. 77 r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786. Il r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 all'art. 69 adottava (prima del 1946) una terminologia differente, lasciando cadere il diretto riferimento al potere esecutivo, ma il significato della formula restava il medesimo.

<sup>(75)</sup> Infatti con la legge 24 luglio 1908 n. 438 (art. 34) si prevede che la dispensa dal servizio dei magistrati del P.M. adottata con decreto reale fosse preceduta dal parere non vincolante di una commissione da istituirsi secondo le norme di un futuro regolamento. A tenore della medesima legge i provvedimenti disciplinari a carico dei magistrati erano presi previo parere dei Consigli disciplinari o della Corte suprema disciplinare in speciale composizione (art. 32). Cfr. analog. art. 206 r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786. Il r.d. del 1941 prevedeva un unico procedimento disciplinare per i magistrati requirenti e giudicanti (cfr. artt. 236 ss.).

<sup>(76)</sup> Tale norma rappresenta una costante fondamentale nella disciplina del P.M. Si potevano cioè collocare a disposizione « per ragioni di servizio » i procuratori generali presso le Corti d'Appello, previa deliberazione del Consiglio dei ministri.



fluenzare, con la loro azione, indirettamente o direttamente le scelte della Magistratura giudicante.

In ordine al primo profilo vengono in esame i poteri del p.m. in ordine allo *status* dei magistrati: si è già vista (vedi *supra* n. II.2.) in precedenza l'importanza rivestita in tema di promozioni, nei primi anni di vigenza dell'ordinamento giudiziario del 1865, dai pareri dei procuratori generali presso le Corti di Appello. Né si deve dimenticare che il p.m. disponeva di poteri di iniziativa in materia disciplinare e per converso era sottratto a qualsiasi censura da parte della Magistratura giudicante che doveva ricorrere al potere esecutivo per inoltrare le sue rimostranze nei confronti di magistrati del pubblico ministero. L'ordinamento giudiziario del 1865 attribuiva al p.m. la promozione dell'azione disciplinare anche su attivazione di chi aveva il potere di sorveglianza; solo in seguito si specificò che l'azione disciplinare nei confronti di magistrati giudicanti era promossa dal pubblico ministero per ordine del Ministro della Giustizia <sup>(7)</sup>.

C'è inoltre da osservare che le norme dell'ordinamento giudiziario del 1865, per cui la carriera giudicante e quella requirante erano parallele e distinte e i passaggi erano eccezionali — artt. 136-137 —, venivano sistematicamente violate; in tal modo il governo faceva ricoprire i posti chiave della Magistratura a funzionari a lui devoti per abitudine e vocazione <sup>(8)</sup>.

---

Anche se tale periodo non poteva superare i sei mesi, c'era la possibilità, ove non fosse in questo termine richiamato in servizio, di collocare il P.G., già messo a disposizione, in aspettativa e poi a riposo. La norma resistette a innovazioni parziali o integrali dell'ordinamento giudiziario. Cfr. art. 35 della legge del 1908, art. 75 dell'ord. giudiz. del 1923, art. 225 dell'ord. giudiz. del 1941. Appare molto chiara l'importanza attribuita, a ragione, dall'esecutivo alla figura del P.G. presso la Corte d'Appello.

(7) Cfr., rispettivamente, art. 220 r.d. del 1865 e art. 23 della l. del 1908, art. 193 del r.d. 1923, art. 243 del r.d. del 1941.

(8) D'ADDIO, *op. cit.*, 45-46. Pure in D'ADDIO la denuncia de « La Nazione » su tale abuso dell'esecutivo (189-190).

In via diretta l'influenza politica si esercitava attraverso i poteri di carattere processuale attribuiti al pubblico ministero.

Attraverso il potere di archiviazione nelle mani del pubblico ministero la Magistratura giudicante non veniva investita della risoluzione del caso quando ciò paresse opportuno al p.m. e/o al suo superiore gerarchico; come d'altronde era possibile il caso inverso, dell'accanimento nel perseguire certe manifestazioni delittuose che il Governo considerava necessario reprimere (79).

I rilevanti poteri del pubblico ministero furono ampiamente dibattuti dalla dottrina italiana del tempo; la chiara coscienza che si ebbe dell'influenza politica esercitata sulla Magistratura attraverso il p.m. sfociò nella richiesta di vasta parte della dottrina di uno sganciamento della Magistratura requirente dal potere esecutivo per fare del p.m. un organo cosiddetto « di giustizia » (o addirittura nella richiesta di soppressione dell'istituto affidandone le funzioni temporaneamente a magistrati giudicanti).

Tuttavia, proprio per il ruolo estremamente funzionale alle esigenze del potere politico svolto da quest'organo, un orientamento di tal genere non riuscì a provocare un mutamento della normativa in vigore, pur avendo fornito oggetto di più d'un progetto di legge (80).

---

(79) L'archiviazione, nell'Italia monarchica, fu subordinata al decreto del giudice istruttore dal 1913 al 1931. Cfr. art. 179 comma 2° c.p.p. 27 febbraio 1913. Particolare attenzione merita poi la sottoposizione dei pretori e dei giudici istruttori al P.M.: cfr. art. 231 ord. giudiz. del 1941.

(80) Il dibattito intorno alla figura del pubblico ministero si può leggere in BORTOLOTTO, *Ministero pubblico (materia penale)*, in *Dig. it.*, XV, 2, 524 ss. ove si prendono in considerazione le posizioni di chi voleva conservare la dipendenza dall'esecutivo del P.M. (LUCCHINI, BORSARI, MATTINOLO), di chi ne voleva fare un organo indipendente, « di giustizia » (CARRARA, BONASI, CESARINI, MIRAGLIA), di chi, infine, voleva abolirne la figura (come è già ricordato nel testo) (BROFFERIO, MUSIO, MORTARA). Cfr. p. 586 ss. Pure sul P.M.: BARTELLINI MOECH, *Il pubblico ministero dallo stato liberale allo stato fascista*, in *Natura e funzioni del pubblico ministero - lineamenti di una riforma*, Comitato di azione per la giustizia, Roma 1967, 35 ss.

5. Il lavoro di ricostruzione <sup>(81)</sup> che precede ha mostrato come nel periodo considerato non si pongano dei problemi di responsabilità politica del giudice: si può semmai dire che tali problemi, nel periodo monarchico-liberale, furono affrontati in modo per così dire rovesciato attraverso una pressante richiesta di affrancare la Magistratura dall'influenza esercitata su di essa dal potere politico, per restituirla alla sua immagine (nel presente contesto, probabilmente « ideologica ») di corpo formato da giudici indipendenti soggetti soltanto alla legge e quindi non assoggettabili ad alcun tipo di controllo diretto o indiretto nello svolgimento della loro attività tipica.

Sullo sfondo di questa impostazione stanno fattori che già abbiamo precedentemente considerato: l'esigenza del rispetto del principio della separazione dei poteri; l'affermarsi e il profondo radicarsi nella *forma mentis* dei pratici del diritto di una concezione dell'interpretazione « come di un'attività intellettuale di coscienza e non di volontà, di carattere tecnico e non di carattere

---

(81) Come si noterà la ricostruzione che precede comprende sia il periodo della monarchia liberale sia quello contraddistinto dal regime fascista. Fin troppo chiaro che questo non significhi considerare alla stessa stregua due periodi della nostra storia che non devono essere semplicemente o artificiosamente accomunati. La trattazione unitaria è dovuta alla considerazione di una sostanziale continuità di disciplina per quanto attiene alla materia di ordinamento giudiziario tra lo stato liberale e lo stato fascista e alle medesime problematiche in tema di responsabilità politica del giudice (si noterà infatti che nelle pagine che precedono ci si è spesso riferiti agli ord. giudiz. del 1923 e del 1941). Tale continuità di disciplina ha portato sovente a concludere che, per lo meno per quanto attiene alla storia del potere giudiziario, il regime liberale si è comportato alla stessa stregua di quello che gli è succeduto (facendo della Magistratura un corpo burocratico sottoposto al controllo del potere politico) in contraddizione con i principi generali del sistema costituzionale (in questa corrente di pensiero da ultimo PICNATELLI, *I controlli politici sul giudice dallo stato liberale al regime fascista*, in *Pol. del dir.* 1975, 109 ss.). L'omogeneità di normativa non dovrebbe costituire tuttavia una remora all'approfondimento degli studi sulla Magistratura nel periodo fascista, affidati ora a contributi magari pregevoli ma settoriali e, in ogni caso, poco numerosi (cfr. a questo proposito il saggio di NERPI MODONA, *La Magistratura e il fascismo*, cit., e i due saggi di JOCTEAU, *Lo stato fascista e le origini della Magistratura del lavoro* e *La Magistratura del lavoro nello stato fascista*, in *Pol. del dir.*, 1973, rispettivamente 163 ss. e 347 ss.).

politico »<sup>(82)</sup>; il tramonto dell'elettività come metodo di reclutamento per le cariche giudiziarie.

All'avvento del regime fascista il problema della responsabilità politica del giudice non viene affrontato direttamente ma viene meno la prospettiva di stampo liberale che, se ne aveva impedito l'affermarsi, aveva giustificato, sia pur implicitamente, questa presa di posizione con l'inutilità o meglio la pericolosità di un controllo sui magistrati; al contrario, nel regime fascista, la posizione della Magistratura si riduce in tutto e per tutto a quella di un corpo amministrativo dalle particolari (e quanto mai nominali) garanzie all'interno di una struttura statale spiccatamente autoritaria; per cui appaiono con sempre maggiore chiarezza i condizionamenti e le influenze del potere politico e il collegamento tra alti gradi della Magistratura ed esecutivo<sup>(83)</sup>. Proprio quest'ultima sistemazione dei rapporti tra giudiziario e potere politico avrà presente e cercherà di modificare profondamente il legislatore costituente del 1947.

Spetterà alle pagine che seguono mostrare quali problemi si pongono rispetto alla tematica della responsabilità del giudice nel vigente ordinamento costituzionale italiano.

### III

1. Giunti a questo punto occorre chiedersi se la posizione del giudice nello stato contemporaneo abbia subito modificazioni tali da riproporre in termini differenti il problema di una sua responsabilità di carattere politico.

---

(82) Le parole sono di TARELLO, *Orientamenti*, cit., 463 a proposito della concezione dell'interpretazione propria della scuola storica ma possono assurgere a considerazioni di carattere generale. Vedi, per le concezioni radicate nei pratici del diritto MERRYMAN. *Lo stile italiano*, cit., spec. 380 ss.

(83) Cfr. su questo specifico punto NEPPI MODONA, *La Magistratura*, cit., 157-158, il quale fa peraltro notare la continuità di normativa tra il periodo liberale e quello fascista in tema di ordine giudiziario.

Il fatto che ci si riferisca alla situazione italiana non impedisce di osservare che, accanto a tematiche specifiche inerenti allo sviluppo politico-istituzionale del nostro paese, stanno una serie di considerazioni di carattere generale che è bene porre in evidenza <sup>(84)</sup>.

A giudizio di chi scrive è necessario prendere le mosse dal declino dell'importanza della legge <sup>(85)</sup> (nell'ambito della più generale crisi che investe il principio di legalità <sup>(86)</sup>): si pensi innanzitutto alla complessità asunta dal sistema delle fonti (costituzioni rigide; dilatazione del potere regolamentare; produzione del diritto da parte di soggetti forniti di autonomia normativa costituzionalmente garantita — ad es. autonomia sindacale); in secondo luogo si rammenti il moltiplicarsi e l'intrecciarsi della normazione a causa dei nuovi poteri d'intervento (specie nel settore economico-sociale) propri delle democrazie liberali e la perdita di omogeneità del sistema legislativo a causa del dilatarsi della legislazione di settore o speciale.

Da una situazione in cui la legge era la prima e principale fonte del diritto e il sistema legislativo (attraverso l'elaborazione di codici) possedeva una tendenziale coerenza interna si è passati ad un pluralismo di fonti e ad una normazione sempre più complessa e difficilmente armonizzabile. Non solo: la mediazione tra differenti ideologie politiche da cui deriva la natura compromissoria delle Costituzioni contemporanee tende a trasferirsi sul piano della legislazione ordinaria. Di qui la sua difficile praticabilità così come, pure, l'imprecisione tecnica dell'enunciato normativo (anch'essa, molto spesso, un sintomo dei compromessi intervenuti nella fase di elaborazione del testo).

---

<sup>(84)</sup> Cfr. brevemente su questi temi VOLPE, *Sulla responsabilità politica dei giudici*, in *Foro it.* 1975, V. c. 63 ss., in part. c. 68.

<sup>(85)</sup> Vedi le osservazioni formulate da DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino 1970, 63-64.

<sup>(86)</sup> Cfr. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIII, Milano 1973, 696 ss. e, in special modo, sul contrasto tra principio di legalità e principio di effettività, 698 ss.

Per di più ad una situazione normativa di questo tipo fa riscontro una situazione socio-politica caratterizzata dall'affermarsi di poteri privati (cioè le formazioni sociali che impersonano gli antagonismi di classe presenti nella società civile: gruppi industriali, sindacati, partiti, ecc.) in conflitto tra loro e nei confronti dello Stato-persona.

In questo contesto la stretta subordinazione alla legge non costituisce più la caratteristica dominante (e tendenzialmente esclusiva) del ruolo del giudice; egli acquisisce una posizione per lo meno parzialmente diversa da quella assegnatagli dalla dottrina costituzionale liberale: da un lato si pone come ordinatore di un diritto sempre più complesso e meno razionalizzato, dall'altro come mediatore (assumendo un ruolo che è stato definito « paterno »<sup>(67)</sup>) delle istanze fatte proprie dai gruppi intermedi in contrasto tra loro e con lo Stato-persona.

È quindi logico che chi tenga conto dell'attività dei giudici riscontri come assuma sempre maggiore importanza, in correlazione con la problematica della creazione del diritto da parte dei giudici (di cui si avrà occasione di accennare tra poco) « l'affermazione del proprio ruolo in quanto potere concorrente nel processo di decisione politica ». Ciò implica una considerazione dell'indipendenza come « partecipazione con autonomia al processo di decisione » e un rigetto dell'indipendenza intesa come « neutralità o apoliticità »<sup>(68)</sup>.

La modificazione della posizione del giudice nell'ordinamento si riscontra non solo sotto un profilo oggettivo, a causa del moltiplicarsi e intrecciarsi delle fonti normative e del ruolo arbitrale e mediatore che il giudice deve assumere in società come le attuali, contrassegnate da una pluralità di centri di potere; ma pure sotto un profilo soggettivo in quanto i giudici stessi (o per meglio dire

(67) CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 1969, 443. Sui problemi della mediazione giudiziale correlata alle debolezze del sistema politico TREU, *L'uso politico dello statuto dei lavoratori*, Bologna 1975, 28 ss.

(68) CASSESE, *Problemi*, cit., 422.

una parte di questi) acquisiscono consapevolezza delle responsabilità di ordine politico e sociale che a loro competono (responsabilità che nelle società contemporanee sono particolarmente percepibili) e tendono ad assumere coscientemente, a differenza che nel secolo scorso, un ruolo politico proprio. Non è un caso che di fronte ai fenomeni sopra descritti i magistrati orientati in senso conservatore tendano, al contrario, a privilegiare (a nostro avviso acriticamente), la tradizione liberale ottocentesca in tema di Magistratura sostenendo il carattere puramente meccanico e vincolato delle scelte giurisdizionali e facendosi strenui difensori di una rigida divisione di competenze tra poteri dello Stato (non per questo tuttavia rinunciando a operare anch'essi scelte di politica giudiziaria di notevole rilievo).

D'altronde i fenomeni cui si è fatto riferimento si riverberano pure sulle concezioni che si hanno dell'attività interpretativa: una concezione sillogistica dell'interpretazione giudiziale tende ad entrare in crisi<sup>(89)</sup> di fronte al sovrapporsi e moltiplicarsi delle fonti; e gli stessi concetti generali della completezza e della univocità dell'ordinamento giuridico finiscono per essere oggetto di profondo ripensamento.

2. In Italia la scelta operata nel 1948 per una costituzione di tipo rigido (con la conseguente necessità di adeguamento della normativa ordinaria a quella costituzionale) introduce nell'ordi-

---

(89) Non deve dimenticarsi come la concezione che considera l'attività del giudice creativa di diritto nuovo e quindi, implicitamente, il carattere *lato sensu* politico delle decisioni di quello sia stata affermata dal più insigne rappresentante del neo-positivismo giuridico, KELSEN (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, tr. it., Milano 1952, 90 e 99). Chiaro però come un indirizzo quale quello descritto sia maggiormente diffuso nelle concezioni che in qualche misura si richiamano al realismo giuridico. Si pensi, ad esempio, al CARDOZO quando afferma: « le scelte dei metodi, l'apprezzamento dei valori, devono essere guidati per l'uno come per l'altro [il giudice e il legislatore] da considerazioni simili. Ciascuno infatti adempie ad una funzione legislativa entro i limiti della sua competenza. Senza dubbio i limiti sono più ristretti per il giudice. Egli legifera soltanto negli interstizi. Riempie gli spazi vuoti del diritto ». *Il giudice e il diritto*, Firenze, 1961, 54. Né si deve dimenticare il diverso ruolo del giudice nei paesi di *common law*.

namento una serie di problematiche estranee alla tradizione giuridica italiana e alla formazione dei pratici del diritto.

Le norme costituzionali posero delle prescrizioni dal lato contenuto politico e dal carattere di clausole generali <sup>(90)</sup> recisamente in contrasto con i principi e le disposizioni proprie della norma ordinaria allora vigente; gli organi di indirizzo politico abdicarono, per una serie di cause fin troppo note che non è possibile qui richiamare, alla loro funzione di predisposizione di una normativa ordinaria in armonia con il testo costituzionale; furono perciò i giudici a dover occupare l'area in tal modo lasciata libera <sup>(91)</sup>; furono essi cioè a dover operare quelle opzioni di fondo che in precedenza un sistema normativo maggiormente univoco o un corpo di principi « generali » del sistema largamente accettato aveva fatto considerare (o supporre) come eteronome, non proprie del soggetto giudicante. Infatti, fin dai primi anni del secondo dopoguerra comincia a manifestarsi l'opinione di una immancabile opzione politica insita nell'attività giurisdizionale <sup>(92)</sup>. D'altronde lo stesso sistema istituzionale repubblicano attribuì al giudice il fondamentale potere-dovere di denunciare alla Corte costituzionale

---

<sup>(90)</sup> Sul problema della univocità del testo costituzionale si è svolta in dottrina una lunga disputa. Chi scrive è convinto che, se non tutte le norme presentano lo stesso grado di determinatezza, pure esse non rappresentano una forma di compromesso potenzialmente aperto a tutte le interpretazioni possibili, sia in chiave conservatrice che in chiave progressista (così CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. del dir.*, 1973, 513). Su questo problema si vedano pure le opinioni di CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze 1950, CXXXIII; BOBBIO, *Profilo ideologico del 900*, in *Storia della letteratura italiana*, IX, Milano 1969, 217; MALAGUINI, *La Costituzione, la libertà personale e il fermo di polizia*, in *Quale giustizia*, 1973, 702-703. Sul carattere comunque tendenzialmente compromissorio delle Costituzioni contemporanee cfr. LAVAGNA, *Le Costituzioni rigide*, Roma 1964, 15.

<sup>(91)</sup> In questo quadro non è certo priva di giustificazione la richiesta, formulata da DI GIOVINE, *Introduzione*, cit., 130 ss., di una restrizione dell'ambito del potere discrezionale del giudice (nelle materie di riserva di legge) nel quadro di un privilegiamento dell'azione del Parlamento. Cfr. in generale sul problema delle « supplenze » del giudice TREU, *L'uso politico*, cit., 28.

<sup>(92)</sup> Cfr. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, Bari, 1962, 5-6 e dello stesso autore *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, in AA.VV., *Dieci anni dopo*, Bari 1955, pp. 179 ss.



le norme sospette di incostituzionalità; il giudice italiano venne chiamato, per la prima volta, sia pure in via preliminare e deliberatoria <sup>(93)</sup>, ad esprimere dei giudizi di valore sui principi informatori del nostro sistema giuridico; non a caso i diversi organi giudicanti ottemperarono in modo notevolmente differenziato a questo nuovo tipo di competenza loro assegnata.

Attraverso i fenomeni storico-istituzionali che si sono visti è maturato, sebbene a livello sotterraneo, il problema della responsabilità del giudice: la complessità del sistema normativo, la difficoltà e la necessità di darvi un ordine non solamente sistematico ma pure in qualche misura « ideologico »; il ruolo di mediatore che il giudice è venuto ad assumere nei conflitti sociali, il soefficiente di politicità insito nelle scelte giurisdizionali, alcuni problemi istituzionali peculiari allo storia italiana del dopoguerra hanno operato una serie di profonde lacerazioni politiche all'interno della Magistratura stessa sempre più divisa intorno al significato del suo ruolo e della sua funzione non solo all'interno del sistema costituzionale ma pure della società civile.

In presenza di questa situazione la legittimazione democratica dell'ordinamento unita alla sempre maggiore consapevolezza dell'ampio ventaglio di discrezionalità sotteso alle scelte del giudice porta inevitabilmente a chiedersi se il giudice stesso debba continuare a godere dell'irresponsabilità verso il corpo sociale per il contenuto dei suoi atti tipici.

3. Dall'esame della posizione del giudice e della Magistratura nel sistema costituzionale italiano si giunge alla constatazione dell'estrema difficoltà di configurare una responsabilità politica a livello istituzionale a carico del giudice.

---

<sup>(93)</sup> Si deve ricordare che sia la normativa (art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948 n. 1 e art. 23 l. 11 marzo 1953 n. 87) sia vasta parte della dottrina (cfr. per tutti MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1390) mirarono a fare del potere-dovere del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale una attività a carattere tendenzialmente vincolato.

In questo senso l'ordinamento giuridico italiano si conforma ad una regola generale dei sistemi giuridici contemporanei dell'Europa continentale.

Il sindacato sulle pronunce del giudice si effettua solamente in sede giurisdizionale da parte di altri giudici, in una posizione di indipendenza (tutelata dall'ordinamento) rispetto agli organi o poteri che potrebbero influenzare il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale.

L'indipendenza dei giudici è particolarmente assicurata sia tramite il riconoscimento dell'indipendenza funzionale sia attraverso il riconoscimento di quella organizzativa<sup>(94)</sup>. In ordine al primo punto si pensi al collegamento che si viene ad instaurare tra l'art. 101, 2° comma (sottoposizione del giudice alla legge senza alcuna altra intermediazione<sup>(95)</sup>), e l'art. 107, 3° comma che, stabilendo che i magistrati si distinguono fra loro solo per diversità di funzioni, ha lo scopo di eliminare ogni possibilità di istituire rapporti di tipo gerarchico, da superiore ad inferiore, in-

(94) Ci si riferisce qui alla sistemazione delle garanzie di indipendenza dei magistrati effettuata da MORTATI, *op. cit.*, II, 1276 ss., n. 26-27. Svariatisime sono le classificazioni intorno ai vari tipi di indipendenza dei giudici. Ad es. il DAGA, *Il consiglio*, cit., XIII ss. e nota 1 del cap. II distingue tra indipendenza costituzionale (artt. 101, 2° comma; 104, 1° comma), indipendenza funzionale (artt. 104, 105, 109) e indipendenza istituzionale (artt. 102, 106, 107, 108). Per la prima la Magistratura come potere dello stato non ne riconosce alcun altro ad essa superiore ed è soggetta soltanto alla legge. La seconda si estrinseca nell'autogoverno e nei poteri sui corpi di polizia necessari per l'amministrazione della giustizia. La terza si concreta nell'unità della giurisdizione e nelle garanzie di *status* dei magistrati.

Cfr. per una, in parte, differente categorizzazione LENER, *L'indipendenza della Magistratura nella nuova Costituzione*, in *Civiltà cat.*, 1947 (quad. 2326), 1 ss. La sistemazione data dal MORTATI offre alla materia maggiori requisiti di agilità e chiarezza.

(95) « Il rapporto tra legge e attività amministrativa non è... diretto e senza residui, ma risulta mediato, appunto dall'imperativo puntuale e specifico di agire applicando la prima alla stregua del pubblico interesse » per converso « il contatto fra legge e sentenza è immediato, modellandosi secondo la latitudine di scelte offerte dalla formula normativa, e da essa soltanto »; da ciò deriva che per la pubblica amministrazione l'imparzialità non è che una modalità di realizzazione del fine pubblico, mentre per la giurisdizione rappresenta l'essenza stessa dell'attuazione dei precetti legislativi. Vedi LOMBARDI G., *Principio costituzionale dell'indipendenza del giudice e composizione delle commissioni tributarie*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* 1964, 116-119.

conciliabili con l'autonomia spettante ad ogni giudice<sup>(96)</sup>. In ordine poi all'indipendenza organizzativa viene in considerazione il Consiglio superiore della Magistratura, l'organo che deve rendere effettivo il precetto di cui all'art. 104, 1° comma Cost. « la Magistratura è un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere ». I provvedimenti amministrativi inerenti allo *status* del magistrato, in precedenza in linea di massima di competenza dell'esecutivo, sono demandati ad un organo collegiale formato in maggioranza da magistrati la cui composizione, da un lato, mira ad un collegamento della Magistratura con gli altri organi supremi dello stato (presidenza del Capo dello Stato, presenza di membri di nomina parlamentare), dall'altro tende ad assicurare l'imparzialità delle decisioni del consesso (con l'esclusione dell'organo « politico » — Ministro della Giustizia)<sup>(97)</sup>.

Sia dall'esame degli atti dell'Assemblea costituente sia dalla normativa costituzionale menzionata appare che il ruolo del Consiglio è stato visto come strumentale rispetto al corretto esercizio della funzione giurisdizionale affrancando i titolari di questa da quelle possibili forme di influenza inerenti alla loro condizione di pubblici impiegati le cui conseguenze si sono mostrate in precedenza<sup>(98)</sup>.

<sup>(96)</sup> MORTATI, *Istituzioni*, cit., II, 1278.

<sup>(97)</sup> Sotto questo profilo si può anche giungere a inquadrare la presidenza del Capo dello Stato come manifestazione di quel potere neutro che lo fa garante della Costituzione; cfr. C. Cost. sent. n. 44 del 1968, in *Giur. cost.* 1968, I, 697. In generale sulla posizione della C. Cost. cfr. PIZZETTI, *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica: considerazioni su due non recenti sentenze*, in *Giur. cost.*, 1970, 1460 ss.

<sup>(98)</sup> La presenza di membri « laici » di derivazione parlamentare all'interno del Consiglio non contrasta con quanto si è affermato. La loro funzione fu individuata, dalla maggioranza dei costituenti, nella partecipazione, accanto ai componenti magistrati del CSM, agli atti incidenti sullo *status*, la carriera e la disciplina del giudice al fine di evitare il costituirsi della Magistratura in « casta chiusa » (LEONE G., *Atti Ass. cost.*, in *Ass. plen.*, 2105, 2114, 2115). La prospettiva che portò all'inserimento dei laici nel CSM fu quindi di natura garantista e non certo dettata da una esigenza di controllo sull'attività del giudice da parte di elementi estranei all'ordine giudiziario (in questo senso invece, sebbene larvatamente, vi furono delle propensioni da parte comunista. Cfr. GULLO F., *Atti Ass. cost.*, *ivi*, 2015 ss.). Cfr. su questo ultimo punto, recentemente, uno spunto di PETTA, *Ideologie costituzionali della sinistra italiana (1892-1974)*, Roma 1975, 111-112.

In questo quadro di consolidamento delle classiche garanzie della Magistratura e del singolo giudice possono essere collocate una serie di disposizioni del testo costituzionale: l'art. 106, 1° comma che prescrive in via generale il reclutamento per pubblico concorso volto ad accentuare il carattere, proprio dello stato di diritto, di imparzialità del reclutamento stesso; l'art. 108, 1° comma della Cost. che prevede una riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario<sup>(99)</sup>; l'art. 109 che si premura di assicurare una dipendenza diretta della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria<sup>(100)</sup>; l'art. 112 che, sancendo in Costituzione la obbligatorietà dell'azione penale, la sottrae alla discrezionalità dell'esecutivo (e ciò indipendentemente dal futuro assetto che si vorrà dare alla natura e alle attribuzioni del pubblico ministero) e fa cadere le limitazioni che al potere del giudice potevano derivare dall'impossibilità di attivarsi di ufficio<sup>(101)</sup>.

Se quanto precede è esatto, se cioè la Costituzione ha voluto sottrarre l'attività giurisdizionale non solo a qualsiasi tipo di influenza proveniente dal vertice del potere politico ma pure, tenendo presente il combinato disposto degli artt. 104, 1° comma e 107, 3° comma Cost., da qualsiasi altra influenza suscettibile di

---

(99) Per il carattere assoluto della riserva vedi BARTOLE, *Autonomia e indipendenza*, cit., 248-250. Recentemente ZAGREBELSKY G. (*La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. di dir. proc.* 1975, 442) ha posto il problema di considerare la riserva di cui all'art. 108 Cost. come assoluta nei confronti del potere esecutivo e come relativa nei confronti del Consiglio superiore. Cfr. pure i rilievi di questo autore sui notevoli riflessi della riserva di legge contenuta nell'art. 107, 1° comma Cost. nei confronti dei principi informatori della normativa disciplinare inerente ai magistrati (433 ss.). Il richiamo alla riserva di legge operato nel testo vuole limitarsi a sottolinearne il valore garantista attribuitole dalla più parte della dottrina (per il principio democratico come *ratio* generale della riserva DI GIOVINE, *Introduzione*, cit.).

(100) Sulla genesi della norma e sul definitivo affermarsi del concetto di dipendenza diretta rispetto a quello di dipendenza esclusiva CAVALLACCI CHIOCCHETTI, *La direzione della polizia giudiziaria*, in *L'ordinamento giudiziario*, cit., 475 ss.

(101) Una simile normativa esisteva nei codici di rito già anteriormente alla Costituzione ma non era di fatto osservata: «l'astratta previsione del principio di obbligatorietà non poteva essere di per sé sufficiente ad arginare eventuali pressioni in senso contrario provenienti dall'esecutivo, qualora si fosse trattato di indiziati a questo benevisi», CONSO, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano 1967, 80.

distorcere in qualche modo il corretto esercizio della funzione giurisdizionale, si debbono trarre tre conseguenze: l'incostituzionalità di quelle proposte volte a ristabilire in modi diversi e surrettizi quell'inframmettenza tra potere politico e giurisdizione che hanno caratterizzato la nostra storia istituzionale passata; l'inaccettabilità di un'articolazione interna dell'organo CSM da cui possano derivare o conseguano rapporti di subordinazione all'interno della Magistratura tra i giudici; come ancora l'inaccettabilità di quelle soluzioni che tendono ad assegnare al Consiglio superiore il potere di determinare, attraverso la forzatura o l'allargamento delle competenze di cui gode, un indirizzo univoco di politica giudiziaria.

a) La prima delle tendenze considerate mira a riproporre in nuove forme un collegamento in qualche misura più saldo di quello previsto dalla Costituzione tra Magistratura e potere politico.

Per la Costituzione infatti il combinato disposto degli articoli 104, 105 e 110 mira ad assegnare al Ministro della Giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi ad essa relativi. Frase volutamente generica, e che acquista significato correlandola con le competenze che al Ministro sono tassativamente inibite (« ferme le competenze del Consiglio superiore... »; art. 110 Cost.). Questa interpretazione dei poteri del Ministro non vuole ridurre le competenze « all'allestimento e ammobiliamento dei locali necessari alle aule giudiziarie »<sup>(102)</sup> ma circoscriverla all'attività diretta ad organizzare i servizi giudiziari ad esclusione di quanto concerne lo *status* e la carriera dei magistrati ordinari<sup>(103)</sup>. Un'interpretazione che è rieccheggiata da talune prese di posizione della Corte Costituzionale: quando, ad esempio essa sostiene che nell'organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla Giustizia si devono includere « sia l'organizzazione degli uffici nella

(102) BARTOLE, *Autonomia*, cit., 258 riferendo le tesi che miravano a comprimere al massimo i poteri del Ministro.

(103) BARTOLE, *op. cit.*, 258.

loro efficienza numerica, con l'assegnazione dei magistrati in base alle piante organiche, sia il funzionamento dei medesimi in relazione all'attività e al comportamento dei magistrati che vi sono addetti » (104), o quanto la Corte ha ritenuto legittima la competenza del Ministro di dare esecuzioni ai deliberati del Consiglio nella forma del decreto presidenziale o ministeriale (105).

Tutto ciò premesso, la coordinazione tra diversi organi dello stato a cui si ispira la esposta ripartizione di competenze, si tramuta in una vera e propria interferenza, proibita dalla Costituzione, dell'organo esecutivo, ove si assegni al Ministro, come fu fatto, un potere di attivazione esclusiva dell'organo CSM (106) o permanga in capo ad esso, attraverso l'istituto del « concerto », di vietare nomine non gradite con riferimento agli uffici direttivi (107).

Nell'orientamento che stiamo prendendo criticamente in esame si situa pure il progetto di legge costituzionale di iniziativa parlamentare democristiana n. 2811 volto ad inserire nel Consiglio superiore il Ministro della Giustizia in luogo del procuratore generale della Cassazione e a rovesciare la proporzione tra

(104) C. Cost. sent. 23 dicembre 1963 n. 168, in *Giur. cost.*, 1963, 1678.

(105) C. Cost. sent. 14 maggio 1968 n. 44, *cit.*, 708 e pure sent. n. 168, *cit.*, 1680. Altro problema, sebbene connesso, è quello dell'impugnazione dei provvedimenti emessi dal CSM. Cfr. l'opinione del BARILE il quale sostiene che opinando in senso affermativo si sottoporrebbero a sindacato del Consiglio di Stato atti che non sono della P.a. (*Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975, 208) e quella dell'ELIA il quale, sostiene, al contrario, che eliminando questo controllo si uscirebbe dalla grande regola sancita dall'art. 24 Cost. (*Postilla alla sent. n. 44 del 1968*, in *Giur. cost.*, 1968, I, 710).

(106) Così come disponeva l'art. 11, 1° comma della l. 24 marzo 1958 n. 195 istitutiva del CSM. La C. Cost. considerò costituzionalmente illegittima tale norma in quanto escludeva l'iniziativa del Consiglio superiore della Magistratura (sent. n. 168 del 1963) in una sentenza dal carattere « creativo ».

(107) Cfr. le critiche all'istituto del « concerto » formulate da DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della Magistratura nell'ordinamento costituzionale dello Stato* in AA.VV., *L'ordinamento giudiziario*, *cit.*, 311. L'istituto del concerto è previsto dall'art. 11, 3° comma della l. n. 195 del 1958; c'è da notare che, in seguito alla caducazione del potere di esclusiva iniziativa ministeriale nell'attivazione del CSM, si ritiene che questo resti libero non solo di respingere la proposta concertata dalla Commissione uffici direttivi ma pure di adottare un provvedimento difforme (DEVOTO, *Il ruolo*, *cit.*, *loc. cit.*).

membri laici e membri togati all'interno del Consiglio con lo scopo di attenuare notevolmente la indipendenza organizzativa della Magistratura (in luogo dell'attuale 1° comma dell'art. 104 ponendo la formula « i giudici sono indipendenti »). Appare chiaro a chi scrive che la funzione strumentale assegnata dalla Costituzione al Consiglio verrebbe meno ove, attraverso una mutata composizione, potessero facilmente costituirsi maggioranze rispecchianti l'indirizzo politico governativo (<sup>108</sup>).

Le posizioni che si sono richiamate non mirano certo a responsabilizzare democraticamente il giudice ma vogliono perpetuare forme di influenza e controllo politico analoghe a quelle esaminate in riferimento al periodo statutario.

b) Passiamo ora al problema, prima ricordato, di evitare che alle influenze più propriamente politiche se ne sostituiscano altre provenienti dallo stesso Consiglio, in certa misura anche più pericolose, perché assolutamente incontrollabili. In questa prospettiva deve censurarsi quella normativa che favorisce il cristallizzarsi all'interno del CSM di artificiali dislocazioni di potere in capo ad una parte dei componenti l'organo, per il concreto pericolo che centri di potere così formati possano influire (sia pure solo mediamente) sul corretto esercizio della funzione giurisdizionale attraverso un uso distorto dalle rilevanti competenze inerenti allo *status* (in specie trasferimenti) o alla disciplina dei magistrati (<sup>109</sup>).

In questo quadro deve essere criticata tanto l'originaria struttura categoriale del Consiglio (<sup>110</sup>) (poiché cristallizza un ap-

(<sup>108</sup>) Hanno criticato il progetto di legge cost. di cui nel testo ZAGREBELSKY G., *Il ruolo del Consiglio superiore della Magistratura in una recente proposta di revisione costituzionale*, in *Studi parl. e di pol. cost.* 1974, 69 ss. (che ha parlato, richiamando l'ESPOSITO, di frode alla Costituzione) e SENESE, *Sovranità popolare o accentramento del potere?*, in *Quale giustizia* 1974, 632 ss.

(<sup>109</sup>) Importanti considerazioni in questa prospettiva svolge ZAGREBELSKY G., *Magistratura, la gerarchia da smantellare*, in *Relaz. soc.*, 1972, n. 2, 20 ss.

(<sup>110</sup>) Contro un apporto paritetico delle varie categorie in Consiglio superiore si pronunciò l'allora Ministro della Giustizia on. Moro (Atti Sen. 1956, 19096) con argomentazioni che possono destare un certo stupore: « il Consiglio con una rappre-

porto ingiustificatamente sbilanciato tra le varie componenti di provenienza giudiziaria) <sup>(111)</sup>, dovuta alla legge di attuazione, quanto l'adozione di procedimenti di elezione dei membri togati dell'organo di stampo maggioritario, per il loro effetto di sovrarappresentare certe tendenze presenti all'interno della Magistratura rispetto ad altre e indirettamente di ridurre la componente di nomina parlamentare ad un ruolo di scarsa incidenza.

Ambedue i profili qui criticati sono, come è noto, in gran parte stati superati dalla evoluzione legislativa della materia. Meritano comunque un breve commento, sia per le vaste discussioni cui hanno dato luogo, sia per il valore emblematico che assumono in questa trattazione.

La struttura categoriale del Consiglio fu sospettata di incostituzionalità sotto un duplice profilo: quello da noi poco sopra posto in evidenza (la disparità di posti in Consiglio tra Cassazione e altre categorie di magistrati) e quello inerente alla legittimità costituzionale della elezione per categorie. In ordine al primo argomento poco soddisfacente fu la spiegazione fornita dalla Corte costituzionale secondo la quale il differente apporto delle categorie doveva farsi risalire alla maggior esperienza e prestigio dei magistrati di Cassazione <sup>(112)</sup>; in ordine al secondo argomento deve osservarsi come la più corretta interpretazione dell'art. 104, comma 4° Cost. (ove si dice che i componenti del CSM sono eletti « per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie ») consistesse, rispetto all'elettorato passivo,

---

sentanza paritetica di magistrati delle varie categorie a che cosa porterebbe se non a creare un organo politico perché la politica è, non tanto nelle parole quanto nelle cose? Nel momento in cui voi chiamate in composizione paritetica magistrati di tribunale, magistrati di appello, magistrati di cassazione, insieme a membri estranei alla Magistratura a fare degli scrutini, a fare dei concorsi, a fare delle scelte, poiché queste attività non sarebbero presidiate ovviamente da una adeguata esperienza, autorità e dottrina, queste scelte finirebbero per essere scelte politiche, cioè scelte al di fuori della valutazione della competenza tecnica delle persone chiamate ad assolvere queste funzioni ».

<sup>(111)</sup> BARILE, *Un'opera da compiere*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova 1967, 558.

<sup>(112)</sup> C. cost. sent. n. 168 del 1963, cit., 1673.



nel divieto di esclusione di una componente (categoria) dei magistrati dal Consiglio, e rispetto all'elettorato attivo, nel suggerimento di un corpo elettorale unitario e indiscriminato <sup>(113)</sup>.

In ogni caso, però, le norme attinenti alla composizione interna del CSM e all'elezione per categorie furono considerate a suo tempo non costituzionalmente illegittime dalla Corte costituzionale <sup>(114)</sup>.

Per quanto attiene al secondo profilo (il sistema elettorale di stampo maggioritario dei componenti togati del CSM) si deve richiamare la legge n. 1197 del 1967 <sup>(115)</sup>. Essa ha avuto cura di sostituire all'originaria votazione per categorie prevista dalla legge del 1958 un sistema maggiormente rispettoso del dettato costituzionale (quando, appunto, si prevede che tutti i magistrati votano per tutte le categorie); ma, ovviamente, il meccanismo maggioritario di elezione ha consentito alla corrente <sup>(116)</sup> o alle correnti di maggioranza relativa presenti nella Magistratura di ottenere un peso e un potere in seno al Consiglio sproporzionato rispetto alla loro effettiva consistenza.

I problemi di cui si è trattato sono stati di recente superati dall'evoluzione legislativa. La l. 22 dicembre 1975 n. 695 ha in-

<sup>(113)</sup> Per confortare la tesi qui esposta si tenga presente come, da un lato fosse stato proposto in Assemblea costituente di limitare l'elettorato passivo ai soli consiglieri di Corte di cassazione e di appello (prop. GRASSI, *Atti Ass. cost., Ass. plen.*, 2459), il che, come è noto, non ebbe successo; dall'altro che un emendamento TARGETTI-AMADEI che poneva condizioni esplicite per l'elettorato attivo (aggiungendo alla formula dell'art. 104, comma 4° Cost. citata nel testo « in rappresentanza di ciascuna di queste ») fu respinto dall'Ass. cost. Cfr. inoltre, in dottrina, AMATO, *L'uguaglianza dei giudici e l'indipendenza della Magistratura di fronte alla Corte costituzionale*, in *Democr. e dir.*, 1964, 137 e BARILE, *Istituzioni*, cit., 208.

<sup>(114)</sup> Nella già citata sentenza n. 168 de 1963. Pure, indirettamente la sentenza n. 12 del 1971 (in *Giur. cost.* 1971, I, 1, 83 ss.) non considerò meritevole di censura la dimensione categoriale del CSM.

<sup>(115)</sup> Per un'efficace sintesi del complesso sistema elettorale introdotto dalla legge del 1967 CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, Torino 1971, 355 ss.

<sup>(116)</sup> La divisione della Magistratura in correnti costituisce, come è noto, una realtà che non si può negare e che è dovuta ai fenomeni cui si fa riferimento *retro* III n. 1 e n. 2. Attualmente tutti i seggi in Consiglio superiore sono occupati da magistrati appartenenti alla corrente di Magistratura indipendente.

fatti radicalmente modificato la normativa cui si è fatto poco sopra riferimento. Due sono i punti essenziali da sottolineare. In primo luogo la legge n. 695 ha ripartito diversamente rispetto alla passata normativa il numero dei seggi da attribuire in Consiglio alle varie categorie di magistrati. Così facendo essa ha tenuto in maggior conto della precedente disciplina il rapporto tra numero dei seggi da attribuire ad ogni categoria e consistenza numerica della stessa <sup>(117)</sup>. In secondo luogo essa (e questa è l'innovazione di maggior rilievo) ha introdotto per le elezioni dei componenti magistrati del CSM il sistema proporzionale sulla base di liste concorrenti (artt. 5 ss. della legge n. 695).

Attraverso queste disposizioni è venuta meno una normativa che favoriva il cristallizzarsi di rapporti di subordinazione del tutto ingiustificati tra i magistrati.

C) Deve ora prendersi in considerazione il terzo ordine di considerazioni che, in base all'analisi da noi prima fatta delle disposizioni costituzionali in tema di ordine giudiziario, è da considerarsi inaccettabile. Si tratta questa volta non più di un'influenza indiretta e surrettizia nei confronti del giudice ma di una richiesta di responsabilizzazione palese dei magistrati verso il Consiglio superiore.

Partendo dalla considerazione che il CSM deve essere annoverato tra gli organi di indirizzo politico e che il meccanismo

---

<sup>(117)</sup> Per la legge del 1958 (come per quella del 1967 che non aveva innovato sul punto) i componenti magistrati del CSM erano 14 e i seggi tra le categorie erano così ripartiti: 6 ai magistrati di Cassazione (di cui 2 a quelli con ufficio direttivo); 4 ai consiglieri di Corte d'Appello; 4 ai consiglieri di Tribunale. La legge del 1975 fissa in 20 il numero dei componenti magistrati e in 8 i seggi per i magistrati di Cassazione (di cui 2 per quelli con funzioni direttive); in 4 i seggi per i consiglieri di Appello e in 8 i seggi per i giudici di Tribunale (artt. 1 e 3 legge n. 695). La diversa proporzione tiene conto della notevole consistenza della categoria dei magistrati di Tribunale, della modesta consistenza (a causa del sistema di promozione) della categoria dei magistrati di Appello. La Cassazione continua ad essere sovrarappresentata in Consiglio (anche se le ultime leggi in tema di promozioni ne hanno aumentato notevolmente i componenti). Si deve in ogni caso sottolineare come l'automatismo della carriera combinato con il meccanismo dei « ruoli aperti » ha notevolmente svuotato il contenuto della polemica sulla composizione categoriale del CSM.

delle elezioni giudiziarie ha la funzione di sostituire all'indirizzo di politica giudiziaria formulato dall'esecutivo quello che emerge dal seno dell'ordine giudiziario, si è giunti ad affermare che il Consiglio superiore potrebbe essere configurato « come un limite, ma di natura democratica ai rischi del cosiddetto 'diritto libero', proprio in quanto... sia in grado di elaborare e di attuare nell'ambito delle sue attribuzioni delle scelte di 'valori politici' nel quadro costituzionale » (118).

Chi scrive è consapevole dei maggiori poteri acquisiti, *de iure* o *de facto*, progressivamente dal CSM. Da un punto di vista tecnico quest'organo, in conseguenza delle recenti leggi sulla carriera dei magistrati (l. 25 luglio 1966 n. 570 e l. 20 dicembre 1973 n. 831), ha assunto il compito di valutare l'idoneità dei promovibili sulla base di elementi attitudinali di notevole genericità; più in generale il Consiglio è venuto assumendo una funzione « paranormativa » la cui legittimità è dubbia (119). Lo stesso CSM ha poi assunto posizioni sempre maggiormente cariche di significato politico (120).

(118) MERLINI, *Il Consiglio superiore della Magistratura, la Costituzione e la democrazia*, in *Quale giustizia* 1971, 405 ss. (la citaz. a p. 410).

(119) Le manifestazioni di maggior rilievo di tale funzione « paranormativa » si sono avute attraverso l'emaneazione di circolari volte a determinare i criteri di massima per l'adozione di provvedimenti in tema di promozioni (in considerazione dei maggiori poteri attribuiti al CSM dalle leggi n. 570 e n. 831 di cui si fa cenno nel testo). Il Consiglio, mosso dal lodevole intento di regolamentare l'esercizio del suo potere discrezionale, ha finito per introdurre disposizioni totalmente nuove che non trovano riscontro nell'ordinamento giudiziario vigente. Si è così intervenuto in materia coperta da riserva assoluta di legge introducendo nuove norme addirittura « *contra legem* ». Cfr. DEVOTO, *Il ruolo*, cit., 287 ss. Da ultimo sul significato complessivo che è da attribuire alla funzione « paranormativa » svolta dal CMS, v. l'ampio saggio di DEVOTO, *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.* 1975, 3352 ss.

Diversamente potrebbe però prospettarsi il problema quando si considerasse la riserva di cui all'art. 108 Cost. assoluta nei confronti dell'esecutivo ma relativa nei confronti del CSM. Cfr. ZAGREBELSKI G., *La responsabilità disciplinare*, cit. [cfr. nota 99].

(120) Già la « Relazione sullo stato della giustizia » al Parlamento nel 1970 si articolava come un corpo di proposte politiche nel settore penale, civile e di procedura e di riforme dell'ordine giudiziario (MERLINI, *Il Consiglio*, 411). Sull'acutizzarsi di questa tendenza BARTOLE, *Materiali*, cit., 6 ss. e 19 ss.; in particolare sull'atteggiamento tenuto del CSM in un caso giudiziario che ha coinvolto l'on. Mancini e la Procura di Roma, ZAGREBELSKY, *Magistratura*, cit., 20 ss.

Tutto ciò non significa però ipotizzare per il Consiglio superiore delle competenze che decisamente contrastano con la disciplina e il ruolo a lui assegnato dal testo costituzionale. Da un lato sta il combinato disposto degli artt. 101, comma 2° e 107, comma 3° Cost.: la chiara affermazione dell'indipendenza funzionale dei magistrati; dall'altro sta l'art. 105 Cost. che assegna al CSM una serie di competenze nelle quali è impossibile far rientrare una funzione regolatrice delle scelte giudiziarie. Il Consiglio non può farsi portatore di direttive di politica giudiziaria e, a maggior ragione, non può comminare sanzioni in caso quelle vengano disattese dai giudici comuni. Un tal risultato potrebbe ottenersi solo utilizzando una serie di poteri giuridici di cui il Consiglio è titolare (quali l'uso della potestà disciplinare) in palese contrasto con i principi informatori del testo costituzionale (121). Semmai, dovrebbe aggiungersi, qualcosa di simile si verifica a tutt'oggi all'interno del Consiglio il cui indirizzo in tema di sanzioni disciplinari è troppo spesso quello di estendere le considerazioni di deontologia giudiziaria che sono alla base delle sanzioni disciplinari e dei trasferimenti « per menomato prestigio » dal campo dei comportamenti personali del magistrato a quello dei comportamenti sociali, dal campo dei doveri d'ufficio a quello del sindacato sul contenuto delle pronunce dei giudici (122). Una

---

(121) Contro l'orientamento espresso dal MERLINI sono i due saggi di ZAGREBELSKY prima citati e pure DEVOTO, *Il ruolo*, cit., 291. Cfr. anche i rilievi di CHELI sul tema « *Sulla posizione costituzionale della Magistratura* », in *Rass. parl.* 1974, 351 ss. Si è anche parlato (FERRARI, *Consiglio superiore della Magistratura, autonomia dell'ordine giudiziario e magistrati*, in *Democr. e dir.* 1969, 407 ss.) di una possibilità di controllo sul cattivo uso della funzione giurisdizionale da esercitarsi da parte del CSM: a chi scrive pare che, da un lato, se ne debba precisare con chiarezza l'ambito perché essa non si traduca da mezzo di selezione degli incapaci in illegittimo sindacato sul contenuto delle pronunce; dall'altro, che sia difficile farlo derivare da una autonomia « normativa » attribuita dalla Costituzione al CSM, di cui non si scorgono i presupposti né nei lavori dell'Assemblea costituente né nel testo costituzionale.

(122) Gravi esempi di questa tendenza sono forniti dal procedimento disciplinare contro tre pretori del lavoro di Milano (CANOSA, FEDERICO e MONTERA) peraltro prosciolti dagli addebiti al termine del procedimento stesso (cfr., per la motivazione della sez. discipl., *La Repubblica*, 26 marzo 1976, 5 e il commento di MANCINI F., *Anche per i magistrati elezioni in vista*, *ivi*, 28 marzo 1976, 6) (vedi in *Quale giustizia* 1974,

tendenza quest'ultima, gravissima, priva delle chiare, anche se non condivisibili, motivazioni dell'opinione che si è sopra riferita.

4. L'esposizione che precede, dalla quale emerge la riaffermazione operata dalla Costituzione, rispetto alla Magistratura, del principio della separazione dei poteri e l'accentuata tutela delle garanzie di indipendenza dei giudici (soggetti solo alla legge, diversi solo per le funzioni esercitate, tutelati nel loro *status* e disciplina dal CSM), mostra le difficoltà che incontra un discorso sulla responsabilità del giudice rispettoso delle prescrizioni costituzionali. Se l'attività tipica del giudice tende ad acquisire un diverso significato e una differente portata in conseguenza delle modificazioni sociali ed istituzionali cui si è fatto cenno, la Costituzione, in linea di massima, assegna al potere giurisdizionale, corredandolo di notevoli garanzie, il ruolo proprio della dottrina liberale dello stato <sup>(123)</sup>.

In quest'ottica si collocano quelle posizioni che hanno cercato nella Corte Costituzionale una realistica soluzione del problema della responsabilità del giudice.

732 ss. le fasi della complessa vicenda) e dal trasferimento ai danni del giudice di sorveglianza presso il tribunale di Pisa ACCATTATIS (su cui le osservazioni di BARTOLE, *Materiali*, cit., 31 e *Il caso Accattatis*, in *Pol. del dir.* 1973, 312 ss.). Presenta un carattere apparentemente differente il recente provvedimento di trasferimento, ai sensi dell'art. 2 r.d.l. 31 maggio 1946 n. 51, del sostituto procuratore della Repubblica di Roma MARRONE. In questo caso infatti il provvedimento non consegue, come quelli sopra citati, ad un indebito sindacato sul merito delle scelte giurisdizionali ma all'esercizio da parte del magistrato di un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione (art. 21). Tale esercizio, a giudizio del CSM (giudizio che non è da noi condiviso), ha posto il giudice MARRONE nella condizione di non potere, nella sede che occupa, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario. Cfr. per il testo del provvedimento del CSM *La Repubblica*, 20 gennaio 1976, 17.

(123) Tutto ciò non è che un riflesso della difficoltà di impostare il problema nel suo complesso. Per il contrasto del principio di responsabilità con quello di indipendenza VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in AA.VV., *L'ordinamento giudiziario*, cit., 443. Una impostazione tradizionale al problema della posizione del giudice nell'ordinamento dà SCHMIDT E., *La responsabilità del giudice*, in *Arch. pen.* 1972, 24 ss. Per una accentuazione della posizione che i giudici devono mantenere di difesa delle istituzioni in funzione frenante rispetto all'affermarsi dei nuovi principi della democrazia FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano 1973, 29 ss., 233 ss.

Si è così pensato di far valere « la responsabilità politica del giudice introducendo il controllo della conformità a norme e principi della Costituzione (in particolare ai diritti di libertà) del contenuto dei provvedimenti giurisdizionali, impugnati dinnanzi al giudice di costituzionalità da singoli cittadini o anche da gruppi organizzati, che si ritengono lesi da tali provvedimenti nei diritti soggettivi garantiti dalla Costituzione » utilizzando a tale scopo un procedimento assimilabile al *Verfassungsbeschwerde* di cui ai par. 90-96 della legge fondamentale della Germania federale. All'annullamento del provvedimento giudiziario impugnato potrebbero poi far seguito sanzioni disciplinari nei confronti del magistrato che lo ha emesso (<sup>124</sup>).

Partendo da una differente prospettiva (il problema di limitare il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della norma) si è finito per sfiorare indirettamente il problema della responsabilità del giudice, indicando nella Corte Costituzionale l'unico organo che dovrebbe essere abilitato a pronunciarsi sui concetti valvola (sulla base del principio generale della « natura della cosa ») presenti nel testo della Costituzione e assegnando quindi al giudice ordinario o speciale la funzione di inoltrare alla Corte le questioni attinenti all'armonizzazione della normativa ordinaria con i principi generali dell'attuale sistema costituzionale (<sup>125</sup>). In quest'ultimo caso il problema della responsabilità del giudice non viene esplicitamente affrontato; l'opinione riferita tende semmai a rimuoverne le cause attraverso una restrizione del potere del giudice nell'adempimento della sua funzione tipica.

Le ultime due posizioni sopra esaminate non si pongono in contrasto con la Costituzione nella misura in cui l'una riduce la ipotesi di responsabilità del giudice a violazioni della normativa costituzionale in cui egli sia incorso; l'altra tende a risolvere im-

---

(<sup>124</sup>) VOLPE, *Sulla responsabilità*, cit., c. 66.

(<sup>125</sup>) FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico sociale*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 1972, II, 890 ss. (pure, con il titolo *Il giudice e la realtà sociale*, in *Società, legge, ragione*, Milano 1974, 89 ss.).

plicitamente il problema della responsabilità del giudice attraverso un'interpretazione autoritativa del testo costituzionale da parte dell'organo a ciò deputato, interpretazione che avrebbe l'effetto di far venir meno le ragioni di un controllo sull'attività del magistrato.

Deve però sottolinearsi che la responsabilità politica del giudice, intesa nella sua accezione più ampia, travalica queste limitate prospettive. Essa infatti postula un'investitura legittimante da parte dei cittadini; e la conferma o la sfiducia nei confronti del giudice da essi operata (generalmente al momento di proporlo alla carica) può dipendere dai motivi più vari (e non soltanto — per riferirci alla prima delle due opinioni sopra citate — dalla violazione o meno delle norme costituzionali da parte del giudice nello svolgimento del suo compito).

Le proposte cui si è fatto riferimento hanno poi l'inconveniente di spostare, senza risolverlo, il problema in oggetto dagli organi giudiziari alla Corte Costituzionale, organo per sua natura irresponsabile (si pensi alla particolarità dei procedimenti di elezione dei suoi membri e alla lunga durata del mandato), aumentandone in misura rilevantissima (e, forse, ingiustificata) il potere <sup>(126)</sup>.

5. Si è sottolineata in precedenza l'adesione della Costituzione ai principi della dottrina dello stato di indirizzo liberale in ordine al ruolo e alla collocazione del giudice e della Magistratura nell'ordinamento.

La nostra Costituzione, come si è visto, dà un significato particolarmente ampio al concetto tradizionale di indipendenza perché ha cura di apprestare garanzie idonee al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale non solo nei confronti del potere po-

---

(126) Si tenga presente la molta cautela usata dal VOLPE nella posizione del problema, a causa della consapevolezza dell'impossibilità di trovare una soluzione integralmente soddisfacente (cfr. c. 66 e nota 17), e la giustificazione che egli fornisce della soluzione da lui prospettata in considerazione del già alto potenziale di politicità del giudice di costituzionalità.

litico ma pure degli altri poteri od organi supremi dello Stato (di ciò è sintomo l'art. 104, comma 1° Cost. « la Magistratura è un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere ») e persino nei confronti delle possibili interferenze all'attività tipica del giudice provenienti dalla Magistratura stessa (si rammenti l'articolo 107, comma 3° Cost. che sancisce la cosiddetta indipendenza « interna »).

D'altro canto però nel testo costituzionale sono contenute una serie di disposizioni attraverso le quali è possibile instaurare certe forme di controllo popolare sull'operato dei giudici; si potrebbe anche dire che ad una tutela estremamente rigorosa dell'indipendenza come divieto di indebita ingerenza dei poteri od organi dello Stato nello svolgimento della funzione giurisdizionale non sembra far riscontro una tutela dell'indipendenza dei giudici intesa come assoluto divieto di sindacabilità del loro operato da parte dei cittadini.

In questa prospettiva viene in considerazione in primo luogo la norma contenuta nell'art. 106 Cost. (« la legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina anche elettiva di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli »). Tale norma ha già di per sé stretti margini di operatività ed è stata tradizionalmente oggetto di interpretazioni riduttive da parte della dottrina <sup>(127)</sup> tanto da finire per rappresentare una sorta di aporia del sistema e, non a caso, non trovare attuazione. Tuttavia può ben dirsi che l'accettazione da parte della Costituzione del sistema di reclutamento dei giudici di cui all'art. 106 Cost. permette di instaurare all'interno dell'ordinamento costituzionale un meccanismo di responsabilità dei (anche se non di tutti i) giudici nei confronti della collettività (più o meno ampia) chiamata ad eleggerli e, soprattutto, a rieleggerli. D'altronde questa disposi-

---

(127) Cfr. ad esempio l'estrema diffidenza con la quale è affrontata la questione dell'elettività ex art. 106 Cost. da PUNZI, *Il giudice onorario elettivo e l'attuazione dell'art. 106 della Costituzione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 1969, 268 ss., spec. 280 ss.



zione del testo costituzionale si armonizza con il combinato disposto degli artt. 1, comma 1° e 101, comma 1° Cost.: con il collegamento cioè che si può operare tra la legittimazione democratica dell'ordinamento costituzionale nel suo insieme e quella attinente in specifico all'esercizio della funzione giurisdizionale resa in nome del popolo organo sovrano (<sup>128</sup>).

Se attraverso l'art. 106 Cost. è possibile configurare un, sia pur limitato, controllo di tipo « forte » nei confronti dei giudici, altre forme di controllo di carattere « diffuso » si possono ipotizzare in base all'esercizio dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. Viene in considerazione, in questa prospettiva, l'articolo 21 della Cost.: tale norma costituisce l'indispensabile presupposto del pluralismo e uno degli strumenti essenziali per la partecipazione all'esercizio della sovranità; né si può dire che un controllo dell'opinione pubblica attraverso l'uso delle facoltà accordate dall'art. 21 potrebbe turbare lo svolgimento della funzione giurisdizionale; anzi le reazioni ai provvedimenti giurisdizionali da parte della pubblica opinione potrebbero dare ai magistrati utili elementi in relazione all'applicazione delle « clausole generali », il cui contenuto aperto e mutevole obbedisce proprio alla ragione di un adeguamento della normativa alle esigenze e alla evoluzione della società civile.

In questo quadro, senza porre in discussione i principi dell'ordinamento costituzionale, si è qualificata la responsabilità politica del giudice come un controllo diffuso, da parte della pubblica opinione, sull'operato dei magistrati attraverso la libertà di critica dei loro provvedimenti tipici (<sup>129</sup>). È più che chiaro in

(<sup>128</sup>) In questo senso la dizione dell'art. 101, 1° comma Cost. si distacca decisamente da quella dell'art. 68 dello Statuto secondo cui « la giustizia emana dal re ed è amministrata in suo nome » (cfr. MORTATI, *Istituzioni*, II, 1250). Deve però rilevarsi che l'interpretazione dominante assegna all'art. 101, 1° comma Cost. un valore simbolico, formale (LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1970, II, 956) o al più programmatico, quale aspirazione ad un esercizio della funzione giurisdizionale scevro da preconcetti di classe (BARILE, *Istituzioni*, cit., 301).

(<sup>129</sup>) RAMAT, *Responsabilità politica della Magistratura*, in *Foro amm.* 1969, III, 15 ss.

ogni caso da quanto precede che in tale prospettiva il momento della responsabilità viene ad essere oltremodo sfumato se si tien conto del particolare tipo di sanzione (la manifestazione del dissenso rispetto alle scelte operate dai giudici) cui questi sarebbero in tal modo assoggettati (<sup>130</sup>).

#### IV

È venuto il momento di tirare le fila del discorso che è stato fin qui condotto.

Dalle pagine che precedono emerge innanzitutto una possibile definizione di responsabilità politica del giudice: quella in cui questi incorre per il contenuto, per il merito delle scelte operate nell'adempimento della sua funzione tipica nei confronti di chi lo prepone alla carica. In questo quadro tra cittadino e giudice viene ad instaurarsi un rapporto di mandato: ed attraverso la revoca di questo (revoca che ha la sua forma più emblematica e allo stesso tempo più democratica nell'elezione diretta del giudice da parte del cittadino) viene fatta valere la responsabilità del

---

(<sup>130</sup>) Cfr. a questo proposito PIZZORUSSO, *Introduzione*, cit., 47. L'opinione di RAMAT implica necessariamente l'eliminazione di ogni possibile limitazione al diritto di critica: ed in questa prospettiva viene in considerazione il problema della tutela penalistica assegnata all'ordine giudiziario mediante il delitto di vilipendio. Si deve precisare che la norma di cui all'art. 290 c.p., per lo meno nell'interpretazione che ne viene data dalla giurisprudenza prevalente, potrebbe non costituire un ostacolo alla libertà di critica dei provvedimenti giurisdizionali nella misura in cui per vilipendio deve intendersi una critica avente carattere di dileggio (nella quale l'agente mostri di tenere a vile l'istituzione tutelata dalla legge) e non anche la manifestazione di un acceso biasimo nei confronti della istituzione criticata (cfr. ad es.: Cass. Sez. I, 29 giugno 1967, Marocco, in *Cass. pen. Mass. ann.* 1968, 575; Cass. Sez. I, 10 maggio 1966, Bari, in *Giust. pen.* 1967, II, 296; Cass. Sez. I, 10 maggio 1966, Patruno, in *Cass. pen. Mass. ann.* 1967, 562). In realtà l'estrema genericità della fattispecie di cui all'art. 290 c.p.; l'evanescenza della distinzione operata dalla giurisprudenza su ciò che ha da considerarsi o meno come fatto integrante l'ipotesi di vilipendio; così come considerazioni di carattere più generale volte a contesare la legittimità delle ipotesi di reati cosiddetti « di opinione », mostrano la pericolosità di questa limitazione al diritto di manifestazione del pensiero e suggeriscono l'abolizione della figura di reato in questione.

giudice per le scelte da lui operate nell'adempimento della sua funzione.

Mi pare chiaro da quanto precede che l'esigenza di assoggettare il giudice a tale tipo di responsabilità si faccia particolarmente sensibile in presenza di un sistema normativo contrassegnato dalla pluralità e dalla scarsa coordinazione delle fonti del diritto e da una struttura socio-politica contrassegnata dal pluralismo dei gruppi e delle formazioni sociali e dalla loro forte conflittualità reciproca: tali fenomeni palesano il vasto ambito di discrezionalità di cui il giudice gode nello svolgimento della sua funzione e suscitano perplessità sulla tradizionale insindacabilità dei suoi atti da parte del cittadino <sup>(131)</sup>.

Le considerazioni svolte nelle pagine precedenti portano ad affermare che la soluzione che si avvicina maggiormente al modello di definizione che si è proposto è la possibile attivazione del meccanismo elettivo per gli organi giudiziari monocratici (articolo 106 Cost.). Non si deve però dimenticare che la circoscritta operatività dell'articolo in questione e il richiamo da questo operato di un metodo di reclutamento del personale giudiziario estraneo alla nostra tradizione istituzionale impediscono di rintracciare in questa disposizione una soluzione soddisfacente del problema della responsabilità politica del giudice nell'ordinamento italiano.

In realtà, nel corso di queste pagine, ci si è dovuti confrontare sempre con forme, per così dire, « indirette » o « imperfette » di responsabilizzazione politica dei giudici: talune delle quali surrettizie, operanti *de facto* all'interno di un ordinamento che, in base ai principi generali cui si informa, non le consente (si ricordino le situazioni di influenza descritte trattando il ruolo del giudice e della Magistratura nell'Italia monarchica, o, con riferimento all'attuale sistema costituzionale, i tentativi, che si sono considerati inaccettabili, di allargare le competenze del potere politico e in ispecie del guardasigilli nei confronti della Ma-

---

(131) In questo quadro il sistema delle impugnazioni non può che configurarsi come una sorta di controllo di carattere interno.

gistratura o di assegnare particolare peso a settori di quella all'interno dell'organo di « autogoverno »); tal'altre maggiormente rispettose dei principi del sistema costituzionale ma tuttavia, pur riconoscendosi loro l'indubbio merito di aver cercato di affrontare questa complessa problematica in una prospettiva concreta e operativa, nel complesso non appaganti.

Invero, a primo acchito, la questione qui trattata può apparire in certo senso marginale e può suggerire come soluzioni una serie di misure indirette, correttive, di carattere settoriale (come, tanto per fare alcuni esempi, l'ampiamiento dei casi di responsabilità civile o disciplinare oppure l'attribuzione alla Corte costituzionale di nuovi e rilevanti poteri in materia).

A mio avviso, al di là dell'importanza di queste proposte, il problema della responsabilità del giudice si pone come una delle questioni di fondo della dottrina costituzionale poiché investe alla radice la forma di stato. La forma di stato liberale, nella concretizzazione che ha avuto nei paesi dell'Europa continentale, non conosce, per i presupposti di fondo che le sono propri, il problema della responsabilità politica del giudice; e il ruolo e la posizione assegnati dalla nostra Costituzione alla Magistratura e al giudice si conformano a questa tradizione. Per questo è estremamente difficile configurare meccanismi di responsabilità politica del giudice non in contrasto con l'ordinamento costituzionale italiano.

D'altronde, il diverso (anche se non antitetico rispetto al passato) ruolo acquistato dal giudice nello stato contemporaneo ripropone la discussione intorno ad una serie di principi informativi della dottrina costituzionale liberale per lungo tempo largamente condivisi o, per lo meno, largamente accettati. Infatti il problema della responsabilità del giudice può inquadrarsi nel generale dibattito intorno alla configurabilità o meno delle cosiddette funzioni pubbliche imparziali o neutre <sup>(132)</sup>: ed è chiaro come un'adesione a questo orientamento porti, in linea generale,

---

(132) Si pensi ai dibattiti intorno alla natura delle funzioni del pubblico ministero o alla collocazione istituzionale della burocrazia rispetto al potere politico.

a configurare gli organi titolari di funzioni di questo tipo come tendenzialmente svincolati da controlli di carattere politico.

In questo generale contesto due sono le osservazioni conclusive da fare.

La prima si riferisce ai concetti di imparzialità ed indipendenza. Chi scrive è convinto che se ne debba rifiutare una accezione assolutizzante o « ideologica », frutto, molto spesso, di una adesione tralattizia ad elaborazioni proprie della dottrina costituzionale ottocentesca (la quale, come si è visto, ebbe un profondo significato, nell'ambito della situazione istituzionale dell'epoca, di denuncia della discrasia esistente tra effettiva collocazione del giudice nel sistema costituzionale e principi generali della dottrina liberale dello stato). Si è del pari convinti, però, che un tale ripensamento critico non debba far perdere di vista la necessità di assicurare al giudice all'interno del sistema costituzionale una ragionevole indipendenza; e ciò soprattutto perché si aderisce ad una concezione che vuole il sistema costituzionale improntato al principio della maggior diffusione del potere tra i vari organi dello Stato.

È certo però, e qui si giunge alla seconda delle osservazioni conclusive che si vogliono formulare, che il principio dell'indipendenza contrasta con quello della responsabilità del giudice. Questa responsabilità si pone sempre più come problema delle democrazie liberali contemporanee all'interno delle quali la latitudine del potere del giudice è particolarmente percepibile; l'indipendenza degli organi giudicanti viene a spezzare il nesso tra potere e responsabilità e costituisce un'eccezione al principio di legittimazione democratica degli organi dello stato.

La difficoltà di fornire soluzioni appaganti al problema che in queste pagine si è trattato risiede quindi nella contraddizione che investe la figura del giudice nei sistemi costituzionali della Europa occidentale: si assegnano al giudice dei compiti ed una posizione istituzionale propri della dottrina liberale dello stato; d'altra parte il suo effettivo ruolo all'interno del sistema costitu-

zionale tende a modificarsi e l'ampiezza del suo potere sembra esigere un controllo popolare sulle sue scelte.

Non è più possibile accantonare per altro tempo ancora la contraddizione che si è prospettata; né sarebbe certo una soluzione la riaffermazione dei principi classici della dottrina dello stato liberale accompagnata da nuove e diverse forme di responsabilizzazione occulta dei giudici. Il problema che si pone, mi sia concesso di riaffermarlo ancora una volta, è di fondo: non riguarda tanto il giudice in sé considerato quanto piuttosto l'evoluzione in atto nelle forme di stato proprie delle democrazie occidentali. È nell'affrontare questo tema nel suo complesso che potranno, a mio avviso, sciogliersi le contraddizioni che rendono, a tutt'oggi, difficilmente praticabile la problematica sul giudice e sulla sua responsabilità.



## INDICE

PIERGIORGIO PERUZZI, <i>Angelus de Amelia, decretorum doctor, qui fuit tempore Bartoli (1307 ca. - 1366 ca.)</i> . . . . .	1
VITTORIO PARLATO, <i>La « conferma » pontificia alle deliberazioni del Concilio di Calcedonia</i> . . . . .	111
JACQUES PRÉVAULT, <i>Les fondements philosophiques du Code Napoléon</i> . . . . .	141
ANTONIO EMANUELE GRANELLI, <i>Lineamenti dell'imposta sul plusvalore degli immobili</i> . . . . .	167
ANTONIO EMANUELE GRANELLI, <i>The capital gains definition in Italy</i> . . . . .	241
STEFANO SICARDI, <i>La posizione costituzionale del giudice tra potere e responsabilità</i> . . . . .	261





