

ANNI XLV - 1976/77

NUOVA SERIE A - N. 29

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



EDITORE DOTT. A. GIUFFRÈ - MILANO

STVDI VRBINATI

SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

Anno XLV

1976 - 1977

*
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

ANNA MARIA GIOMARO

**DEPERIBILITÀ DEI MEZZI DI PROVA
E DIRITTO CONDIZIONATO**

SOMMARIO: 1. Furto e danneggiamento compiuti su documenti che provano un rapporto di credito: le due possibili situazioni processuali conseguenti all'illecito e le loro conseguenze. — 2. L'illecito sui documenti che provano un rapporto di credito condizionato; D. 9, 2, 40: descrizione della fattispecie e natura dell'azione prevista. — 3. Furto di documenti: D. 47, 2, 27, 1-2 e il furto dei documenti di prova di un rapporto condizionato. — 4. Confronto fra l'ipotesi del furto di documenti e l'ipotesi del danneggiamento degli stessi. — 5. D. 9, 2, 40: la «condanna condizionata». — 6. Il legato condizionato e l'azione *ex interdicto de tabulis exhibendis* in pendenza della condizione.

1. Di fronte a casi particolari in tema di *lex Aquilia* le fonti documentano che spesso l'applicazione rigorosa della legge non avrebbe potuto aver luogo, non essendosi realizzati tutti i requisiti richiesti dalla legge stessa nella descrizione delle fattispecie tipiche. Si pensi a:

D. 47, 2, 32 pr.-l (PAUL. 1. 9 *ad Sabinum*) Quidam tabularum dumtaxat aestimationem faciendam in furti actione existimant, quia si iudici apud quem furti agatur, possit probari, quantum debitum fuerit, possit etiam apud eum iudicem eadem probare apud quem pecuniam petat: si vero in furti iudicio probare non potest, ne illud quidem posse ostendi, quanti eius intersit, sed potest post furtum factum tabulas nactus esse actor, ut ex eo probet quanti sua interfuerit, si tabulas nactus non esset. I. De lege Aquilia maior quaestio est, quemadmodum possit probari, quanti eius intersit: nam si possit alias probare non patitur damnum...

Ci si trova in materia di illecito compiuto su dei documenti (*tabulae* testamentarie, chirografi, ecc.): al riguardo la giurisprudenza romana era incerta se nei vari casi fosse applicabile genericamente un'*actio damni iniuriae*, o piuttosto un'*actio furti*, fino a concludere, con Ulpiano, che l'*actio furti* dovesse con-

cedersi in ipotesi di furto dei documenti, e l'*actio damni* nel caso di distruzione o deterioramento, fatte salve ulteriori indagini sulla direzione dell'intenzione delittuosa ⁽¹⁾. Tuttavia il passo non si occupa di questi problemi, e focalizza la sua attenzione sul valore dell'*aestimatio* nell'*actio furti*.

L'ipotesi presupposta dal testo sarebbe la seguente: rubate le *tabulae* viene data contro il ladro l'*actio furti*. In questa azione l'attore dovrà fornire la prova:

1) dell'esistenza delle *tabulae* (l'attore deve dimostrare che è stato stipulato un contratto il cui tenore era stato trascritto nelle *tabulae* in questione);

(1) In prevalenza i testi che prendono in esame i problemi processuali derivanti da ipotesi di distruzione o deterioramento di *tabulae* (tenendo presente che si tratta in prevalenza di tavole testamentarie e di chirografi) prevedono al riguardo un'azione di danneggiamento: così, per esempio, D. 9, 2, 40, D. 9, 2, 41, D. 9, 2, 42, ecc.

Ma nelle stesse fonti si fa cenno anche ad un'altra soluzione, secondo la quale la distruzione ed il deterioramento di documenti sarebbero punibili alla stessa stregua del furto. La dottrina ha parlato in proposito di un cambiamento di posizioni nella giurisprudenza: la nozione del furto, col tempo, sarebbe andata restringendosi a causa di una più rigorosa precisazione dei suoi elementi costitutivi; ne sarebbe risultata esclusa la fattispecie del danno *rebus integris*, che dopo l'espansione del concetto di *contrectatio* aveva subito trovato la sua disciplina nella disciplina del furto; di conseguenza i giuristi romani si trovarono costretti ad allargare la nozione di danno, escludendo dal novero dei suoi elementi essenziali quello della *mutatio rei*. (Cfr. in tal senso B. ALBANESE, *Studi sulla 'lex Aquilia'*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 21 (1950), p. 93 e nt. 2; IDEM, *La nozione di 'furtum' fino a Nerazio*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 23 (1953), p. 73 ss.; IDEM, *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 25 (1956), in particolare p. 287 e nt. 453; nello stesso senso M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 26 (1957), p. 407 nt. 376; diversamente il WIEACKER, *Furtum tabularum*, in *Syntelexia Arancio-Ruiz*, Napoli 1964, I, p. 570, ritiene che la distruzione di un documento (cui può essere equiparato l'*interlevare*, e quindi il deterioramento) possa essere sempre configurato anche come furto, e che, pertanto, in tali ipotesi i classici concedessero sia l'*actio furti* che l'*actio legis Aquiliae*, cumulando l'indennizzo. Un accenno al problema si legge anche in J. A. C. THOMAS, *'Contrectatio', complicity and 'furtum'*, in *IURA* 13 (1962), p. 88 nt. 54: secondo l'autore molti casi di furto, fra cui anche talune ipotesi di furto di documenti, col tempo per il tramite del dolo sarebbero stati assimilati al danneggiamento.

Questo cambiamento giurisprudenziale — io parlerei, piuttosto che di cambiamento, di due diverse opinioni parallele, e non saprei definire quale prevalesse —

2) del furto delle *tabulae* (l'attore deve dimostrare che i documenti sono stati rubati, e che sono stati rubati dal convenuto);

è ampiamente documentato nel Digesto: accanto ai molti passi che si riferiscono all'*actio legis Aquiliae*, altri, e non di scarso rilievo, parlano di *actio furti* (così D. 9, 2, 41 in fine, D. 47, 2, 27, pr., D. 47, 2, 31, 1, ecc.).

Ulpiano cerca di dettare una sistemazione dottrinale della fattispecie per distinguere quando si debba fare ricorso all'*actio furti* e quando all'*actio damni*:

D. 47, 2, 27, 3 (ULP. 1. 41 ad. Sab.) *Sed si quis non amovit huiusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae: nam rupisse videtur qui corrupit.*

Ma dallo stesso libro 41 ad *Sabinum* di Ulpiano è ripresa e riportata nel Digesto un'altra distinzione:

D. 47, 2, 31 pr. 1 (ULP. 1. 41 ad. Sab.) *Sed et si imaginem quis vel librum deleverit, et hic tenetur damno iniuriae, quasi corrupit. 1. Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius aut subriperit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri: idemque scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus.*

Secondo Labeone l'*actio legis Aquiliae* era riservata ai casi riguardanti la documentazione privata, mentre per i documenti ed atti pubblici, in ogni caso, anche di distruzione o deterioramento (*si quis... interleverit*), era preferibile l'*actio furti*. Non si hanno difficoltà a comprendere i motivi della prima soluzione proposta da Ulpiano, in quanto corrispondono ai caratteri fondamentali di distinzione dell'*actio furti* e dell'*actio damni*. Invece è più difficile interpretare il motivo delle riserve di Labeone. L'argomento più ovvio è il seguente: l'azione da furto comportava in ogni caso una sanzione più grave, giustificabile non tanto in base alla gravità dell'atto compiuto, quanto, piuttosto, all'importanza dei documenti su cui l'atto era stato compiuto.

Ma se Labeone ed Ulpiano ricorrono a criteri oggettivi per operare una discriminazione fra l'*actio damni* e l'*actio furti*, Pomponio, invece, sembra basarsi su un sistema di valutazione soggettiva, che gli permette di superare anche i limiti della dualità di azioni: si dovrà esaminare l'*animus* dell'agente, per concedere, di volta in volta, un'*actio legis Aquiliae* se il colpevole ha agito con *animus damnum dandi*, l'*actio furti* per il caso di *animus furandi*, l'*actio iniuriarum* di fronte a *animus iniuriandi*:

D. 9, 2, 41 (ULP. 1. 41 ad. Sab.) *...sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit. interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi deleverit: nam furti non tenebitur: cum facto enim etiam animum furis furtum exigit.*

Sul problema trattato in questa nota si veda anche J. A. C. THOMAS, *Furtum of Documents*, in *RIDA* 15 (1968), p. 440 ss.

3) del tenore del contratto, cioè del valore del credito di cui i documenti facevano fede;

4) dell'interesse dell'attore stesso (il quale, in pratica, si concreterebbe nell'ammontare del credito quando il debito non è ancora scaduto, mentre dopo la scadenza aumenterebbe progressivamente con l'aggiunta delle *usurae* di mora).

Pertanto si presentano due possibilità:

a) se è possibile dimostrare al giudice dell'azione penale che esistevano delle *tabulae* a prova di un credito del valore di X, dalla stessa prova si potrà valutare l'*id quod interest* per la determinazione della condanna. È chiaro che la stessa dimostrazione può essere data al giudice dell'azione contrattuale, e che, quindi, accanto all'azione penale può essere esperita anche l'azione civile;

b) invece, se non è possibile fornire al giudice dell'azione penale la prova dell'ammontare del credito, non è neanche possibile dimostrare allo stesso giudice a quanto ammonti l'interesse (se pure si riesca a dimostrarne l'esistenza), a meno che, in seguito, non si torni in possesso delle *tabulae* rubate: perciò è necessario fare ricorso ad una *aestimatio* giurata dell'attore per determinare la condanna. Si noti poi che in questo caso non sarà possibile esperire anche l'azione contrattuale, e ciò per mancanza di prove.

In verità il passo dice molto di più, perchè il fine che il giurista si ripropone non è soltanto quello di definire le due diverse situazioni, ma piuttosto, come già si diceva, quello di discutere il problema del valore della condanna in seguito all'*actio furti*.

Benchè la *communis opinio* in materia fosse rivolta alla considerazione dell'*id quod interest* ⁽²⁾, tuttavia Paolo riporta

(2) Cfr. D. 47, 2, 27: in questo passo, trattando di un caso di furto di documenti, Ulpiano dice: *et generaliter dicendum est in id quod interest duplari*. Così, del resto, anche D. 9, 2, 41 parla di *aestimatio eius quod interest*. Sul punto si veda J. A. C. THOMAS, *Furtum of Documents II*, in *IURA* 20 (1969), p. 309 ss.

l'opinione di una corrente dottrinaria — i *quidam*, non meglio identificati ⁽³⁾ — la quale proponeva per ogni caso una valutazione della semplice *aestimatio tabularum*, e ciò sulla base dei seguenti argomenti:

a) nella prima delle due situazioni che si sono esaminate precedentemente non sarebbe nemmeno possibile parlare di un *id quod interest* come valore distinto dall'*aestimatio tabularum*, in quanto, poichè in concorso con l'azione penale per il furto il creditore può esperire anche l'azione contrattuale per l'ammontare del debito, l'interesse violato dal furto verrebbe a coincidere appunto con il solo valore materiale delle tavole in sè ⁽⁴⁾;

b) nella seconda situazione, invece, il parlare di un *id quod interest* comincia ad avere un significato autonomo, in quanto non appare possibile agire anche con l'azione contrattuale e perciò l'interesse leso dal furto viene a ricomprendere anche il valore del credito e non il solo e semplice *pretium rei*: ecco, però, che in questo caso l'impossibilità di parlare di una condanna nell'*id quod interest* discende dalla stessa impossibilità di dare prova dell'ammontare dell'interesse stesso (se non addirittura della sua esistenza).

Paolo critica l'opinione dei *quidam*. Il loro punto di vista potrebbe essere esatto — sembra dire il giureconsulto — se sotto di esso potessero essere ricomprese tutte le eventualità; vi sfuggirebbe invece il caso in cui *post furtum factum tabulas*

(3) Non mi aiutano in questo caso le note del SOLAZZI, «*Quidam*» (Gli *inominati delle Istituzioni di Gaio*), in *Scritti di diritto romano V* (1947-1956), Napoli 1972, p. 413 s. (che riproduce un'articolo pubblicato negli *Atti dell'Accademia di Napoli* 64, 1952-53). Il *quidam* non è qui indice di interpolazione, ma sta veramente ad indicare una contrapposizione dottrinaria fra l'opinione prevalente e una corrente minore (o comunque considerata tale dall'autore) della giurisprudenza sul tema della condanna *ex actione furti*.

(4) Cfr. J. A. C. THOMAS, *Furtum II*, cit., p. 302 s.: l'autore distingue un tipo di interesse, l'interesse positivo, che corrisponderebbe alla violazione del diritto reale che l'offeso aveva sulla cosa (di proprietà, di usufrutto, ecc.), e un interesse negativo, corrispondente al rischio di non veder soddisfatto il proprio diritto di credito per mancanza di valide prove.

nactus esset actor, per il motivo che in questa ipotesi, che rientrerebbe nella seconda delle situazioni sopra delineate, il recupero delle tavole renderebbe possibile un'esatta valutazione dell'*id quod interest*, comprensivo del *pretium rei* e dell'ammontare del debito. Il giurista non mostra di avvedersi che l'ipotesi da lui prospettata potrebbe essere addotta in realtà a riprova della teoria dei *quidam*: infatti il recupero delle *tabulae* produrrebbe come prima conseguenza la rinnovata possibilità di esperire l'azione contrattuale per il debito, il che farebbe venir meno la coincidenza dell'interesse leso dal furto con il *quod interest*, e si ricadrebbe nella situazione indicata *sub a*.

Comunque, per il momento, interessa solamente la proposizione delle due situazioni nelle loro linee generali, che testimoniano la posizione della giurisprudenza nel caso di furto di documenti.

Invece, per quel che riguarda l'*actio legis Aquiliae* le cose erano per un lato più semplici, e per l'altro più complesse. Il discorso che fa Paolo sulla *lex Aquilia* deve essere ricostruito quasi completamente dal confronto con le due ipotesi precedenti del caso del furto. Infatti anche qui si dovrebbero presentare due possibilità: o è possibile nel giudizio penale dare dimostrazione: 1) dell'esistenza delle *tabulae* a prova di un contratto; 2) della loro distruzione o deterioramento; 3) del valore del credito, e quindi 4) dell'interesse; oppure non è possibile fornire la prova delle prime tre circostanze, e quindi nemmeno dell'interesse. Il giurista accenna solamente alla prima eventualità, quella in cui sia possibile dimostrare anche in altro modo che esisteva un credito del valore di X: in tal caso l'*actio legis Aquiliae* risulta inammissibile ⁽⁵⁾, *nam si possit alias probare non patitur damnum*.

(5) Per ciò che riguarda l'infondatezza della domanda e le sue conseguenze nel diritto processuale romano si veda A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972, p. 24 ss. e più in particolare p. 156 ss. Cfr. anche A. BISCARDI, *Recensione a Metro*, in *SDHI* 40 (1974), p. 483, che, nel riconoscere un embrionale potere di *denegare actionem* anche al pretore dell'epoca delle *legis actiones* (e ciò contro

A tal proposito si legga anche:

D. 2, 13, 10, 3 (GAIUS 1. 1 *ad ed. prov.*) Cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse: eveniet ut, sive quis condemnatus sit, sive quod petierit non obtinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quod ita perdiderit, hac actione consequatur. sed an hoc procedat videamus: nam si apud hunc iudicem, qui inter eum et argentarium iudicat, potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse, poterat et tunc probare: et si non probavit, aut probantem iudex non curavit, de se ipso aut de iudice queri debet. sed non ita est. fieri enim potest, ut nunc, rationes vel ipso edente vel alio modo nactus, aut aliis instrumentis vel testibus, quibus illo tempore aliqua ex causa uti non potuit, possit probare potuisse se vincere. sic enim et de cautione subrepta aut corrupta competit condictio et damni iniuriae actio: quia quod ante non potuimus intercepta cautione probare et ob id amisimus, hoc nunc, aliis instrumentis aut testibus, quibus tum uti non potuimus, probare possumus.

Il caso esemplificato da Gaio riguarda l'*editio rationum argentarii* ⁽⁶⁾. Se nel corso di un giudizio uno dei litiganti chiede ad un banchiere l'esibizione dei conti che lo riguardano e che sono pertinenti alla lite, ed il banchiere rifiuta di assecondarlo, qualora in seguito a ciò sia condannato, l'editto gli concede una

l'opinione espressa dal Metro), parla di un «potere bloccante del magistrato...in virtù della sua stessa funzione di controllore della legalità, e cioè per motivi di giuridica inammissibilità, quali la mancanza dell'azione od il suo esperimento al di fuori delle condizioni previste per il suo esercizio, o la deficienza dei presupposti processuali relativi alle parti, o la iterazione di un'azione già esperita contro il divieto del *'ne bis in idem'*».

(6) Dell'argomento mi sono interessata *ex professo* nell'articolo *Actio in factum adversus argentarios*, in questa stessa rivista, p. 53 ss. *passim*.

azione *in factum* contro il banchiere stesso per il valore del suo interesse determinato al momento in cui perse la causa.

Anche qui possono presentarsi due possibilità:

a) qualora nell'*actio in factum* l'attore abbia la possibilità di dimostrare: 1°) che esistevano delle *rationes*, 2°) che il valore dei conti trascritti era X, 3°) che avendo perso la causa nella quale richiese l'*editio* il suo interesse è pari a Y; ma tutto ciò avrebbe potuto dimostrare anche nel giudizio che si è concluso negativamente, *si non probavit aut probantem iudex non curavit, de se ipso aut de iudice queri debet*; quindi, in questa ipotesi l'*actio in factum* non doveva essere concessa ⁽⁷⁾;

b) può essere, invece, che nel primo giudizio il creditore non avesse avuto alcuna possibilità di dimostrare il suo diritto, se non attraverso l'*editio rationum* che l'argentario non ha effettuato, mentre ora, *rationes vel ipso edente vel alio modo nactus, aut aliis instrumentis vel testibus, quibus illo tempore aliqua ex causa uti non potuit*, può provare che se l'argentario avesse esibito egli avrebbe vinto (deve dimostrare che esistevano delle *rationes*, che inutilmente era stata richiesta la esibizione dei documenti relativi, e che con essi l'attore avrebbe provato inconfutabilmente il suo diritto); e in tal caso — sembra logico dedurre — Gaio non vedeva difficoltà alla concessione dell'*actio in factum*.

Gaio conclude accennando ad una situazione analoga nel caso di furto ovvero distruzione e deterioramento di documenti. Ci aspetteremmo che il giurista ripettesse qui, sia per il caso del furto che per il danneggiamento, le due ipotesi, come già si sono viste in Paolo ⁽⁸⁾. Invece l'esemplificazione (ed anche mol-

(7) Questa soluzione, che non si giustifica certamente in base all'equità, nasceva da esigenze di protezione dell'attività speculativa dei banchieri, esigenze che informano tutta la disciplina processualistica in materia: non è giusto che il privato sia danneggiato dalla mancata *editio rationum* dell'argentario, ma non è opportuno, d'altro canto, che a questi interessi del privato siano sacrificate senza limiti le esigenze di segretezza del banchiere (cfr. le considerazioni conclusive dell'articolo citato alla nt. precedente).

(8) Cfr. *supra*, p. 6.

to affrettata) viene data solo per la seconda ipotesi, e limitatamente al caso del furto: il giurista si limita ad annotare che, qualora in un secondo tempo si possa provare in altro modo quello che nel primo giudizio non era stato possibile dimostrare a causa del furto dei documenti, il derubato può ancora agire contro il ladro con l'*actio furti* per l'ammontare dell'interesse. Va da sè, anche qui, che le altre ipotesi di cui Gaio non fa parola rimangono presupposte. Tuttavia il discorso è già sufficiente a dimostrare l'importanza del problema suscitato dalla distinzione di Paolo.

2. Queste considerazioni servono come premessa alla lettura di:

D. 9, 2, 40 (PAUL. 1. 3 *ad ed.*) In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit, et si summatim re exposita ad suspicionem iudicem adducam debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.

Il caso esaminato è il seguente.

I documenti che provavano il credito di Tizio sono stati deteriorati e risultano inservibili. Si è visto che:

a) se Tizio può dimostrare altrimenti il suo credito, deve agire con l'azione civile, mentre non può ricorrere all'*actio legis Aquiliae* perchè non patitur damnum;

b) invece, se Tizio non può dare la prova dell'ammontare del suo credito, ma solo della distruzione dei documenti, esperirà l'*actio legis Aquiliae*.

Si dà l'ipotesi che il rapporto in contestazione sia condizionato e quindi non produca effetti se non al verificarsi della

condizione: e solo allora sarà perseguibile giudiziarimente. Frattanto tuttavia, nonostante la distruzione dei documenti, il creditore ha ancora la possibilità di dare dimostrazione del suo diritto attraverso la dichiarazione di testimoni, *qui testes posunt non esse eo tempore, quo condicio extitit. Quid iuris?* La soluzione di Paolo è veramente sconcertante: al creditore è dato di agire subito, *pendente condicione*, onde non correre il rischio di rimanere privo di valide prove al momento del verificarsi della stessa; *et si summam re exposita ad suspicionem iudicem adducam debeam vincere*. Però la condanna produrrà i suoi effetti solamente al verificarsi della condizione.

Allo stesso problema era riferita l'ultima parte di:

D. 47, 2, 32, 1 (PAUL. 1. 9 *ad Sabinum*) ... quid ergo, si forte pecuniam sub condicione credidit et interim testium ei copia est, testimonio quorum probationem habeat, qui possunt mori pendente condicione? aut puta me petisse creditum et, quia testes et signatores, qui rem meminissent, praesentes non haberem, victum rem amisisse: nunc vero, cum furti agam, eorum memoria et praesentia ad fidem creditae pecuniae uti possum⁽⁹⁾.

Dopo aver richiamato l'attenzione sul fatto che l'*actio legis Aquiliae* non è concessa quando si possa provare il proprio diritto anche senza ricorrere alle *tabulae deletae* (*nam ... non*

(9) La prima parte del passo è stata citata ed analizzata *supra*, p. 3 ss.; per chiarezza, dal momento che non riporto nel testo la prima frase del paragrafo in questione, ritengo utile ritrascrivere qui tutto il passo: D. 47, 2, 32 pr.-1 (PAUL. 1. 9 *ad Sab.*) *Quidam tabularum dumtaxat aestimationem faciendam in furti actione existimant, quia si iudici apud quem furti agatur, possit probari, quantum debitum fuerit, possit etiam apud eum iudicem eadem probare apud quem pecuniam petat: si vero in furti iudicio probare non potest, ne illud quidem posse ostendi, quanti eius intersit. sed potest post furtum factum tabulas nactus esse actor, ut ex eo probet quanti sua interfuerit, si tabulas nactus non esset. 1. De lege Aquilia maior quaestio est, quemadmodum possit probari, quanti eius intersit: nam si possit alias probare non patitur damnum, quid ergo ...*

patitur damnum), Paolo prende in esame un caso particolare. Anche qui ci si trova di fronte ad un rapporto condizionato, il quale può essere provato, oltre che con il documento, peraltro ormai inservibile, anche con dei testimoni, e questi ultimi *posunt mori pendente condicione*, o, comunque, non essere presenti al verificarsi della condizione stessa. Nel giudizio civile che fosse instaurato a quella data (in quanto solo allora sarebbe possibile) il creditore risulterebbe soccombente, non potendo presentare i testimoni anzidetti a sostegno delle proprie ragioni: perciò gli è dato di giovare immediatamente della loro *memoria et praesentia ad fidem creditae pecuniae* nell'azione penale per il furto.

Il caso sarebbe lo stesso che Paolo tratta in D. 9, 2, 40; però è visto sotto un profilo diverso. Non meraviglia il fatto che il giurista, dopo aver introdotto il paragrafo in questione con le parole *de lege Aquilia*, alla fine dello stesso faccia cenno soltanto ad un *agere furti*. Invero, da *quid ergo* alla fine il frammento deve essere letto come un ritorno alle argomentazioni iniziali del passo in materia di furto, dopo il brevissimo inciso — quasi una considerazione estemporanea — *de lege Aquilia maior quaestio est*. Dunque, in D. 47, 2, 32, 1 Paolo ripropone la stessa ipotesi di D. 9, 2, 40, ma dal punto di vista del furto: l'unica differenza consiste nel fatto che il documento non è stato distrutto o deteriorato, ma è stato rubato.

Così si spiega anche perchè *de lege Aquilia maior quaestio est*, e perchè Paolo, alla fine di D. 47, 2, 32, 1, torni a parlare solo dell'azione da furto. Infatti il furto c'è stato comunque, e di illecito si potrà parlare anche se la condizione del credito non si verificherà; pertanto un'*actio furti* non è contraria alla logica giuridica. Invece, nel caso del danneggiamento se la condizione non si verifica il danno non viene in essere, tanto più che al momento della distruzione dei documenti l'interessato poteva provare il suo diritto in altro modo, ad esempio con testimoni e *signatores*. A questo punto Paolo si vede costretto a

limitare il rimedio della « condanna condizionata » ⁽¹⁰⁾ alla sola ipotesi del furto, salvo generalizzare poi, in D. 9, 2, 40, in cui prevede la possibilità di agire immediatamente anche per l'illecito del danneggiamento, benchè ancora non si possa nemmeno parlare di illecito.

Delle stesse difficoltà appare consapevole anche Gaio, D. 2, 13, 10, 3 in fine: dopo aver presentato l'ipotesi della *cautio subrepta aut corrupta*, il giurista chiarisce le sue affermazioni soltanto dal primo punto di vista, quello della *cautio intercepta*.

L'inesistenza attuale dell'illecito ha indotto il Biondi a ritenere che, in realtà, nonostante la collocazione del passo sotto il titolo *ad legem Aquiliam*, l'azione di cui trattasi non sia affatto l'*actio legis Aquiliae*, bensì l'azione contrattuale: « ... è chiaro — scrive l'insigne Maestro ⁽¹¹⁾ — che la condanna *ex lege Aquilia* dovrebbe essere inefficace non soltanto nel caso di deficienza della condizione, ma altresì qualora i testimoni, contrariamente alla precedente supposizione, siano presenti al verificarsi della condizione e possano far fede dell'obbligazione »; e aggiunge ancora ⁽¹²⁾: « ... la stessa ragione, cioè il venir meno del danno, che porta ad ammettere l'invalidità della sentenza *si defecerit condicio*, vale altresì nel caso che i testimoni siano vivi e presenti quando la condizione si verifica; ma quest'ultima conseguenza esclude il passo in esame quando ammette piena efficacia alla sentenza nel caso che la condizione si sia verificata ».

Mi sembra, però, che questa soluzione, per quanto suggestiva, sia smentita da tre ordini di considerazioni: innanzi tutto dalla « inutilità », generalmente riconosciuta, di un *agere civi-*

⁽¹⁰⁾ Per il momento mi si permetta di lasciare l'espressione fra virgolette, riservandomi di chiarire in seguito che cosa debba intendersi con precisione per « condanna condizionata ».

⁽¹¹⁾ Cfr. B. BIONDI, *Summatim cognoscere*, in *BIDR* 30 (1921), p. 243 (ed ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano 1965, p. 742).

⁽¹²⁾ Cfr. BIONDI, *loc. cit.*

liter pendente condicione ⁽¹³⁾; in secondo luogo dalla stretta analogia di situazioni che si è notata fra D. 9, 2, 40 e D. 47, 2, 32, 1; ed infine dalla coscienza che il punto di vista da cui muove Paolo è quello dell'indisponibilità assoluta delle altre prove al momento del verificarsi della condizione. D'altronde ulteriori argomenti a tal riguardo si potranno trarre dall'analisi di una fattispecie, che a me sembra analoga, della quale tratta Ulpiano in D. 47, 2, 27, 1-2.

3. Si è detto che la possibilità di un secondo mezzo di prova (testimoni, un altro documento, o, comunque, *aliae probationes*) quando il primo sia stato danneggiato fa venir meno uno dei connotati essenziali del *delictum*, cioè il danno; invece nel caso del furto la presenza di un secondo mezzo di prova non comporta difficoltà, perchè il *delictum* del furto, nel senso di *contrectatio* delle *tabulae*, si è già verificato.

Tuttavia anche per il furto sorgevano dei problemi in rapporto alla valutazione della condanna: ne tratta ampiamente Ulpiano nei libri *ad Sabinum*, a proposito dell'*actio furti*:

D. 47, 2, 27, 1-2 (ULP. 1. 41 *ad Sabinum*) 1. Inde potest quaeri, si quis, cum alias probationes mensaeque scripturam haberet, chirographi furtum passus sit, an aestimari duplo chirographi quantitas debeat. et nemquid non, quasi nihil intersit? quantum enim interest, cum possit debitum aliunde probare? quemadmodum si in binis tabulis instrumentum scriptum sit: nam nihil videtur deperdere si futurum est, ut alio chirographo salvo securior sit creditor. 2. Apocha quoque si fuerit subrepta, aequè dicendum est furti actionem in id quod interest locum haberet sed nihil mihi videtur interesse, si sint et aliae probationes solutae pecuniae.

(13) Cfr. D. 21, 1, 43, 9 (PAUL. 1. 1 *ad ed. aed. cur.*) *Si sub condicione homo emptus sit, redhibitoria actio ante condicionem existentem inutiliter agitur, quia*

Il giurista ha appena esposto, nel *principium* di questo frammento, i problemi relativi all'*aestimatio* nel caso di furto del documento, e la differenza di valutazione fra il *pretium rei* e l'*id quod interest* ⁽¹⁴⁾. Sembra quasi che questi *libri ad Sabinum*, almeno per la materia in questione, siano condotti proponendo un continuo parallelo fra il *ius civile* e la casistica: il *quia nonnumquam calumniantur debitores*, il *et generaliter dicendum est* (che sembrano proprio far riferimento alla pratica) sono chiari indici di questo modo di procedere. Così, dalla stessa pratica, nasce anche l'interrogativo sulle *binæ tabulae*.

Se esistono due documenti a prova del credito, il furto di uno di essi non pone il creditore nella stessa situazione che si verifica quando il documento rubato era uno solo. Dei due tipi di interesse di cui parla la dottrina al riguardo, l'in-

nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest: et ideo etsi ex empto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta condicione iterum agi poterit ...; così anche D. 20, 1, 13, 5; D. 45, 3, 26; D. 45, 1, 116; D. 4, 8, 11, 5; ecc. (cfr. anche l'esposizione che del negozio condizionato fanno F. VASSALLI, *L'origine della trasmissibilità ereditaria dei crediti e dei debiti condizionali*, in *Studi giuridici*, I, Roma 1939, p. 331 ss.; C. GIOFFREDI, 'Pendenza' e 'sospensione' dalle fonti romane alla dommatica odierna, in *SDHI* 22, 1956, p. 150 ss.; G. G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano 1962, p. 33 ss.).

Inoltre, data l'equiparazione tra gli effetti del *dies* e quelli della *condicio*, equiparazione avvenuta in diritto giustiniano ed ormai ampiamente documentata (cfr. VASSALLI, *Dies vel condicio*, in *Studi*, cit., p. 245 ss., e poi, sulla sua scia, fra gli altri, G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano, I: La procedura formulare*, Torino 1958, p. 97 ss., e A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano 1963, p. 78 ss. e 163 ss.), di una « inutilità » è lecito parlare soltanto per il diritto classico, mentre per l'epoca più tarda si dovrebbe fare ricorso ad ipotesi di vera e propria inammissibilità della domanda (così D. 4, 6, 33 b; D. 12, 1, 9 pr.; D. 12, 1, 36; D. 35, 1, 34; ecc.).

⁽¹⁴⁾ D. 47, 2, 27 pr. (ULP. 1. 41 ad Sab.) *Qui tabulas vel cautiones amovet, furti tenetur non tantum pretii ipsarum tabularum verum eius quod interfuit: quod ad aestimationem refertur eius summae, quae in his tabulis continetur, scilicet si tanti interfuit, ut puta si chirographa aureorum decem tabulae fuerint, dicimus hoc duplicari. quod si iam erant inanes, quia solum proponebatur, numquid ipsarum tantum tabularum pretii videatur esse aestimatio facienda? quid enim interfuit huius? sed potest dici, quia nonnumquam calumniantur debitores quasi debito soluto, ab his interesse creditoris tabulas habere, ne forte controversiam super ea re patiatur. et generaliter dicendum est in id quod interest duplicari.*

teresse alla cosa e l'interesse al mezzo di prova ⁽¹⁵⁾, sembra leso qui soltanto il primo; pertanto ci aspetteremmo un'azione commisurata sul solo valore materiale del documento ⁽¹⁶⁾.

In realtà dalla lettura del passo possono nascere dubbi di diversa natura. E innanzi tutto quale significato può avere praticamente il furto di uno solo dei documenti? Il documento viene tutelato in maniera particolare per il suo valore di mezzo di prova, ma, essendoci due documenti, il furto di uno solo di essi non porta nessuna utilità dal momento che il creditore può sempre provare *aliunde* il suo diritto. Comunque si può anche ammettere, per esempio, che il ladro (sia esso il debitore oppure un terzo che agisce a vantaggio del debitore) volesse impadronirsi di tutti due i chiroграфи, ma che il furto gli sia riuscito solo nei confronti di uno; ovvero si può anche pensare che l'autore del furto non fosse a conoscenza dell'esistenza del secondo chirografo.

A questo punto il creditore agisce processualmente: tuttavia mi sembrerebbe più logico che egli agisse per il soddisfacimento del credito avvalendosi del secondo chirografo, piuttosto che per il furto; o se vuole agire « anche » per il furto, poiché, come si diceva, è stato leso il solo interesse al valore materiale della cosa rubata, l'azione dovrebbe comportare una condanna al *pretium rei* e non al *quod interest*. Che significato può avere in questo caso un'*actio furti* per il *quod interest*? In questo caso ci sentiremmo quasi propensi a seguire l'opinione dei *quidam*, già criticata da Paolo, e ritenere che la commisurazione della condanna dovesse effettuarsi sul *pretium rei*. Invece nel pensiero di Ulpiano la *communis opinio* aveva troppo buon fondamento perchè il giurista se ne discostasse: dopo tutto il furto, se pure non ha privato il creditore della possibilità di provare il suo diritto, tuttavia l'ha diminuita del 50%.

(15) Cfr. THOMAS, *Furtum II*, cit., p. 302, e *supra* nt. 4.

(16) Su tutto il problema del furto dei documenti si legga WIEACKER, *op. cit.*, p. 586 ss., e ancora THOMAS, *Furtum I*, cit., *passim*, e *Furtum II*, cit., *passim*; lo stesso autore aveva accennato al problema in *Contractatio*, cit., p. 88 nt. 54.

Ci si può chiedere ancora che senso abbia parlare di *aestimatio chirographi quantitatis*, quando dall'altro documento si può trarre la certezza della *quantitas chirographi*. Ma forse l'*aestimatio* del derubato risulta necessaria in casi come questo per la valutazione complessiva dell'*id quod interest*, in modo che siano tenuti presenti i suoi vari elementi, cioè il *pretium rei*, la *summa adscripta*, le eventuali *usurae* e l'interesse del creditore in rapporto alla sua diminuita *securitas*.

In definitiva, di tutti i dubbi e gli interrogativi che sorgono dalla lettura di D. 47, 2, 27, 1-2, l'unico che sembra rimanere privo di una qualunque possibilità di soluzione è il seguente: perchè il creditore non agisce immediatamente per il soddisfacimento del credito, dal momento che lo può ancora provare col secondo documento?

Invero, il motivo per cui nel testo non si fa parola di una azione contrattuale, o, quanto meno, di una *condictio certae creditae pecuniae*, non può essere che uno solo, cioè l'impossibilità di esperire attualmente tale azione. Se fosse altrimenti il problema non sorgerebbe nemmeno, non si presenterebbe alcuna necessità di tutela particolare ⁽¹⁷⁾, nè si spiegherebbero le parole con cui Ulpiano giustifica il ricorso anche in questo caso alla teoria dell'*id quod interest*. Infatti la frase *et numquid non quasi nihil intersit* fa balenare la concretezza di un interesse diverso dal puro e semplice valore materiale delle tavole. Al contrario, se si immagina un credito attualmente inesigibile, per esempio perchè sottoposto a termine o a condizione, l'azio-

(17) *Nulla questio*, infatti, se il credito risulta attualmente esigibile. In tal caso il furto di uno solo dei documenti non incide in alcun modo sulle vicende del credito, ma costituisce invece un episodio a sè in quanto il creditore conserva la possibilità di provare *aliunde* il suo diritto di credito e quindi può agire ugualmente e subito per il credito stesso. Il furto verrà valutato appunto come episodio a sè, con tutte le differenze che ciò comporta in tema di valutazione del *quod interest*.

La stessa situazione si verifica in ipotesi di *tabulae inanes, quia solutum proponebatur* (D. 47, 2, 27 pr.): sul punto vedi WIEACKER, *op. cit.*, p. 571 ss. Peraltro anche i problemi suscitati da questa ipotesi mi sembrano diversi da quelli proposti da D. 9, 2, 40.

ne relativa potrà essere intentata soltanto alla scadenza del termine o al verificarsi della condizione. Allora si può anche immaginare che, per l'eventualità che sia rubato anche il secondo documento, o che i testimoni muoiano, o che, comunque, le prove vengano meno, il creditore possa avvalersi di esse immediatamente, ma solamente per il furto ⁽¹⁸⁾. Così acquista un diverso e più profondo significato la valutazione della condanna nella misura dell'interesse: infatti può essere che la *condictio certae creditae pecuniae*, o altra azione contrattuale, alla scadenza del termine o al verificarsi della condizione non si possano più intentare con esito positivo per mancanza di prove. Anche se il testo di Ulpiano non ne fa parola, mi sembra che questa debba essere la fattispecie considerata.

Però si devono tener distinte le due ipotesi, del verificarsi e del non verificarsi della condizione.

Qualora la condizione si verifichi, e quindi il credito produca i suoi effetti, si possono realizzare due situazioni. Infatti, se il secondo mezzo di prova può essere ancora utilizzato, grazie ai criteri della cumulatività, il creditore può ancora agire civilmente. Invece, se il secondo mezzo di prova non può più essere utilizzato, l'*actio furti*, a suo tempo esperita, avrà costituito anche l'unica possibilità di tutela concessa al creditore, dal momento che l'azione contrattuale risulta ormai impossibile. Ecco perchè l'*aestimatio* della condanna dell'*actio furti* farà sì che il creditore ottenga oltre al *pretium rei* anche la *summa adscripta* come compenso per l'interesse violato dal furto.

Si può obiettare che l'ammontare della condanna rimane uguale nell'un caso come nell'altro, e che quindi il creditore nella seconda ipotesi viene ad essere meno garantito, dal mo-

(18) L'eccezionalità di questo processo penale consiste nel fatto che nell'*actio furti* si dia udienza a dei testimoni i quali affermano essere stato stipulato un contratto sotto condizione: e su questa affermazione si determina poi l'ammontare della condanna. Il diritto non è ancora venuto ad effetto, ma si richiede la prova che esso esiste, sia pure quiescente, e di questa prova si fa uso come se il diritto stesso fosse già pienamente efficace, nel senso che per la valutazione dell'interesse si deve tener conto della stessa *summa adscripta*.

mento che, al contrario di ciò che avviene nel primo caso, egli non può vantare a suo favore il concorso di azioni.

Tuttavia, si pensi che analogo sarebbe il caso in cui di fronte ad un solo documento rubato *post furtum factum tabulas nactus esset actor, ut ex eo probet, quanti sua interfuerit, si tabulas nactus non esset* (D. 47, 2, 32 pr.). Stando alla lettera del testo, dalle tavole fortunatamente recuperate dopo il furto può e deve essere dedotto l'ammontare dell'interesse come se le tavole non fossero state recuperate, cioè per la *summa adscripta* più un'eventuale maggiorazione dovuta alle *usurae*. È chiaro che attraverso le tavole recuperate il creditore può agire anche, e vittoriosamente, con l'azione civile o contrattuale. Ma anche nel caso che le *tabulae* non siano recuperate, la condanna avrà lo stesso ammontare, con la differenza che occorrerà ricorrere ad una *aestimatio* giurata del creditore, al quale, del resto, non sarà data la possibilità di agire anche civilmente con esito positivo.

Non mi sembra che i Romani abbiano cercato di equilibrare le due situazioni: bisogna prendere come un dato di fatto, almeno per ora, le minori possibilità concesse al creditore quando le *tabulae* non fossero state recuperate, nel caso di unicità di documenti, o quando il secondo mezzo di prova non fosse più, utilizzabile, nel caso di *binae tabulae*, o di presenza concomitante di testimoni, o comunque di *aliae probationes*. Una indagine in questo senso sarebbe quanto mai suggestiva: si tratterebbe di indagare se e fino a che punto una sentenza di una azione penale, nell'esperienza processuale romana, poteva far stato in un successivo giudizio civile. Però quest'esame mi porterebbe assai lontano dai fini dell'attuale ricerca ⁽¹⁹⁾.

(19) In tal senso si vedano gli appunti di J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Praejudicium*, in *Labeo* 8 (1962), p. 82 ss., e la voce *Praejudicium* di F. DE MARINI AVONZO, in *Noviss. Dig. Ital.* 13 (Torino 1966), p. 541.

In pratica si tratterebbe di determinare se nell'ordinamento romano esistesse una disposizione analoga a quella che si legge all'art. 27 c.p.p. (*Autorità del giudicato penale nel giudizio di danno*), cv.: «Nel giudizio civile o amministrativo

Ritornando, quindi, al passo di Ulpiano D. 47, 2, 27, 1-2, si deve ancora dire dell'ipotesi in cui la condizione non si verifichi, ma dopo quanto è stato già detto mi sembra che non debbano sorgere problemi. Si è visto che l'*actio furti* deve sanzionare una situazione delittuosa che si è già verificata prima dell'avverarsi della condizione ed indipendentemente da essa: l'accertamento giudiziale è diretto a ricercare se vi è stata *contractatio* e per quale valore, quindi riguarda un avvenimento passato e certo. Pertanto, il non verificarsi della condizione del credito non ha alcuna ripercussione sulla sentenza dell'*actio furti*, la quale presenta una sua giustificazione ed una vita autonoma. Per questo motivo, secondo l'opinione prevalente cui sembrano aderire Paolo ed Ulpiano, la condanna anche in questo caso è pari al valore della *summa adscripta* aumentata delle *usurae*: non ha nessuna importanza il fatto che, non verificandosi la condizione, lo stesso diritto alla *summa adscripta* non venga neppure in essere. L'interesse viene determinato in ogni modo come interesse prevedibile al momento del furto.

per le restituzioni e per il risarcimento del danno, iniziato o proseguito contro il colpevole o contro il responsabile civile dopo la sentenza ... ha autorità di cosa giudicata (*scilicet* la sentenza penale stessa) quanto alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità e alla responsabilità del condannato». In sostanza in sede di un giudizio civile ci si può chiedere che valore debba attribuirsi ad una sentenza che ha accertato una responsabilità penale «quando in questo (*scilicet* nel giudizio civile) si controverte intorno a un diritto il cui riconoscimento dipende dall'accertamento dei fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale (art. 28 c.p.p.)».

Su questo particolare aspetto del problema della pregiudizialità non si è soffermato a lungo il MARRONE, nel suo dottissimo studio su *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 24 (1955), p. 367 ss., come pure nell'articolo *Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales»*, in *Jus* 11 (1960), p. 225 ss., dove l'attenzione dello studioso è focalizzata soprattutto sul problema delle sole questioni che, come si direbbe oggi, debbono essere decise *incidenter tantum*. Ma, infine, seguendo l'insegnamento dello stesso MARRONE (*L'effetto normativo della sentenza*, Palermo, 1965, p. 144 ss.), si deve forse concludere, anche in questo caso, per una pregiudizialità di mero fatto della prima decisione, comportante forse nel seguente giudizio civile un'inversione dell'onere della prova (*op. ult. cit.*, p. 80 e p. 123 ss.).

In somma, non si può parlare per questa ipotesi di « sentenza condizionata ».

4. Ulpiano e Paolo seguono la stessa linea di pensiero; forse, però, c'è in Paolo un interesse ed una preoccupazione particolare che manca in Ulpiano. Infatti, se confrontiamo i due passi, D. 47, 2, 32 pr.-1 e D. 47, 2, 27, 1-2, si può notare che l'uno forma quasi la continuazione logica dell'altro e viceversa: se in D. 47, 2, 32 pr.-1 viene descritto il caso dell'esistenza di un solo documento e quindi del furto o della distruzione di questo, in D. 47, 2, 27, 1-2 si ipotizza l'esistenza di due documenti ed il furto di uno di essi, mentre ancora in D. 47, 2, 32, 1 si parla della possibilità di avere dei testimoni, oltre al documento rubato, e del debito condizionato. In pratica soltanto Paolo accentua il problema della condizione e lui solo espone i dubbi che sorgono in tema di *lex Aquilia*.

Se ne possono trarre i seguenti schemi generali:

I.

— esiste un credito	— esiste un credito
— esiste un documento	— esiste un documento
— il documento viene rubato (e non esistono altri mezzi di prova)	— il documento viene distrut- to (e non esistono altri mezzi di prova)
— <i>generaliter</i> viene concessa un' <i>actio furti in duplum</i> ; in rapporto ad essa:	— <i>generaliter</i> viene concessa un' <i>actio legis Aquiliae</i> ; in rap- porto ad essa:
1. <i>quidam</i> pensavano dovesse valutarsi <i>dumtaxat aestimatio- nem tabularum</i> , cioè il solo <i>pretium rei</i> ;	1. Certamente anche qui i <i>qui- dam</i> avranno opinato che do- vesse valutarsi <i>dumtaxat aesti- mationem tabularum</i> , cioè il solo <i>pretium rei</i> ;

2. Paolo, pur valutando al suo giusto merito la precedente soluzione, propende per il parere di quanti (e sono i più) consideravano invece l'*id quod interest*;

3. Ulpiano si dichiara apertamente per quest'ultima opinione.

2. però, generalmente, si faceva forse riferimento all'*id quod interest*.

II.

— esiste un credito

— esiste un documento

— il documento viene rubato (ma vi sono altri mezzi di prova, e cioè, in particolare:

1. un altro documento, oppure
2. dei testimoni)

— *generaliter* viene concessa un'*actio furti in duplum*; in rapporto ad essa:

1. *quidam* pensavano dovesse valutarsi *dumtaxat aestimationem tabularum*, cioè il solo *pretium rei*;

2. Paolo non prende in particolare esame il problema, e perciò se ne può concludere che accolga l'opinione dominante, la quale considera l'*id quod interest*;

3. Ulpiano si dichiara favorevole alla teoria dell'*id quod in-*

— esiste un credito

— esiste un documento

— il documento viene distrutto (ma vi sono altri mezzi di prova, e cioè, in particolare:

1. un altro documento, oppure
2. dei testimoni)

— non viene concessa l'azione per il danneggiamento perchè *si possit alias probare* — dice Paolo — *non patitur damnum*.

terest, ma richiama — per negarla — l'opinione di altra corrente dottrinarla — probabilmente gli stessi *quidam* — che nel caso particolare propendeva per la considerazione del solo *pretium rei*.

Mentre Ulpiano approfondisce le varie ipotesi controverse di *aestimatio* dell'*actio furti* (e a tal proposito parla di *binæ tabulae*), Paolo dà come già risolti questi problemi ⁽²⁰⁾ ed anzi si serve dei loro elementi costitutivi per comporre un'ipotesi più complessa, quella del credito condizionato:

— esiste un credito condizionato

— il credito può essere provato con un documento ed anche con dei testimoni

— il documento viene rubato ed i testimoni *possunt mori pendente condicione*

— viene concessa l'*actio furti*.

— esiste un credito condizionato

— il credito può essere provato con un documento ed anche con dei testimoni

— il documento viene distrutto ed i testimoni *possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit*

— viene concessa l'*actio legis Aquiliae*

5. Ora mi sembra opportuno esaminare più compiutamente il valore della « condanna condizionata » di cui al passo D. 9, 2, 40.

Si è detto che l'ipotesi di D. 9, 2, 40 è sconcertante. Se ne ricaverebbe la possibilità di un procedimento che non è, come

(20) Lo stesso Paolo, però, ne aveva dovuto trattare se in D. 47, 2, 83, 3 espone i suoi dubbi in tema di furto di *tabulae cancellatae* e di *tabulae inanes*. Su tutto il problema si veda in particolare WIEACKER, *op. cit.*, p. 570 ss.

ci si sarebbe potuti aspettare, la proiezione storica dell'assunzione di testimoni a futura memoria dell'ordinamento odierno⁽²¹⁾; si tratta invece della possibilità di una condanna condizionata la cui esecuzione potrà essere fatta valere solo se e quando si avvererà la condizione, mentre nel caso contrario rimarrà senza effetto.

Innanzitutto ci si può chiedere quali siano le caratteristiche di questo procedimento che viene descritto in maniera inusitata col *summatim re exposita ad suspicionem iudicem adducere*.

Si è detto che si tratta di un'*actio damni*: perciò oggetto dell'accertamento deve essere in primo luogo il danneggiamento (come azione materiale di distruzione o deterioramento), ed in secondo luogo l'ammontare del danno subito.

Si è visto anche che la prova è fornita dai testimoni. Quale sia la funzione precisa di questi testimoni, quale la prova specifica che essi devono dare, è indicato da Paolo nella parte finale del frammento D. 47, 2, 32, 1: *aut puta me petisse creditum et, quia testes et signatores, qui rem meminissent, prae-*

(21) Non mi risulta che nell'ordinamento romano esistesse un'istituto analogo a quello che è oggi, nel nostro ordinamento, l'assunzione di testimoni a futura memoria.

Infatti la prova testimoniale conservò sempre, fin dalle sue origini, i caratteri dell'immediatezza e dell'oralità, che all'inizio appunto erano giustificati dalla funzione stessa di aiuto anche materiale che i testimoni dovevano assolvere (cfr. G. BROCCINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus* 11, 1960, p. 366 ss.); solo in seguito, quando per l'influenza dell'ellenismo ebbe preso piede nel processo l'uso della prova scritta, la testimonianza poteva essere assunta per iscritto e suggellata anche prima del processo, purché poi i sigilli fossero riconosciuti e verificati dai loro autori (così QUINT., *inst. orat.* 5, 73; cfr. G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus* 11, 1960, p. 407 ss.). Infine, ma soltanto nella legislazione di Giustiniano, venne riconosciuta la possibilità di assumere la testimonianza dei *testes necessarii absentes* mediante delega al funzionario del luogo di residenza dei testimoni stessi (C. 4, 21, 18), il quale redigeva la testimonianza per iscritto e probabilmente la sottoscriveva egli stesso (sul punto U. ZILLETI, *Studi sulle prove nel diritto giustiniano*, in *BIDR* 67, 1964, p. 200 ss.). Ma queste sembrano essere le uniche vere deroghe al principio che imponeva la presenza dei testimoni al processo.

*sentēs non haberem, victum rem amisisse: nunc vero, cum fur-
ti agam, eorum memoria et praesentia ad fidem creditae pecu-
niae uti possum.* Un'azione contrattuale instaurata al verificar-
si della condizione potrebbe avere esito negativo per il credi-
tore, perchè potrebbero venirgli a mancare, con la morte o la
assenza dei testimoni, le prove del suo diritto; invece, al mo-
mento presente, queste prove possono essere utilizzate nel pro-
cesso penale. Perciò la funzione dei *testes et signatores* è limi-
tata al riconoscimento dell'esistenza del credito e del suo am-
montare, nonchè, ma solo secondariamente, all'affermazione
che il contratto relativo era stato trascritto nelle *tabulae* e che
essi stessi, i testimoni, avevano partecipato alla loro formazio-
ne e, perciò, in un normale giudizio civile sarebbero stati chia-
mati a verificare gli eventuali sigilli ⁽²²⁾. Non per nulla Paolo
sottolinea che la *memoria et praesentia* dei testimoni viene ri-
chiesta specificamente *ad fidem creditae pecuniae*.

Invece la prova della distruzione del documento e del fat-
to che essa sia avvenuta ad opera del convenuto non rientra
necessariamente nell'attività di questi testimoni, i quali, quin-
di, potrebbero anche esserne ignari: e lo stesso si deve ripete-
re per quanto riguarda la prova dell'ammontare dell'interesse.
Però a questo proposito bisogna aggiungere che tale prova è
strettamente collegata a quella che riguarda l'ammontare del
credito, in quanto spesso l'interesse coincide proprio col valo-
re del credito. Pertanto l'intervento dei testimoni assume una
particolare influenza anche per la determinazione della con-
danna, come presupposto della *aestimatio* pecuniaria deman-
data all'attore.

E veniamo a quel *summatim* del testo, che tanti dubbi e
sospetti ha fatto sorgere.

(22) Circa la necessità della presenza al processo dei testimoni negoziali cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 4, e per gli atti *mortis causa* R. MARTINI, *Sulla presenza dei signatores all'apertura del testamento*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, p. 485 ss.

La quasi totalità della dottrina vi ha riconosciuto un'interpolazione giustinianea o pregiustinianea: Paolo avrebbe detto semplicemente *et si ad suspicionem iudicem adducam debeam vincere* ⁽²³⁾. Del resto, non me la sentirei di seguire l'esegesi dello Schulz ⁽²⁴⁾, che espugne come interpolato anche l'*adducere ad suspicionem*. A favore della genuinità di quest'ultima espressione si può citare, sia pure con tutte le riserve del caso ⁽²⁵⁾, D. 48, 19, 5 pr. (ULP. l. 7 *de officio proconsulis*: Ab-

(23) La dottrina si è interessata del testo quasi esclusivamente per definirne la collocazione fra i passi che parlano di *summaria cognitio*: pertanto la citazione del frammento di Paolo è fatta spesso affrettatamente ed in genere *ad adiuvandum*. Così H. K. BRIGLER, *Einleitung in die Theorie des summarischen Processes*, Leipzig 1859, p. 270 ss.; così K. F. VON SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, II, Berlin 1850, p. 244; così G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen 1910, p. 79 s., ed anche, dello stesso, *Romanistische Studien. Zur Sachwertberechnung nach dem aquilischen Rechte*, in ZSS 50 (1930), p. 30; così R. SAMTER, *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*, Weimar 1911, p. 136; così ancora F. SCHULZ, *Scientia, Dolus und Error bei der Stellvertretung nach klassischen römischen Recht*, in ZSS 33 (1912), p. 65 nt. 3, che è l'unico fra questi autori più antichi che sospinga il sospetto di interpolazione oltre che alla frase *summatim re exposita* anche alle parole *si ad suspicionem iudicem adducam*. Un'analisi più particolareggiata del passo, e proprio in rapporto alla possibilità di una « sentenza condizionale », si può leggere in BIONDI, *op. cit.*, p. 242 ss.; in H. KRÜGER, *Das summatim cognoscere und das klassische Recht*, in ZSS 45 (1925), p. 68 ss.; in F. VASSALLI, *La sentenza condizionale*, in *Studi giuridici*, cit., p. 422 ss.; in D. SIMON, *Summatim cognoscere. Zwölf Exegesen*, in ZSS 96 (1966), p. 197 s.

Il passo è stato citato anche in margine alla trattazione del problema delle azioni in *id quod interest*: cfr. M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München 1935, p. 174 nt. 26, e D. MEDICUS, *Id quod interest*, Köln-Graz 1962, p. 242 nt. 42. Infine il passo è stato collocato ancora fra i molti altri che documentano la diversa estensione che i concetti del furto e del danneggiamento vennero ad assumere col tempo: si vedano, per tutti, ALBANESE, *Studi sulla 'Lex Aquilia'*, cit., p. 93 nt. 2; IDEM, *La nozione di 'furtum' fino a Nerazio*, cit., p. 197 nt. 210; IDEM, *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, cit., p. 287 nt. 453; MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 407 nt. 376; T. J. GERKE, *Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der 'Lex Aquilia'*, in SDHI 23 (1957), p. 101 s.; THOMAS, *Contrectatio*, cit., p. 88 nt. 54.

(24) Cfr. SCHULZ, *loc. cit.*

(25) Le riserve sarebbero giustificate dal carattere criminale del processo cui fa riferimento il rescritto di Traiano. Comunque ho richiamato questo passo soltanto per ciò che riguarda l'espressione formale, cioè per presentare una testimonianza dell'uso del termine *suspicio*. Si noti, però, come dico anche di seguito

sentem in criminibus damnari non debere divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari...), dove Ulpiano ricorda un rescritto dell'imperatore Traiano che vietava l'emanazione di condanne criminali sulla base di semplici sospetti. Questo principio, che trovava la sua formulazione teorica nella frase *satius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*, così lapidaria e suggestiva, era di nascita troppo recente perchè proprio i compilatori ⁽²⁶⁾ creassero un'espressione così ambigua come l'*adducere ad suspicionem*. È ben vero che quelle *suspiciones* che Traiano considerava con diffidenza altro non erano che delle prove indiziarie, cioè dei mezzi attraverso i quali giungere ad una convinzione, mentre la *suspicio* di D. 9, 2, 40 è il risultato stesso dell'attività probatoria, la convinzione stessa del giudice; tuttavia io credo che la delimitazione fra l'uno e l'altro significato rimanga pur sempre troppo incerta perchè i compilatori arrischiassero possibili fraintendimenti.

Invero, la *suspicio* di D. 9, 2, 40 è un atteggiamento psicologico composto: vi rientrano innanzi tutto l'accertamento vero e proprio circa l'esistenza e l'ammontare del credito (che possono essere provati indubitabilmente coi *testes et signatores* addotti *ad fidem creditae pecuniae*), in secondo luogo l'accertamento della distruzione dei documenti (che può essere provata altrimenti), ed infine la convinzione che il giudice si è formata circa l'eventuale verificarsi della condizione cui è sottoposto il diritto di credito e l'eventuale venir meno dei testimoni con conseguente possibile danno del creditore. Proprio

nel testo, che il significato tecnico di *suspicio*, come è usato in D. 48, 19, 5 pr. non coincide affatto col significato che lo stesso termine viene ad assumere in D. 9, 2, 40.

⁽²⁶⁾ L'Albertario, ritiene che l'espressione sia completamente compilatoria (cfr. E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen nel diritto romano-classico e nella legislazione giustiniana*, Milano 1924, p. 24 ss.).

in rapporto all'eventualità di questi accadimenti Paolo usa questo termine indefinibile, *suspicio*, che non esprime la certezza, quanto piuttosto la probabilità.

Detto ciò, non si può seguire nemmeno l'opinione di quanti vedono anche nel solo *summatim re exposita* un indice di interpolazione: l'espressione si spiega proprio con il carattere straordinario, eccezionale dell'accertamento; ed anzi, se non l'avesse scritta lo stesso Paolo, nella lettura del passo sarebbe stato necessario presupporla. Infatti: qual'è nell'ambito di questo processo il significato tecnico del *summatim re exposita*? Risulta quanto mai suggestiva, dopo quanto si è detto, l'interpretazione che ne dà il Krüger: l'espressione significherebbe « Alles zusammengenommen », tutto insieme, cioè, secondo le parole stesse dello studioso tedesco, « der Kläger soll den ganzen Tatbestand mit Benennung der Zeugen, mit der Betonung, dass sie seine einzigen Beweismittel sind, und mit dem Hinweis auf ihre Sterblichkeit vortragen » ⁽²⁷⁾.

La dottrina posteriore, riprendendo in parte le opinioni espresse a suo tempo dal Briegleb e dal Savigny ⁽²⁸⁾, forte delle critiche mosse da tutta la Pandettistica ed in particolare poi dal Biondi ⁽²⁹⁾, vuole distinguere due significati che il *summatim cognoscere* avrebbe avuto nel tempo, e cioè:

(27) Cfr. KRÜGER, *op. cit.*, p. 69.

(28) La controversia fra il Briegleb ed il Savigny per ciò che riguarda la *cognitio summaria* di cui v'è traccia nelle fonti sorse sul terreno dei concetti di prova piena e semipiena. Infatti il BRIEGLER interpretava il processo sommario come processo che « beruht auf dem Prinzip der Prima-facie-Cognition » (*Einleitung*, cit., p. 238 ss.), mentre il SAVIGNY (*Vermischten Schriften*, cit., p. 242 ss.), e, con lui, il BETHMAN-HOLLWEG (*Der römische Civilprocess*, III, Bonn 1866, p. 342 ss.), in aperta polemica col Briegleb, affermarono che il significato del *summatim cognoscere* consisteva precisamente nel ruolo assolto in questa forma di processo dalla nuda affermazione del diritto, e non dall'oggettiva limitazione della ricerca: fra i primi motivi di critica che furono opposti al Briegleb vi era l'impossibilità pratica di distinguere in diritto classico una prova piena ed una semipiena, dal momento che era ancora sconosciuto il concetto di prova legale.

(29) La critica dei Pandettisti (in particolare si devono ricordare il SAMTER col suo *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*, cit., p. 135 ss., ed il BESELER con i *Beiträge*, cit., p. 30 ss.) fu quasi esclusivamente negativa: non solo il concetto di

1) in un primo momento l'indagine compiuta dal giudice « Alles zusammengenommen »;

2) in seguito, a partire dal basso impero, il procedimento sommario vero e proprio, che poteva essere caratterizzato:

a) dall'esenzione dalle forme prescritte per l'introduzione della lite, o comunque da forme prescritte;

b) dall'inosservanza di certi termini;

c) dal sommario apprezzamento delle prove, e, in generale, dalla inapplicabilità delle comuni regole sulla prova;

d) dal divieto d'appello ⁽³⁰⁾.

Non mi sembra che l'espressione del testo di Paolo possa giustificare l'inserimento della fattispecie in questione in uno dei quattro casi di procedura sommaria del basso impero. Del resto si è detto che se anche Paolo non avesse scritto nel testo originale il *summatim re exposita*, lo stesso carattere straordinario del procedimento avrebbe fatto pensare necessariamente

processo sommario sarebbe rimasto estraneo alla dommatica classica, ma risulterebbe oscuro ed indefinito anche per il periodo postclassico.

Il BIONDI (*op. cit.*, p. 256 ss.), pur avvalendosi di certi risultati della pandettistica, riconosce l'esistenza di un vero « processo sommario come istituto giuridico » a partire dall'epoca posteriore a Diocleziano: tale istituto sarebbe stato caratterizzato dalla « facoltà concessa al giudice di procedere, ai fini della decisione, ad una indagine superficiale, limitata a ciò che appare *prima facie*, diretta alla ricerca del semplice verosimile, e nei casi in cui è ammesso dal legislatore importa una prova non assoluta ma semipiena, in antitesi alla prova piena e legale prescritta in tutti gli altri casi » (p. 257).

Anche per gli ultimi autori che si sono interessati *ex professo* della materia la *summaria cognitio* è giustificabile sempre e solo in ambiente giustiniano (cfr. KRÜGER, *op. cit.*, p. 83 ss.); ovvero rimane un istituto (se pure si voglia parlare di istituto) di natura indefinibile, dal momento che il significato del *summatim cognoscere* varia spesso sensibilmente dall'uno all'altro dei passi in cui si riscontra (cfr. A. STEINWENTER, *Das Verfahren sine scriptis im justinianische Prozessrechte*, in ZSS 76 (1959), p. 306 ss.).

L'ultima parola sull'argomento è quella del SIMON (*op. cit.*, in specie p. 197 ss.) che ha creduto di poter riconoscere al processo sommario un'applicazione limitata alle sole questioni incidentali che si debbano risolvere con sentenza non definitiva (sul punto vedi anche *infra*, nel testo).

⁽³⁰⁾ Cfr. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, tradotte da R. Orestano, Milano 1938, p. 324.

ad una *cognitio* particolare. Dunque l'espressione è giustificabilissima anche per il processo dell'età di Paolo.

E quindi, che cosa si deve intendere per *summatim exponere*? Invero, contro l'interpretazione del Krüger non si può opporre altro che una certa imprecisione tecnica, in quanto non si comprende bene che cosa significhi sul piano pratico « Alles zusammengenommen ». Però su questa scia il Simon ⁽³¹⁾, attraverso una minuta esegesi dei dodici passi del Corpus Iuris che parlano di *cognitio summaria*, è giunto a concludere che in ogni caso, e così anche in D. 9, 2, 40, il *summatim* richiama la attenzione sul fatto che:

1) il giudice deve conoscere di una questione pregiudiziale insieme alla questione principale, e, anzi, prima di essa;

2) la decisione sulla questione pregiudiziale fa stato nel giudizio principale, ma non è definitiva.

Pertanto, nel caso di D. 9, 2, 40, il giudice avrebbe dovuto indagare pregiudizialmente e sommariamente, quanto basta per giungere ad una valutazione approssimativa:

— l'esistenza e l'ammontare del credito, sia pure condizionato;

— la possibilità del venir meno delle prove del credito stesso nelle persone dei testimoni;

e poi, in linea principale, e con valore di vero e proprio accertamento:

— l'esistenza e la distruzione delle *tabulae*;

— il danno attuale e quello futuro eventuale.

È vero che l'accertamento dell'esistenza del credito e le circostanze particolari della prova di esso costituiscono la base indispensabile per l'accertamento del danno eventuale. Infatti il danno attuale corrisponderebbe in pratica al *pretium rei*, cioè a quel valore che il Thomas ha indicato come « interesse alla cosa » ⁽³²⁾: si tratta di determinare il valore delle *tabulae*

(31) Cfr. SIMON, *op. cit.*, p. 197 ss.

(32) Cfr. THOMAS, *Furtum II*, cit., p. 302 s., e *supra*, nt. 4.

in quanto tali, o delle *membranae*, della *charta*, ecc., cosa questa che, data la preziosità del materiale scrittorio nel mondo antico, doveva avere una certa rilevanza. Quanto al danno eventuale — Thomas preferisce parlare di « interesse al documento come mezzo di prova del diritto di credito » ⁽³³⁾ —, esso risulterebbe dal valore del credito, eventualmente maggiorato, ma verrebbe in essere solamente se la condizione si verifica. Peraltro, nella determinazione della condanna si deve tener conto dell'uno come dell'altro elemento del danno.

Il Krüger, basandosi sulla versione greca dei Basilici dove il *summatim* del testo di Paolo è reso con τέως (= interim) ⁽³⁴⁾, afferma che una volta verificatasi la condizione, se i testimoni sono tuttora vivi, il creditore deve citarli ancora una volta a prova del suo diritto di credito: il che significa che il creditore può sempre agire per il soddisfacimento del suo diritto con l'azione civile o contrattuale, qualora ne abbia le prove. Certamente in via teorica questa eventualità non è preclusa. Però, al contrario, il testo presuppone che la prova del credito non sia più raggiungibile; lo si può evincere dalle parole di Paolo a proposito del caso di furto illustrato in D. 47, 2, 32 pr., che forma il perfetto parallelo con D. 9, 2, 40: *puta me petissem creditum et, quia testes et signatores, qui rem meminissent, praesentes non haberem, victum rem amisisse. Quid iuris*, qualora il creditore riuscisse ad ottenere altri mezzi di prova e con essi agisse al verificarsi della condizione? A differenza di quanto si è detto a suo luogo a proposito del furto ⁽³⁵⁾, qui anche in tale ipotesi ⁽³⁶⁾ la sentenza precedente non dovrebbe produrre effetto. Infatti, in forza del principio che *si possit alias probare non patitur damnum*, l'*actio legis Aquiliae*

⁽³³⁾ Cfr. THOMAS, *Furtum II*, cit., p. 302 s., e *supra*, nt. 4.

⁽³⁴⁾ Cfr. KRÜGER, *op. cit.*, p. 69 s. Il testo dei Basilici corrispondente a D. 9, 2, 40 è Bas. 60, 3, 40 (Heimbach 5, 311).

⁽³⁵⁾ Cfr. *supra*, p. 19 ss.

⁽³⁶⁾ Come nel caso illustrato dal testo, *si condicio defecerit*.

sarebbe preclusa. Comunque i testi non prendono in considerazione questa ipotesi ⁽³⁷⁾.

Contro l'opinione del Simon, non mi sembra che il *nullas vires habebit* debba essere inteso con riferimento alla sola decisione pregiudiziale. Questa infatti, in quanto pregiudiziale, non avrebbe nessun valore al di fuori del processo *de quo* non solamente *si condicio defecerit*, bensì in ogni caso ⁽³⁸⁾. È sen-

(37) Forse si potrebbe pensare ad una *cautio* imposta coattivamente al creditore con la quale egli si impegni a restituire tutto quanto possa aver ottenuto con l'*actio damni iniuriae* nel caso che, in seguito, potendolo, voglia agire contrattualmente. È un'ipotesi suggestiva, che potrebbe avere delle corrispondenze, sia pure generiche, nelle fonti (si pensi, per far un'esempio, a D. 35, 2, 73, 1: *Magna dubitatio fuit de his, quorum condicio mortis tempore pendent, id est an quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur. sed hoc iure utimur, ut, quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris quidem bonis accedere videntur, promissori vero decedere. aut cautionibus res explicari potest, ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur, tamquam pure debeat, aut ita, tamquam nihil debeat, deinde heredes est legatarii inter se caveant, ut existente condicione aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sint*, dove, in tema di applicazione della *lex Falcidia* a legati condizionati, si fa riferimento anche al sistema delle *cautiones*; si pensi a tutti gli altri passi simili sempre in tema di *lex Falcidia* (in particolare si veda M. PAMPALONI, *Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia*, in *BIDR* 21, 1910, p. 180 ss., F. VASSALLI, «*Falcidia stipulatio*», in *Studi giuridici*, cit., I, p. 347 ss., MASI, *op. cit.*, p. 44 ss., ed ivi alla nt. 98 di p. 45 ulteriore bibliogr.); si pensi ancora a D. 20, 1, 13, 5 (MARC. 1. s. *ad formulam hypothecariam*: ... *si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione et agatur ante condicionem hypothecaria, vero quidem est pecuniam solutum non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt 'si condicio extiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit'*), che parla di *cautiones* per la restituzione dell'ipoteca per un debito condizionato, quando l'obbligazione non sia stata adempiuta all'avverarsi della condizione (cfr. MASI, *op. cit.*, p. 83 ss., ed ivi bibliogr.); si pensi, infine, che questo sistema delle *cautiones* aveva già un'utile applicazione, sia pure per un tipo particolare di condizione, nella *cautio Muciana* (cfr. per tutti D. 35, 1, 7), con la quale praticamente si otteneva lo stesso risultato che si vorrebbe raggiungere in tutti gli altri casi ricordati, cioè quello di anticipare gli effetti del negozio anche prima dell'avverarsi o non avverarsi della condizione, salvo poi restituire se i fatti si dimostrano contrari alla volontà del disponente. Ma è soltanto un'ipotesi. Essa potrebbe essere avvalorata ancora dall'analisi del passo di Ulpiano riportato in D. 43, 5, 3, 13-15, che io esamino nell'ultimo paragrafo; pertanto se ne farà cenno anche allora.

(38) Infatti la decisione pregiudiziale non costituisce altro che un episodio del processo di danneggiamento, nel senso che può essere intesa — come appun-

z'altro indubitabile il fatto che il giudice debba compiere una indagine pregiudiziale e che questa non pregiudichi la proposizione in futuro di una domanda principale sulla stessa questione, ma mi sembra che la *sententia* cui Paolo vuole riferirsi sia proprio quella dell'*actio damni*, l'unica che abbia una sua individualità concreta. Il Biondi ⁽³⁹⁾ — e già si è detto come il Biondi ritenga che il processo di cui tratta D. 9, 2, 40 sia l'azione contrattuale, e non quella penale — parla di non definitività della sentenza nel senso che segue: « Queste considerazioni portano a riconoscere che la sentenza riguardi lo stesso credito condizionale e che la sommaria *cognitio* rifletta non la prova di questo credito il quale dovrà essere regolarmente provato nei modi dovuti, ma la circostanza che i testimoni presenti al momento dell'azione possono non esserlo più al tempo in cui la condizione si verificherà; nè tale *cognitio* appare senza ragione ove si tenga presente che Giustiniano considera come un caso di *pluris petitio* l'*agere ante condicionem*, e quindi, allo scopo di evitare gli effetti penali della *pluris petitio* del nuovo diritto, il legislatore ammette che l'attore giustificando l'*agere ante condicionem* ottenga una sentenza non definitiva ».

A parte il fatto che non si può accettare l'interpretazione del procedimento in questione come procedimento fondato su un'azione contrattuale; a parte il fatto che devono essere considerati in maniera assolutamente diversa il valore e la portata delle dichiarazioni rese dai testimoni, così come il significato del *summatim exponere*; anche a voler riferire le considerazioni del Biondi sulla *pluris petitio* alla sola decisione pregiudiziale, ammesso e non concesso che essa abbia una sua autonomia fino a tal punto, rimarrebbe tuttavia un'obiezione di fondo: la giustificazione che fa capo « allo scopo di evitare gli effetti penali della *pluris petitio* del nuovo diritto », nello stesso

to sembra intenderla il SIMON, se interpreto bene il suo pensiero — come sentenza a parte ed autonoma. In realtà non si può nemmeno parlare di una sentenza vera e propria.

(39) Cfr. BIONDI, *op. cit.*, p. 244.

pensiero dell'Autore, sembra limitare il suo campo d'applicazione al solo diritto giustiniano. Invece per il diritto classico, e in particolare nel pensiero di Paolo, la stessa giustificazione non poteva avere un peso rilevante, dal momento che allora era riconosciuta la possibilità di un *petere ante conditionem* ⁽⁴⁰⁾, sia pure *inutiliter*.

I giustinianeî, avvertendo solo in parte l'anormalità della soluzione prospettata dal giurista, la lasciarono filtrare nella compilazione, illudendosi di aver risolto ogni difficoltà grazie alle più ampie possibilità di procedimenti speciali offerte dalla nuova procedura sommaria.

Ma anche con ciò il testo di Paolo non si salva da ulteriori dubbi, soprattutto per ciò che riguarda il valore e le caratteristiche di questa condanna condizionata.

Paolo parla di *condemnationis exactio*, e questa precisazione è stata sottolineata dalla dottrina per negare l'esistenza di una *formula* in cui la *condemnatio* apparisse sottoposta a condizione ⁽⁴¹⁾. Invero il problema non si pone nemmeno. Per parlare di *condemnatio* condizionata in senso tecnico, cioè come parte della formula, bisognerebbe pensare all'inserimento della condizione come un'eccezione, poichè le fonti sono tutte concordi nel definire le eccezioni, appunto, quali elementi condizionanti la *condemnatio* ⁽⁴²⁾. Ma questa soluzione non può essere soddisfacente. Le eccezioni sono condizioni della condanna nel senso che il loro essere conformi alla realtà impedisce al giudice di pronunciare la condanna (come il verificarsi o il non verificarsi della condizione, a seconda che si tratti di condizione negativa o positiva, impedisce che il rapporto obbligatorio produca i suoi effetti). Pertanto le eccezioni devono essere valutate a priori, e non hanno più una loro individualità dopo la

⁽⁴⁰⁾ Cfr. F. STURM, *Ante condicionem petere*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano 1973, p. 1237; vedi anche *supra*, nt. 13.

⁽⁴¹⁾ Cfr. KRÜGER, *op. cit.*, p. 68, in specie nt. 4.

⁽⁴²⁾ Cfr. D. 44, I, 2 pr.; D. 44, I, 22; Gai 4, 119.

sententia. Qui, invece, una condanna c'è già stata, e, di conseguenza, la *condicio* di cui parla Paolo non può porsi sullo stesso piano delle eccezioni: essa opera proprio sulla *sententia* in concreto, nel senso che ne differisce l'esecuzione al momento del verificarsi della condizione.

Allora il problema va riguardato da un diverso angolo prospettico: è possibile mettere in moto il meccanismo processuale per giungere ad accertare un diritto che sul momento ancora non esiste, ed il cui venire ad esistenza dipenderà dal verificarsi di un evento futuro ed incerto?

Di fronte alla logica che rifiuterebbe di prendere in seria considerazione l'ipotesi di una condanna giudiziale con esecuzione eventuale e differita, va letto:

D. 49, 4, 1, 5, (Ulp. l. 1 *de appellationibus*) Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum erit. quid ergo, si sententia fuerit sub condicione dicta? utrum ex die sententiae tempus computamus ad appellandum an vero ex die, quo condicio sententiae extitit? sane quidem non est sub condicione sententia dicenda: sed si fuerit dicta, quid fiet? et est utile statim tempora ad appellandum computari debere.

Nel passo si fa parola di una *sententia sub condicione*, benchè si aggiunga che una sentenza di questo genere *dicenda non est*.

Il Vassalli esclude che un tal genere di sentenza potesse essere conosciuta al diritto romano classico, data la struttura del processo in questo periodo; e un argomento di più a favore della sua tesi lo trae proprio da questo passo, D. 49, 4, 1, 5, dove si parla sì di una *sententia sub condicione*, ma è escluso certamente ogni riferimento alla procedura ordinaria la quale non ammette appello contro la sentenza del giudice ⁽⁴³⁾. Lo stesso

(43) Cfr. VASSALLI, *La sentenza*, cit., p. 407.

Vassalli riconosce invece che « sentenze *sub condicione* erano note a Ulpiano ed erano proprie altresì del diritto giustiniano », con l'avvertenza, però, che esse non potevano essere sottoposte a quella condizione che è anche elemento accidentale del negozio giuridico: « tali condizioni renderebbero la sentenza nulla, e nulla di nullità assoluta (questo è il senso della frase *non est sub condicione sententia dicenda*), come, pel diritto classico almeno, tutte quelle violazioni di legge che non consistano in una erronea applicazione della legge al dato caso » (⁴⁴). Perciò egli ricostruisce il passo espungendone il tratto da *sane quidem* fino a *tempora ad appellandum*, sostituendovi la soluzione secondo lui più congrua al problema del termine per appellare in caso di sentenza condizionata: *et dicendum est biduum vel triduum ex die quo condicio extitit computari debere* (⁴⁵); e questa ricostruzione è precisamente l'opposto di quella proposta dal testo (*et est utile statim tempora ad appellandum computari debere*), la quale, però, risponde in modo più consono all'affermazione *sane quidem non est sub condicione sententia dicenda*.

A parte il fatto che si può dubitare di molte, se non di tutte, le sentenze condizionate che il Vassalli cita riferendole alla *cognitio extra ordinem* (⁴⁶), in realtà tutta la frase da *quid ergo*

(⁴⁴) Cfr. VASSALLI, *La sentenza*, cit., p. 423.

(⁴⁵) Cfr. VASSALLI, *La sentenza*, cit., p. 428 s.

(⁴⁶) Infatti, per ciò che riguarda quelli, fra i testi citati dal VASSALLI (*La sentenza*, cit., *passim*), in cui compare una *cautio* ad affiancare la pronuncia della « sentenza condizionata » (così D. 33, 4, 7 pr.: p. 408; D. 33, 4, 1, 15: p. 408 s.; D. 6, 1, 21: p. 412 s.; D. 32, 19: p. 413 s., dove la *denegatio actionis*, in realtà, è soltanto il mezzo di coazione indiretta esercitato dal pretore per ottenere la *cautio*; così D. 32, 11, 21: p. 414; così anche C. 7, 45, 5, benchè non si parli specificatamente di una *cautio*, dal momento che si fa tuttavia un chiaro riferimento ad un impegno comunque preso dai fideiussori; così D. 35, 1, 71 pr.: p. 420; così D. 6, 1, 57: p. 421 s.), la confutazione dell'ipotesi che essi si riferiscano veramente a casi di « sentenze condizionate » potrebbe essere la stessa di cui anche *infra*, p. ss.: in realtà la sentenza è data *pure* e la condanna incondizionatamente, ma ad essa si aggiunge una promessa solenne o di restituire l'ammontare della condanna nel caso che gli eventi si svolgano in modo contrario al desiderato, o di effettuare una determinata azione voluta dall'altra parte; per cui il soccombente è tenuto in ogni caso a pagare l'ammontare della *condemnatio*, ma il vincitore sarà obbli-

fino a *debere* sembra un interrogativo di un interprete di Ulpiano, più che di Ulpiano stesso; sembra quasi che taluno, studiando la materia degli appelli, abbia annotato a margine dell'opera di Ulpiano il suo dubbio circa la sorte dell'appello nel caso di sentenza condizionata, proponendo anche le due possibilità di risposta ed una soluzione finale, quasi in una sintesi di una discussione di scuola.

È certo che se una *sententia* condizionata *dicenda non est*, essa, una volta emessa, dovrebbe essere nulla, e non si potrebbe parlare, a rigore, di termini per appellare. Se se ne parla, significa che una sentenza condizionata doveva essere nota al diritto romano.

gato a sua volta, se del caso, cioè se si verificherà o non si verificherà la condizione, o a restituire in pristino (così è anche per il caso di D. 43, 5, 3, 13-15, su cui *infra*, p. 41 ss.), o a essere convenuto e, con ogni probabilità, condannato in un giudizio *ex cautio*.

Per quel che riguarda altri due testi citati dal Vassalli, D. 33, 5, 6 e D. 33, 5, 8 pr. (ambedue *op. cit.*, p. 420), non è affatto vero, a mio parere, che « questi casi di *denegatio actionis* si risolvono in altrettante sentenze sotto la condizione 'nisi intra certum tempus legatarius elegerit (resp. optaveris)' »: penso piuttosto che si risolvano in maniera analoga al caso illustrato in C. 7, 45, 5, cioè concedendo al soccombente una possibilità alternativa o di *elegere, optare* (o, per C. 7, 45, 5, di prestare la *cautio*), ovvero di vedersi *denegare* l'azione; inoltre tutto questo avviene prima di giungere al giudizio (non per niente i testi parlano di *praetor* e non di *iudex*).

Per D. 39, 2, 45, riportato dal Vassalli a p. 420 s., si potrebbe ripetere press'a poco lo stesso discorso: per di più siamo in tema di *missio in possessionem* (e non di sentenza), e quindi di provvedimento dato dal pretore (e non di decisione giudiziale) *ex damno infecto*, dove è noto che il pretore concede la *missio in bona* proprio al fine di ottenere una *cautio*.

Infine rimangono da discutere i testi che fanno riferimento al giuramento (C. 7, 45, 11; C. 4, 1, 11 e C. 4, 1, 12: p. 416 ss.). Dopo quanto si è detto basteranno qui poche parole: anche il giuramento implica l'assunzione di un impegno, ed in maniera anche più solenne di quanto non avvenga con una *cautio*; d'altra parte in C. 4, 1, 11 e C. 4, 1, 12 la sentenza è chiaramente subordinata alla prestazione del giuramento che avviene prima. Qualche dubbio può rimanere ancora circa la possibilità di configurare una « sentenza condizionata » in C. 7, 45, 11 (*Cum iudex in definitiva sententia iusiurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet, huiusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est*), in cui una *sententia* sembra essere stata data.

Ma un tal genere di sentenza si può realizzare solamente attraverso la combinazione di due elementi: una condanna (nel senso di statuizione che accerti la titolarità del diritto controverso e contemporaneamente imponga determinati comportamenti alla parte soccombente), ed una condizione dal cui verificarsi o meno dipenda l'esecuzione della condanna stessa. In tal modo il diritto risulta indubitabilmente accertato in seguito al giudizio, ma rimane senza efficacia fintantochè non si sia verificata la condizione.

Quindi, per tornare al caso di D. 9, 2, 40, se a Tizio viene riconosciuto un diritto di credito sotto la condizione *si navis ex Asia venerit*, e, in seguito alla distruzione del chirografo, egli agisce in pendenza della condizione, il processo riconoscerà il suo diritto (nel caso il diritto al risarcimento del danno causatogli dalla distruzione o dal deterioramento del documento), e ne seguirà una condanna del debitore al risarcimento del danno stesso; ma Tizio non potrà pretendere tale prestazione se non se e quando la nave tornerà dall'Asia.

Si è detto che l'oggetto dell'accertamento giudiziale non è il rapporto condizionato (se non in via pregiudiziale), ma piuttosto la distruzione dei documenti che comprovano il rapporto e l'interesse del creditore alla loro conservazione. Questo interesse è costituito a sua volta di due elementi, cioè il valore materiale del documento in sè, da un lato, e l'ammontare del credito più le eventuali *usurae* moratorie, dall'altro: tuttavia esso sorge solo come interesse eventuale, che potrà avere una sua realtà concreta solo se e quando la nave tornerà dall'Asia. Pertanto, in deroga alle norme che disciplinano i termini per la proposizione dell'azione esecutiva, fino a tale momento non potrà farsi luogo all'esecuzione forzata della sentenza nel caso di mancato adempimento volontario.

A mio parere nel passo di Paolo si fa sentire l'eco della concezione dei *veteres* in tema di rapporto processuale come è stata ampiamente documentata dal Biscardi, la cui teoria trova

qui un'ulteriore applicazione ⁽⁴⁷⁾. Secondo tale concezione l'obbligazione dedotta in giudizio « viene sostituita, con la *litis contestatio*, da una diversa obbligazione (quella di eseguire il giudicato, subordinatamente alla condanna), e perciò si estingue » ⁽⁴⁸⁾. Se, come i *veteres*, si parla di « *oportere*, termine tecnico per alludere ad una *obligatio iuris civilis*, non solo per il momento che precede, ma anche per quello che segue la *litis contestatio* (« *condemnari oportere* », « *iudicatum facere oportere* ») » ⁽⁴⁹⁾, se si parla del processo in chiave di diritto sostanziale, non fa alcuna meraviglia un'ipotesi come quella di D. 9, 2, 40.

Il dire che la *condemnationis exactio* viene differita al momento del verificarsi della condizione significa, in realtà, che rimane sospesa la stessa efficacia obbligatoria della *condemnatio*, nel senso che il *damnatus* è un *damnatus* eventuale, e come tale non è tenuto obbligatoriamente ad adempiere alla condanna (al *iudicatum facere oportere*) se non sotto la condizione *si navis ex Asia venerit*; chè, se la nave non ritorna dall'Asia, la *condemnatio* è come se non ci fosse stata, *nullas vires habebit*. Poichè l'effetto della *condemnatio* è quello di far sorgere il rapporto obbligatorio del *iudicatum facere oportere*, il non verificarsi della condizione impedisce che tale rapporto produca i suoi effetti ⁽⁵⁰⁾. Invece, se la condizione si verifica, allora si rea-

(47) Cfr. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, p. 159 ss.

(48) A. BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 160.

(49) BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 161. Si leggano anche BISCARDI, *Sul fondamento dell'obligatio iudicati in diritto romano classico*, in *Scritti dedicati ad A. Rasselli*, I, Milano 1971, p. 183 e 199 ss., e G. MELILLO, *Modificabilità convenzionale dell'obligatio iudicati*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino 1968, p. 299 ss.

(50) Si legga anche D. 46, 7, 1: *In stipulatione iudicatum solvi post rem iudicatam statim dies cedit, sed exactio in tempus reo principali indultum differtur*, dello stesso Paolo (l. 24 *ad ed.*). Del resto anche Ulpiano prevede un caso di condanna sottoposta ad un termine, chiedendosi subito quando possa essere proposta l'actio iudicati: D. 42, 1, 4, 5 (ULP. 1. 58 *ad ed.*) *Si quis condemnatus sit, ut intra dies solvat, unde ei tempus iudicati actionis computamus, utrum ex quo sententia prolata est, an vero ex eo, ex quo dies statutus praeteriit? ...*

lizza l'obbligazione processuale di adempiere la sentenza, e cominciano a decorrere i termini per la proposizione dell'*actio iudicati* ⁽⁵¹⁾.

In conclusione, la condizione del rapporto sostanziale proietta i suoi effetti sul processo, e agisce parallelamente con la stessa efficacia nell'un campo e nell'altro.

6. Tuttavia, in un caso analogo a quello di D. 9, 2, 40, Ulpiano adotta una soluzione differente. Si legga:

D. 43, 5, 3, 13-15 (ULP. l. 68 *ad ed.*) 13. Et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato: 14. et si sub condicione legatum sit, quasi condicione existente sic aestimandum est, nec compelli debet ad cavendum, ut se restitutum caveat, quidquid consecutus est, si condicio defecerit, quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet. 15. Inde quaeritur, si hinc consecutus aestimationem legatarius postea legatum petat, an sit audiendus. et putem, si heres idem praestitit. exceptione doli repellendum, si alius, repelli non oportere. et ideo et si heres sit, qui interdicto usus est, aestimationem consecutus, eadem est distinctio.

Il passo è tratto dal titolo *de tabulis exhibendis*, e si riferisce in particolare all'azione che deriva dall'interdetto relativo. La condanna che ne consegue è determinata nell'*id quod interest*, ed il suo ammontare, mancando le *tabulae* che non sono state esibite, è affidato ad una *aestimatio* ⁽⁵²⁾. L'interesse si commisura sul valore della liberalità, e perciò se l'interdetto è stato richiesto dall'erede dovrà essere fatta la stima dell'eredità

(51) Cfr. F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, Milano 1963, p. 53 ss.

(52) D. 43, 5, 3, 11 (ULP. l. 68 *ad. ed.*) *Condemnatio autem huius iudicii quanti interfuit aestimari debet.*

nel suo complesso ⁽⁵³⁾, se invece è stato richiesto dal legatario dovrà stimarsi il valore del legato ⁽⁵⁴⁾.

Ulpiano si sofferma in particolare sull'ipotesi del legato condizionato, dando per pacifica la possibilità di agire immediatamente *ex interdicto quasi condicione existente*; stando alla lettera del testo non è richiesta nemmeno una *stipulatio* per la restituzione di quanto eventualmente si sia ottenuto per il caso che la condizione non si verifichi: e ciò *quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet*. Una volta verificatasi la condizione, peraltro, il legatario potrebbe pretendere dall'erede il soddisfacimento del suo diritto. Si presentano allora due possibilità: se l'azione interdittale a suo tempo era stata concessa contro l'erede e quindi l'erede stesso aveva dovuto soggiacere alla condanna interdittale, contro l'azione del legatario che *legatum petat* è opponibile ora *l'exceptio doli*; invece, se il giudizio precedente era stato intentato contro un terzo poi risultato soccombente, nulla impedisce ora che il legatario agisca contro l'erede per l'adempimento del legato.

Ma qui sorgono i primi dubbi. Il fatto che il legatario, una volta ottenuta contro l'erede la condanna all'*aestimatio legati ex interdicto*, non possa più agire contro l'erede stesso, potrebbe essere consono ai principi dell'acquisto della proprietà mediante l'*aestimatio*, ma mal si concilia con quanto precedentemente affermato, e cioè che la *stipulatio* per la restituzione rimane esclusa in quanto colui che non esibisce deve subire la *poena contumaciae*. Inoltre si dovrebbe giustificare la diversa situazione stabilita per il terzo soccombente *ex interdicto*, il quale sembra che non possa in nessun caso andare esente dalla *poena contumaciae*. Ed infine non appare pacifico a tutta prima che la stessa *distinctio* (cioè le due situazioni cui si accennava pri-

⁽⁵³⁾ D. 43, 5, 3, 12 *Quare si heres scriptus hoc interdicto experiat, ad hereditatem referenda est aestimatio*.

⁽⁵⁴⁾ D. 43, 5, 3, 13 (citato anche *supra*, nel testo) *Et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato*.

ma per il caso del legatario) possa applicarsi anche al caso che sia l'erede a richiedere l'esibizione delle *tabulae*.

Esaminiamo in particolare la fattispecie.

Quando si fa ricorso all'interdetto *de tabulis exhibendis*? Si risponde comunemente, seguendo gli insegnamenti della dottrina ⁽⁵⁵⁾, che l'interdetto viene richiesto ogni volta che si debba far valere un interesse alla semplice esibizione del testamento in funzione di verifica e di controllo, senza nessuna pretesa di carattere reale; e con ciò si viene a contrapporre l'interdetto all'*actio ad exhibendum*, in cui l'attore vanterebbe sulla cosa un vero e proprio diritto di proprietà.

Da un punto di vista pratico una prima ipotesi di applicazione dell'*interdictum* suddetto la si può ricavare forse dal Digesto, ed in particolare dal titolo 3 del libro 36, *ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*. Il pretore aveva ritenuto opportuno che ai legatari si desse garanzia circa la conservazione dei legati mediante *stipulatio* o *satisfactio* ⁽⁵⁶⁾.

(55) Cfr. G. G. ARCHI, *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano* (Storia di una vicenda), in *IURA* 20 (1969), p. 351 ss.; secondo l'autore citato l'*exhibere* dell'*interdictum* assume un valore ed una funzione particolare che prescinde totalmente dal recupero materiale delle *tabulae*, accontentandosi, per contro, «della liquidazione del danno commisurato al valore dell'eredità» (p. 35), mentre l'*actio ad exhibendum* avrebbe una funzione prettamente recuperatoria. Il MARRONE (*L'actio*, cit., p. 254 nt. 218) sostiene invece una identità di funzioni fra i due mezzi processuali, interdetto esibitorio ed *actio ad exhibendum*, e perciò riconosce all'erede la possibilità di scegliere alternativamente l'uno o l'altra. Una tesi intermedia è appoggiata dal BISCARDI (voce «*Interdictum de tabulis exhibendis*», in *Noviss. Dig. Ital.* 8, Torino 1962, p. 805), il quale, dopo aver individuato la funzione dell'interdetto che «è da intendere qui nel senso della possibilità offerta all'impetrante di accertare l'autenticità delle *tabulae*, di esaminarne il contenuto e, se del caso, di prenderne copia (cfr. D. 29, 3, 2, 45; D. eod., 1 pr. 1)», ne prende in esame la legittimazione attiva, estesa a tutti coloro che ne abbiano interesse (e perciò oltre all'erede sono previsti «i sostituti, i manomessi, i legatari, i fedecommissari, ecc.»), precisando che «l'unica differenza tra l'erede e tutti gli altri interessati è che soltanto il primo avrà la scelta fra interdetto e *actio ad exhibendum*, essendo il solo al cui interesse conoscitivo si aggiunga un interesse di natura reale all'esibizione delle *tabulae* (D. 10, 4, 3, 8), che sono di sua proprietà, e che egli solo potrà rivendicare».

(56) Cfr. D. 36, 3, 1 pr. 3 (ULP. 1. 79 ad ed.) *Legatorum nomine satisfdari oportere praetor putavit, ut, quibus testator dari fieri voluit, his diebus detur*

A tale *stipulatio* erano tenuti l'erede nei confronti del legatario ⁽⁵⁷⁾ ed il fideicommissario nei confronti dell'erede e dei legatari ⁽⁵⁸⁾. Il caso in cui l'opportunità della *stipulatio* risalta con maggior evidenza è quello del legato sottoposto a condizione; ma le fonti affermano che la stessa garanzia poteva essere richiesta anche quando non fosse prevista alcuna dilazione all'acquisto del diritto ⁽⁵⁹⁾.

Nel caso che l'obbligato rifiutasse di prestare la *cautio*, il legatario — per limitarci al caso del legatario — veniva immesso nel possesso dei beni a lui legati ⁽⁶⁰⁾; a tal fine, però, sulla

vel fiat dolumque malum afuturum stipulentur. 1. Semper autem satisfacere cogitur, cuiuscumque sit dignitatis vel facultatum quarumcumque heres. 2. Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti: sed aut satisfacitur eis aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit. 3. Non solum autem omnibus legatariis satisfacere oportet, sed et successoribus legatariorum satisfacere debere iam constat, quamvis isti non ex iudicio defuncti, sed successionis necessitate quasi ad aes alienum admittantur.

Sul problema si legga S. SOLAZZI, *Note minime sulla «cautio legatorum servandorum causa»*, in *RISG* 3 (1949), p. 38 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. D. 36, 3, 1, 1, citato nella nota precedente. Inoltre non soltanto l'erede istituito doveva dare garanzia per i legati, ma anche il sostituto: *Certe sive ex asse sive ex parte quis legatum debeat, cavere debet, sive institutus sit heres sive substitutus* (D. 36, 3, 1, 12).

D'altronde, benchè la *cautio* assuma propriamente il nome di «*cautio legatorum vel fideicommissorum servandorum*» (così la rubrica del titolo D. 36, 4), le fonti documentano addirittura l'esistenza di un'analoga *cautio* che deve essere prestata dall'erede istituito nei confronti dell'erede sostituto: si legga D. 2, 3, 12 (ULP. I. 75 ad ed.) *Inter omnes convenit heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate, et, si defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optinuerit, committi stipulationem. et plerumque ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa iubere solet stipulationem interponi. Si può forse parlare di una «cautio hereditatis servandae»?*

⁽⁵⁸⁾ Cfr. 36, 3, 14 pr. (ULP. I. 79 ad ed.) *Haec stipulatio et in fideicommissis locum habet, sive pure fideicommissum sit relictum sive ex die certa vel incerta vel sub condicione, sive res aliqua sive hereditas sive ius aliquod relictum est. Si legga anche D. 36, 3, 15, 2 (PAUL. I. 75 ad ed.: Etiam si ab intestato debeatur fideicommissum, locum habet haec stipulatio).*

⁽⁵⁹⁾ Cfr. D. 36, 3, 15 pr. (PAUL. I. 75 ad ed.) *Etiam de praesenti legato locum habet haec stipulatio, quoniam nonnullas moras exercitio iudicii habet.*

⁽⁶⁰⁾ Cfr. D. 36, 3, 1, 2 (ULP. I. 79 ad ed.) *Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere*

base di un rescritto di Antonino Pio, doveva presentare le prove del suo diritto rappresentate dalle tavole testamentarie o dai codicilli ⁽⁶¹⁾. Pertanto è logico pensare che l'onorato richiedesse questi documenti — nel nostro caso, appunto, le tavole testamentarie — a colui che li possedeva: e quest'ultimo poteva essere lo stesso erede onerato di legato e che aveva rifiutato di prestare garanzia, oppure un terzo che li avesse avuti per esempio in deposito. Se non otteneva soddisfazione pacificamente, il legatario doveva ricorrere all'autorità del pretore e con una *postulatio exhibitionis* otteneva il decreto o interdetto esibitorio.

A questo punto si può ritenere applicabile il disposto di D. 43, 5, 3, 13-15, e pertanto bisogna tener distinte le due ipotesi:

1) se le *tabulae* sono in possesso dell'erede e questi non le esibisce, il legatario agisce contro di lui *ex interdicto*, ottenendone la condanna ad una somma pari al valore del legato condizionato; qualora poi venga ad esistenza la condizione e quindi il legatario sia legittimato ad agire contro l'erede per il legato, la sua azione potrà essere paralizzata dall'*exceptio doli*, in quanto egli ha già ottenuto lo stesso valore (il legato) e dallo stesso soggetto con l'azione *ex interdicto* ⁽⁶²⁾;

non debere bonis defuncti: sed aut satisfabitur eis aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit. Così anche D. 36, 3, 4; D. 36, 4, 1, 1; D. 36, 4, 2; D. 36, 4, 5 (in particolare il paragrafo 5); D. 36, 4, 8. Comunque si tratta di un possesso particolare che non sembra essere convertibile in dominio per usucapione: cfr. D. 36, 4, 5 pr. (ULP. I. 52 ad ed.) *Is cui legatorum fidei commissorum nomine non cavetur missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit, nec tam possessio rerum ei quam custodia datur: neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.*

⁽⁶¹⁾ Cfr. D. 36, 3, 5, 2 (PAP. I. 28 quaest.) *Si dies aut condicio legati fidei commissi petitionem actionemve differre dicatur, et ideo satisfactio desideretur, heres autem per calumniam postulari contendat et relictum neget, non aliter audiendus erit qui cavere postulat, quam si scripturam, qua relictum adfirmet, exhibuerit.*

⁽⁶²⁾ L'esecuzione della condanna interdittale contro il possessore delle *tabulae* viene ad assumere un valore sussidiario rispetto a quel possesso interinale dei beni che il pretore non può concedere proprio perchè il soccombente *ex interdicto* si era rifiutato di esibire il testamento.

2) invece, se le *tabulae* sono possedute da un terzo che non le esibisce, il legatario agisce contro di lui *ex interdicto* e ne ottiene la condanna all'*aestimatio legati*; in seguito, avveratasi la condizione, egli potrà ancora agire contro l'erede per il legato.

Tralasciando per il momento il problema di un'eventuale restituzione al terzo nell'ultima ipotesi considerata — tema, questo, sul quale ci sarà modo di ritornare in seguito — conviene accennare ora all'*eadem distinctio* nei confronti dell'erede.

Se per esempio Tizio è stato istituito erede sotto condizione, non avendo ottenuto la *cautio hereditatis servandae causa* nella pendenza della condizione stessa, può vedersi costretto ad agire *ex interdicto* contro Caio che possiede le *tabulae* testamentarie e non le esibisce: la condanna è commisurata sul valore dell'eredità. Quando poi si verifica la condizione cui era sottoposta la delazione ereditaria, l'erede potrà agire anche con la *petitio hereditatis*, la quale sarà intentata contro Caio (se Caio è allo stesso tempo possessore delle *tabulae* e dei beni ereditari), ovvero contro altri (presumendo, in questo caso, che questi « altri » siano possessori dell'eredità). Pertanto, nel primo caso Caio, convenuto con la *petitio hereditatis*, potrà opporre l'*exceptio doli*; invece nel secondo caso all'azione per l'eredità non potranno essere opposte eccezioni. In ogni modo è chiaro che per l'erede il problema sorge quando egli debba rivendicare l'eredità, e che la stessa *distinctio* potrà essere applicata nel suo caso in base al fatto che il convenuto della *petitio hereditatis* sia, o non sia, possessore delle *tabulae testamentarie*, e quindi convenuto anche nell'*actio ex interdicto*.

Anche qui la possibilità di opporre l'*exceptio doli* alla *petitio hereditatis* sarebbe giustificata dal fatto che l'erede avrebbe già ottenuto da parte dello stesso soggetto obbligato il soddisfacimento del suo diritto (l'*aestimatio hereditatis*) in sede di procedimento interdittale.

Ma, come già si è detto, questa conclusione appare in con-

trasto con l'affermazione precedente *nec compelli debebit ad cavendum, ut se restitutum caveat, quidquid consecutus est, si condicio defecerit, quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet*.

Di *contumacia* si parla spesso nelle fonti a proposito dell'inottemperanza all'ordine magistratuale di esibizione⁽⁶³⁾. Ed in particolare si noti che di *contumacia* in tal senso si fa parola proprio a proposito di un caso analogo, D. 36, 3, 5, 1, cioè nel caso che forma il precedente logico (o, almeno, uno dei precedenti) dell'interdetto esibitorio, quello dell'erede che si rifiuta di prestare garanzia per la conservazione dei legati condizionati durante la pendenza della condizione. Peraltro si è discusso se nel diritto classico si possa parlare anche di una *poena contumaciae*, e se sia nato nel periodo classico il giuramento estimatorio diretto a punire la *contumacia*, che compare in questo come in altri testi⁽⁶⁴⁾.

Comunque sia, il passo presenta chiari segni di interpolazione: infatti non sarebbe altrimenti giustificabile la contraddizione che si viene a creare nel testo fra quella *poena contumaciae*, che deve gravare sempre su chi non esibisce e per il solo fatto della non esibizione da un lato, e dall'altro quell'*exceptio doli*, certamente classica, con cui l'erede può paralizzare l'azione del legatario contro di lui.

In particolare non mi sembra che nel diritto classico si possa parlare di una vera e propria *poena contumaciae*⁽⁶⁵⁾. Sa-

(63) Cfr. D. 49, 1, 28, 1 (Scaev. 1. 25 dig.) *Iussus a iudice exhibere secundum praeceptum praesidis provinciae rationes, quas apud se esse caverat, instrumentorum gratia data dilatione nec postea exhibuit ideoque secundum constitutionem recitatum, quia per contumaciam instrumenta non exhibuerat, ...* (a parte le evidenti interpolazioni su cui L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano 1958, p. 165 s.).

Sul concetto di *contumacia* si vedano E. VOLTERRA, *Contumacia nei testi giuridici romani*, in *BIDR* 38 (1930), p. 142 ss., e CHIAZZESE, *op. cit.*, p. 113 ss.

(64) Così CHIAZZESE, *op. cit.*, p. 147 ss., ed in specie p. 151 s.

(65) Non è opportuno prendere posizione qui nella polemica ancora aperta circa i rapporti di interdipendenza fra *iusiurandum in litem*, *contumacia*, *arbitrium iudicis* ed azioni preordinate ad una *restitutio* (su cui, da ultimo, S. SCHIPANI, *Zum*

rebbero stati i compilatori ad inserire nel testo in esame la menzione della *poena contumaciae*, ed in conformità ad essa avrebbero poi negato la necessità di una *cautio* con cui si promettesse la restituzione di quanto si fosse ottenuto *ex interdicto* per il caso che la condizione non si fosse verificata ⁽⁶⁶⁾.

In realtà, però, mentre da un punto di vista sostanziale l'intervento dei compilatori nel testo ha avuto, come si è detto, risultati profondi, dal punto di vista formale essi si sarebbero limitati a volgere al negativo una frase positiva, negando la necessità di una *cautio* che invece doveva essere richiesta nel testo originale ⁽⁶⁷⁾. Perciò il commentario *ad edictum* di Ulpiano avrebbe disposto originariamente che, qualora non si verificasse la condizione, in base alla *cautio* il legatario fosse tenuto a restituire quanto avesse ottenuto precedentemente con la condanna *ex interdicto* dell'altra parte. Invece, se la condizione non si fosse verificata, la condanna del processo interdittale avrebbe dovuto valere quasi come adempimento del legato

iusiurandum in litem bei den dinglichen Klagen, in *Studien im römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag*, Berlin 1973, p. 169 ss., ed ivi bibliogr.); certamente, però, il diritto classico non può aver concepito il giuramento estimatorio che consegue alla *contumacia* come una *poena* in senso tecnico. L'espressione è ritenuta spuria anche dal VOLTERRA (*op. cit.*, p. 123 nt. 1), che riprende e fa propria la critica di E. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, in *ZSS* 37 (1916), p. 63 nt. 6; così anche A. GUARNERI CITATI, *Indice delle parole e delle frasi ritenute interpolate nel Corpus Iuris*, Roma 1923, p. 19.

⁽⁶⁶⁾ Senza ulteriori precisazioni si sarebbe portati ad espungere dal passo tutta la frase *nec compelli - non exhibet*. Del testo di Ulpiano rimarrebbe allora la proposizione generale, che afferma la possibilità di agire in pendenza della condizione *quasi condicione existente* (affermazione questa che il giurista leggeva nell'editto) e il caso particolare, *inde quaeritur*, con la sua particolare risposta, *et putem*. Però, in tal modo, verrebbe a mancare completamente la previsione, e quindi la disciplina, del caso in cui la condizione non si fosse verificata.

⁽⁶⁷⁾ I compilatori avrebbero trasformato un *et in nec*, e poi vi avrebbero aggiunto la causale *quia - non exhibet*, che così funge anche da causale dell'interpolazione. Pertanto, la ricostruzione che proporrei è la seguente:

et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato: et si sub condicione legatum sit, quasi condicione existente sic aestimandum est, <et> [nec] compelli debebit ad cavendum, ut se restitutum caveat quidquid consecutus est, si condicio defecerit, [quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet]. Inde quaeritur...

quando fosse stata comminata contro l'erede (il quale avrebbe potuto paralizzare la nuova eventuale azione del legatario mediante *exceptio doli*), mentre non avrebbe impedito una nuova *petitio legati* quando fosse stata pronunciata contro un *alius*, cioè un terzo possessore delle *tabulae* non esibite.

Ulpiano non dice quale fosse la sorte della condanna subita dall'*alius* al momento in cui la condizione non è più un evento futuro ed incerto.

La *ratio* della condanna consisterebbe nell'opportunità di concedere all'onorato *sub condicione* un certo appagamento del suo diritto per il caso che, verificatasi la condizione, i beni legati (o i beni ereditari) risultassero periti o deteriorati. Su questa base si giustifica l'*aestimatio* della condanna che viene eseguita *quasi condicione existente* ⁽⁶⁸⁾, cioè per il valore complessivo della liberalità.

Ma se la condizione non si verifica, non viene ad effetto il diritto del legatario (o dell'erede), e perciò non sembra avere più nessuna giustificazione quella condanna precedente nella misura del *quod interest quasi condicione existente*. A questo riguardo tuttavia mi sembra che il problema non sorga: infatti la *cautio ut se restitutum* ha un valore generale e perciò deve essere prestata al soccombente in ogni caso, sia esso l'erede sia il terzo ⁽⁶⁹⁾.

Diverso è il caso in cui, verificandosi la condizione, i beni non risultino nè periti nè deteriorati: anche in questo caso la

⁽⁶⁸⁾ Si noti l'affinità di situazione fra D. 9, 2, 40 e D. 43, 5, 3, 13-15: l'eccezionalità del procedimento *quasi condicione existente* risiede anche per quest'ultimo caso nella possibilità che viene concessa dal pretore di determinare l'ammontare della condanna *quasi condicione existente*: infatti l'accertamento del giudizio interdittale non riguarda affatto il rapporto condizionato, bensì soltanto l'esistenza di un *interdictum esibitorio* cui non si sia volontariamente adempiuto (cfr. *supra*, nt. 13).

⁽⁶⁹⁾ Si può notare ancora un'analogia con D. 9, 2, 40: nel passo di Paolo si diceva che *si condicio defecerit* la sentenza non avrebbe dovuto avere nessun valore e quindi ne sarebbero venute meno le conseguenze patrimoniali; e in questo caso, sia pure attraverso un meccanismo diverso, si ottiene lo stesso risultato, cioè il venir meno delle conseguenze patrimoniali della condanna interdittale.

condanna precedente non sembra più giustificabile nel momento in cui l'onorato inizia l'azione per il legato (o per l'eredità). Secondo la lettera del testo l'erede già condannato può valersi dell'*exceptio doli*; invece per ciò che riguarda l'*alius*, di fronte al silenzio delle fonti, si può forse ipotizzare anche per questo caso la prestazione di una *cautio ut se restitutorum* ⁽⁷⁰⁾.

Mi sembra opportuno ora definire se anche nel caso di D. 43, 5, 3, 13-15 si possa parlare di condanna condizionata.

Nell'ipotesi esiste una condanna emanata secondo il normale procedimento *ex interdicto*, e pertanto di per se stessa pienamente efficace. Essa è diretta ad accertare un diritto che non è il diritto all'eredità o al legato, il quale, non essendosi ancora verificata la condizione, non si può dire esistente. Quello che deve essere accertato *in primis* è la legittimità o meno dell'inottemperanza all'interdetto esibitorio, e quindi il diritto all'esibizione ed il conseguente ammontare dell'interesse alla esibizione stessa: è palese che tale interesse dipende necessariamente dalla titolarità del diritto all'*hereditas* o al legato, ma la verifica di tale titolarità si pone solamente come presupposto, e perciò va conosciuta dal giudice solo in via pregiudiziale ⁽⁷¹⁾. E ciò è tanto vero che l'aver esperito questa azione non esclude che, in seguito, si possa o magari si debba agire per il riconoscimento del diritto, con l'*actio ex testamento* o con la *reivindicatio* nel caso del legato, oppure con la *petitio hereditatis* nel caso dell'*hereditas*: allora il diritto dovrà essere dimostrato ed accertato in forma piena. Insomma la titolarità del di-

⁽⁷⁰⁾ A questa conclusione giungo sia per ragioni di equità, sia in base agli stretti rapporti di analogia con D. 9, 2, 40: infatti anche in quel caso si diceva che, se, una volta verificatasi la condizione, i testimoni (o, comunque, le altre *probationes*) fossero stati ancora disponibili, logicamente si sarebbe dovuto pensare ad una nullità della sentenza precedente sulla base del principio che *si possit alias probare non patitur damnum* (cfr. *supra*, p. 32).

⁽⁷¹⁾ Ancora un'altra analogia con D. 9, 2, 40: il giudizio *de quo* nell'uno come nell'altro caso richiede che il giudice accerti pregiudizialmente l'esistenza del rapporto condizionato per la determinazione dell'ammontare della condanna (cfr. *supra*, p. 31 s.).

ritto sostanziale non rimane affatto pregiudicata dal risultato, qualunque esso sia, dell'azione interdittale.

Quanto alla condizione di cui al passo D. 43, 5, 3, 13-15, essa influisce sulla condanna, ma con modalità e risultati diversi da quelli che si son visti in D. 9, 2, 40. Là, a proposito della condanna condizionata Paolo aveva affermato che la sua *exactio* non sarebbe stata immediata (come risulta invece nel caso di D. 43, 5, 3, 13-15), ma avrebbe subito essa le conseguenze sospensive della condizione del credito. Qui, al contrario, la condanna produce subito tutti i suoi effetti, subito sorge l'obbligazione di adempiere al giudicato (*iudicatum facere oportere*), e quindi subito cominciano a decorrere i termini per la proposizione dell'*actio iudicati* nel caso di inadempimento; soltanto che, se a suo tempo la condizione non si verifica, il soccombente può valersi della *cautio* per ottenere la restituzione di quanto abbia pagato a cagione della condanna interdittale.

Pertanto, se altrove (D. 9, 2, 40) la condizione sospensiva del negozio aveva lo stesso effetto sospensivo anche sulla condanna, qui invece la condanna apparirebbe sottoposta ad un effetto risolutivo, in quanto le sue conseguenze verrebbero meno al verificarsi di un determinato evento⁽⁷²⁾: se davanti ai testi di Paolo si poteva pensare che la condizione dell'*exactio* altro non fosse che il riflesso della condizione apposta al negozio, nel caso del testo di Ulpiano la stessa considerazione non è possibile. Infatti, sulla sentenza non agisce la stessa condizione che era apposta al negozio, ma un'altra, in tutto uguale meno che in un carattere: la condizione del negozio viene capovolta, trasformata da positiva in negativa, e pertanto la condanna produce subito le sue conseguenze, ma queste vengono risolte al ve-

(72) È noto come la condizione risolutiva fosse sconosciuta al diritto romano; tuttavia i giuristi romani ottenevano gli stessi risultati sottoponendo il negozio ad un patto di risoluzione sospensivamente condizionato. È il nostro caso: al semplice patto di risoluzione si sostituisce qui la *cautio*, che dà una maggior garanzia anche giudiziaria. Sul problema in particolare ARCHI, voce *Condizione (diritto romano)*, in *Enc. del Dir.* 3, Milano 1961, p. 743.

rificarsi dell'evento contrario a quello dedotto in condizione. Nei dettagli la situazione sarebbe la seguente: ipotizzando come *cautio* una promessa verbale solenne, il legatario il cui lascito è sottoposto alla condizione *si navis ex Asia venerit* promette la restituzione di quanto abbia ottenuto con la sentenza interdittale, ma l'efficacia di questa promessa è subordinata al verificarsi della condizione *nisi navis ex Asia venerit*. Viceversa, se la nave tornerà dall'Asia (che era la forma della condizione del lascito), la *cautio* non produrrà alcun effetto, mentre continueranno a prodursi gli effetti della condanna interdittale.

Pertanto, a ben guardare, la condizione risulta apposta alla *cautio* e non alla condanna vera e propria; la *cautio* poi si ricollega alla condanna in un rapporto *ad relationem* ⁽⁷³⁾, ma in maniera tale che, in sostanza, è la sentenza a rimanere condizionata, sia pure risolutivamente. Ciò è dimostrato dal venir meno di tutte, indistintamente, le conseguenze della condanna: come nel caso di D. 9, 2, 40 la condizione produceva i suoi effetti sul rapporto obbligatorio derivante dalla condanna sospendendone l'efficacia, nel caso di D. 43, 5, 3, 13-15 la condizione agisce ugualmente sull'obbligazione del *iudicatum facere oportere*, sia pure con efficacia risolutiva.

Pertanto, se la condizione (negativa) si verifica nei trenta giorni fra la pronuncia della condanna interdittale ed il termine ultimo per proporre l'*actio iudicati*, quest'ultima non ha più ragione di essere e, se richiesta, dovrà essere denegata.

(73) In sostanza la disposizione testamentaria del legato avrebbe prodotto i suoi effetti *si navis ex Asia venerit*, e quindi la condanna del processo interdittale continuerà a produrre i suoi effetti *si navis ex Asia venerit*; ma il verificarsi di effetti nuovi, questa volta risolutivi, si avrà *nisi navis ex Asia venerit*.

ANNA MARIA GIOMARO

'ACTIO IN FACTUM ADVERSUS ARGENTARIOS'

SOMMARIO: 1. I termini della questione. — 2. Il significato tecnico dell'espressione *edere rationes*. — 3. Il *iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi* ed il *decretum editionis*. — 4. D. 2, 13, 8, pr.: il dolo come criterio di responsabilità. — 5. Il regime della condanna. — 6. L'ipotesi circa la pretesa natura penale dell'*actio in factum*. — 7. D. 2, 13, 4, 2.4: considerazioni sulla responsabilità del *filius* e del *servus argentarius*. — 8. L'*actio in factum* come azione *ad exhibendum*. — 9. Considerazioni riassuntive sulla disciplina bancaria nel mondo romano.

1. Alcuni anni or sono, nel suo attentissimo studio sulla delegazione nel diritto romano, la Sacconi ⁽¹⁾ descriveva l'affermarsi dell'attività bancaria in Roma nei seguenti termini: « Allorchè il sistema tradizionale di tenere il denaro in una cesta di ferro, o rivestita in ferro, posta all'ingresso del *tablinum*, cominciò a rivelarsi poco sicuro per la conservazione di ingenti capitali, si diffuse, presso i romani che non volevano investire altrimenti il proprio denaro, l'uso di affidare tali somme agli argentari. L'affidamento poteva avvenire in due forme: mediante la consegna di cassette o sacchi pieni di denaro contato, oppure mediante il versamento di una somma che diveniva oggetto di un credito da parte del cliente » ⁽²⁾. Dopo aver citato, a riprova, due passi di Ulpiano relativi al concorso fra creditori, D. 42, 5, 24, 2 ⁽³⁾ e D. 16, 3, 7, 2 ⁽⁴⁾, con particolare riguardo

(1) G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano 1971.

(2) SACCONI, *op. cit.*, p. 164 s.

(3) D. 42, 5, 24, 2 (ULP. 1. 63 *ad ed.*): *In bonis mensularii vendundis post privilegia potiore eorum causa esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt, sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia.*

(4) D. 16, 3, 7, 2 (ULP. 1. 30 *ad ed.*): *Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habe-*

a quest'ultimo, l'Autrice concludeva, col Mitteis ⁽⁵⁾, « che la *pecunia exercita cum nummulariis* indica il denaro impiegato in società dal banchiere e dal cliente, la *pecunia exercita apud nummularios* si riferisce al denaro per cui il banchiere corrispondeva al cliente un interesse fisso e infine la *pecunia exercita per nummularios* allude al denaro che il banchiere dava a credito, dietro prestazione di garanzie reali, per conto del cliente. Per concludere non manca, tra le notizie forniteci da Ulpiano, un riferimento implicito al deposito di cassette o sacchetti di denaro. Il giurista infatti menziona una *reivindicatio* esperibile dal depositante e tale azione non è possibile se non nel caso in cui le monete siano individuabili » ⁽⁶⁾. « ... Praticamente essi — i banchieri — sono incaricati di effettuare erogazioni, dietro delegazione, su somme date a credito dai singoli clienti » ⁽⁷⁾.

Peraltro, nel caso di denaro dato in deposito al banchiere che ne poteva disporre a suo piacimento, salvo corrispondere un interesse e restituire — a richiesta del cliente — una somma pari a quella ricevuta, è configurabile fra le parti il solo rapporto di deposito irregolare. E certamente fu questa la forma di commercio bancario che ebbe col tempo maggior diffusione ⁽⁸⁾; tuttavia le fonti non la prendono in considerazione in maniera autonoma.

Invece abbiamo numerosissimi esempi, nei testi giuridici e letterari, di *pecunia exercita per nummularios*.

Se nella relazione fra banchiere e cliente entra in giuoco il meccanismo della delegazione — cosa che appare inconfutabile —, per valutare l'importanza e la diffusione dell'attività bancaria bisogna tener distinti il rapporto di provvista da quel-

tur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.

⁽⁵⁾ Cfr. L. MITTEIS, *Trapezitika*, in ZSS 19 (1898), p. 207.

⁽⁶⁾ SACCONI, *op. cit.*, p. 166 s.

⁽⁷⁾ SACCONI, *op. cit.*, p. 168.

⁽⁸⁾ SACCONI, *op. cit.*, p. 167.

lo di valuta. Il primo è configurabile come deposito irregolare, per il quale può essere stabilita la corresponsione di interessi. Il secondo può dar luogo a rapporti giuridici diversi.

Così, di volta in volta, il cliente poteva rivolgersi al banchiere perchè provvedesse al pagamento di una schiava o di uno schiavo ⁽⁹⁾; e, in generale, poteva delegare il banchiere *ad res quasdam mobiles vel immobiles emendas* ⁽¹⁰⁾, ovvero al pagamento di crediti e interessi di qualsiasi natura ⁽¹¹⁾.

Il banchiere poteva intervenire nelle amministrazioni patrimoniali, o come semplice depositario ⁽¹²⁾, ovvero, come incaricato del cliente per provvedere per esempio, alla vendita all'incanto di un fondo ⁽¹³⁾, o alla vendita dell'*hereditas* ⁽¹⁴⁾, o di cose pupillari ⁽¹⁵⁾.

Molto spesso venivano rivolte ai banchieri richieste di mutuo; e proprio sotto questo punto di vista si deve ricordare un intervento autoritativo di Giustiniano, diretto a rendere più sicura la posizione dell'argentario mutuante ⁽¹⁶⁾.

Per concludere, a sottolineare la molteplicità di negozi giuridici in cui poteva verificarsi un intervento dei banchieri, basti citare un passo della *pro Fonteio* di Cicerone a proposito dell'attività bancaria in Gallia: *nemo Gallorum sine cive Romano quicquam negoti gerit, nummus in Gallia nullus sine civium romanorum tabulis commovetur* ⁽¹⁷⁾.

Su queste premesse risulta evidente l'importanza che assumevano, nel mondo romano, le *rationes* ⁽¹⁸⁾, che documentavano i rapporti fra cliente e banchiere. Le fonti parlano, in pro-

(9) Cfr. PLAUTO, *curc.* 5, 2, 20, e anche 3, 1, 62-66 e 2, 3, 66-69.

(10) Cfr. Nov. 136, 1.

(11) Cfr. PLAUTO, *asin.* 2, 4, 30-34 e CESARE, *de bel. civ.* 3, 1, 2.

(12) Cfr. D. 26, 7, 50.

(13) Cfr. CIC., *pro Caec.* 6, 17.

(14) Cfr. D. 5, 3, 18 pr.

(15) Cfr. D. 46, 3, 88.

(16) Cfr. Nov. 136, 1.

(17) Cfr. CIC., *pro Font.* 5, 11.

(18) Cfr. SACCONI, *op. cit.*, p. 147 ss.



posito, di *fides pubblica* (D. 2, 13, 9, 2) e di *officium atque ministerium causae publicae* (D. 2, 13, 10, 1), e sottopongono ad una particolare disciplina la produzione in giudizio di questi documenti. Peraltro si rende opportuno verificare certe conclusioni della dottrina in tema di *editio rationum argentarii*.

Un obbligo particolare è imposto dall'editto agli argentarii:

D. 3, 13, 4, 1 (ULP. 1. 4 *ad ed.*) *Argentariae mensae exercitores rationes, quae ad se pertinent, edent adiecto die et consule.*

Il pretore stesso esercitava una coazione indiretta sui banchieri per costringerli a *erede rationes*, minacciando sanzioni contro coloro che rifiutassero l'*editio* ⁽¹⁹⁾.

D. 2, 13, 9 pr. (PAUL. 1. 3. *ad ed.*) *Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. veluti cum procurator res rationesve administravit, non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per mandati actionem. et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio. sed nec tutorem cogit praetor pupillo edere rationes: sed iudicio tutelae solet cogi edere.*

Si vuole enumerare qui una serie di persone che, pur avendo l'obbligo di *erede rationes*, tuttavia non devono figurare fra i destinatari della clausola edittale che imponeva autonomamente tale obbligo. Infatti, si tratta di soggetti che già per se stessi sono ritenuti responsabili dei conti, e, come tali, sono costretti all'esibizione in virtù del particolare rapporto giuridico di cui sono parte. Così, nel caso del *procurator*, è sufficiente

(19) Circa l'opportunità di reprimere con la minaccia di sanzioni l'omissione dell'*editio* si legga L. DE SARLO, *La produzione dei documenti nel processo romano classico*, estratto da RIL 15 (1937), p. 6.

che il *dominus negotii* esperisca l'*actio mandati* per ottenere i conti dell'amministrazione; nel caso del socio che abbia negoziato dolosamente è sufficiente che gli altri soci lo convengano con l'*actio pro socio*; e, ugualmente, nel caso del tutore, per il rendiconto della tutela, è sufficiente l'*actio tutelae*. Si tratta, infatti, di azioni specifiche per la buona amministrazione della cosa altrui, in rapporti particolari che hanno tale amministrazione come causa.

Ma se nei casi precedenti è sufficiente l'azione data per il rapporto fra le parti — e si noti, frattanto, che non si tratta mai di azione penale ⁽²⁰⁾ — ci si domanda quale possa essere la disciplina dell'*editio rationum* negli altri casi, come, ad esempio, quello degli argentari. Il passo di Paolo offre una risposta in questo senso laddove, parlando del *procurator* dice che egli *non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere*. Di conseguenza, nel caso degli argentari, il pretore concederà, di volta in volta, un'autonoma *actio in factum* per costringerli a produrre i conti in giudizio.

Il parallelo con l'*actio mandati*, *tutelae* e *pro socio* consente anche di dire qualche parola sulla natura di quest'ob-

(20) Nessun dubbio per quanto concerne l'*actio mandati* e l'*actio pro socio*. Invece, la fattispecie della tutela può dare a pensare, in quanto le fonti ricordano anche un'*actio rationibus distrahendis*, di natura penale. Si noti, però, che la finalità dell'*actio in factum* è diversa da quella dell'*actio rationibus distrahendis*: nel caso della tutela c'è stata una malversazione e le *rationes* sono richieste appunto per documentare questa malversazione e comminare, in seguito, la sanzione penale; nel caso degli *argentarii* le *rationes* sono richieste come prova fine a se stessa, non per accertare una responsabilità penale. Del resto, anche l'*actio rationibus distrahendis* in epoca storica è solo un ricordo: al suo posto si trova l'*actio tutelae*, che non è azione penale, e che del regime primitivo conserva solo il carattere infamante.

Lo stesso Paolo distingue nettamente dall'*actio in factum* le azioni concesse nel caso di mandato, società e tutela, nelle quali l'*editio rationum* non è la finalità prima del processo, com'è, invece, per l'*actio in factum*. E, d'altra parte, tutti i mezzi di coercizione testimoniati dalle fonti in ipotesi di omessa *editio* sono di natura civile: cfr. DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Torino 1938, p. 275 s., ed anche *Ancora sulla produzione dei documenti nel processo romano*, estratto dalla *Rivista di dir. proc. civ.* 16 (1939), p. 3 s.

bligato. L'*editio argentaria* non deriva dalla particolare natura del rapporto, ma rimane tuttavia legata strettamente al rapporto stesso. Non si tratta, almeno per diritto classico, di un obbligo di natura processuale, come ha messo in luce il De Sarlo ⁽²¹⁾; è vero che l'*argentarius* è obbligato a *edere rationes* anche se non è parte nel processo in cui è richiesta la produzione dei documenti (D. 2, 13, 10 pr. : *Argentarius edere iubetur: nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio ...*), ma l'*editio* gli è richiesta solo in virtù del suo rapporto col richiedente.

Rimane incerta, però, la natura dell'*actio in factum*.

La dottrina, oggi, è volta quasi unanimamente a considerarla azione penale: e questa soluzione è confortata da serie motivazioni ⁽²²⁾.

Ma non meno validi motivi si possono apportare a sostegno di una conclusione opposta: l'*actio in factum adversus argentarios* sarebbe un'azione *ad exhibendum*. Però, di fronte a certe caratteristiche dell'azione che non collimerebbero del tutto con quelle dell'*actio ad exhibendum*, i sostenitori di questa opinione, spesso, hanno dovuto ripiegare su di una soluzione di compromesso ⁽²³⁾. Pertanto, l'*actio in factum*, pur model-

(21) Cfr. DE SARLO, *La produzione*, cit., p. 14, e *Ancora sulla produzione*, cit., p. 3.

(22) Cfr. *infra*, in particolare p. 91 ss.

(23) Già il GLUCK parlava dell'azione nei termini che si userebbero per l'*actio ad exhibendum*, insistendo però nel chiamarla *actio in factum de edendo*, e protestandone una non meglio specificata differenza con l'*actio ad exhibendum* stessa (cfr. il *Commentario alle Pandette*, II, p. 516 ss.). Nell'opinione del DEMELIUS (*Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige Recht*, Graz 1872, p. 250 ss.) all'*actio in factum* viene a mancare il carattere di azione preparatoria ad una *reivindicatio* che sarebbe proprio dell'*actio ad exhibendum*, e, pertanto, a fondamento della legittimazione passiva all'azione non sarebbe la *facultas exhibendi*, ma la qualità di *argentarius*. Secondo il BURILLO (*Recensione a Fernandez-Barreiro*, in *IURA* 21, 1970, p. 282 ss.) l'interesse richiesto per la legittimazione attiva all'*actio in factum* non corrisponde all'interesse tipico dell'*actio ad exhibendum*; inoltre, sulla base di una sostanziale differenza tra *exhibere* ed *edere* — documentata dal FERNANDEZ-BARREIRO (*La previa informacion del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona 1969, p. 127 ss.) con specifico richia-

lata sull'*actio ad exhibendum*, sarebbe però un'azione del tutto speciale, tipica della sola categoria degli *argentarii*, e sorta come regolamentazione pretoria di un problema pratico che, col tempo, veniva ad assumere sempre maggior rilevanza, dato l'estendersi dell'attività dei banchieri.

A mio avviso non vi sono motivi sufficienti per concludere a favore del carattere penale dell'*actio* in questione (il che implicherebbe, fra l'altro, la costruzione della fattispecie nel novero degli illeciti pretori). Anzi, tutti gli argomenti che si possono trarre dai testi confortano la tesi che si tratti di *actio ad exhibendum*, salvo che per talune caratteristiche di cui si dirà in seguito.

Rinviamo a più tardi, quando avremo esposto più compiutamente tutti i termini del problema, una elencazione specifica dei dati su cui si fonda la tesi che potremmo chiamare penalistica. Frattanto se ne possono discutere alcune premesse.

2. Per negare l'identificazione dell'*actio in factum* con un'*actio ad exhibendum*, la dottrina si richiama innanzi tutto al significato dell'espressione *edere rationes*: *edere* — si dice — non è *exhibere*.

A proposito della produzione di documenti, e in particolare in rapporto alle *rationes*, le fonti tramandano tre distinte espressioni, *edere*, *reddere*, ed *exhibere rationes*.

mo ad uno studio del BURILLO sull'*actio ad exhibendum* (*Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clasico*, in *SDHI* 26, 1960, p. 208 ss.) — verrebbe a cadere ogni coincidenza nelle finalità delle due azioni, in quanto, nell'un caso, la finalità dell'*edere* sarebbe puramente conoscitiva, mentre nell'altro, la funzione tipica dell'*exhibere* sarebbe quella di costituire una remora all'*indefensio* nel processo principale.

Solamente il MARRONE ('*Actio ad exhibendum*', in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 26, 1957, p. 233 ss.) afferma senza dubbi l'identificazione completa dell'*actio in factum* con un'*actio ad exhibendum*, ed anzi ritiene che proprio solamente in questa ipotesi l'*actio ad exhibendum* abbia mantenuto il suo carattere di autonomia anche in età postclassica, senza scadere, come per tutte le altre sue applicazioni, ad un mero ruolo preparatorio delle azioni petitorie.

Nessun dubbio può sorgere circa il significato di *reddere rationes* ⁽²⁴⁾, che le fonti definiscono più volte, e chiaramente. I testi più significativi a questo proposito sono:

D. 35, 1, 32 (AFR. 1. 9 quaestionum) *Quamvis rationes reddere nihil aliud sit quam reliqua solvere, tamen et si statuliberi et heredis culpa, sine fraude tamen servi, minus solutum sit et bona fide redditas esse rationes existimatum fuerit, liberum fore: et nisi ita observetur, neminem, qui sub condicione ita manumissus esset, unquam ad libertatem perventurum, si per imprudentiam minus solutum esset. haec ita accipienda ait, si quando is, qui rationes reddere iussus sit, per aliquem errorem sine dolo malo ita rationes ediderit, ut dominus quoque circa computationem errasset.*

D. 35, 1, 81 pr. (PAUL. 1. 21 quaestionum) *Iulius Paulus Nymphidio. Quaesisti, si ita in testamento cautum esset: 'Stichus si rationes reddiderit, cum contubernali sua liber esto eisque decem heres dato', an Stichus mortuo antequam rationes redderet, vel pariatore vel reliqua habente, libera esset mulier? et an de legato idem accipiamus? libertate data, si rationes reddiderit, hanc condicionem rationum reddendarum, ut iussus videatur reliqua reddere, si qua habet, cum fide actus sui, quae si nulla sunt, pure accepisse libertatem videbuntur...*

D. 50, 16, 89, 2 (POMP. 1. 6 ad Sab.) *Inter 'edere' et 'reddi rationes' multum interest: nec is, qui edere iussus sit, reliquum reddere debet: nam et argentarius edere rationem videtur, etiamsi quod reliquum sit apud eum non solvat.*

(24) Cfr. FERNANDEZ-BARBEIRO, *op. cit.*, p. 134 ss.

e soprattutto

D. 35, 1, 82 (CALLISTRATUS 1. 2 quaestionum) *Cum servus ita liber esse iussus sit 'si rationes reddiderit' eique fundum heres dare damnas sit, videamus, utrum condicio libertati praeposita sit an vero et legato. et quidem libertati soli accipiamus praepositam, nullus tractatus amplius superest: nam legatum purum invenitur et ideo inutile fit: quod si condicio etiam legato insita sit, quod quidam recte putant, simul cum libertate dies quoque legati utiliter cedit. quid ergo continetur his verbis 'si rationes reddiderit'? quidam hoc aiunt 'si reliqua reddiderit', quasi nihil intersit, utrum sub hac conditione 'si reliqua' vel hac 'si rationes reddiderit'. sed nos neque condicionem meram putamus esse, quae in datione existit, neque meram condicionem, quae in facto sit, sed eam condicionem, quae ex mixtura quaedam consistit. nam non utique si ille in folle reliqua optulerit, liber erit: non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, id est legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe an improbe referantur, accepta recte relata an non recte: ita enim incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam. inest his verbis etiam heredes notitia instrui, rationum, ut sciant, quid in quaque ratione scriptum sit. nam quod ipse vivus facturum erat, ab heredibus suis fieri iussisse intellegitur: ille autem utique non sic solebat servo suo ostendenti reliqua rationes subscribere, sed ita, ut legeret examinaret exciperet. itaque cum servo sub hac conditione testamento libertas datur 'si rationes reddiderit', non hanc solam habet significationem, si cautiones strumentaue omnia actus sui exhibuerit heredi, sed et si reliqua solverit.*

Una espressione del primo dei passi sopra riportati (intendendo riferirmi alla frase *is, qui reddere rationes iussus sit... ita rationes ediderit, ut dominus quoque circa computationem errasset*) sembra distinguere nell'attività complessiva del *reddere rationes* almeno tre momenti diversi, e cioè innanzi tutto l'*editio*, ad iniziativa di colui che ha tenuto i conti (in questo caso il servo), in secondo luogo la *computatio*, cioè la verifica delle operazioni contabili ed il calcolo delle rimanenze, ad iniziativa soprattutto della controparte, ed infine il *reliqua solve-re*, che rappresenta il saldo e la chiusura dei conti, e che altrove può essere indicato come l'unico momento significativo del *reddere rationes*, in quanto comprende necessariamente in sé i primi due momenti⁽²⁵⁾.

Anche D. 50, 16, 89 conferma questa affermazione: il giurista non si sarebbe curato di porre in particolare evidenza la differenza fra *edere* e *reddere rationes*, se fra i due momenti non vi fosse anche qualche cosa di comune. *Edere* e *reddere* si trovano fra loro in un rapporto di continenza; infatti, mentre Pomponio è ben legittimato ad affermare *nec is, qui edere iussus sit, reliquum reddere debet*, per quanto riguarda la proposizione inversa deve dire: *is, qui reddere rationes iussus sit, non videtur satisfacere, si reliquum reddat non editis rationibus* (D. 34, 3, 8, 5: POMP. 1. 6 *ad Sabinum*).

Si deve prendere in particolare esame anche D. 35, 1, 82, al punto *non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, id est legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe an improbe referantur, accepta recte relata an non recte*. Anche qui sono posti in rilievo i due aspetti del *reddere rationes* che sono l'*editio* e la *computatio*, e l'*editio* vi è qualificata come un *rationes legendas offerre*.

Si può parlare a questo proposito di esibizione?

(25) Così nell'espressione iniziale di D. 35, 1, 32.

Le fonti tramandano altre due definizioni di *edere*, ambedue sotto il nome di Ulpiano:

D. 2, 13, 1, 1 (ULP. 1. 4 *ad ed.*) *Edere est copiam describendi facere: vel in libello complecti et dare: vel dictare...*

D. 2, 13, 6, 7 (ULP. 1. 4 *ad ed.*) *Edi autem est vel dictare vel tradere libellum vel codicem proferre* ⁽²⁶⁾.

L'*edere*, dunque, non ha lo stesso significato del *praesentiam corporis praebere* che era richiesto per l'*exhibitio* ⁽²⁷⁾, o, almeno, non sempre ⁽²⁸⁾: colui cui l'*editio* è richiesta può *codicem proferre* (D. 2, 13, 6, 7), cioè presentare il suo libro dei conti in modo che l'altra parte possa trarre essa stessa una copia scritta delle note che la interessano; ma può anche *tradere libellum* (D. 2, 13, 6, 7), cioè trascrivere egli stesso le note pertinenti e consegnare lo scritto alla controparte (il *tradere libellum* di D. 2, 13, 6, 7 corrisponde perfettamente a *in libello complecti et dare* di D. 2, 13, 1, 1); ed infine può *dictare* (D. 2, 13, 1, 1 e D. 2, 13, 6, 7), vale a dire leggere ad alta voce e scanditamente in modo che la controparte possa trarne le indicazioni che crede; in definitiva ognuno di questi mezzi è possibile, basta che, comunque, si dia al richiedente la possibilità di conoscere e prendere nota del contenuto dei conti (il *copiam describendi facere* di D. 2, 13, 1, 1).

Non si può negare che, allorchè si parla di *codicem proferre*, esista un oggetto materiale, il *codex*, su cui si può spiegare l'attività dell'*exhibitio*. Ma, innanzi tutto l'oggetto dell'*edi-*

(26) La prima definizione sembra riferirsi più propriamente all'*editio actionis*, e solo la seconda all'*editio rationum*; ma la corrispondenza è pressochè perfetta, come ha notato A. BISCARDI, in *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, p. 299 ss.

(27) Cfr. D. 50, 16, 22 (GAIUS 1. 4 *ad ed. prov.*): *Plus est in restitutione quam in exhibitione: nam 'exhibere' est praesentiam corporis praebere...*

(28) Così anche FERNANDEZ-BARBEIRO, *op. cit.*, p. 128 ss.

tio non è il *codex* bensì le *rationes*, i conti, nella loro immaterialità, riguardo ai quali, appunto, non si può *praesentiam corporis praebere*, quando poi non si parli di *exhibere* come di un « dare la possibilità di impossessarsi della cosa » (D. 43, 5, 3, 8, ULP. l. 68 *ad ed.* : *Quid sit exhibere videamus. exhibere hoc est materiae ipsius adprehendae copiam facere*), o « dare la facoltà di vedere e toccare materialmente » (D. 43, 29, 3, 8, ULP. l. 71 *ad ed.*: ... *exhibere est in publicum producere et videndi tangendique hominis facultatem praebere...*) ⁽²⁹⁾.

In D. 35, 1, 82, or ora citato, si parla di un *reddere rationes* che *in datione existit*, poi ancora di un *reddere rationes* che *in facto est*, ed in ultimo di un *reddere rationes* che *ex mixtura quadam consistit*: come si evince dal seguito del passo Callistrato non vuol fare altro che isolare i vari elementi compositivi del *reddere rationes*, dei quali si è già fatto cenno. Allora, il *reddere rationes* che *in facto est* equivarrebbe forse al *legendas offerre*, cioè alla semplice *editio*, come è menzionata alla fine del passo in questione.

Ed infine si consideri anche l'ultima parte di D. 35, 1, 82: ... *ille (scilicet testator) autem utique non sic solebat servo suo ostendenti reliqua rationes subscribere, sed ita, ut legeret examinaret exciperet. itaque cum servo sub hac condicione testamento libertas datur 'si rationes reddiderit', non hanc solam habet significationem, si cautiones strumentaue omnia actus sui exhibuerit heredi, sed et si reliqua solverit*: l'*exhibere* sembrerebbe doversi identificare con quell'*ostendere ut legeret examinaret exciperet rationes* che il servo soleva fare quando il padrone era in vita. Ma anche con ciò non si può dire che l'*edere*, che pure poco prima era stato definito come un *legendas*

(29) L'affermazione è valida sia nel caso che il comportamento dell'*exhibere*, secondo l'opinione del BURILLO (*op. ult. cit.*, p. 216 ss.), venga identificato con il « dare la possibilità di impossessarsi della cosa », richiedendo quindi una cooperazione attiva da parte dell'esibente, sia che si preferisca aderire all'interpretazione del MARRONE (*op. cit.*, p. 296 ss.), secondo il quale l'*exhibitio* comporterebbe soltanto un *tollere puti*, senza alcuna partecipazione attiva da parte dell'esibente.

offerre rationes, sia un *exhibere*: infatti il giurista non parla di *ostendere rationes*, come se queste fossero materializzate, e quando deve usare il verbo tecnico *exhibere*, dà all'*exhibere* stesso un oggetto che lo renda possibile, cioè *cautiones strumetaque omnia actus sui*, e non *rationes*.

Se anche talvolta l'*edere* può essere confuso con l'*exhibere* — scrive il Fernandez-Barreiro —, la differenza fra l'una attività e l'altra sta nella finalità essenzialmente informativa dell'*editio* ⁽³⁰⁾.

Per concludere può essere utile considerare brevemente il significato pratico dell'individuazione dei vari momenti compositivi del *reddere rationes*, ciascuno per suo conto.

Il primo atto del rendiconto è in ogni caso l'*editio*, esposizione informativa dello stato dei conti, spesso limitata a *capite*: alla semplice *editio* erano tenuti in particolare gli argentari.

Il secondo atto consisteva nella *computatio*, della quale si è già messo in luce il valore ricognitivo circa l'ammontare degli attivi e dei passivi: la *computatio* presuppone necessariamente l'*editio*, e rappresenta, per esempio, la usuale attività di rendiconto del servo (*quomodo servus reddere solet*) ⁽³¹⁾ durante lo svolgimento dell'attività negoziale cui fosse stato preposto ⁽³²⁾.

Il terzo atto, il *reliqua solvere*, non consiste *ex mixtura quadam*, cioè come dice Callistrato nel passo già esaminato, non

(30) Cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 127 ss.

(31) D. 35, 1, 82 di CALLISTRATO, precedentemente citato.

(32) Invero l'ipotesi può essere giustificata anche al di fuori del caso della preposizione del servo: un qualunque rappresentante durante lo svolgimento del negozio o delle attività affidategli, se viene richiesto dei conti per una normale revisione, è tenuto alla *computatio* in questo senso, cioè a *edere* e *computare*. Così il *procurator*, così il socio nell'*actio pro socio* quando non si verifichi un caso di espulsione dalla società (nel qual caso sarebbe tenuto a *reddere rationes*, come si dice poco oltre), così il tutore convenuto con l'*actio tutelae* durante la tutela; e queste sono le situazioni cui fa cenno Paolo in D. 2, 13, 9 pr. (*Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. veluti cum...*) (cfr. *supra*, p. 58 s.).

vi si è adempiuto se semplicemente *in folle reliqua optulerit*, senza aver premesso un'*editio* ed una *computatio*: si tratta del rendiconto totale che può essere richiesto alla chiusura di un'attività negoziale o al termine di una relazione personale di fiducia (come è il caso del rapporto fra il servo ed il padrone alla morte di quest'ultimo).

3. A salvaguardia degli interessi dell'argentario a colui che domanda l'*editio* viene imposto un *iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi*.

D. 2, 13, 6, 2 (ULP. 1. 4 *ad ed.*) *Exigitur autem ab adversario argentarii iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi: ne forte vel supervacuas rationes vel quas habet edi sibi postulet vexandi argentarii causa.*

E si legga anche:

D. 2, 13, 9, 3 (PAUL. 1. 3. *ad ed.*) *Ceterum omnibus postulantibus et iurantibus non calumniae causa petere rationes, quae ad se pertineant, edi iubet* (scilicet *praetor*).

Questo giuramento rappresenta uno dei rimedi diretti a reprimere la *calumnia* ⁽³³⁾. I testi non dicono di più. Tuttavia dalla loro lettura si ricava un'impressione generale, non documentata, che si tratti di un giuramento del tutto particolare ⁽³⁴⁾. Innanzi tutto l'iniziativa sembra dover partire dal magistrato, e non dalle parti: infatti, è il magistrato che, quando l'attore gli presenta la *postulatio editionis*, prima di intervenire concretamente, lo costringe a giurare. Anche in questo caso la coazione è indiretta: solo se l'attore avrà prestato il giuramen-

⁽³³⁾ Cfr. M. LEMOSSE, *Histoire du serment de calumnia*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 21 (1953), p. 31 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. LEMOSSE, *op. cit.*, p. 57 ss.

to, il pretore interverrà a suo favore. Perciò, il giuramento si pone come un presupposto necessario dell'intervento del pretore.

Sulla base di questo giuramento il pretore emanerà un *decretum* ⁽³⁵⁾, con il quale imporrà al banchiere di produrre in giudizio le *rationes* pertinenti alla causa.

4. Ulpiano espone chiaramente i criteri su cui è commisurata la responsabilità di colui che non effettua l'*editio ubi exigitur*:

D. 2, 13, 8 pr. (ULP. 1. 4 ad ed.) *Ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet: sed culpam non praestabit nisi dolo proximam. dolo malo autem non edidit et qui malitiose edidit et qui in totum non edidit.*

Il criterio di imputazione di responsabilità è il dolo: inoltre, secondo la lettera del testo, al dolo può essere assimilata la *culpa*, quando sia *dolo proxima*.

Non si tratta di un'elencazione esauriente della casistica del *non edere dolo malo*. Ulpiano vuole semplicemente richiamare l'attenzione su due casi particolari, che, altrimenti, avrebbero potuto far sorgere dei dubbi: fra le fattispecie che si possono ricondurre all'editto — egli dice — rientrano anche: 1) l'*editio malitiosa*, 2) l'*editio* parziale; la specificazione si rendeva necessaria perchè con l'espressione *dolo malo non edere*, intesa alla lettera, l'editto sembrava prevedere la sola situazione di colui che, con dolo, si fosse rifiutato di compiere l'*editio rationum* nel modo più assoluto.

⁽³⁵⁾ L'esistenza di questo *decretum editionis* è argomentata dal verbo che compare in un testo di Ulpiano, D. 2, 13, 8, 1, dove, nel caso di *argentarii* che non abbiano effettuato l'*editio* loro richiesta, si prevede un'azione diretta a far ottenere all'interessato una somma pari al valore della perdita subita al momento in cui l'*editio* fu richiesta, e cioè *cum decerneretur a praetore*. Cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 163 ss. e 208.

È facile intendere il significato di *editio malitiosa*: più che il fatto rappresentato dall'azione dell'argentario, si vuole sottolineare qui l'elemento soggettivo dell'azione stessa, e ciò perchè l'azione onn è quella tipica, è un *edere* e non un *non edere* ⁽³⁶⁾. In tal modo si viene a colpire anche l'argentario che compie l'*editio* (e, quindi, ottemperando egli al *decretum editionis* del pretore non dovrebbe essere ricompreso fra i destinatari della clausola edittale), ma la compie con l'intento di danneggiare colui che aveva richiesto l'*editio* stessa: tale, ad esempio, è il caso di colui che esibì i conti falsando le cifre, o facendo risultare a suo favore dei crediti che in realtà non esistevano, e tutto ciò allo scopo di recar danno alla controparte.

Per lo stesso motivo viene presa in considerazione la seconda ipotesi, l'*editio* parziale. Certamente nell'*in totum non edidit* è sempre presupposto l'ablativo *dolo malo* che era espresso nelle premesse: così la fattispecie esula solo in parte dall'enunciazione del concetto generale, in quanto l'argentario non rifiuta del tutto di compiere l'*editio*, ma la compie solo parzialmente. Si può fare l'ipotesi dell'argentario Tizio, che, avendo convenuto in giudizio il suo mutuatario Caio, deve esibire tutti i conti relativi ai suoi rapporti con Caio (si sa, infatti, che l'azione a favore o contro l'argentario comporta l'inserimento di diritto di eventuali clausole compensative) ⁽³⁷⁾; in mala fede Tizio produce solo i conti a lui più favorevoli, in maniera tale da limitare i suoi addebiti nei confronti di Caio. Nè appare necessario che l'azione veda lo stesso argentario come attore o con-

⁽³⁶⁾ La Glossa Magna a *et qui malitiose* dice: *litera ista sibimet contradicere videtur. nam qui malitiose edidit, dolo malo edidit. dicas ergo, dolo malo non edidit, idest editionem fidelem omisit: ut sit verbum infinitum. vel dic verius, non edidit scilicet iuris fictione, sic et supra D. 2, 8, 6...*

⁽³⁷⁾ Il passo è riportato con un diverso significato nei Basilici (cfr. BAS. 7, 18, 8: *Δόλος δέ ἐστι καὶ τὸ μὴ ἐκδοῦναι καὶ τὸ κακοθελῶς ἐκδοῦναι ...*; nella traduzione dell'Heimbach esso suona: *...Dolus autem est et plane non edere et malitiose edere ...*), dove, per rendere il discorso più logico, il primo esempio viene posposto al secondo.

venuto: sappiamo, infatti, che egli è costretto all'*editio* anche per azioni che si svolgono fra terzi, quando l'esibizione dei suoi conti possa avere pertinenza con la lite (D. 2, 13, 10, pr.). La circostanza più semplice che può venire alla mente in questo caso è quella della delegazione ⁽³⁸⁾. Tra Caio e Sempronio si è instaurato un giudizio per il pagamento di una somma di denaro ricevuta a titolo di mutuo: il mutuatario Sempronio assume di non aver adempiuto personalmente nelle mani di Caio, ma di aver delegato a Tizio il pagamento del debito, il quale pertanto è stato saldato dall'argentario. Perciò dai libri contabili del banchiere risulterà il meccanismo della *delegatio*, e cioè il rapporto di provvista fra Sempronio e Tizio ed il rapporto di valuta fra Caio e Sempronio. Sarà interesse di Sempronio far esibire in giudizio questi conti, e se l'argentario ne farà un'*editio* solo parziale, tacendone alcune poste, sarà tenuto responsabile *dolo malo*.

Interviene a questo punto il richiamo alla *culpa dolo proxima*.

Il De Medio, agli inizi di questo secolo, esaminando il concetto di *culpa lata*, *culpa proxima dolo*, concludeva col negarne la classicità e col limitare alle sole conseguenze giuridiche la sua equiparazione col dolo ⁽³⁹⁾. Il concetto di *culpa lata* sarebbe sorto in epoca bizantina e, come insegna anche il Ferrini, nel campo esclusivo delle azioni di buona fede, dove appariva più difficile la distinzione tra i due gradi di responsabilità, dolo e colpa; e sempre in età bizantina sarebbe stata generalizzata la sua equiparazione col dolo.

Queste conclusioni fanno scuola ancor oggi. Pertanto, la dottrina è concorde nel ritenere frutto di interpolazione le pa-

⁽³⁸⁾ Cfr. S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli 1950, p. 31 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. SACCONI, *op. cit.*, p. 169 ss.

role *sed culpam non praestabit nisi dolo proximam* ⁽⁴⁰⁾, o, almeno, il solo *nisi dolo proximam* ⁽⁴¹⁾.

Si può concludere che la responsabilità per la mancata *editio rationum argentarii* presupponeva sempre l'intenzionalità di tale comportamento, venendo meno nei casi di *culpa*, caso fortuito e forza maggiore ⁽⁴²⁾.

Rimane da chiedersi se l'interpolazione avesse un significato, sia pure per i soli bizantini, cioè se rispondesse ad un preciso caso concreto, oppure se fosse stata inserita solamente al fine di dare espressione al nuovo concetto di *culpa lata*, dal momento che se ne presentava l'occasione. Tenendo presente che l'esemplificazione ulpiana del *dolo malo non edere* non si presenta affatto come esauriente, mi sembra che, sul piano della logica, possano ipotizzarsi dei casi di *culpa*, e quindi anche di *culpa lata*, assumendo come definizione di quest'ultima le parole che leggiamo nel Digesto, al titolo *de verborum significatione: lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt* (D. 50, 16, 213, 2). Infatti, in qualsiasi forma venga effettuata, l'*editio* comporta sempre una valutazione di « pertinenza » da parte del soggetto che la compie. Così, almeno, mi sembra che si debba leggere fra le righe di

⁽⁴⁰⁾ Cfr. A. DE MEDIO, *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano*, in *BIDR* 17 (1905), p. 5 ss., e continuaz., in *BIDR* 18 (1906), p. 260 ss. Sul punto vedi anche C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano 1908, p. 578.

⁽⁴¹⁾ Cfr. B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, in *ZSt* 39 (1918), p. 207 nt. 2; K. BILDING, 'Culpa'. 'Culpa lata' und 'culpa levis', in *ZSt* 39 (1918), p. 24 nt. 1; G. RONDONI, *Scritti giuridici*, II, Milano 1922, p. 98 nt. 3; E. ALBERTARIO, *Recensione a C. Tumidei*, in *Arch. giur.* 89 (1923), p. 258 nt. 1; A. PERNICE, *Labeo*, II, 2, 1, (Tübingen 1963), p. 176 s.; G. MACCORMACK, 'Culpa', in *SDHI* 38 (1972), p. 178 nt. 148.

⁽⁴²⁾ Il DE MEDIO, per esempio (*op. cit.*, I parte, p. 13 e p. 16 s.): allorché si dice che *culpam non praestabit*, si vuole escludere tutta la *culpa*, di qualsiasi grado, e, quindi, necessariamente anche quella *dolo proxima*.

Come il De Medio, anche il LEVY (*Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin 1915, p. 62 nt. 1) e il DE FRANCISCI (*Studi sulle azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano 1912, p. 39 nt. 12) espungono la sola parte finale della frase, cioè *nisi dolo proximam*.

D. 2, 13, 10, 2 di Gaio: *edi autem ratio ita intellegitur, si a capite edatur, nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest; scilicet ut non totum cuique codicem totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat, sed ut ea sola pars rationum, quae ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur*. Pertanto quando l'argentario effettua l'*editio* mediante *dictatio*, tale *dictatio* deve comunque procedere a *capite*, ma non deve invece includere necessariamente il conto nella sua completezza, potendo l'argentario limitarsi a produrre lo stralcio delle appostazioni che a sua discrezione ritiene pertinenti al caso specifico. È da escludersi, per contro, che egli abbia facoltà di valutare discrezionalmente anche l'opportunità dell'*editio*: ma di fatto non è difficile che egli, inconsapevolmente, scivoli da una valutazione di pertinenza ad una di convenienza e di opportunità; così quando l'argentario *in libello complectit et dat*, in vero trascrive e consegna alla controparte le sole poste che reputa rilevanti; ed infine quando *codicem profert*, non presenta il suo libro dei conti e degli affari al completo, ma di esso soltanto quelle appostazioni che ritiene pertinenti alla controversia in corso. Ed in questa valutazione di « pertinenza » — alla quale, però, bisogna anche dire che il banchiere è sollecitato dalla controparte — può esserci posto per un *non intellegere quod omnes intellegunt*.

In definitiva, mentre la giurisprudenza classica limitava la responsabilità per l'omessa *editio* al dolo, con esclusione assoluta della *culpa*, i bizantini, grazie al nuovo concetto da loro stessi elaborato, si sentirono in dovere di allargare concretamente i limiti di tale responsabilità.

Peraltro l'esigenza di estendere e rafforzare la responsabilità dei banchieri può farsi sentire solo nel diritto postclassico, nell'ambito di un processo pubblicistico, dove l'*editio rationum* cessa di costituire un obbligo nascente dal particolare rapporto giuridico fra banchiere e cliente, per divenire un obbligo di

natura pubblicistica, connesso con la nuova disciplina della prova testimoniale ⁽⁴³⁾.

5. Il regime di questa *actio in factum* appare chiarito dallo stesso Ulpiano:

D. 2, 13, 8, 1 (ULP. 1. 4 *ad ed.*) *Is autem qui in hoc edictum incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest: et ideo licet interesse desiit vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque diminutionem.*

Chi non abbia ottemperato alla disposizione edittale che impone l'*editio*, è condannato a rimborsare *quod interfuit mea rationes edi cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest*: e perciò non si terrà alcun conto di eventuali modificazioni di tale interesse, delle quali non si poteva avere cognizione *cum decerneretur a praetore* ⁽⁴⁴⁾. Tale, almeno, dovrebbe essere il senso generale del discorso.

⁽⁴³⁾ A proposito dell'argentario le fonti parlano soltanto due volte di circostanze che potremmo qualificare di caso fortuito e forza maggiore. Però ambedue i testi cui mi riferisco, D. 2, 13, 6, 9 e D. 2, 13, 7 pr., non riguardano affatto il lato del problema che qui ci interessa. Nell'uno (D. 2, 13, 6, 9) Ulpiano rileva che, in generale, un argentario non può mai richiedere l'*editio* ad un altro argentario, perchè deve possedere egli stesso i documenti, come strumenti della sua professione; si deroga a questa regola solo nel caso che *naufragio vel ruina vel incendio vel alio simili casu* abbia perduto le sue carte, oppure queste siano depositate lontano, *veluti trans mare*. Nell'altro testo (D. 2, 13, 7 pr.) è fatto il caso di una seconda richiesta da parte dello stesso soggetto e contro lo stesso soggetto: il pretore non concede mai la seconda *editio*, tranne che per tre ipotesi, 1) se le *chartae editae* la prima volta si trovano in altro luogo lontano, 2) se è richiesta un'*editio* più circostanziata, 3) se le *rationes* già prodotte sono andate perdute *casu maiore, non vero negligentia*.

Per ciò che riguarda la seconda *editio* e l'*editio* richiesta da un argentario, più in particolare, cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 182 ss.

⁽⁴⁴⁾ Come il FERNANDEZ-BARREIRO dice più volte, sulla base delle fonti, il magistrato emanava il *decretum editionis* solo su certe basi (e cioè l'imposizione del *iurandum calumniae* ed una *previa causae cognitio*), ma senza svolgere alcuna

A ben guardare, però, l'espressione *locum actio non habebit neque augmentum neque deminutionem* non consente alcuna traduzione letterale. Il passo rivela così chiari indizi di rimaneggiamento. Un tentativo di ricostruzione si potrebbe fare considerando il *neque augmentum neque deminutionem*, e, di conseguenza, il *vel minoris vel pluris interesse coepit*, come un'aggiunta operata dai compilatori per amor di specificazione, o fors'anche un semplice glossema, dal momento che non aggiunge niente di nuovo: forse in origine il testo di Ulpiano diceva solamente: *et ideo licet interesse desiit locum actio habebit*. Ma anche così la frase sarebbe scorretta e priva di significato per il diritto romano perchè verrebbe a concepire l'*actio* non come un *agere* dell'attore, ma secondo il significato moderno di azione. Un secondo tentativo potrebbe essere questo: un amanuense avrebbe sostituito con le parole *locum actio* il termine che si leggeva originariamente nel testo, *condemnatio*, per cui la ricostruzione del passo potrebbe essere la seguente: *et ideo licet interesse desiit vel minoris vel pluris interesse coepit [locum actio] <condemnatio> non habebit neque augmentum neque deminutionem*.

Comunque il senso generale del discorso è indubbiamente quello che già si è indicato: infatti esso viene confermato da un passo di Gaio che espone in maniera anche più esplicita e particolareggiata i connotati della condanna nel caso che l'argentario risulti soccombente. Il giurista propone una fattispecie particolare. Il giudizio per il quale l'*editio* era stata inutilmente richiesta si è concluso con esito negativo per l'interessato; a

indagine sull'interesse (cfr. *op. cit.*, in specie p. 157). La valutazione dell'interesse non avveniva nemmeno al momento della concessione dell'azione, ma solamente a quello della condanna (*op. cit.*, p. 163).

Circa la *causae cognitio* — che le fonti, invero, ricordano solo nel caso di seconda richiesta di *editio* e di *editio* a favore di un argentario (D. 2, 13, 6, 9-10) — cfr. R. MARTINI, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria*, Milano 1960, p. 86 s.

questo punto costui intenta azione contro l'argentario che rifiutò l'*editio*:

D. 2, 13, 10, 3 (GAIUS l. 1. *ad ed. prov.*) *Cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse: eveniet ut, sive quis condemnatus sit, sive quod petierit non obtinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quod ita perdiderit, hac actione consequatur. sed an hoc procedat videamus: nam si apud hunc iudicem, qui inter eum et argentarium iudicat, potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse, poterat et tunc probare: et si non probavit aut probantem iudex non curavit, de se ipso aut de iudice queri debet. sed non ita est. fieri enim potest, ut nunc, rationes vel ipso edente vel alio modo nactus, aut aliis instrumentis vel testibus, quibus illo tempore aliqua ex causa uti non potuit, possit probare potuisse se vincere. sic enim et de cautione subrepta aut corrupta competit condictio et damni iniuria actio: quia quod ante non potuimus intercepta cautione probare et ob id amisimus, hoc nunc aliis instrumentis aut testibus, quibus tum uti non potuimus, probare possumus* ⁽⁴⁵⁾.

La prima parte del passo non fa che ripetere quanto già è stato detto a proposito del testo di Ulpiano: l'azione compete per l'ammontare dell'interesse che l'attore aveva all'*editio rationum*, in modo che, se qualcuno ha perduto, o non ha otte-

(45) Può sorprendere il fatto che il testo cominci a trattare di un'*actio* nel *quanti agentis intersit*, che, in contrasto con quanto detto da Ulpiano, parrebbe commisurata all'interesse attuale. In realtà, il contrasto non esiste. Gaio, all'inizio, parla in termini generali per definire un'azione nei limiti dell'interesse, e solo poi specifica in termini temporali: infatti, se dapprima viene usato il presente, *quanti intersit*, in relazione di determinazione con *actio* (e non in relazione temporale con *competit*), nel seguito il discorso di Gaio collima pienamente con quello di Ulpiano (*quod petierit... quod non obtinuerit... id ipsum, quod ita perdiderit, hac actione consequatur*)

nuto quanto doveva a causa della mancata *editio*, quella somma stessa otterrà con l'azione contro l'argentario ⁽⁴⁶⁾. *Sed an hoc procedat videamus*. Gaio vede nel caso due possibilità: 1) o è possibile, ora come allora, dimostrare le proprie ragioni e vincere la causa anche senza l'*editio* (si tratta di dimostrare l'esistenza

(46) La determinazione di ciò che i Romani intendevano coll'*id quod interest* ha dato adito a vivaci polemiche in dottrina. Le diverse opinioni danno risalto tutte, sia pure in maniera diversa, alla differenza fra il *quod interest*, appunto, ed il *verum pretium rei*, che è misura della condanna per certe categorie di azioni.

Dopo le prime posizioni sull'argomento, dal Savigny al Pernice, all'Albertario, al De Francisci, al Levy, il *quod interest* cominciò ad essere definito come criterio soggettivo sussidiario, cui dovesse farsi ricorso quando una stima del *pretium rei* non avesse significato o risultasse impossibile, ovvero quando l'*interest* fosse il solo mezzo per far ottenere all'attore quanto avrebbe potuto ottenere con altre azioni, che, però, gli erano precluse, per un qualsiasi motivo (cfr. P. VOCI, *Risarcimento del danno e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, p. 56 s.). In pratica, però, si continuava a dargli un valore più che altro reipersecutorio (cfr. U. BRASIELLO, *Atto illecito, pena e risarcimento del danno. Corso di diritto romano*, Milano 1957, p. 73 ss. e 245 ss.). Così, si è pervenuti ad ipotizzare un diretto collegamento col valore materiale della cosa, secondo una valutazione pur sempre di fatto, rimessa, però, non ai giuristi, bensì al giudice (cfr. H. HONSELL, *'Quod interest in bonae fidei iudicium'*. *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München 1963, p. 174 s.). Ovvero, ancora, si è fatta parola di una valutazione che abbia riferimento a circostanze soggettive, e che sia stima del danno e del lucro (cfr. S. TAFARO, *'Id quod interest'*, in *Index* 1971, p. 359 ss.).

Infine, si è giunti a concludere che tra *interest* e *pretium rei* vi è a volte un rapporto di equivalenza, e a volte no; ma che, comunque, per il furto di documenti, l'*interest* delle fonti configura il valore rappresentativo del documento stesso (tanto è vero che viene raddoppiato, mentre il *pretium rei* nell'*actio furti*, in genere, si quadruplica: D. 47, 2, 50) (cfr. F. M. DE ROBERTIS, *'Quanti res est' - 'Id quod interest' nel sistema della grande compilazione*. (Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustiniano), in *SDHI* 32, 1966, p. 114 ss.). La base di questa soluzione rimane sempre la teoria del Voci: nel *quanti ea res est* o *erit* prevale l'idea della pena, nell'*interest* prevale l'esigenza del risarcimento del danno (cfr. DE ROBERTIS, *op. cit.*, p. 118 ss.); nell'*actio furti* e nell'ipotesi del furto di documenti il criterio base della condanna è quello rappresentato dal valore della cosa, mentre l'*interest* è solo criterio sussidiario (DE ROBERTIS, *op. cit.*, p. 126).

Anche secondo il MEDICUS (*Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz 1962, p. 299 ss.) diverse, e cioè ben quattro, sono le sfumature di significato, e quindi di valutazione anche pecuniaria, che il *quod interest* poteva assumere nei testi giuridici dell'età classica: esso, cioè, avrebbe potuto indicare « das, was dazwischenliegt » (*op. cit.*, p. 300), oppure « was auf ihn entfällt » (*op. cit.*, p. 301), o ancora « einen Zuschlag zu einer Hauptleistung, ähnlich wie es bisweilen *causa tut* » (*op. cit.*, p. 301), o infine « was der Kläger vom Beklagten verlangen kann » (*op. cit.*, p. 302).

e l'ammontare dei debiti): in tal caso, la parte che non l'abbia fatto nel primo giudizio o che non vi sia stata creduta *imputet sibi* o *imputet iudici*; 2) oppure solo ora è possibile dimostrare che se l'argentario avesse esibito i conti il richiedente avrebbe vinto la lite, e ciò in base a documenti e testimonianze che non aveva avuta la possibilità di citare nel primo processo: solo in questo caso Gaio ammette l'azione.

Alla fine del passo il giurista richiama, per analogia, l'ipotesi di furto o deterioramento di documenti. In questa ipotesi l'interessato poteva esperire l'*actio damni iniuriae* e la *condictio*, o meglio, come specifica la glossa di Accursio al punto ⁽⁴⁷⁾, la *condictio ex causa furtiva* e l'*actio furti* in caso di *cautio subrepta*, l'*actio damni* in caso di danneggiamento. Queste azioni erano concesse quando si fosse perduto il processo principale (quello per il quale era necessario presentare i documenti rubati o corrotti), in quanto, però, fosse possibile, in seguito, dimostrare altrimenti il proprio diritto.

Quale può essere il valore di questa analogia?

Si può pensare ad un tipo di analogia formale, che coinvolga anche gli aspetti tecnico giuridici delle due fattispecie. Allora il discorso analogico autorizzerebbe a ritenere che anche l'ipotesi in questione, quella dell'omissione dell'*editio rationum* da parte degli argentari, fosse configurata come illecito, sia pure di origine e con tutela pretoria.

Ma è più logico pensare ad una analogia sostanziale e pratica. Infatti, le situazioni sono uguali: nell'un caso Tizio aveva perduto il processo perchè l'argentario non aveva compiuto l'*editio* con cui l'attore avrebbe potuto provare il suo diritto, nell'altro caso l'esito negativo del processo doveva imputarsi al fatto che la *cautio* era stata rubata o falsificata; e nell'uno

⁽⁴⁷⁾ Cfr. la Magna Glossa a D. 2, 13, 10, 3: «*Condictio, primo casu datur condictio furtiva et actio furti ad duplum quantitatis, quae continebatur in cautione. in secundo datur actio damni iniuriae sive legis Aquiliae ad interesse, sive ad damnum: ut hic ...*».

e nell'altro caso si può ancora agire, e vincere, adducendo le stesse *rationes* o *cautiones* che si siano riottenute in qualche modo, ovvero *aliis instrumentis aut testibus*.

6. Ora ci si può chiedere se le ipotesi configurate da Ulpiano (D. 2, 13, 8 pr.) rappresentino veramente episodi di illecito privato (si noti il *punitur* del passo ora citato, ed anche il *deliquit* di D. 2, 13, 4, 4), ovvero se si tratti soltanto di responsabilità civile dell'argentario per inadempimento dell'obbligazione di *edere*; in pratica, se l'*actio in factum* possa essere intesa davvero come azione penale pretoria per il danno subito.

Già si è rilevato come la maggior parte della dottrina non abbia dubbi circa il suo carattere penale ⁽⁴⁸⁾; e generalmente la si è voluta avvicinare all'azione per danneggiamento.

L'insegnamento dell'Albanese in tema di *actio utilis* ed *actio in factum legis Aquiliae* ⁽⁴⁹⁾ ha messo in luce che le carat-

⁽⁴⁸⁾ Oltre al FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 133 (in specie nt. 18) e p. 162 ss., si vedano KÜRLER, *op. cit.*, p. 207; DE MEDIO, *op. cit.*, II, parte, p. 263; B. BRONDI, *Le 'actiones noxales' nel diritto romano classico*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 10 (1926), p. 63 nt. 9.; LEVY, *op. cit.*, p. 61 ss.; P. BERETTA, *Le formule in 'id quod interest'*, in *SDHI* 3 (1937), p. 421; VOGLI, *op. cit.*, p. 151 s.; BRASIELLO, *op. cit.*, p. 53; D. MEDICUS, *'Id quod interest'*, Köln-Graz 1962, p. 12 ss. e p. 277 ss.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, p. 232 nt. 211 e p. 263 nt. 148. Pur con qualche dubbio si schiera per questa opinione anche il PERNICE, *op. cit.*, 2, p. 176 ss.

Ma già il DE SARLO, pur asserendo il carattere penale dell'azione (cfr. *Il documento*, cit., p. 258 s.) a tratti sottolinea certi paralleli con l'*actio ad exhibendum* (*La produzione*, cit., p. 14; si veda anche *Ancora sulla produzione*, cit., p. 3 s.).

A ben vedere, neppure il FERNANDEZ-BARREIRO appare del tutto sicuro circa la natura penale dell'*actio* in questione, e la confronta tante volte con l'*actio ad exhibendum*, da far dubitare che egli stesso rimanga convinto, in fondo, dell'opinione dominante: il BURILLO (*Recensione*, cit. p. 237 s.) interpreta le sue conclusioni nel senso che l'*actio in factum* giuocherebbe un suo ruolo autonomo fra l'*actio ad exhibendum* e l'azione penale.

⁽⁴⁹⁾ B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 21 (1950).

L'*actio legis Aquiliae* tipica era concessa quando i requisiti previsti dalla *lex Aquilia* si fossero tutti verificati, e cioè: a) doveva trattarsi di un'azione, e non di omissione; b) era necessaria l'antigiuridicità obiettiva dell'atto; c) le fattispecie

teristiche distintive dei due tipi d'azione pretoria risultano basate su una distinzione classica, conosciuta anche da Ulpiano, che, però, col tempo, aveva perduto la sua rigidità⁽⁵⁰⁾: in base ad essa l'*actio utilis* presupporrebbe un danno che fosse stato arrecato *non corpore*, ma pure attraverso un *facere* antiggiuridico (*iniuria*), mentre l'*actio in factum* verrebbe in essere per danni cagionati con un'omissione (*non facere*) o con un *facere* non antiggiuridico (*facere iure*)⁽⁵¹⁾. Rispetto all'azione tipica, sia l'una che l'altra forma di procedimento pretorio rappresenterebbe un'evoluzione della colpevolezza in senso soggettivo⁽⁵²⁾.

In pratica, in conformità con i principi generali illustrati dal Betti⁽⁵³⁾, se ne può concludere che l'*actio utilis* era concessa in quei casi che, pur se non corrispondevano rigorosamente alle norme della *lex Aquilia*, tuttavia non ne esulavano del tutto, e cioè quando la condotta come elemento costitutivo dell'illecito consisteva in un *iniuria facere* (anche se non si trattava precisamente dell'*occidere urere frangere rumpere* legislativamente previsti), però non si concretizzava il requisito del *corpore corpori damnum dare*, richiesto dalla elaborazione giurisprudenziale sulla *lex Aquilia* stessa. Viceversa l'*actio in factum* rappresentava il rimedio concesso quando il fatto dannoso presentava caratteristiche opposte a quelle richieste

previste dalla legge erano solamente l'*occidere, urere, frangere, rumpere*; d) il danno doveva essere dato *corpore*; e) doveva determinarsi una *mutatio rei*, o, almeno, una *deminutio pretii*. Invece, qualora il danno fosse stato provocato con un'omissione (e non con un'azione), o quando mancasse l'*iniuria*, e si trattasse, cioè, di danno provocato con un'azione (o omissione) giuridicamente lecita, o, infine, quando non si fosse verificata una *mutatio rei* o un deprezzamento, il pretore provvedeva concedendo un'*actio in factum*. D'altra parte, nel caso in cui l'offesa non fosse stata arrecata *corpore*, era data un'*actio utilis ad exemplum legis Aquiliae* (vedi ALBANESE, *op. cit.*, p. 93 ss.).

⁽⁵⁰⁾ Spesso le due espressioni sono usate l'una per l'altra: cfr. ALBANESE, *op. cit.*, p. 97 ss.

⁽⁵¹⁾ Cfr. ALBANESE, *op. cit.*, p. 179 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. ALBANESE, *op. cit.*, p. 189 s.

⁽⁵³⁾ Cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1942, p. 285 ss. e P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1957, p. 117 s.

dalla legge, cioè quando non si trattava di un *facere*, ma di un *non facere*, ovvero quando, pur trattandosi di un *facere*, il comportamento del soggetto non era un comportamento anti-giuridico, cioè quando il danno non era arrecato *iniuria*, bensì *iure*.

Nel caso dell'*editio rationum argentarii* la condotta del banchiere può presentarsi come un'omissione antiggiuridica, un *non facere iniuria*. È ben vero che non si verificano nè la *mutatio rei* nè la *deminutio pretii*, che l'Albanese ritiene elementi essenziali del reato tipico del danneggiamento: e perciò si potrebbe forse discutere se dovesse concedersi veramente un'*actio in factum*, o non, piuttosto, un'*actio utilis*. Per questa particolare ipotesi l'Albanese non si pone il problema di confrontare le sue conclusioni con i dati delle fonti: se queste parlano di *actio in factum*, si tratterà sicuramente di *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* ⁽⁵⁴⁾.

Il fatto che Gaio, D. 2, 13, 10, 3, si limiti a parlare di *actio* senza specificazioni, non significherebbe, di per sè, l'inesattezza dell'ipotesi sopra formulata quando la si volesse accogliere: il giurista potrebbe aver parlato della questione nel passo che precedeva il frammento a noi pervenuto. Anzi, in tal modo, i collegamenti logici del discorso tornerebbero a meraviglia. Infatti, Gaio avrebbe detto che l'editto del pretore concedeva un'*actio in factum* per sanzionare « penalmente » la responsa-

(54) Cfr. ALBANESE, *op. cit.*, p. 93 nt. 2. Altrove, però, lo stesso Autore ritiene più fondato fare riferimento alla casistica del furto (cfr. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' fino a Nerazio*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 23 (1953), p. 73 ss. e 117 nt. 80, e *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 25 (1956), p. 129 ss., 147 ss., e 287 nt. 453). La diversa configurazione del fatto rappresenterebbe la conferma della teoria dell'autore circa l'impovertimento, documentabile in età preclassica e classica, dell'ambito sterminato che la figura del *furtum* aveva finito per abbracciare » durante il periodo postdecemvirale, impoverimento dovuto a varie cause, fra cui appunto l'emanazione della *lex Aquilia de damno*, che aveva preso a disciplinare alcune fattispecie originariamente ricomprese nella nozione di *furtum* (cfr. anche ALBANESE, voce *Furto (storia)*, in *Enc. d. diritto*, 18, Milano 1969, p. 315 ss.).

bilità degli argentari che non avessero effettuato l'*editio*; e avrebbe continuato poi con le parole *cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse, eveniet ut...*

Con tutto ciò si accorda il passo di Paolo, precedentemente ricordato, che parlava appunto di un'*actio in factum*.

Non mi sembra, tuttavia, che questa soluzione sia del tutto appagante: infatti col presunto carattere penale dell'azione non si accordano alcune delle caratteristiche che si sono notate in precedenza; e soprattutto la natura della responsabilità che fa capo all'argentario per la mancata *editio*, quale si può desumere dalle fonti.

7. A questo punto risulta opportuno prendere in esame un passo di Ulpiano, di difficile interpretazione (si noti come la maggior parte dei frammenti del titolo *de edendo*, in cui è localizzata tutta la materia che ci interessa, sia derivata da Ulpiano, e precisamente dallo stesso libro 4 del commentario *ad edictum* di Ulpiano); da esso si sono voluti trarre vari argomenti ad avvalorare l'ipotesi di coloro che classificano come penale l'*actio in factum*.

D. 2, 13, 4, 2-4 (ULP. 1. 4 *ad ed.*) 2. *Sed et filius familias continetur his verbis, ut vel ipse cogatur edere: an et pater quaeritur. Labeo scribit patrem non cogendum, nisi sciente eo argentaria exercetur: sed recte Sabinus respondit tunc id admittendum, cum patri quaestum refert.* 3. *Sed si servus argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum dominum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset. sed si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere, si servus pecuniariam faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur.* 4. *Etiam is qui deest argentariam facere, ad editionem compellitur.*

Il passo è stato ripetutamente discusso ⁽⁵⁵⁾: a monte delle varie interpretazioni date dai sostenitori della natura penalistica dell'azione contro i banchieri è la seguente argomentazione: se si discute della responsabilità del figlio e del servo, e si ammette senz'altro, almeno in certi casi, una responsabilità parallela del padre o padrone, si è senza alcun dubbio in ipotesi di responsabilità penale.

L'ultima posizione in merito è quella assunta dal Fernandez-Barreiro. Il giurista parla di obbligazione del padre quando questi sapeva dell'attività bancaria del figlio, o piuttosto, quando ne aveva tratto egli stesso dei vantaggi economici; da ciò l'autore desume che, qualora, invece, il padre non fosse stato a conoscenza del genere di negoziazioni compiute dal figlio o non ne avesse ricavato lucro, l'*editio* sarebbe stata richiesta direttamente al figlio e contro di lui sarebbe stato emanato il *decretum editionis*. Perciò, nel primo caso l'azione data contro il padre si configurerebbe come azione penale senza possibilità di *noxae deditio* (dove il carattere penale dell'azione si argomenterebbe, in particolare, dall'aver disatteso al *decretum editionis* del pretore e dall'*in solidum*, che è scritto alla fine del paragrafo 3, e che starebbe a significare, appunto, *sine noxae deditio*) ⁽⁵⁶⁾; nel secondo caso, invece, poichè la responsabilità dell'inottemperanza al *decretum editionis*, *inscio patre*, graverebbe esclusivamente sul figlio, sarebbe concessa contro il padre un'azione nossale.

Diversa risulterebbe l'ipotesi del servo. Qui, qualora il padrone fosse stato consapevole dell'attività del servo stesso, a lui verrebbe richiesta l'*editio* e contro di lui sarebbe data l'azio-

(55) Fra gli autori che se ne sono interessati più diffusamente cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 208 ss.; B. KÜBLER, *op. cit.*, p. 208; B. BIONDI, *op. cit.*, p. 64; P. VOGLI, *op. cit.*, p. 114. Ora anche I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei « servi »*, Napoli 1976, p. 129 s.

(56) Di cumulatività solidale nel senso di impossibilità delle *noxae deditio* si fa ampio discorso in *Atto illecito, pena e risarcimento del danno. Corso di diritto romano*, di U. BRASIELLO, cit., p. 154 ss.

ne ac si ipse fecisset; invece, il *dominus inscius* rimarrebbe obbligato a *edere rationes* solamente nel caso che i registri dei conti si trovino attualmente presso di lui (ed in quest'ultimo caso, qualora non li voglia presentare, sarebbe tenuto in *solidum*). Pertanto — conclude lo spagnolo — lo schiavo non è nè può mai essere soggetto passivo del *decretum editionis*.

Infine, l'ultima parte del passo, dove si parla di *actiones adiecticiae*, sarebbe frutto di interpolazione: altrimenti — si giustifica l'autore — perchè le stesse azioni non sarebbero menzionate anche per il figlio oltre che per lo schiavo?

Fin qui l'opinione del Fernandez-Barreiro.

Innanzitutto consideriamo qual'è la reale differenza tra la posizione del figlio e quella del servo. Io direi che il discorso riferito al figlio e quello riferito al servo vanno integrati l'uno con l'altro come parti di un'unica digressione sui soggetti a potestà. Infatti, il discorso di Ulpiano si inizia riconoscendo senz'altro al *filius* la capacità di essere obbligato all'*editio*. Quanto, poi, alla complementare responsabilità del *pater*, il giurista accenna ad una divergenza di opinioni fra la scuola proculiana e quella sabiniana ⁽⁵⁷⁾: mentre la prima affermava una responsabilità del padre alla condizione che l'attività bancaria fosse stata esercitata *sciente eo*, la seconda richiedeva che lo stesso padre ne avesse tratto lucro: e Ulpiano sembra aderire all'opinione di Sabino. Di seguito si viene a parlare del servo, ma quasi in forma di contrapposizione (si noti la congiunzione avversativa *sed*, che inizia il 3° paragrafo). Eppure mi sembra che Ulpiano dovesse riconoscere in capo al *pater* o al *dominus*, indifferentemente, la stessa responsabilità nei confronti dei terzi, quando avesse tratto arricchimento dall'attività del suo sottoposto; e così, ugualmente, sia il *pater* che il *dominus* avrebbe potuto liberarsi dall'obbligo di *edere rationes* giurando di non avere i codici relativi; sia per il padrone che per il padre, infine, in

⁽⁵⁷⁾ Sul punto si veda anche A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiectionis*, Torino 1974, p. 17 ss.

caso di negozio peculiare, sarebbero venute in essere le *actiones adiecticiae qualitatis*. La posizione del figlio e quella del servo risulterebbero, nelle loro linee generali, uguali: infatti, non si può affermare che il servo può *argentariam facere*, e limitare, nel contempo, la responsabilità del *dominus*, senza lasciare privi di tutela i terzi, qualora non fosse riconosciuta anche al servo la capacità di obbligarsi a *edere*. D'altra parte l'obbligo di *edere* ha natura contrattuale e non processuale, deriva dal particolare rapporto fra cliente e banchiere, e non dalla qualità di parte in un processo (tanto è vero che il banchiere è obbligato a *edere* anche se non è parte processuale) ⁽⁵⁸⁾; nè la situazione in esame è una di quelle situazioni particolari in cui la giurisprudenza romana ha sottolineato le differenze tra *filiusfamilias* e *servus* sul piano della capacità contrattuale ⁽⁵⁹⁾.

Il motivo della trattazione separata dei due casi nel testo di Ulpiano sarebbe da ricercarsi, forse, nel fatto che, se è vero che i due soggetti, *filius* e *servus*, erano originariamente incapaci allo stesso modo secondo il *ius civile*, ben presto la capacità del figlio fu accettata su un terreno squisitamente pretorio e di lì trapassò al *ius civile*, mentre non si giunse mai ad ammetterla anche per lo schiavo.

Ma, a parte tutto ciò, a mio parere il passo non riguarda nemmeno propriamente, il tema specifico dell'*actio in factum adversus argentarios*.

Gravi problemi di interpretazione sorgono proprio per quel che concerne l'*actio de peculio* e *de in rem verso* ⁽⁶⁰⁾. Giu-

(58) Cfr. D. 2, 13, 10 pr. (GAIUS I. 1 ad ed. prov.): *Argentarius rationes edere iubetur nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio ...*

(59) Cfr. BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 19 ss.

(60) Ci si può chiedere, innanzi tutto, se si tratti di un'azione unica, con condanna alternativamente nei limiti del peculio o, nel caso che questo non esista o non copra tutti i debiti, nei limiti dell'arricchimento, ovvero di due azioni distinte, concesse nei due casi indipendentemente l'una dall'altra. Secondo il SOLAZZI, che a lungo si è occupato dei due schemi processuali e delle loro relazioni, si tratterebbe di due azioni distinte, ma in un certo senso unificabili, nel senso, cioè, che,

stamente la critica testuale ha notato un'incongruenza nell'ultima parte del discorso di Ulpiano, incongruenza che — mi sia consentito anticipare — potrebbe celare, in realtà, lo slittamento delle argomentazioni verso altri problemi, che non sono propriamente quelli dell'*editio rationum*, bensì quelli più generali della responsabilità contrattuale dei sottoposti a potestà. Infatti, non mi sembra che si possa ipotizzare, riguardo alle *actiones adiecticiae* richiamate in D. 2, 13, 4, 3, un'interpolazione così grave e, direi, illogica, come la opina il Fernandez-Barreiro, dal momento che non se ne vede nessuna giustificazione possibile.

Innanzitutto la responsabilità prima del *pater* o *dominus* — come quella del figlio — è connessa con l'obbligo di *edere rationes*, a meno che, come si è detto, non si ricorra al giuramento *eas se rationes non habere*. Ma come è sanzionata tale responsabilità? forse con le azioni *de peculio* e *de in rem verso*,

mentre si può agire *de peculio* anche se non si è verificato arricchimento, non è possibile, invece, agire per la *versio* se non esiste un *peculio* [cfr. *Sul peculio nell'actio de in rem verso*, in *Arch. giur.* 152 (1957), p. 13]. L'autore richiama, fra gli altri, anche questo passo, D. 2, 13, 4, 3, per dimostrare come, mentre nelle fonti appare l'espressione *agere de peculio* isolata, non compare mai, invece, un'ipotesi di *versio* senza richiamo al *peculio* (cfr. *Peculio* e '*in rem verso*' nel diritto classico, in *Ricordo delle anoranze a Biagio Brugi*, Palermo 1911, p. 212 ss.); e poiché è improbabile che l'azione per l'arricchimento (e vi sono molti casi in cui appare l'unica azione logica) si trascinasse dietro una clausola inutile (dato anche che le due pretese avevano vita assolutamente diseguale, in quanto l'esperibilità dell'*actio de peculio* cessava decorso un anno dalla cessazione della *patria potestas*, mentre la responsabilità per la *versio* rimaneva perpetua), il Solazzi concludeva che la *versio* presuppone sempre un *peculio* (*op. ult. cit.*, p. 215) e che non poteva intendersi un'azione per arricchimento senza sottolineare nella formula stessa l'esistenza di questo *peculio* (*op. ult. cit.*, p. 218).

È ben vero che la giurisprudenza romana elaborò poi anche il concetto di *actio de in rem verso utilis*, da esperirsi appunto quando il soggetto a potestà non avesse avuto concessione del *peculio* (cfr. Solazzi, *op. ult. cit.*, p. 220). Però questo non mi sembra il caso. Per svolgere attività bancaria assai difficilmente il figlio o servo non si sarà servito del *peculio*, sia pure all'insaputa dell'avente potestà: l'attività stessa comportava troppi rischi economici e la necessità, spesso, di forti anticipazioni finanziarie, alle quali il soggetto non poteva pensare di far fronte senza un *peculio* di base. Sull'attività bancaria nel mondo antico ed i suoi rischi cfr., per tutti, G. SACCONI, *op. cit.*, p. 163 ss.

come il passo sembra far supporre? La risposta è, ovviamente, negativa. Sappiamo infatti che questa funzione sanzionatoria nei confronti del rifiuto ad effettuare l'*editio rationum* viene assolta da un'*actio in factum*. Ma a questa considerazione se ne aggiunge un'altra di carattere sostanziale: quelle azioni prendono in considerazione una responsabilità per atti negoziali già compiuti, e compiuti rispettivamente col peculio o in maniera tale da procurare un arricchimento all'avente potestà.

E proprio questo assunto rappresenta la chiave per l'interpretazione del vero significato del testo di Ulpiano. Pertanto, direi che sia il richiamo alle *actiones adiecticiae*, sia la previsione di una responsabilità solidale per il caso che il *dominus* si fosse rifiutato di fare l'*editio* richiesta, si pongono in rapporto con una diversa responsabilità, che non è quella di *edere rationes*. Si pensi al caso in cui un servo abbia compiuto negozi d'attività bancaria tramite il peculio. Non ha alcuna rilevanza ai nostri fini il fatto che il padrone ne fosse a conoscenza o meno: la *scientia domini* è richiesta solamente per determinare in capo a chi ricada l'obbligo dell'*editio rationum* ⁽⁶¹⁾. E ammettiamo che, una volta presentati i conti, si palesi la necessità di un'azione per inadempimento delle obbligazioni bancarie: ci si chiede chi dovrà essere soggetto passivo di tale azione. Invece, la sola presenza del peculio in questa ipotesi basta a fondare una responsabilità adiectizia del *dominus*, la quale garanti-

(61) Potrebbe essere utile leggere a questo punto G. TILLI, « *Dominus sciens* » e « *servus agens* », in *Labeo* 23 (1977), p. 16 ss. *passim*, anche se l'attenzione dell'autore è tutta rivolta ai problemi della responsabilità per delitti commessi da un *servus*. Benchè il Tilli non prenda in esame questa fattispecie particolare (l'*editio* non eseguita), tuttavia nelle sue conclusioni (p. 40 s.), con la previsione di una corresponsabilità del *servus agens* accanto al *dominus sciens*, e quindi di una duplice possibilità di azioni, un'*actio poenalis in solidum* e un'*actio noxalis*, sembra avvicinarsi molto nella forma alle espressioni usate nel testo in esame: ciò potrebbe offrire la chiave per una nuova diversa lettura del passo. Si noti però che il Tilli parte da chiare ipotesi di delitti commessi dal *servus* e discute della *scientia domini* riferita al delitto stesso: nel nostro caso invece la *scientia* è riferita all'attività bancaria svolta dallo schiavo, non all'*editio*.

sca al cliente la possibilità di convenire in giudizio una persona giuridicamente capace e che abbia, perciò, la possibilità di adempiere l'eventuale condanna. Pertanto, sempre in relazione a questa ipotesi, se i registri dei conti si trovano presso l'avente potestà e questi non ne fa l'*editio*, sarà tenuto responsabile *in solidum*, e non semplicemente nei limiti del peculio concesso al servo e secondo i criteri dell'*actio* relativa ⁽⁶²⁾.

Perciò mi sembrerebbe di dover concludere che il passo di Ulpiano non ci è giunto nella sua stesura originaria. Non è pensabile che il giurista compendiasse in maniera così grossolana i due tipi di responsabilità: egli avrebbe iniziato col trattare dell'obbligo di *edere rationes*, che riguarda anche il *filius argentarius*, nonostante la sua limitata capacità; poi avrebbe accennato alla responsabilità complementare del *pater* o *dominus*, con riguardo sempre all'*editio rationum*, per concludere sconfinando nel campo della responsabilità sostanziale dell'avente potestà; ed infine, avrebbe ripreso brevemente il discorso

(62) A questo punto l'ampliamento della responsabilità del *dominus in solidum*, invece che essere riaffermazione del carattere penale dell'*actio in factum* (cfr. *supra*, p. 83 e nt. 56), mi sembra posto a sottolineare il diverso regime dell'*actio de peculio* e *de in rem verso*, che comportavano una responsabilità rispettivamente nei limiti del peculio e dell'arricchimento, nei confronti delle altre azioni adietizie, in base alle quali sull'avente potestà gravava la responsabilità di tutto il debito: nel caso si sarebbe operata una deroga ai normali criteri di responsabilità delle suddette azioni *de peculio* e *de in rem verso* (cfr., in questo senso, L. DE SARLO, *Il documento cit.*, p. 236 s.).

Si è detto che il BRASIELLO, *op. cit.*, p. 154, parla di cumulatività solidale nel senso di impossibilità della *noxae deditio*. L'Autore fa anche una precisazione sul concetto di *scientia patris* o *scientia domini* (si veda *supra*, nt. precedente), come di concetto strettamente collegato ad azioni penali per gli illeciti compiuti da persone *alieni iuris*. Sulla presenza o meno di questa *scientia* si fonderebbe non già la responsabilità in genere del *pater* o *dominus* per quel che riguarda l'azione lecita o illecita del sottoposto, ma la mera possibilità di *noxae dedere*. Non mi sembra, però, che questa opinione sia sostenibile anche per D. 2, 13, 4, 3: infatti qui la *scientia* riguarda l'attività bancaria, e non l'atto illecito (se di atto illecito si vuol parlare nei confronti del rifiuto dell'*editio rationum*). E lo stesso testo fonda la responsabilità solidale del *dominus* sul rifiuto del *dominus* stesso, non sulla sua *scientia*. Perciò, non mi pare che qui si possa fare richiamo ad ipotesi di *noxae deditio*.

sulla clausola edittale che imponeva l'*editio rationum* anche a colui *qui desiit argentariam facere*. Ovvero, se anche tale era la disposizione della materia nell'opera di Ulpiano, mi sembra tuttavia che l'argomentare dovesse essere molto più particolareggiato e coerente. A mio sommosso avviso il passo rappresenta una sintesi non molto felice di un testo di Ulpiano che doveva essere ben più ampio. I compilatori giustinianeî, per poter riassumere la lunga casistica che probabilmente si era presentata in concreto, e che lo stesso Ulpiano aveva forse esaminato, colsero l'occasione del discorso intorno alla responsabilità del *filius*, per inserirci, di seguito, i vari casi di responsabilità adiettizia del *pater* o *dominus argentarii*: ricollegandoli al discorso precedente con quel semplice richiamo all'obbligo del *pater* di *edere rationes* ⁽⁶³⁾.

Rileggendo il testo alla luce di quanto si è detto, la disciplina dell'*editio rationum* per ciò che concerne il *filius argentarius* risulta essere la seguente:

- 1) Labeone escludeva che il *pater* potesse essere costretto a *edere rationes*;
- 2) lo stesso giurista, però, riteneva che anche il *pater* dovesse effettuare l'*editio* se *sciente eo argentaria exercetur*;
- 3) Sabino rettificava che l'elemento determinante per ammettere la responsabilità paterna non doveva essere la *scientia*, ma l'arricchimento del *pater*;
- 4) Ulpiano, infine, si dichiara dell'opinione di Sabino.

D'altra parte, nel caso del *servus argentarius*:

- 1) il *dominus* era tenuto a *edere rationes* quando era *sciens* (letteralmente: *volens*);

(63) Si osservi che anche da un punto di vista letterale il passo è costruito in maniera piuttosto faticosa, con una serie di frasi non strettamente concatenate da un punto di vista logico. L'elemento di congiunzione fra l'una e l'altra è costituito ripetutamente dall'avversativa *sed* (quando, spesso, non vi è nessun motivo di contrapposizione fra quanto si è già detto e quanto si sta per dire).

2) non vi era tenuto se era *insciens*: e in tal caso bastava che giurasse di non possedere i conti richiesti.

Perciò è chiaro che se il *dominus* aveva dato ordine di esercitare la professione di banchiere al suo sottoposto, o quando egli stesso l'aveva messo a capo dell'attività speculativa, l'elemento della *scientia* su cui basare la responsabilità esisteva necessariamente, in quanto esisteva la *voluntas*. Invero le regole dettate qui dalla giurisprudenza devono estendersi anche, e soprattutto, al caso in cui questa preordinazione del *dominus* non compare, ed il servo abbia cominciato a negoziare di propria iniziativa. Ma lo stesso discorso può essere ripetuto per il figlio. E difatti, se un peculio fosse stato concesso appositamente per svolgere l'attività di banchiere, o se, comunque, indipendentemente dal peculio, l'avente potestà avesse preposto il figlio o il servo ad una *mensa argentaria*, sarebbe stato forse più logico pensare di fare ricorso all'*actio institoria*, in base alla quale l'avente potestà avrebbe risposto per l'intero debito: ma il passo di Ulpiano non fa riferimento a quest'azione. Se ne deve concludere, perciò, che l'ipotesi presa in considerazione dal giurista sia precisamente quella in cui il soggetto avesse iniziato le trattative bancarie di sua esclusiva iniziativa. Così viene ad assumere una rilevanza maggiore la ricerca della responsabilità dell'avente potestà e s'illuminano di un più vivo significato i vari casi di *scientia* e di arricchimento. Ma, d'altronde, questa soluzione poteva già essere implicita nelle premesse: infatti è logico pensare che non dovevano sorgere dubbi sulla responsabilità del *pater* o *dominus* quando egli stesso avesse dato ordini per le negoziazioni.

Infine, si noti che le due soluzioni avanzate per il servo — e per esse Ulpiano non documenta divergenze di opinioni — corrispondono perfettamente alla teoria di Labeone a proposito della responsabilità del *pater argentarii*. Il testo non dice se anche per il servo Sabino avesse proposto la soluzione che si legge a suo nome per il figlio. Ulpiano, in ogni modo, sembra

ritenere che l'obbligo del *dominus* all'*editio* si dovesse ammettere solo nel caso che il servo avesse agito *inscio domino*, anche se quest'ultimo ne avesse tratto lucro.

E forse il giurista si è indotto a trattare separatamente delle due ipotesi anche sulla base di questa differenza, pur non sostanziale.

8. A questo punto si può riprendere il discorso sull'*actio in factum* cui accenna Paolo (D. 2, 13, 9 pr.).

In realtà anche gli altri argomenti su cui si fonda il suo riconoscimento come azione penale non vanno esenti da critiche. Le motivazioni addotte sarebbero le seguenti:

1) l'azione è annuale ⁽⁶⁴⁾; ma — si potrebbe obiettare — la cosa non deve far meraviglia in ogni caso, trattandosi di un'azione pretoria;

2) suo presupposto è l'inottemperanza al *decretum editionis* del pretore, che non può essere sanzionata in altro modo che con una pena ⁽⁶⁵⁾; ma con questo argomento si dovrebbero classificare allora come azioni penali anche tutte le azioni *ex interdicto*, per esempio, cosa che nessuno ha mai sostenuto;

3) criterio di imputabilità è unicamente il dolo come nei casi di responsabilità penale ⁽⁶⁶⁾; ma — aggiungerei — non solo in quelli, poichè la previsione di una responsabilità solamente per dolo esiste anche al di fuori del campo penale, per esempio nell'*actio ad exhibendum*;

4) inoltre l'azione risulterebbe trasmissibile dal lato attivo e intrasmissibile dal lato passivo; ma qui non si tratta di dati sicuri perchè il passo di Ulpiano su cui si basa questa affermazione (D. 2, 13, 13, ULP. l. 4 *ad ed.*: *Haec actio neque post annum neque in heredem nisi ex suo facto dabitur. here-*

⁽⁶⁴⁾ Cfr. D. 2, 13, 13; sul punto anche FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 188.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 176.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 170 ss.

di autem dabitur) è contraddetto da un brano di Paolo, D. 2, 13, 9, 1, precedentemente citato ⁽⁶⁷⁾;

5) infine, l'azione stessa presenta la caratteristica tipicamente penale della cumulatività dei soggetti, *si plures fuerint argentarii* (D. 2, 13, 6, 1) ⁽⁶⁸⁾; e anche qui non parlerei di caratteristica tipicamente penale, quanto piuttosto di solidarietà passiva.

Infine, a ben guardare, in questo caso mancano gli stessi estremi del *delictum* del danneggiamento: infatti, in tutti i vari casi di comportamento che possono essere rapportati alla norma della *lex Aquilia de damno* (in particolare intendo riferirmi a ipotesi di illecito compiuto su dei documenti, che è il caso citato da Gaio, D. 2, 13, 10, 3, in analogia con quello della mancata *editio rationum argentarii*) ⁽⁶⁹⁾, il comportamento deve sempre esplicarsi nei confronti di un oggetto materiale, ad esempio anche *chartae, membranae, codices, tabulae, cautiones*:

⁽⁶⁷⁾ Il LONCO ha analizzato a fondo il passo di Paolo (cfr. *L'origine della successione particolare nelle fonti del diritto romano*, in *BIDR* 14 (1902), p. 165 ss.); l'Autore ritiene frutto di interpolazione giustiniana, l'*aut pater aut dominus* ed il concetto di *iuris successores*. Tuttavia, rimane genuina la regola per cui i *successores argentarii* (che non siano il legatario ed il donatario) sono obbligati all'*editio rationum*. Questa affermazione si trova ripetuta senza alcuna perplessità dallo stesso Ulpiano in D. 2, 13, 6, 1 (*Cogentur et successores argentarii rationes edere* ...).

Di fronte alla contraddizione fra i due giuristi, e soprattutto fra i due passi di Ulpiano, il FERNANDEZ-BARREIRO (*op. cit.*, p. 182 e p. 211 s.) si trova costretto a separare l'obbligo di *edere*, passivamente trasmissibile, dall'*actio in factum*, che, essendo penale, sarebbe invece intrasmissibile. Questa macchinosa interpretazione non mi convince; essa lascia senza risposta un interrogativo di fondo: in che maniera potrebbe essere fatto valere contro gli eredi l'obbligo di *edere*, se l'azione a sua tutela è intrasmissibile?

Il passo di Ulpiano, in realtà, rappresenta uno dei motivi più validi a favore della natura penale dell'*actio in factum*. Mentre per ciò che riguarda l'annualità, si potrebbe obiettare, come si è detto, che l'azione *in factum*, come tale, sarebbe in ogni caso annuale, invece, di fronte alle contraddizioni dei giuristi in tema di trasmissibilità, mi sembra arrischiato ipotizzare una qualunque soluzione.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 215 ss.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *supra*, p. 76 ss.

l'immaterialità delle *rationes* impedisce il ricorso all'*actio legis Aquiliae*.

Ma un'azione *in factum*, comportante una condanna nei limiti del valore della cosa al momento della richiesta, la possiamo trovare in altri passi del Digesto. Intendo riferirmi a

D. 10, 4, 3, 14 (ULP. 1. 24 ad ed.) *Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Iulianus tractat. servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. ait Iulianus, si quidem mea charta scripta sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri: in factum igitur mihi actionem competere.*

Il passo è ricompreso nell'ampia discussione di Ulpiano che apre il titolo *ad exhibendum* del Digesto. Esso presenta la soluzione di un problema particolare, derivato, probabilmente, da un caso concreto. La massima, però, può essere assunta a principio generale: qualora non si possa agire *ad exhibendum* per l'inesistenza di uno dei caratteri distintivi dell'azione, si può ottenere dal pretore, in via equitativa, un'*actio in factum*, la quale, perciò sarà modellata sulla struttura dell'*actio ad exhibendum* ⁽⁷⁰⁾.

Lo studio del Marrone sul processo esibitorio permette di mettere a punto con una certa precisione i dati caratteristi-

(70) Secondo il BURILLO (*Contribuciones*, cit., p. 199 ss., e, in specie, p. 207 s.) l'*actio ad exhibendum* sarebbe sempre un'azione pretoria *in factum*. Questa ipotesi, forse, potrebbe rappresentare un argomento di più a favore della tesi che mi propongo di dimostrare, ma non sarebbe ancora la dimostrazione. E d'altra parte, in questa sede, non è il caso di prendere posizione circa la natura dell'*actio ad exhibendum*.

ci dell'azione tipica: a) si tratta di un'azione civile ⁽⁷¹⁾; b) la legittimazione attiva compete innanzi tutto al *dominus*, e poi anche, sempre in diritto classico, all'usufruttuario, al creditore pignoratizio, al legatario *per vindicationem*, all'*adsertor libertatis* e al proprietario bonitario, salvo tener presenti ulteriori allargamenti della legittimazione nel periodo postclassico ⁽⁷²⁾; c) legittimato passivo è il possessore, o anche, in certi casi, il semplice detentore della cosa di cui si chiede l'esibizione ⁽⁷³⁾; d) inoltre, è necessario un interesse attuale dell'attore all'esibizione: si noti, però, che, almeno per il diritto classico, questo interesse, di per sè solo, non è sufficiente alla concessione dell'azione ⁽⁷⁴⁾; e) l'attore, affermatosi proprietario, deve provare il suo diritto all'esibizione della cosa ⁽⁷⁵⁾; f) l'azione, mediante clausola arbitraria, dà all'attore la possibilità di impossessarsi della cosa, imponendo al convenuto, se questi non contesta il diritto dell'attore, un semplice *tollere pati* ⁽⁷⁶⁾; g) infine, l'eventuale condanna pecuniaria viene computata sulla base di un'*aestimatio*, effettuata mediante giuramento dell'attore sul *quanti ea res erit*, in un primo momento, e sul *quod actori interest* in seguito ⁽⁷⁷⁾.

Allorchè manchi uno dei suddetti requisiti, l'*actio ad exhibendum* come azione tipica viene esclusa: e l'esempio più lo-

(71) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 448 ss.

(72) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 18 ss.; cfr. anche BURILLO, *op. ult. cit.*, p. 241 ss.

(73) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 113 ss.; si veda anche BURILLO, *op. ult. cit.*, p. 255 ss.

(74) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 89 ss. Il BURILLO (*op. ult. cit.*, p. 233 ss.), mentre concorda col Marrone per quanto riguarda la necessità dell'interesse, ne contesta, invece, la seconda affermazione: per l'Autore spagnolo l'interesse è, al tempo stesso, necessario e sufficiente per la concessione dell'azione.

(75) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 28 s.

(76) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 296 ss. Il BURILLO (*op. ult. cit.*, p. 216 ss.) opone che con l'*actio ad exhibendum* non ci si contentava di gravare il convenuto con un semplice *tollere pati: exhibere* — egli precisa — significa portare in giudizio la cosa per permettere all'attore di impossessarsene; e il convenuto è tenuto a facilitargli l'impossessamento.

(77) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 492 ss.

gico è quello di chi non sia proprietario, nè si trovi in una delle situazioni illustrate dal *ius civile* per essere legittimato attivamente, e tuttavia, abbia interesse all'esibizione.

È questa, appunto, l'ipotesi proposta dal testo di Ulpiano. Il servo di mia moglie ha tenuto per me dei conti, e questi sono posseduti da un terzo; se la *charta*, cioè la materia su cui i conti stessi sono trascritti, non mi appartiene, io non posso esperire nè la *reivindicatio*, nè l'*actio ad exhibendum*: tuttavia mi è concesso di agire *in factum* per l'esibizione.

Invero, potrebbe sembrare, forse, più appropriata nel caso un'*actio utilis*, se dobbiamo accogliere come carattere distintivo fra l'azione in via utile e l'azione *in factum* (quando si riferiscono ad un'azione tipica del *ius civile*) quello che addita nella prima la semplice mancanza di alcuno degli elementi costitutivi dell'azione tipica, e nella seconda la presenza di elementi contrari ⁽⁷⁸⁾. Infatti Ulpiano dice semplicemente *si charta mea non fuit*, senza distinguere come ci si potrebbe aspettare, se il convenuto dell'azione *in factum* fosse esso stesso proprietario della *charta* — nel qual caso, verificandosi una circostanza opposta a quella richiesta dall'azione tipica, si dovrebbe agire *in factum* —, oppure se non lo fosse — e, pertanto, si possa agire *utiliter* —. Ma forse il giurista non si pone nemmeno questo problema perchè nell'ipotesi esaminata la qualifica *in factum* dell'azione derivava da un'altra circostanza, anch'essa opposta a quelle richieste dal *ius civile*, e cioè il fatto che mancasse un oggetto concreto e materiale su cui rendere possibile l'attività dell'*exhibere*.

Quindi, ritornando agli *argentarii*, mi sembra che l'*actio* concessa dal pretore per costringere i banchieri all'*editio rationum* debba ascriversi alla categoria delle *actiones in factum*, ma anche che debba essere modellata, come tale, sull'*actio ad exhibendum*, della quale presenta tutte le caratteristiche. Infat-

(78) Cfr. *supra*, p. 79 ss.

ti: 1) è data contro l'argentario in quanto possessore dei registri dei conti; 2) deve essere provato l'interesse positivo dell'attore all'*editio*, e ciò con dei limiti ben precisati; 3) la condanna pecuniaria è nei limiti dell'interesse; e ancora 4) come l'*actio ad exhibendum*, è prevista per i soli casi di responsabilità dolosa ⁽⁷⁹⁾; 5) anch'essa presuppone l'imposizione di un *iusiurandum calumniae*, sulla base del quale il pretore emana un *decretum*, che sarà *decretum exhibitionis* nell'un caso e *decretum editionis* nell'altro ⁽⁸⁰⁾; 6) l'interesse dell'attore non è motivo d'indagine particolare al momento della concessione dell'azione, bensì al momento della sentenza: per la concessione, invece, basta la semplice affermazione dell'interesse da parte dell'attore stesso, quella che nella dottrina processualistica moderna è la *legitimatio ad causam* ⁽⁸¹⁾; 7) l'ammontare della condanna per l'argentario sarà determinato, probabilmente, in base ad una *aestimatio* giurata dell'attore, come avviene in tutte le azioni nell'*id quod interest* ⁽⁸²⁾, e come avviene in particolare nell'*actio ad exhibendum*.

In definitiva, dei requisiti dell'*actio ad exhibendum* mancano quello che riguarda la legittimazione attiva (infatti l'attore non è il proprietario del *codex rationum*, nè si trova in una di quelle situazioni giuridiche ai cui titolari fu estesa la capacità di agire *ad exhibendum* ⁽⁸³⁾; anzi proprio il convenuto è allo stesso tempo possessore e proprietario dei registri stessi), e quello che riguarda l'oggetto.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 216 ss., e BURILLO, *op. ult. cit.*, p. 273 ss.

⁽⁸⁰⁾ In particolare sul *decretum exhibitionis* cfr. BURILLO, *op. ult. cit.*, p. 208 ss.; sul *decretum editionis*, in particolare, si veda FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 163 ss.

⁽⁸¹⁾ Per quel che riguarda l'*actio ad exhibendum* si veda MARRONE, *op. cit.*, p. 104.

⁽⁸²⁾ Cfr. L. AMIRANTE, voce *Giuramento (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. Ital.* VII, Torino 1961, p. 942.

⁽⁸³⁾ Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 18 ss.

Per ciò che concerne il primo dei requisiti mancanti, cioè la legittimazione attiva di colui che, pur non essendo proprietario delle *chartae, tabulae* o *membranae*, richiedesse ugualmente l'*editio rationum*, e contro il vero proprietario, la giurisprudenza romana dovette avvertire la necessità di una giustificazione dogmatica che non si risolvesse in un semplice stratagemma processuale.

Si leggano, a tal proposito, i seguenti passi:

D. 2, 13, 6, 5 (ULP. 1. 4 ad ed.) *Unde apparet, ita demum tenere hoc edictum, si ad eum pertineat. pertinere autem videtur ad me ratio, si modo eam tractaveris me mandante: sed si procurator meus absente me mandaverit, an mihi edenda sit, quasi ad me pertineat? et magis est ut edatur. procuratori quoque meo edendam rationem, quam mecum habet, non dubito, quasi ad eum pertineat: et cauturum de rato, si mandatum ei non sit.*

D. 2, 13, 4, 1 (ULP. 1. 4 ad ed.) *Huius edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit, id quod mei causa confecit meum quodammodum instrumentum mihi edi.*

Il caso presentato dal primo passo non propone particolari difficoltà. Si tratta di individuare quando si abbia diritto all'*editio* da parte dell'argentario, cioè quando le *rationes* possano dirsi *pertinentes*. Certamente nessun dubbio sorge allorchè il conto sia stato redatto su incarico della persona interessata; e lo stesso diritto all'*editio* si dovrà riconoscere anche al *procurator* del cliente, nonchè al cliente stesso per gli affari conclusi fra il suo *procurator* e l'argentario.

Il secondo passo (D. 2, 13, 4, 1) è ancora più esplicito nell'affermare che, poichè l'argentario ha redatto i conti *mei causa*, il conto stesso deve intendersi *meum quodammodum instru-*

mentum; e ciò senza necessità di alcun riferimento ad un rapporto formale di incarico, che obblighi in qualche modo il banchiere, nei confronti del cliente, in rapporto ai conti ⁽⁸⁴⁾.

9. Tutta la disciplina dell'*editio rationum argentarii* mi sembra ispirata a criteri di protezione nei confronti della categoria e dell'attività dei banchieri.

Se ne è visto un esempio nel *iusiurandum calumniae*, che risponde alle esigenze di segretezza del banchiere per quel che riguarda i suoi affari. Ed anche il concetto di *edere rationes*, come dichiarazione resa dal banchiere stesso sulla situazione dei conti, visto in parallelo con le analoghe attività della *computatio* e della *redditio*, permette al banchiere di conservare la segretezza dei suoi affari di fronte ai terzi. Ma alla stessa esigenza di segretezza sembra preordinata la norma contenuta in D. 2, 13, 10, 2, che sotto la veste di un'imposizione al banchiere (*edi autem ratio ita intellegitur, si a capite edatur, nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest*), nasconde, in realtà, un diritto a suo favore, quello di *edere a capite* e non totalmente.

E ancora: la limitazione della responsabilità ai soli casi in cui vi sia stato il dolo rappresenta anch'essa una norma che tiene conto degli interessi dell'*argentario*. E, del resto, continuando su questa via, gli stessi bizantini che, come si diceva, si sen-

(84) Il passo è stato sospettato di interpolazione (Cfr. A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, Palermo 1921, p. 138 nt. 1; S. SOLAZZI, 'Quodam modo' nelle Istituzioni di Gaio, in *SDHI* 19 (1953), p. 104 e p. 131 s.), ma innanzi tutto le critiche non erano sorte proprio dall'esegesi di questo testo, e in secondo luogo — cosa del resto più importante — sono rimaste più che altro sul piano della forma, senza intaccare la sostanza. In particolare i sospetti si sono appuntati sull'*aequissima*, che secondo il Guarneri Citati è frutto dell'enfasi giustiniana, e sul *quodammodo*, che, secondo le parole del Solazzi, «accompagnando un termine giuridico esprime un'equiparazione più o meno imperfetta che confonde le idee di giustizia, moralità, socialità, turba la logica e fa perdere al diritto ogni consistenza. Altro era il linguaggio dei giuristi romani e altra la forza dei loro concetti giuridici». Anche queste affermazioni non convincono: il *quodammodo* è frequentissimo nei testi, e spesso generico (cfr. *VIR*, voce *quodammodo*).

tirano in dovere di dare una maggior ampiezza a questa responsabilità, non giunsero fino a prendere in considerazione la semplice *culpa*, anche nelle sue manifestazioni normali o più lievi, e ricorsero al concetto di *culpa lata*.

D'altra parte (anche se nel Digesto vi sono altri esempi di questo tipo) potrebbe sorprendere il fatto che la condanna dell'*actio in factum* contro il banchiere comprenda soltanto il *quod interfuit mea rationes edi cum decerneretur a praetore* e non il *quod hodie interest*. L'azione — cioè — sanziona una responsabilità del banchiere per il solo danno emergente; la responsabilità per il *lucrum cessans*, già riconosciuta ampiamente nel diritto romano, come ha dimostrato con acutezza il Below⁽⁸⁵⁾, qui non trova espressione. Eppure vi potrebbe essere giustificata. In realtà — io credo — non si voleva gravare il banchiere di una responsabilità oltre i limiti del prevedibile, cosa che avrebbe potuto nuocere alla sua attività, se non addirittura pregiudicarla.

Del resto, è logico che col tempo, mentre i banchieri venivano ad assumere un peso considerevole nella vita sociale, si facesse sentire presso il pretore una esigenza pratica di loro esclusivo interesse, che sarebbe, in fondo, lo spunto storico

(85) Cfr. K. H. BELOW, *Die Haftung für 'lucrum cessans' im römischen Recht*, München 1964. Però secondo il MEDICUS (*op. cit.*, p. 277 ss.) i passi relativi alla azione contro il banchiere, in particolare D. 2, 13, 8 pr. e D. 2, 13, 10, 3, sarebbero nelle loro conclusioni postclassici.

Il Below non prende in particolare esame i due passi suddetti. In teoria il caso del banchiere potrebbe anche rientrare fra quelli che l'autore considera come ipotesi di liquidazione del lucro cessante ammesse nel diritto classico [quelle, cioè, in cui il lucro cessante risulti in maniera obiettiva da «objektiv-typisch Situationen» (*op. cit.*, p. 41), e non anche da «subjektiv-individuellen Eingeschaften» della persona che ha subito l'atto in discussione, le quali sarebbero diventate rilevanti solamente nel diritto postclassico (*op. cit.*, p. 41 e 123)]; ma potrebbe anche non esservi ricompreso, in quanto il testo stesso prescinde dal considerare se il mancato guadagno potesse avere o meno i caratteri dell'obiettività. In verità, per escludere la liquidazione del lucro cessante nell'ipotesi dell'*actio in factum adversus argentarios* io parlerei piuttosto di situazioni e attitudini soggettive di colui che ha compiuto l'omissione incriminata.

della più moderna disciplina del segreto bancario e in genere di tutte le guarentigie offerte, via via nel tempo, all'impresa bancaria ⁽⁸⁶⁾.

Sotto questo profilo si può anche comprendere il motivo per cui — pur di fronte agli interessi di colui che richiedeva l'*editio*, interessi che a loro volta non potevano essere, e non furono, trascurati — l'azione *in factum* non sia stata concepita come azione penale: l'interesse sociale alla continuità dell'attività bancaria, pur esigendo che essa fosse adeguatamente disciplinata sul piano giuridico, impose parallelamente di contenere le sanzioni applicabili al banchiere entro i limiti dello stretto necessario ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. B. RENDA, *Le banche nella giurisprudenza*, Padova 1972, p. 223 ss., che nelle noterelle introduttive alle sentenze riporta un'ampia bibliografia sulla disciplina del segreto bancario; si veda anche G. RUTA, *Il sistema della legislazione bancaria*, Roma 1976, parte III, cap. I: *Problematica del segreto bancario e sua soluzione negli altri Paesi*, e cap. II: *Il fondamento giuridico*.

⁽⁸⁷⁾ A conclusioni non dissimili, del resto, si potrebbe pervenire analizzando sotto questo profilo altri istituti particolari della disciplina romana sull'attività bancaria, quali il *receptum argentarii*, ovvero la regolamentazione tutta particolare della compensazione nel caso di rapporti con un banchiere.

FRANCESCO BENATTI

LE CLAUSOLE DI ESONERO DA RESPONSABILITÀ
NELLA PRASSI BANCARIA (*)

(*) Il saggio riproduce, con l'aggiunta di note, la lezione tenuta il 27 aprile 1977 al Corso di aggiornamento e di perfezionamento su « Le operazioni bancarie: profili giuridici », organizzato dall'Associazione per lo sviluppo degli studi di banca e di borsa e dalla Facoltà di Economia e commercio dell'Università Cattolica. Esso è dedicato alla memoria di Giuseppe Stolfi.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le clausole di esonero da responsabilità nelle norme bancarie uniformi. — 3. Il problema del loro controllo. Attività bancaria e tutela dei risparmiatori. — 4. Potere contrattuale della banca ed esigenze di tutela dei clienti. — 5. (Segue) La tutela delle categorie produttive. — 6. Gli strumenti di controllo: l'art. 1341, comma 2°, cod. civ. e gli artt. 32 ss. l. b. — 7. Il controllo giudiziale. — 8. Le clausole di limitazione del contenuto del contratto e la questione del loro controllo.

1. Le norme bancarie uniformi costituiscono la vera legge regolatrice dei rapporti tra la banca e i suoi clienti ⁽¹⁾. Hanno natura di condizioni generali di contratto e quindi sono soggette agli artt. 1341 e 1342 cod. civ. ⁽²⁾.

Redatte con buona tecnica e con precisione di linguaggio, esse completano la lacunosa disciplina legislativa in materia di contratti bancari, rimuovendo, da un lato, « motivi di incertezza e regioni di controversia in ordine alla corretta amministrazione della vicenda contrattuale » e dall'altro « spiegando rilevanti effetti di prevenzione delle liti (e quindi anche dei costi che vi si connettono) » ⁽³⁾. Tali risultati sono stati fino ad ora raggiunti anche in virtù dell'atteggiamento della dottrina, la quale si è preoccupata solo di « qualificare, alla luce dei tipi legali che ci sono conosciuti, le non in fondo nuove realtà create dalla contrattazione di banca rimaste prive di disciplina legale e, ciò che è in fondo più grave, di qualificare quegli stessi contratti bancari che sono stati regolati per la prima volta con

⁽¹⁾ MOLLE, *I contratti bancari*², in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano 1973, p. 46; CAVALLI, *Contratti bancari su modulo e problema di tutela del contraente debole*, Torino 1976, p. 8.

⁽²⁾ Si tratta di opinione indiscussa: da ultimo v. Cass. 26 ottobre 1968, n. 3572, in *Banca borsa tit. cred.* 1969, II, 1; Cass. 14 dicembre 1971, n. 3638, *ibid.* 1972, II, 175.

⁽³⁾ ROPPO, *Contratti standard*, Milano 1975, p. 31.

il codice civile del 1942 » ⁽⁴⁾, e non ha mai mostrato particolare attenzione per le clausole predisposte dalla banca in funzione di deroga e di integrazione della legge scritta.

Soltanto nei tempi recenti gli studi di diritto bancario hanno mutato prospettiva. Sotto l'influenza del vasto movimento volto ad assoggettare a controllo le condizioni generali imposte ai consumatori dalle grandi imprese, gli scrittori hanno iniziato un esame critico delle clausole contenute nelle norme uniformi. L'analisi ha preso le mosse dagli artt. 4, comma 2°, 5, 6, 7, e 8 del modulo della fideiussione *omnibus* ⁽⁵⁾ ed è proseguita con gli artt. 7, 8, 9, 11, 13, 14 e 15 delle condizioni generali relative all'apertura di credito garantita da pegno su merce o su documenti rappresentativi della merce ⁽⁶⁾.

Stranamente non sono state prese in considerazione le clausole di limitazione della responsabilità, se si eccettua il dibattito, tuttora aperto, sull'art. 16, appena modificato, delle norme per il servizio delle cassette di sicurezza. Tale disinteresse non trova una facile spiegazione, soprattutto se si tiene conto della circostanza che proprio con riguardo a questo tipo di clausole sono state discusse ed elaborate le tecniche di tutela dei consumatori nei confronti della pratica della contrattazione standardizzata ⁽⁷⁾. Eppure un'indagine in questa materia riveste particolare importanza, non solo perchè porta ad individuare clausole che devono essere sottoposte alla disciplina degli artt. 1229 e 1341, com-

(4) CALTABIANO, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 309.

(5) G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, in *Riv. dir. comm.* 1971, I, 225 ss. e *In tema di fideiussione generale*, in *Riv. dir. civ.* 1972, I, 529 ss.; contro P. RESCIENO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. omnibus*, in *Banca borsa tit. cred.* 1972, II, 22 ss.

(6) CAVALLI, *op. cit.*, p. 58 ss.

(7) Infatti, « sotto il profilo dei dati offerti da una rilevazione empirica delle prassi di contrattazione uniforme... sembrano esservi argomenti per affermare che, tra le clausole di comune iscrizione nei formulari di impresa, sono appunto quelle di esonero o di limitazione della responsabilità (o della garanzia) a ricorrervi con la frequenza più elevata » (ROPRO, *op. cit.*, p. 38).

ma 2°, ma perchè costituisce un utile angolo di visuale per affrontare, in termini generali, il tema delle norme bancarie uniformi.

2. È necessario passare in rassegna i moduli usati nella prassi bancaria.

a) *Norme che regolano i conti correnti di corrispondenza.*

L'ultimo capoverso dell'art. 3, comma 2°, contiene una clausola di esonero da responsabilità, in quanto riversa sul correntista il rischio dell'invio dei moduli, che per i principi generali è a carico della banca.

Sorgono dubbi, invece, a proposito della prima parte della norma. Essa non libera la banca dalla responsabilità nel caso in cui non adotti l'ordinaria diligenza nel pagamento dell'assegno, bensì riversa sul correntista le conseguenze dannose che possono derivare dalla perdita, dalla sottrazione o dall'uso abusivo o illecito dei moduli. In tal modo tende a cautelare la banca « contro quell'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale che vorrebbe addossare alla banca trattaria, come normale rischio professionale, il danno conseguente al pagamento di assegno falso o falsificato, quando non vi sia colpa nè da parte della banca nè da parte del correntista » ⁽⁸⁾. Se questa è, dunque, la *ratio* dell'art. 3, comma 2°, prima parte, esso non costituisce una deroga al sistema della responsabilità della banca ⁽⁹⁾, essendo ormai opinione dominante che il pregiudizio derivante dalla falsificazione dell'assegno ricada sul cliente ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 461. Tale orientamento risale a VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*⁵, III, Milano 1929, n. 1415, p. 476.

⁽⁹⁾ Come sembra ritenere ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova 1966 (rist.), p. 406.

⁽¹⁰⁾ MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli 1955, p. 96 ss.; FIORENTINO, *Le operazioni bancarie*², Napoli 1959 (rist.), p. 132; Cass. 5 febbraio 1958, n. 322, in *Foro pad.* 1958, I, 696 con nota di Pellizzi; Trib. Bari, 14 aprile 1970, in *Banca borsa tit. cred.* 1971, II, 116 s. (a proposito dell'art. 6, comma 2°, del « regolamento dei depositi in conto corrente » che ha il medesimo contenuto dell'art. 3, comma 2°, esaminato nel testo).

L'art. 15, comma 2°, si limita a specificare fatti non imputabili alla banca e di cui essa non è tenuta a rispondere *ex art.* 1218 cod. civ. Come si vedrà più avanti, disposizioni di questo tipo sono assai frequenti nelle norme uniformi e sono state dettate, da un lato, per offrire un regolamento chiaro e puntuale del rapporto con i clienti, tendenzialmente non suscettibile di dare luogo a controversie, e dall'altro per premunirsi nei confronti di interpretazioni dirette ad introdurre la teoria del rischio di impresa anche nell'ambito della responsabilità contrattuale.

b) Norme per i servizi di cassa continua.

I. Cassa versamenti.

Per l'art. 5, comma 2°, l'azienda di credito, sino a quando non ha ritirato i bossoli e verificato il loro contenuto nel modo previsto dall'art. 6, risponde verso il correntista solo dell'*idoneità* dell'impianto; il che significa che « in caso di deterioramento o distruzione dei valori, essa deve dare la prova che l'impianto era stato costruito secondo la tecnica richiesta dalla sua destinazione e che la manutenzione del medesimo era fatta secondo le regole suggerite dalla normale diligenza » ⁽¹¹⁾. Pertanto la norma esonera la banca da responsabilità nelle ipotesi di deterioramento e distruzione dei beni subiti dal cliente per cause diverse dalla idoneità dell'impianto, e ad essa imputabili (ad esempio per negligenza nella custodia).

L'art. 10, comma 1°, disciplina l'esercizio del potere di revoca, di sospensione e di modificazione dell'uso, del servizio, stabilendo che può essere effettuato in qualsiasi momento con preavviso. Di conseguenza i danni che derivano al cliente dall'interruzione del servizio non possono essere imputati alla banca (comma 3°), purchè eserciti tale potere correttamente (ad esempio abbia dato un congruo preavviso).

⁽¹¹⁾ MOLLE, « *La cassa continua* », in *Banca borsa tit. cred.* 1966, I, 345.

II. Cassa prelevamenti.

L'art. 4 prevede una clausola di limitazione del contenuto del contratto, privando il correntista del diritto di reclamare in ordine all'esattezza delle somme erogate dall'impianto.

L'art. 6 pone, a carico dell'utente, l'obbligo di custodire con la massima cura i mezzi di prelevamento e non tocca il problema della responsabilità della banca.

L'art. 8, comma 1°, contiene una clausola di esonero, liberando la banca da responsabilità per i danni derivanti al correntista dal mancato o difettoso funzionamento dell'impianto ad essa imputabile.

Per l'ultimo comma dell'art. 8 valgono le osservazioni svolte a proposito dell'art. 10, comma 3°, del modulo « cassa versamento ».

c) *Regolamento dei depositi fruttiferi a risparmio. I. Norme per i libretti di deposito di risparmio al portatore.*

L'art. 4, comma 1°, esclude l'obbligo della banca di identificare il presentatore del libretto, in quanto lo considera legittimo possessore del medesimo. Esso va coordinato con l'art. 1836 cod. civ. nel senso che il mancato riconoscimento dell'esibitore non costituisce violazione di un obbligo della banca ⁽¹²⁾.

d) *Norme per i depositi a custodia.*

I. Norme per i depositi di titoli e valori a semplice custodia.

Il secondo capoverso dell'art. 14 costituisce una specificazione dell'art. 1770, comma 2°, cod. civ. e trae origine dalla con-

(12) Secondo la giurisprudenza « il possesso del libretto di deposito bancario al portatore è sufficiente per attribuire la legittimazione a riscuotere; non è quindi necessaria l'identificazione del possessore ai fini dell'accertamento della legittimazione, come, invece, si richiede per i titoli a legittimazione nominale. Tuttavia il depositario è, nei confronti del depositante, liberato per il pagamento delle somme depositate sul libretto, solo se lo abbia eseguito senza dolo o colpa grave: egli deve perciò usare le opportune cautele e cioè provvedere, quanto meno, ad identificare il presentatore » (Cass. 21 ottobre 1967, n. 2634, in *Banca borsa tit. cred.* 1968, II, 483).

siderazione che la banca, di fronte ad un pericolo imminente, trasferisca altrove i titoli, ma « errando nelle previsioni, li esponga a quegli eventi che voleva evitare; per cui, col senno di poi, l'atto di diligenza compiuto potrebbe esserle imputato » ⁽¹³⁾. Pertanto, con tale norma la banca si esonera da responsabilità per i danni causati colpevolmente sia nel trasferimento sia nella valutazione del pericolo.

III. *Norme per i depositi a custodia chiusi.*

L'art. 8, comma 1°, determina l'oggetto dell'obbligazione di custodia della cosa depositata, limitandolo alla sola integrità esteriore del plico ed escludendolo con riguardo alla conservazione del contenuto ⁽¹⁴⁾.

Per il terzo comma dell'art. 8 si possono ripetere i rilievi svolti in relazione all'art. 14 appena esaminato.

Il significato dell'art. 9 può essere colto solo se viene collegato con l'art. 4. Questa regola dispone che « il depositante, all'atto della costituzione del rapporto, deve dichiarare il valore in lire, che attribuisce alle cose depositate » (cfr. anche art. 12, comma 1°); di conseguenza « in caso di perdita totale o parziale l'eventuale indennizzo dovuto dalla Azienda di credito non può essere superiore al valore dichiarato ». Pertanto l'art. 9 non contiene una clausola di limitazione della responsabilità con fissazione della somma massima da corrispondere a titolo di risarcimento, bensì proporziona l'entità del risarcimento alla prestazione cui è tenuta la banca. Con altre parole l'art. 9 prevede un patto di limitazione dell'oggetto del contratto.

e) *Norme per il servizio delle cassette di sicurezza.*

Gli artt. 2, comma 3°, 6, comma 1°, e 12, comma 2°, contengono clausole di esonero da responsabilità della banca nell'ipo-

⁽¹³⁾ MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 632.

⁽¹⁴⁾ Conf. CAPOBIANCO, *Il deposito chiuso*, in *Banca borsa tit. cred.* 1956, I, 557.

tesi in cui la produzione del danno derivi da un suo comportamento colposo ⁽¹⁵⁾.

L'art. 16 ha avuto una vicenda singolare ⁽¹⁶⁾. L'opinione prevalente lo considera una clausola di limitazione del contenuto del contratto ⁽¹⁷⁾, ritenendo che esso sia stato dettato dalla « giustificata esigenza delle banche di assicurare un equilibrio tra la propria prestazione e la controprestazione del cliente. L'art. 16, infatti, non è diretto a porre la banca in una posizione di vantaggio nel rapporto contrattuale, bensì a proporzionare il rischio assunto alla misura del canone proposto dal cliente, perchè altrimenti sarebbe proprio la banca a trovarsi nel rapporto in una posizione deteriore. Senza la possibilità di determinare convenzionalmente il valore delle cose depositate, infatti, la banca, che non può controllare e quindi impedire al cliente di depositare nella cassetta oggetti che superino un determinato valore, si vedrebbe esposta, contro un corrispettivo quasi modesto, a rispondere illimitatamente delle cose depositate, qualunque sia il loro valore » ⁽¹⁸⁾.

Ma una recente sentenza della Cassazione ha mutato indirizzo. Dopo avere premesso il criterio che distingue la clausola di esonero da responsabilità da quella che limita l'oggetto del negozio, questa sentenza ha stabilito che l'inserzione dell'art. 16 in un contratto di utenza di cassette di sicurezza « non altera in nessun modo l'oggetto del negozio, che rimane quello tipico, previsto dall'art. 1839 cod. civ. ». « La determinazione convenzionale del valore massimo, da attribuirsi al contenuto

(15) CONIRO CIUCHINI, *Il servizio delle cassette di sicurezza*, in *Enciclopedia della banca e della borsa*, II, Roma-Milano (s.d.), p. 171.

(16) Per l'informazione bibliografica v. GIANNATTASIO, *Vent'anni di giurisprudenza sui contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.* 1962, I, 404 ss.

(17) CAPOBIANCO, *Le cassette di sicurezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1955, I, 100 s.; GIANNATTASIO, *Limitazioni alla responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*, *ibid.* 1956, II, 438 ss.; CIUCHINI, *op. cit.*, p. 172 s.; MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 683 s. e nota 92; contro Trib. Firenze, 24 aprile 1970, in *Banca borsa tit. cred.* 1971, II, 281 s.

(18) App. Bologna, 19 novembre 1973, in *Banca borsa tit. cred.* 1975, II, 273.

della cassetta, non è collegata ad alcuna restrizione o dilatazione delle obbligazioni dedotte nel contratto, giacchè non comporta nè per il cliente il divieto di immettere nella cassetta cose di valore, nè per la banca un diverso atteggiarsi degli adempimenti che le fanno carico. L'unica funzione della clausola consiste nel fissare un limite massimo al risarcimento, come risulta con tutta chiarezza dal terzo comma dell'art. 16 a norma del quale l'entità del rimborso, dovuto dall'Azienda di credito per qualsiasi ragione, non può superare quanto disposto al comma precedente (cioè la cifra convenzionale determinata). Si è, dunque, in presenza di una tipica clausola diretta — proprio e soltanto — a limitare la responsabilità della banca in caso di suo inadempimento » ⁽¹⁹⁾.

È difficile stabilire quale sia l'esatta interpretazione dell'art. 16, anche perchè la sua infelice formulazione offre argomenti testuali a favore di entrambe le soluzioni. Proprio per questo motivo, sotto la spinta di noti episodi della vita quotidiana, la banca si è avvalsa della facoltà concessale dall'art. 26 « di modificare in qualsiasi momento le condizioni che regolano il rapporto di utenza » per sostituire l'art. 16 con due distinte norme, le quali dispongono che « l'uso della cassetta è concesso per la custodia di cose di valore non superiore a L. . . Pertanto l'utente si obbliga a non conservare nella cassetta cose aventi un valore nel complesso superiore a detto importo di L. . . » e « nel caso in cui, per qualsiasi ragione, l'Azienda di credito fosse tenuta ad un risarcimento verso l'utente, essa non lo rimborserà che del danno comprovato ed obiettivo ».

In tal modo la banca determina l'oggetto della prestazio-

(19) Cass. 29 marzo 1976, n. 1129, in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, II, 178 s. con nota contraria di Molle. Questo orientamento è stato seguito dalle recentissime sentenze, ancora inedite, di Trib. Roma, 21 dicembre 1977 - 15 febbraio 1978 (Salvidio c. Monte dei Paschi di Siena); Trib. Milano, 3 novembre 1977 - 9 marzo 1978 (Antonini c. Cassa di Risparmio delle Province Lombarde); Trib. Milano, 24 novembre 1977 - 9 marzo 1978 (Rossi e altri c. Cassa di Risparmio delle Province Lombarde).

ne di custodia, convenendo il valore delle cose che devono essere immesse nella cassetta, con la ovvia conseguenza che — nelle ipotesi in cui il furto o il danneggiamento integrino la fattispecie di responsabilità della banca *ex art.* 1839 cod. civ. — essa sarà tenuta a risarcire il cliente solo entro i limiti in cui era obbligata alla custodia. Si è in presenza, dunque, di una clausola di limitazione del contenuto del contratto e non già di limitazione pattizia del *quantum debeatur* a titolo di responsabilità.

Questa nuova disciplina del servizio delle cassette di sicurezza pone il problema della sua utilità pratica, facendo sorgere l'interrogativo, se essa risponda ancora alla sua funzione economico-sociale.

f) *Norme relative ad operazioni garantite da titoli o da merci.*

I. *Condizioni generali uniformi relative all'apertura di credito garantita da merce e/o da documenti rappresentativi di merce.*

La prima parte del primo comma dell'art. 9 riproduce la stessa regola dell'art. 2790, comma 1°, cod. civ. La seconda pone a carico del cliente una serie di fatti determinanti la perdita o l'avaria della merce costituita in pegno, non imputabili alla banca oppure imputabili al cliente e a terzi che non hanno la veste di ausiliari. Questa norma, dunque, non deroga ai principi generali della responsabilità della banca.

g) *Norme relative al rilascio di fideiussioni.*

I. *Condizioni generali uniformi relative alla fideiussione senza indicazione di limite massimo a garanzia di qualunque operazione.*

L'art. 5 prevede una deroga all'art. 1956 cod. civ., dispensando la banca dal chiedere la speciale autorizzazione al fi-

deiuissore in caso di nuova concessione di credito al debitore, quando le condizioni patrimoniali di quest'ultimo sono divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito. La regola è stata ritenuta nulla sulla base dell'osservazione che « la rinuncia preventiva all'eccezione liberatoria sarebbe diretta ad esonerare il creditore dalle conseguenze di un fatto volontario » e quindi si configurerebbe come *pactum ne dolus praestetur* ⁽²⁰⁾.

La tesi, rimasta isolata, non è accettabile, in quanto l'art. 5 contiene in realtà una limitazione del contenuto del contratto ⁽²¹⁾, considerata valida dalla giurisprudenza sul presupposto che la rinuncia preventiva del fideiussore all'eccezione di estinzione dell'obbligazione statuita dall'art. 5 non contrasta con alcun principio di ordine pubblico, ma comporta solo l'assunzione, da parte del fideiussore, del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore ⁽²²⁾.

h) Norme relative al servizio incassi.

La lettera A) dell'art. 1 elenca una serie di fatti che non sono imputabili all'azienda ex art. 1218 e pertanto non prevede una clausola di esonero. Ne consegue che — se, ad esempio, lo smarrimento, la sottrazione o la distruzione del titolo durante il trasporto avviene in seguito ad un comportamento colpevole della banca — questa non può invocare la norma in esame per sottrarsi a responsabilità.

La lettera B) contiene una tipica clausola di esonero ⁽²³⁾, come pure l'art. 2, comma 2°, per quanto riguarda la colpa della banca nella scelta del proprio corrispondente.

⁽²⁰⁾ ANGELONI, *Fideiussione per obbligazioni indeterminate*, in *Banca borsa tit. cred.* 1954, I, 67.

⁽²¹⁾ MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 207.

⁽²²⁾ Cass. 7 agosto 1967, n. 2441, in *Banca borsa tit. cred.* 1967, II, 520; App. Napoli, 9 luglio 1968, *ibid.*, II, 583.

⁽²³⁾ Contro MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 697.

Gli artt. 6, comma 2°, e 7 escludono l'obbligo della banca, in assenza di specifiche istruzioni, di levare il protesto o di ritirare e immagazzinare la merce, alla quale si riferiscono i documenti, o di provvedere ad alcunchè nei riguardi della stessa. Viceversa la seconda parte dell'art. 7 prevede un patto di irresponsabilità. Analoga conclusione vale anche per l'art. 8, comma 2° e 4°, anche se la sua non chiara formulazione può fare pensare che sia diretto a limitare l'ambito degli obblighi della banca, escludendo quello di controllare l'autenticità delle firme oppure di protestare in tempo utile gli effetti su Paesi con comunicazioni difficili.

i) Condizioni e norme per il rilascio e l'utilizzo delle carte assegni

L'art. 4 pone, a carico del correntista, l'obbligo di custodire con la massima cura la carta assegni. Inoltre esonera la banca da responsabilità connessa all'uso illegittimo della carta da parte di terzi.

1) Norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari.

L'art. 7 determina il contenuto dell'obbligo della banca nell'esame dei documenti, il quale consiste nell'accertare, con ragionevole cura, che « essi *appaiano* conformi alle condizioni del credito ».

L'art. 9 non prevede una clausola di esonero da responsabilità ⁽²⁴⁾, come si ricava dalle tre distinte regole in essa inserite. La prima (« le banche non assumono nessuna responsabilità per la forma, la sufficienza, l'esattezza ecc. ») costituisce una specificazione del principio del formalismo del credito documentario sancito nell'art. 7 ⁽²⁵⁾. Una diversa lettura, tendente

⁽²⁴⁾ Contro Trib. Firenze, 14 gennaio 1950, in *Banca borsa tit. cred.* 1950, II, 279 con nota critica di Micheli, ma si tratta di sentenza isolata.

⁽²⁵⁾ BALOSSINI, *Norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari*, II, Milano 1969, p. 225 ss.; MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 575.

ad attenuare il grado di diligenza della banca nel controllo dei documenti, contrasterebbe con la funzione economico-sociale del credito documentario.

La seconda regola (« esse non assumono alcuna responsabilità nemmeno per la descrizione, la quantità, il peso ecc. ») riproduce il canone della separazione delle operazioni di credito dal rapporto sottostante ⁽²⁶⁾. La terza (« nè infine per la buona fede, per gli atti e/o omissioni ecc. ») appare superflua ⁽²⁷⁾, perchè riguarda fatti di cui la banca non può essere chiamata a rispondere.

L'art. 10 contempla una clausola di esonero ⁽²⁸⁾, così come l'art. 12, comma 2°, per quanto concerne la colpa della banca nella scelta del corrispondente. Da ultimo l'art. 11 elenca una serie di fatti non imputabili alla banca e di cui non è tenuta, perciò, a rispondere *ex art. 1218*.

Con riguardo a queste norme, e in particolare all'art. 10, si è scritto che esse trasferiscono, a carico dell'ordinante che pretende il risarcimento del danno, la prova del dolo o della colpa grave della banca ⁽²⁹⁾. Questa opinione richiede una precisazione. Le parti possono validamente mutare il regime probatorio fissato dall'art. 1218 tranne nel caso in cui ciò renda difficile per il creditore l'esercizio del diritto. Tale eccezione è stata introdotta dall'art. 2698 cod. civ. per ovviare il pericolo che la parte economicamente più forte possa « porre nel nulla i diritti della parte più debole » ⁽³⁰⁾. Ma essa assume particolare rilievo nella materia che qui interessa, in quanto impedisce ai contraenti di realizzare l'esonero da responsabilità per dolo o colpa grave attraverso le convenzioni sulla prova. Se in

⁽²⁶⁾ BALOSSINI, *op. cit.*, p. 235.

⁽²⁷⁾ BALOSSINI, *op. cit.*, p. 236.

⁽²⁸⁾ Conf. MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 576.

⁽²⁹⁾ MOLLE, *op. ult. loc. cit.*

⁽³⁰⁾ Relazione al codice civile, n. 1104.

virtù di tali accordi diventa arduo per il debitore dimostrare il dolo o la colpa grave della controparte e questa, pertanto, può sfuggire alle conseguenze del suo comportamento, essi sono da considerarsi nulli ai sensi dell'art. 2698 ⁽³¹⁾. Questa norma si collega così all'art. 1229, perchè sottrae all'autonomia privata il potere di eludere il divieto delle clausole di esonero attraverso forme convenzionali che, mentre lasciano sussistere la responsabilità del debitore, sostanzialmente raggiungono il medesimo scopo delle convenzioni vietate dall'art. 1229, comma 1° ⁽³²⁾.

m) *Norme uniformi per il servizio incasso di effetti e documenti.*

Gli artt. 1, comma 2°, e 2 escludono l'obbligo della banca sia di esaminare la carta commerciale e i documenti che l'accompagnano, sia di accertare l'indirizzo esatto del trattario oppure il domicilio al quale la banca cessionaria deve effettuare la presentazione. Di conseguenza l'espressione « non assumono alcuna responsabilità ecc. », inserita nelle due norme, è pleonastica per la mancanza del correlativo obbligo ⁽³³⁾.

L'art. 8 prevede una clausola di esonero da responsabilità nel caso di colpa della banca nell'accertamento della autenticità di qualsiasi firma e dei poteri di qualsiasi firmatario. Identica natura ha l'art. 9, comma 3°, mentre qualche dubbio sorge con riguardo all'art. 9, comma 2°. Forse è preferibile l'interpretazione che vede nella norma un'esclusione dell'obbligo della

⁽³¹⁾ « L'assunzione dell'onere probatorio della colpa da parte del creditore può infatti ammettersi solo in quanto la prestazione ricada nella sua sfera di controllo, e renda concretamente possibile accertare l'eventuale colpa del debitore o dei suoi ausiliari (BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1967, p. 404).

⁽³²⁾ BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano 1971, p. 78 s.

⁽³³⁾ BALOSSINI, *L'incasso documentario nelle norme uniformi della camera di commercio internazionale*, Milano 1970, p. 86.

banca di fare levare il protesto in mancanza di istruzioni specifiche ⁽³⁴⁾.

L'art. 16, comma 1°, contiene un patto di esonero per colpa della banca nella scelta del corrispondente o nell'invio delle istruzioni.

L'art. 17 stabilisce l'esonero da responsabilità della banca per le conseguenze derivanti da ritardi e/o perdite nell'inoltro di messaggi, lettere o documenti, per i ritardi, mutilazioni o altri errori che potessero verificarsi nella trasmissione di cablogrammi, telegrammi o telex e per gli errori di traduzione o interpretazione dei termini tecnici, dipendenti sia da fatto proprio sia da fatto di terzi.

Per l'art. 18 si possono ripetere le stesse considerazioni svolte con riferimento all'art. 11 delle norme sui crediti documentari.

3. L'indagine condotta sui moduli di contratto adottati dalla banca ha messo in luce come essa — a differenza delle altre imprese che adottano la prassi della contrattazione standardizzata — ricorra con poca frequenza alle clausole di esonero, preferendo inserire nei moduli clausole che limitano l'ambito delle sue obbligazioni. Così evita non solo i delicati problemi connessi alla pratica dei patti di irresponsabilità, ma addirittura si sottrae all'osservanza della semplice formalità della loro specifica approvazione per iscritto ai sensi dell'art. 1341, comma 2°.

Comunque, con l'uso combinato dei due tipi di clausole la banca riversa il rischio di ogni operazione economica sugli utenti dei servizi da essa predisposti, sicchè è naturale che si prospetti il problema se e in quali limiti si possa circoscrivere il suo potere contrattuale. Problema questo che — pur colle-

⁽³⁴⁾ Conf. BALOSSINI, *op. ult. cit.*, p. 114.

gandosi a quello più generale della protezione dei consumatori di fronte alla negoziazione per *standards* ⁽³⁵⁾ — richiede autonome riflessioni proprio per la particolare natura dell'attività bancaria ⁽³⁶⁾.

Non si può negare che per le modalità con cui opera nel mercato ⁽³⁷⁾ e per la rilevanza economico-sociale della funzione svolta l'istituto di credito si definisce « grande impresa » ⁽³⁸⁾, in quanto è detentore di un potere di supremazia che « presenta — sul piano della latitudine di decisione che lo caratterizza — singolare analogia con l'attività politica » e « al tempo stesso come quello amministrativo, appare autoritario e direttamente incisivo delle situazioni soggettive individuali » ⁽³⁹⁾.

⁽³⁵⁾ Ampiamente trattato dalla dottrina tedesca, il tema è stato studiato in Italia solo di recente: cfr., oltre le monografie già citate di Benatti, Roppo e Cavalli, il volume collettaneo *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano 1970; DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.* 1970, I, 192 ss.; LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano 1971; COSTANTINO, *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 1972, I, 68 ss.; BESSONE, *Contratti di adesione e natura «ideologica» del principio di libertà contrattuale*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Genova*, 1973, 415 ss.; C. M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli 1975.

⁽³⁶⁾ Va precisato che il problema sorge con riguardo alle operazioni di credito a breve. Nel credito a lungo termine « contraente debole è proprio l'impresa bancaria, a causa della completa predeterminazione del credito, definito minutamente, in sede legislativa, con pochissimo spazio per la discrezionalità dell'impresa, tanto che... si è giunti ad ipotizzare una sorta di diritto al credito da parte del privato in possesso dei requisiti previsti dalla legge per la concessione del credito agevolato » (MACCARONE, *Governo dell'«attività» bancaria e disciplina degli «atti»*, in *L'ordinamento del credito fra due crisi (1929/1973)* a cura di P. VITALE, Bologna 1977, p. 199).

⁽³⁷⁾ Infatti, ogni banca adotta, come modelli inderogabili di contratto, la regolamentazione predisposta dall'Associazione Bancaria Italiana (A.B.I.), sicché si determina, nel mercato, una situazione di monopolio. (È dubbio, però, se l'azienda di credito sia obbligata ad uniformarsi a tale regolamentazione in virtù del vincolo associativo: in senso affermativo FOLCO, *Il sistema del diritto della banca*², I, Milano 1968, p. 196 nota 24; contro VIGNOCCHI, *Il servizio di credito nell'ordinamento pubblicistico*, Milano 1968, p. 238).

⁽³⁸⁾ Per la definizione cfr. BENATTI, *op. cit.*, p. 108 ss.

⁽³⁹⁾ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1970, p. 91 ss.; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano 1977, p. 221 s.

Senonchè i pregiudizi che possono essere arrecati agli utenti delle norme uniformi, potrebbero essere giustificati dagli obiettivi di politica economica assegnati alla banca. Accanto a scopi di natura pubblicistica, essa persegue il fine della tutela del risparmio, cioè « degli interessi (in primo luogo, della tranquillità) dei risparmiatori » ⁽⁴⁰⁾. Presentandosi come amministratore di denaro altrui, l'istituto di credito deve costantemente mantenere il proprio patrimonio in condizioni di liquidità, gestendolo in modo attento e prudente così « da soddisfare il duplice interesse dei depositanti di vedere custodito il proprio denaro e di riaverlo in ogni momento » ⁽⁴¹⁾. Pertanto non può compiere operazioni speculative e azzardate, ma deve tendere ad un corretto e ordinato svolgimento della sua attività allo scopo di ridurre, il più possibile, i propri rischi.

Il nesso tra funzione creditizia e risparmio trova una significativa conferma nell'art. 47 cost., che collega l'esigenza di incentivazione e tutela del risparmio alla disciplina, coordinamento e controllo del credito. Pur senza soffermarsi sul vivace dibattito riguardante l'interpretazione della norma ⁽⁴²⁾, non vi è dubbio che essa non può esaurire la sua funzione nell'imporre ai pubblici operatori il compito di creare le condizioni idonee all'incremento, all'espansione e allo sviluppo del risparmio. Al pari delle disposizioni della parte I, titolo III della Costituzione, che hanno influito sulla disciplina del lavoro, della proprietà e dell'impresa, l'art. 47 cost. contiene una direttiva fondamentale anche in materia di rapporti tra banca, risparmiatori e clienti, ponendo la tutela del risparmio come fine

⁽⁴⁰⁾ M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano 1969, p. 35; cfr. anche PORZIO, *Interessi pubblici e interessi privati nella disciplina del credito*, in *Banca borsa tit. cred.* 1971, I, 346 ss.

⁽⁴¹⁾ F. GIORGIANNI, *I crediti disponibili*, Milano 1974, p. 221.

⁽⁴²⁾ Cfr., in vario senso, PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano 1963, p. 353 ss.; G. FERRI, *Considerazioni preliminari sull'impresa bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.* 1969, I, 328 ss., e *La validità attuale della legge bancaria*, in *Riv. dir. comm.* 1974, I, 135 ss.

sociale ⁽⁴³⁾. Di conseguenza tale tutela non sarebbe completa, se non venisse assicurata la sicurezza di chi affida i suoi denari alla banca.

Nella prospettiva appena delineata si può spiegare la pratica della banca di predisporre schemi di contratto che la proteggano contro il pericolo di insolvenza dei clienti, garantendole la più completa tranquillità nell'esecuzione di ogni contratto, anche se ciò può pregiudicare talvolta gli interessi degli utenti. Pertanto il controllo delle norme uniformi non sembra trovare alcuna giustificazione, in quanto parrebbe in contrasto, tra l'altro, anche con un principio cardine dell'ordinamento.

4. Le considerazioni precedenti non sono sufficienti per consentire l'illimitato potere della banca di imporre condizioni generali particolarmente onerose per i clienti, essendo sorti ragionevoli dubbi sul fatto che la tutela del risparmio richieda necessariamente il sacrificio degli interessi dei clienti. Si è avanzata, anche in questo settore, l'idea che di fronte al potere contrattuale della banca gli utenti debbano essere considerati « contraenti deboli » e, in quanto tali, bisognosi di protezione ⁽⁴⁴⁾. Per verificare la portata di questo rilievo occorre chiarire il concetto di contraente debole.

Questa nozione è stata formulata all'inizio del secolo per designare i soggetti che sono in una situazione di inferiorità economica rispetto ai detentori dei mezzi di produzione e quindi esigono una tutela diretta ad eliminare queste disuguaglianze di fatto ⁽⁴⁵⁾. Il tema non è stato approfondito, perchè era opinione comune che in posizione di soggezione fossero soltanto i prestatori di lavoro subordinato.

⁽⁴³⁾ G. FERRI, *op. cit.*, in *Banca borsa tit. cred.* 1969, I, 331.

⁽⁴⁴⁾ È la tesi svolta da Cavalli nell'opera citata.

⁽⁴⁵⁾ MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. dir. comm.* 1904, I, 460 ss.

In epoca recente il termine « contraente debole » è stato usato per indicare le categorie di soggetti che, subendo lo schema di negozio predisposto dall'altro *partner*, vedono violata la loro libertà contrattuale, perchè sono posti nell'alternativa tra l'accettare quello schema oppure rinunciare alla conclusione del contratto ⁽⁴⁶⁾. Di qui è stata facile la constatazione che oggi si verifica una inversione di tendenza rispetto a quella che ha caratterizzato la nostra evoluzione giuridica degli ultimi cento anni. Infatti, si sta « passando, in presenza dell'esperienza sempre più diffusa dei contratti *standard*, dal contratto, cioè dal principio dell'autonomia contrattuale fondata sulla libertà e sull'uguaglianza dei contraenti, allo *status* » ⁽⁴⁷⁾, per cui la posizione del singolo si determina in virtù della sua appartenenza ad un gruppo, riflettendo il potere economico della categoria cui appartiene: quando questa si trova, di fatto, in una situazione di inferiorità economica, nasce l'esigenza di una sua elevazione a condizioni di vita atte ad eliminare ogni possibile soggezione ⁽⁴⁸⁾.

Malgrado queste precisazioni, il problema dell'identificazione di tali classi si presenta di ardua soluzione, in quanto « la stessa persona può, in genere, far parte di più classi o categorie (per es. di proprietari, coniugi, cittadini, infermi ecc.) anche se apparentemente, o sotto certi aspetti, contrastanti (per es. di proprietari e lavoratori) » ⁽⁴⁹⁾. Per superare questa diffi-

⁽⁴⁶⁾ Trib. Milano, 15 giugno 1972 (ordinanza), in *Giur. it.* 1973, I, 2, 793.

⁽⁴⁷⁾ FROSINI, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., p. 145.

⁽⁴⁸⁾ NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, Milano 1955, 90. Nè si può identificare la categoria dei contraenti deboli con quella dei consumatori, posto che « non esiste la classe dei consumatori » (FENCHI, *Leggi del capitalismo e diritto dell'impresa*, Bari 1974, p. 72). In argomento v. anche C. M. MAZZONI, *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in *Giur. comm.* 1976, I, 622 ss.

⁽⁴⁹⁾ LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi economico-giuridici Università di Cagliari* 1953, 25; Corte cost. 12 novembre 1974, n. 256, in *Giur. cost.* 1974, 2874.

coltà è stato scritto che « le posizioni di preminenza o di soggezione non vanno intese in senso assoluto come espressioni di una rigida contrapposizione fra categorie sociali, bensì vanno riferite ai singoli rapporti sociali nei quali viene articolarsi la vita della società » ⁽⁵⁰⁾. Muovendo da una analoga osservazione una moderna dottrina ha constatato che le situazioni di debolezza e di soggezione traggono origine da particolari circostanze di ordine naturale, sociale ed economico. Di conseguenza i soggetti deboli sono i poveri nei confronti dei ricchi, i non possidenti nei confronti dei possidenti, le donne — almeno in particolari circostanze quali la maternità — nei confronti degli uomini, i malati nei confronti dei sani, i singoli nei confronti dei gruppi organizzati, le piccole imprese nei confronti delle grandi e così via ⁽⁵¹⁾.

Ma anche questa opinione va incontro alle medesime critiche rivolte a quelle che l'hanno preceduta, cioè di proporre un criterio di identificazione del contraente debole vago, generico e perciò inutilizzabile, quando lo si vuole applicare ai casi concreti. Nè al riguardo soccorrono le norme costituzionali che manifestano uno spiccato favore per le posizioni più deboli (artt. 38, 44, 45 e 47). Da esse si ricava che la Costituzione a) non tratta espressamente dei consumatori e, più in generale, di coloro che subiscono l'abuso della libertà negoziale, ma si preoccupa solo di alcune categorie di soggetti in condizioni di inferiorità per la loro incapacità produttiva (disoccupati, inabili al lavoro ecc.) o per lo stato di subordinazione o per la struttura economico giuridica dell'azienda (artigiani, coltivatori diretti ecc.); b) demanda alla legge il compito di fissare le modalità della loro tutela ⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano 1969, p. 191 nota 79.

⁽⁵¹⁾ WEITNAUER, *Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht*, Karlsruhe 1975, p. 12 s.

⁽⁵²⁾ BENATTI, *op. cit.*, p. 164.

Con maggiore precisione si riconosce la qualifica di contraente debole a chi deve contrattare con un'impresa detentrica di un potere economico di supremazia, tale cioè da pregiudicare, nei rapporti con gli altri consociati, le situazioni costituzionali di libertà ⁽⁵³⁾. Approfondendo questa concezione, si nota che per essa l'opportunità del controllo delle condizioni generali prescinde da reali esigenze di tutela dei soggetti interessati, essendo prevalentemente diretto a limitare il potere imprenditoriale. Quando si afferma che contraente debole è chi si trova di fronte ad una grande impresa, diventa irrilevante la posizione degli aderenti, se cioè tutti siano egualmente esposti a subire l'altrui comando oppure se taluno, pur non concorrendo alla formulazione del regolamento, sia in grado di provvedere efficacemente a tutelarsi in via autonoma contro le potenzialità di pregiudizio che vi si connettono ⁽⁵⁴⁾. In realtà si vuole incidere sulla iniziativa economica per controllare la politica dell'impresa.

5. A questo punto risulta chiara l'obiezione cui va incontro l'opinione che fonda il controllo delle norme uniformi sulla constatazione che i clienti della banca devono essere considerati contraenti deboli, cioè soggetti bisognosi di protezione. A parte la denunciata inconsistenza della formula « contraente debole », va sottolineato che — anche aderendo alla tesi da ultimo esposta che identifica il contraente debole con chi subisce, nel contrattare, il potere economico di supremazia della grande impresa — non si propone una spiegazione convincente per limitare, a favore degli utenti, la facoltà della banca di predisporre unilateralmente i moduli di contratto, giacchè tale facoltà sarebbe preordinata alla realizzazione di un interesse di vasta portata sociale, la tutela dei risparmiatori.

⁽⁵³⁾ LISSERRE, *op. cit.*, p. 46.

⁽⁵⁴⁾ ROPPO, *op. cit.*, p. 344.

In realtà occorre muovere da un diverso ordine di considerazioni per giustificare il controllo delle condizioni generali contenute nelle norme uniformi. Anzitutto la tutela del risparmio è già attuata con le leggi del 1936-38, le quali prevedono, proprio a tale scopo, una serie di obblighi e di oneri a carico dell'istituto di credito. Essi consistono in controlli preventivi, concomitanti e successivi dell'esercizio dell'impresa affidati a organi di vertice, e impongono norme di amministrazione che riguardano quei principi della tecnica bancaria diretti a realizzare un equilibrio tra durata media dei depositi e durata media degli investimenti, tra la scelta degli investimenti e la ripartizione dei rischi, così da assicurare talune garanzie ai creditori dell'azienda e mantenere quest'ultima in condizioni di liquidità (ad esempio si possono indicare le prescrizioni sull'ammontare minimo del capitale e della riserva legale, sul rapporto tra patrimonio e passività e così via).

Pertanto, se la protezione dei risparmiatori è assicurata dalle leggi che disciplinano l'attività bancaria, viene meno la ragione di invocare siffatta esigenza a sostegno della assoluta e completa libertà della banca nel predisporre le norme uniformi. Già con l'osservanza della legge essa adempie la sua funzione di garante degli interessi dei risparmiatori senza che sorga l'ulteriore necessità di addossare i rischi di ogni contratto sulla massa degli utenti. Nei tempi recenti, poi, la tutela del risparmio non risiede più « nella cautela circa la sana gestione (considerata la diminuzione dei rischi dell'attività bancaria moderna), ma nella difesa del valore del potere di acquisto, contenuto in quel risparmio, e ciò anche nei confronti dell'azione perturbatrice dello Stato » ⁽⁵⁵⁾.

D'altra parte, qualora si proceda all'individuazione dei soggetti che in prevalenza richiedono i servizi della banca, si

⁽⁵⁵⁾ P. VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano 1977, p. 59

constata come vadano dalla piccola alla grande impresa, dall'artigiano alla cooperativa, dal coltivatore diretto al commerciante. Essi appartengono, dunque, a categorie produttive ⁽⁵⁶⁾; di conseguenza la giusta preoccupazione di tutela dei risparmiatori non può essere disgiunta da analoga esigenza nei confronti degli appartenenti a tali classi, non sussistendo alcun elemento che giustifichi il sacrificio di queste ultime a vantaggio dei primi. La difesa dei risparmiatori si colloca sullo stesso piano di quella delle classi produttive per la decisiva riflessione che anche la tutela della produzione rappresenta una direttiva del vigente ordinamento, come emerge dai lavori preparatori del codice civile ⁽⁵⁷⁾ e dalla stessa Costituzione ⁽⁵⁸⁾. In questa direzione si muove il legislatore moderno, « se nelle più recenti leggi e nello stesso funzionamento di fatto delle istituzioni creditizie la preoccupazione per i risparmiatori ed i loro interessi sembra cedere sempre di più il passo di fronte a quella per il risparmio nella sua funzione globale di alimentazione del processo produttivo » ⁽⁵⁹⁾.

Nel quadro appena delineato diventa motivo di riflessione critica il fatto che la banca riversi il costo di ogni operazione economica sui clienti attraverso una diseguale ripartizione

⁽⁵⁶⁾ Un accenno in PORTALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* a cura di G. B. Portale, Milano 1978, p. 1067 e COLOMBO, *L'estinzione dell'apertura di credito*, *ibid.*, p. 547.

⁽⁵⁷⁾ Cfr., ad esempio, la relazione al codice civile, n. 554, 555 e 604 (per una valutazione critica LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli 1970).

⁽⁵⁸⁾ G. FERRI, *op. cit.*, in *Banca borsa tit. cred.* 1969, 331; OTTAVIANO, *Iniziativa privata e intervento pubblico*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione* 1976, 31, il quale nota che « la salvaguardia delle esigenze produttive corrisponde ... ad un principio giuridico, in quanto presupposto per il conseguimento dei fini sociali indicati dalla Costituzione. La produzione, pertanto, non ha valore in sé ma in quanto collegata al conseguimento di altri fini. Può, dunque, dirsi che i destinatari dei benefici che possono derivare dalla sua continuità o dal suo aumento, non sono soltanto coloro che direttamente contribuiscono a realizzarla, ma anche quanti siano titolari di diritti sociali i quali, in quanto tali, possono avvantaggiarsi di essa e del suo incremento ».

⁽⁵⁹⁾ M. NIGRO, *op. cit.*, p. 35.

dei reciproci diritti e doveri disposta dalle norme uniformi. Si profila, dunque, la necessità di garantire un giusto equilibrio tra la banca e i suoi utenti: il problema è di trovare gli strumenti adeguati ⁽⁶⁰⁾.

6. A tale scopo non serve l'art. 1341, comma 2° ⁽⁶¹⁾. Malgrado la contraria opinione della relazione (n. 612), il requisito della specifica approvazione per iscritto assicura alla parte aderente soltanto la conoscenza del contenuto del negozio, invitandola a ponderare e meditare sul significato e sulle conseguenze di certe clausole, ma non limita il potere economico del predisponente. La sola libertà attribuitale è di non stipulare il contratto, ma nel sistema di accordi e cartelli che legano le banche tra di loro, l'utente si trova nella necessità di usufruire del servizio secondo le condizioni offerte, identiche per tutti gli istituti di credito, e non può ritenersi sufficientemente difeso per il fatto di essere messo in grado di valutare lo schema negoziale proposto. L'art. 1341, comma 2°, tutela non la « libertà dal bisogno », bensì la « libertà dall'inganno » ⁽⁶²⁾.

Da più parti si è allora pensato di affidare il controllo delle norme uniformi alla Banca d'Italia, argomentando, anzitutto, dagli artt. 32, lett. b) e h), e 35, lett. b) e c), l. b., i quali le attribuiscono il potere di emanare istruzioni in ordine « alle condizioni delle operazioni di deposito e di conto corrente », « alle cautele per evitare gli aggravamenti di rischio derivanti dal cumulo dei fidi », « ai limiti massimi di fidi concedibili »

⁽⁶⁰⁾ Infatti i meccanismi del mercato non sono in grado di esercitare alcun influsso sul contenuto delle norme uniformi (contro, e a favore della promozione di una forte concorrenza tra le imprese ai fini della tutela dei consumatori, GRUNSKI, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft*, in *BB* 1971, 1113 ss.).

⁽⁶¹⁾ Si tratta di opinione pacifica: cfr., da ultimo anche per una completa informazione bibliografica, ROPPO, *op. cit.*, p. 173 ss. e 292 ss.

⁽⁶²⁾ SIMONCELLI-SCIALOJA, *Sulla «ratio» degli artt. 1341 e 1342 cod. civ.*, in *Foro it.* 1950, I, 680.

e « alle norme e termini per la riduzione in caso di constatata eccedenza », infine « alle dichiarazioni che i richiedenti i fidi devono rilasciare sulle condizioni patrimoniali ed economiche perchè i fidi stessi vengano concessi ». Tali disposizioni potrebbero essere interpretate nel senso che è compito della Banca d'Italia impartire direttive anche in relazione al contenuto delle norme uniformi sia per proibire l'inserimento nei moduli di certe clausole, sia per prescrivere una determinata disciplina del regolamento pattizio dei singoli contratti.

Questo tentativo, se pare apprezzabile per l'impegno di ricercare la soluzione del controllo delle norme uniformi nell'ambito dei controlli sull'attività creditizia, non può dirsi riuscito. Sotto il profilo pratico va osservato che la Banca d'Italia ha fatto ricorso raramente alle norme citate, come si desume dall'esame delle istruzioni da essa emanate ⁽⁶³⁾, sicchè non sembra realistico ritenere che nel futuro muti orientamento, tanto più che essa concepisce i suoi compiti in funzione della sicurezza e della efficienza del sistema bancario e non già in funzione della tutela degli interessi dei clienti delle banche. Inoltre va notato che — pur interpretando gli artt. 32, lett. b) e h), e 35, lett. b) e c), nel senso più ampio possibile — essi si possono riferire semmai ai soli contratti di deposito, di contocorrente e di concessione di fido (e forse con esclusione delle operazioni garantite); il che lascia aperto il problema del controllo di tutti gli altri contratti bancari. Da ultimo non deve essere dimenticato che il rispetto delle eventuali istruzioni sulle norme uniformi da parte degli istituti di credito lascerebbe del tutto insoluta la questione della loro validità, così che sussisterebbero sempre motivi di incertezza nel rapporto fra banca e clienti, in quanto le clausole approvate o raccomandate dalla Banca d'Italia sarebbero sottoposte al diritto delle obbliga-

⁽⁶³⁾ Conf. PATRONI GRIFFI, *La politica del credito nei confronti delle piccole e medie imprese*, in *Banca borsa tit. cred.* 1973, I, 300 s.

zioni e dei contratti e quindi al corrispondente sindacato giudiziale.

Le difficoltà di fondare su singole disposizioni della legge bancaria il controllo delle norme uniformi ha fatto sorgere l'idea che esso rientri nel più generale potere di controllo che la Banca d'Italia ha sulla gestione degli istituti di credito. Infatti, l'atto di predisposizione delle condizioni generali esprime un momento particolarmente significativo dell'iniziativa economica dell'imprenditore, appartenendo a quelle operazioni preliminari necessarie all'organizzazione dell'impresa, in quanto costituisce la materiale premessa della sua futura attività negoziale ⁽⁶⁴⁾. Pertanto il soggetto cui è affidato istituzionalmente il controllo sul comportamento globale della banca, è investito — proprio per questa ragione — anche del potere di sindacare, nel suo complesso, la politica contrattuale ⁽⁶⁵⁾.

La tesi è suggestiva, ma non può essere accolta, contrastando con i compiti assegnati alla Banca d'Italia. Gli strumenti di controllo ad essa attribuiti dalle leggi del 36-38 rispondono alle finalità di garantire una corretta gestione dei risparmi, di mantenere la funzionalità della struttura bancaria e di permettere il governo e l'indirizzo del credito ⁽⁶⁶⁾. La dottrina parla di controllo — vigilanza e di controllo — regolazione ⁽⁶⁷⁾; mai ha individuato forme di controllo dirette a realizzare un'equa disciplina del rapporto tra banca e clienti o ad impedire che gli interessi della prima si raggiungano attraverso il sacrificio dei secondi.

⁽⁶⁴⁾ Rorfo, *op. cit.*, p. 144, il quale conclude che «l'atto di predisposizione — in quanto privo di valore negoziale — non sarà soggetto al regime nei negozi, ma — in quanto ricompreso nella classe degli atti di iniziativa economica privata — sarà soggetto alla disciplina che li concerne: in primo luogo, ai limiti (e alle garanzie) dell'art. 41 Cost.» (nota 152).

⁽⁶⁵⁾ È la tesi formulata da Portale nell'intervento svolto dopo questa mia lezione.

⁽⁶⁶⁾ M. Nigro, *op. cit.*, p. 73 s.

⁽⁶⁷⁾ M. Nigro, *op. cit.*, p. 15 nota 13.

Comunque — e il discorso diventa di politica legislativa — qualora si volesse introdurre nel nostro ordinamento il controllo amministrativo delle norme uniformi, esso deve essere affidato alla Banca d'Italia, essendo il solo organismo tecnico idoneo a bilanciare, nella valutazione di dette norme, i contrapposti interessi della banca, dei risparmiatori e degli utenti ⁽⁶⁸⁾. Avendo una visione globale del settore del credito, le sue decisioni si presentano coerenti con la funzione socio-economica del servizio bancario e con la situazione finanziaria del Paese.

Non vedo l'opportunità di demandare simile compito ad altri organismi, anche di nuova costituzione, perchè suscita non poche perplessità l'opinione, pur condivisa da noi, che « il controllo in termini generali delle condizioni uniformi di contratto è tipico compito di una autorità dell'amministrazione pubblica dell'economia » ⁽⁶⁹⁾. Tralasciando il rilievo della scarsa efficienza, affidabilità e credibilità della nostra pubblica amministrazione ⁽⁷⁰⁾, è significativa la recente non felice esperienza del controllo, da parte del Ministero dell'Industria e del Commercio, delle condizioni di polizza nelle assicurazioni sulla vita e nelle assicurazioni della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore. I motivi di perplessità aumentano, poi, qualora si affronti il problema della composizione degli organi di controllo amministrativo. È utopistico pensare che essi siano formati esclusivamente da rappresentanti delle varie categorie degli imprenditori e dei consumatori, non solo perchè esisterebbe disparità di forza tra le due contrapposte organizzazioni, ma soprattutto perchè le associazioni dei consumatori non hanno, presso di noi, alcuna tradizione e quindi non

⁽⁶⁸⁾ Conf. Portale nell'intervento al convegno sulle garanzie reali e personali nei contratti bancari svoltosi ad Alghero dal 17 al 19 marzo 1975, riferito da BIROLINI, in *Giur. comm.* 1975, I, 579 e da P. DI BLASI, in *Banca borsa tit. cred.* 1975, I, 348.

⁽⁶⁹⁾ PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB*, II, Tübingen 1972, p. 219.

⁽⁷⁰⁾ G. DE NOVA, in *Riv. dir. comm.* 1976, I, 65.

c'è chi non veda i pericoli di un loro improvviso sorgere e proliferare di fronte alla possibilità di entrare a far parte di questi organismi di controllo.

Ma neppure sarebbe soddisfacente una soluzione che volesse includere in tali organismi, accanto ai rappresentanti dei consumatori e degli imprenditori, quelli dei sindacati e dei partiti politici: accertata la situazione in cui versano le associazioni dei consumatori, si riprodurrebbe lo stesso modello delle relazioni industriali, il quale non ha nulla a che vedere con il fenomeno economico-sociale della contrattazione per *standards*. D'altra parte un siffatto organismo contribuirebbe a dare, anche se in forma occulta, un'impronta dirigistica alla nostra economia ⁽⁷¹⁾, giacchè dal controllo delle condizioni generali passerebbe, di fatto, al controllo dei prezzi e delle tariffe praticate dalle imprese, introducendo così una serie di limiti all'iniziativa privata, che per l'art. 41 cost. possono essere stabiliti solo per legge ⁽⁷²⁾.

7. Se dunque non è possibile fare ricorso all'art. 1341, comma 2°, cod. civ. e agli artt. 32 ss. l. b. per assoggettare a controllo le norme uniformi, non vi è altra via che affidarsi all'intervento del giudice. Ritenuta una forma obbligata di sindacato delle condizioni generali nell'assenza di più affidanti tecniche, essa è stata giudicata negativamente sotto diversi profili. Le critiche muovono, anzitutto, dal rilievo che la prassi della contrattazione per schemi predisposti costituisce un fenomeno di « prevaricazione e di dominazione sociale connesso al normale funzionamento del mercato e al normale esercizio dell'autonomia privata », per cui « risulta con chiarezza l'esigenza

(71) LÖWE, *Der Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine Aufgabe für den Gesetzgeber*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70 Geburtstag*, München 1973, p. 399 s.

(72) Cfr., da ultimo, GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna 1974, p. 149.

di privilegiare strumenti, per così dire, autoritativi, estranei cioè alla logica del mercato e dell'autonomia privata e che rispetto a quella logica assumono anzi posizioni e ruolo antagonisti » (73). Si soffermano poi sulla considerazione che l'intervento del giudice è rimesso all'iniziativa di parte ed è destinato ad incidere sul singolo contratto; il che contrasta con il carattere di « massa » della contrattazione per *standards*, il quale richiede forme di controllo di portata quanto più ampia possibile (74). Da ultimo ricordano che il controllo giudiziario si fonda sulle clausole generali, verso cui sussiste una diffusa sfiducia a risolvere il problema della giustizia delle condizioni generali (75).

Ma queste obiezioni non possono essere condivise. Nei confronti della prima si è osservato che essa sposta « il problema dall'ambito delle condizioni generali di contratto a quello, più generale, dell'autonomia contrattuale dell'impresa », tendendo in definitiva ad una rifondazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti (76). Sicchè il dibattito non si incentra nella ricerca degli strumenti più adeguati a valutare le condizioni generali, bensì investe il sistema dell'economia di mercato; diventa, dunque, una discussione politica, forse inutile in questo contesto appena si rifletta sul fatto che il giudizio operato attraverso i principi di buona fede, di buon costume e di ordine pubblico, proprio per il tipo di valori da essi richiamati, garantisce un retto ed equilibrato svolgimento dei rapporti contrattuali.

(73) ROPPO, *op. cit.*, p. 275. s.

(74) ROPPO, *op. cit.*, p. 280 s.; BIANCA, *Le autorità private*, Napoli 1977, p. 76 s.

(75) ROPPO, *op. cit.*, p. 278 s.; BIANCA, *op. cit.*, p. 72 s., il quale osserva ancora che « l'operatività del controllo giudiziario può poi risultare insufficiente sotto un altro riguardo, ossia in ragione del costo e della lentezza delle procedure » (p. 77). Ma questa obiezione può essere mossa anche nei confronti del controllo amministrativo.

(76) G. DE NOVA, in *Riv. dir. comm.* 1976, I, 64 s.

La seconda obiezione non tiene in considerazione, da un lato, il peso che il precedente ha nella prassi negoziale delle imprese ⁽⁷⁷⁾, e dall'altro sottovaluta il carattere di flessibilità e di aderenza al caso concreto dell'intervento del giudice. Si pensi, ad esempio, all'art. 5 del modulo della fideiussione *omnibus*, che prevede la deroga all'art. 1956 cod. civ. Qualunque legge disciplini analiticamente le condizioni generali oppure qualunque forma di controllo amministrativo vieterebbe una siffatta clausola. Ma una tale soluzione sarebbe eccessiva rispetto alle esigenze espresse dalla realtà: basta citare l'ipotesi, tutt'altro che rara, di fideiussione a favore di società, alla quale il fideiussore è interessato direttamente. In questa ipotesi non c'è alcun motivo per disporre l'invalidità della clausola, essendo il fideiussore di certo a conoscenza della situazione economica dell'impresa e delle richieste di credito rivolte alla banca.

Quanto all'ultima obiezione, è esatta la constatazione che i nostri giudici applicano i principi di buona fede e di ordine pubblico con poca frequenza e ancora con palese diffidenza ⁽⁷⁸⁾. Lasciando da parte le ragioni storiche e ideologiche che sono alla base di tale atteggiamento, va sottolineato che anche la dottrina non ha contribuito ad agevolare il compito della giurisprudenza. Pur avendo dedicato, nei tempi recenti, al tema delle clausole generali pagine meditate e ricche di spunti, non si è soffermata, come forse avrebbe dovuto, ad elaborare « progetti di sentenze », quando ha ricorso ad esse per risolvere casi concreti. Infatti, solo se si indicano al giudice argomenti di motivazione, si può fare opera di convincimento non disgiunta da una penetrante verifica critica delle sue decisioni.

È naturale che in questa sede l'attenzione sia rivolta alle clausole di esonero da responsabilità contenute nelle norme uniformi. Come è noto, il problema è se esse debbano essere

⁽⁷⁷⁾ G. DE NOVA, *op. loc. cit.*

⁽⁷⁸⁾ Sul tema delle clausole generali v. BENATTI, *op. cit.*, p. 122 ss.

ammesse nei limiti dell'art. 1229 cod. civ. oppure se debbano essere ritenute invalide anche in presenza di colpa della banca, data la loro manifesta pericolosità sociale, in conformità ad un orientamento ormai affermatosi in molti ordinamenti ⁽⁷⁹⁾. Va premesso che una siffatta indagine non appare necessaria con riguardo alle clausole di esonero inserite nei contratti stipulati tra la banca e le grandi imprese, non tanto perchè « ogni gruppo ha la sua banca, ogni gruppo ha la sua finanza » ⁽⁸⁰⁾, quanto perchè si tratta di soggetti con uguale potere economico ⁽⁸¹⁾. Viceversa diventa di estremo interesse in relazione a tutte le altre categorie di utenti del servizio bancario.

La regola per cui il debitore inadempiente è obbligato al risarcimento del danno può essere modificata se i contraenti sono in posizione di parità economica, essendo arbitri di decidere come meglio regolare i propri interessi. Un soggetto può consapevolmente accettare una clausola di esonero, quando valuta liberamente i rischi cui va incontro, rischi che possono essere compensati dai vantaggi che intende conseguire con il contratto. In questa ipotesi non vi è ragione di vietare una simile clausola, sia perchè si tratta di casi isolati che non alterano l'equilibrio del sistema, sia perchè la modificazione della regola della responsabilità del debitore si giustifica con la libera e spontanea adesione del creditore ⁽⁸²⁾.

Ma quando la clausola di esonero è inserita nelle condizioni generali predisposte dalla grande impresa e quindi viene im-

⁽⁷⁹⁾ Cfr. anche l'art. 3 del progetto di « Convenzione sulla responsabilità del produttore » elaborato dal Consiglio di Europa e l'art. 13 del progetto di direttiva della Comunità Europea sulla disciplina della responsabilità del produttore, sui quali ALFA e BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano 1976, p. 205 ss. e ALFA, *Programmi e progetti del Consiglio d'Europa della Comunità economica europea sulla disciplina dei contratti standard*, in *Foro it.* 1977, V, 73 ss.

⁽⁸⁰⁾ M. NIGRO, *Il sistema bancario fra neutralità tecnica ed impegno politico*, in *Banca borsa tit. cred.* 1974, I, 389.

⁽⁸¹⁾ CAPACCIOLI, *Programmazione ed autonomia negoziale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1965, 665 s.

⁽⁸²⁾ BENATTI, *op. cit.*, p. 165 s.

posta a tutti gli utenti, si sovverte il regime legale della responsabilità: si tratta di un tipico fenomeno di normazione di gruppi economici, che crea un diritto singolare, diverso da quello statuale, a loro esclusivo vantaggio e a sfavore della collettività⁽⁸³⁾. Le conseguenze pratiche sono gravi e non possono non preoccupare: esse possono essere tollerate solo se il potere delle imprese di riversare sui consumatori una parte dei danni causati è obiettivamente giustificato⁽⁸⁴⁾. La clausola di esonero inserita in un contratto individuale trova la sua giustificazione, come si è visto, nella libera accettazione del creditore; quando la clausola diventa una regola costante della disciplina dei rapporti privati, è necessario accertare se essa corrisponda a particolari interessi della società moderna, che possono essere soddisfatti soltanto con il sacrificio di una classe a favore di un'altra.

Orbene, una volta dimostrato che la prassi di predisporre norme vessatorie da parte della banca non può trovare fondamento nell'esigenza di tutela dei risparmiatori, determinando viceversa gravi pregiudizi a carico di categorie protette (cioè quelle produttive), diventa agevole concludere che deve essere vietato all'istituto di credito di addossare sui clienti i danni da esso causati nella sua attività negoziale. Infatti, va sottolineato che il risparmio è tutelato non solo per realizzare gli interessi individuali ed egoistici dei soggetti-risparmiatori, ma anche per

(83) Significative sono le parole di Ripert riportate da G. DOSSETTI, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, in *Justitia* 1952, 247 s.: « Il capitalismo si è detto liberale perché è nato sotto il segno della libertà e perché giudica utile viverci. Ma se esso avesse dovuto accontentarsi del diritto comune, non avrebbe potuto svilupparsi. Se il legislatore non gli avesse dato o permesso di prendersi mezzi propri alla concentrazione e allo sfruttamento dei capitali, non avrebbe potuto svilupparsi. Il diritto comune non gli bastava, perciò esso ha creato il suo diritto ».

(84) Non si può giustificare l'inserzione delle clausole di esonero nel contenuto del contratto sulla base del rilievo che esse produrrebbero una diminuzione del prezzo del bene e del servizio a beneficio degli acquirenti e utenti: cfr. KLIEGE, *Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im wirtschaftswissenschaftlichen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklauseln*, Göttingen 1966, p. 51 ss.; BENATTI, *op. cit.*, p. 140 ss.; ROFFO, *op. cit.*, p. 65 ss.



la sua funzione sociale, essendo destinato — tramite la banca — alle classi produttive, che sono un fattore essenziale dello sviluppo economico della società, in quanto favoriscono l'occupazione, aumentano il tenore di vita e il benessere dei lavoratori, in definitiva contribuiscono alla formazione della ricchezza nazionale. Di conseguenza corrisponde ad un criterio di razionalità ed economicità che tali categorie sopportino i danni tipicamente connessi con la natura dell'attività esercitata e non debbano subire l'onere di ulteriori danni imprevedibili e non calcolabili imputabili al comportamento negligente della banca, i quali provocherebbero squilibri nella gestione delle loro imprese caratterizzate da una struttura organizzativa e finanziaria non certo pari a quella della banca.

Ma l'interesse della collettività alla repressione delle clausole di esonero, inserite dalla banca nei moduli di contratto, non sembra facilmente realizzabile, dato che la disciplina della responsabilità ha carattere dispositivo (arg. ex art. 1229, comma 1°) e pertanto sarebbe derogabile dai privati senza alcuna eccezione. Il rilievo, che muove dall'affermazione corrente della illimitata derogabilità delle norme dispositive, non è insuperabile, come risulta da un approfondito esame della loro natura.

Al riguardo va osservato che questa categoria di norme non è omogenea, ma al suo interno si distinguono, quanto meno, due gruppi. Un primo gruppo comprende le regole che la legge desume dagli usi o dalla prassi negoziale in un dato momento storico: queste possono essere sempre modificate convenzionalmente, quando i privati non le ritengano più convenienti nella regolamentazione dei loro rapporti ⁽⁸⁵⁾. Un secondo gruppo riunisce, invece, le norme dettate per motivi economico-sociali, le quali non si fondano su ragioni di opportunità, su una presunta volontà delle parti o su una costante pratica negozia-

(85) E. Russo, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., p. 236.

le, bensì tendono a realizzare una giustizia sostanziale nelle relazioni interindividuali ⁽⁸⁶⁾. Si tratta di disposizioni che assolvono ad una funzione di ordine e di direzione ⁽⁸⁷⁾, essendo state poste per ragioni di utilità generale, e quindi possono essere modificate solo in presenza di adeguate garanzie. Per stabilire poi a quale gruppo appartenga una norma, occorre prendere in considerazione la sua *ratio* e inoltre bisogna riferirsi alle indicazioni tratte dall'ordinamento, le quali possono costituire una misura di valutazione della posizione che la norma occupa nel sistema e in conseguenza determinare i limiti e le circostanze in cui può essere modificata ⁽⁸⁸⁾.

Sulla base delle precedenti osservazioni diventa facile circoscrivere l'ambito entro il quale si può derogare l'art. 1218 cod. civ. Riferito ad una grande impresa quale è la banca, esso soddisfa un interesse fondamentale della società, in quan-

(86) Cfr. FILOMUSI GUELF, voce « Successione », in *Dig. it.*, XXII, 3, Milano-Roma 1889-1897, p. XXIV; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*¹⁷, Padova 1970, p. 32; DI MAJO GIAQUINTO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., p. 72 ss. Identica opinione è accolta dalla dottrina tedesca: v. NIPPERDEY, in ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*¹⁵, 1, 2, Tübingen 1960, p. 1010 s.; SCHLEGELBERGER-HEFERMEHL, *Handelsgesetzbuch*⁴, III, Berlin-Frankfurt a.M. 1965, p. 1568; SCHMIDT-SALZER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen*, Berlin 1967, p. 122.

(87) Questa funzione del diritto dispositivo è stata messa bene in luce dalla giurisprudenza tedesca e ad essa si ispira il § 9, comma 2°, n. 1, della legge sulle condizioni generali di contratto della Repubblica federale tedesca (*AGB-Gesetz*), approvata il 9 dicembre 1976 ed entrata in vigore il 1° aprile 1977: LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN-TRINKNER, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Heidelberg 1977, p. 159 ss.; BRANDNER, in ULMER-BRANDNER-HENSEN, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Köln 1977, p. 168 s.; GRABA, in SCHLOSSER-COESTER WALTJEN-GRABA, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bielefeld 1977, p. 215 ss. Per una prima informazione su questa importante legge v. BONELL, *Prime osservazioni in ordine alla recente legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Giur. comm.* 1977, I, 478 ss.; C. DE NOVA, *La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.* 1978, I, 107 ss.; V. FRANCESCHELLI - M. LEHMANN, *La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Foro it.* 1978, V, 35 ss.

(88) BENATTI, *op. cit.*, p. 169.

to, da un lato, ripartisce equamente, tra le classi, gli oneri e i costi della loro attività e, dall'altro, pone il danno a carico di chi è più in grado di sopportarlo, sicchè rappresenta uno dei cardini del sistema vigente. Ne consegue che il comportamento della banca volto ad esonerarsi da responsabilità in *tutta la serie* di contratti da esse stipulati contrasta con un principio essenziale dell'ordinamento, violando così l'ordine pubblico ⁽⁸⁹⁾.

(⁸⁹) Si tratta di un approfondimento del concetto di ordine pubblico compiuto dalla dottrina tedesca (SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg 1960, p. 177) ed accolto da alcuni nostri scrittori: P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 233; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1970, p. 328 s. In posizione critica è invece, A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova 1974, p. 740, il quale avverte che questa proposta « comporterebbe una 'distorsione' della nozione e della funzione che la tradizione ha attribuito al diritto dispositivo, trasformando quest'ultimo in diritto inderogabile ». È evidente che tale rilievo non può riguardare i contratti individuali, rispetto ai quali resta immutato il potere dei soggetti di modificare le norme dispositive. Ma non coglie nel segno nemmeno in relazione ai contratti stipulati in presenza di condizioni generali. Infatti in questa ipotesi la clausola convenzionale derogatrice sottrae una serie *indefinita* di rapporti alla disciplina della legge scritta, la quale viene cancellata di fatto dalla regola privata unilateralmente imposta; operazione questa che non può essere consentita nei casi in cui il diritto dispositivo ha una « Richtlinien - und Leitbildfunktion » (BRANDNER, *op. cit.*, p. 168).

Per maggiore completezza del discorso svolto nel testo si rende opportuno illustrare le ragioni che hanno sconsigliato di riproporre il ragionamento della giurisprudenza tedesca, che fa ricorso al criterio della buona fede per giustificare la nullità delle condizioni generali (orientamento accolto, come è noto, dall'art. 9 *AGB-Gesetz*). Bisogna considerare che il BGB non prevede la clausola dell'ordine pubblico e di conseguenza gli scrittori utilizzano la buona fede o il buon costume per motivare la nullità di convenzioni che da noi, viceversa, si argomenta con il richiamo all'ordine pubblico. Ciò comporta che nel nostro ordinamento la buona fede e il buon costume hanno un significato diverso da quello che assumono in Germania e pertanto, per valutare se i patti di irresponsabilità siano in contrasto con il principio di buona fede, occorre accertare, in via preliminare, la funzione esercitata da tale principio nel nostro sistema.

Orbene, quando la giurisprudenza si serve della buona fede per controllare l'equità delle clausole negoziali o per giudicare il comportamento delle parti nella formazione ed esecuzione del contratto oppure la considera fonte di obblighi strumentali, integrativi o di protezione, essa muove dal singolo contratto al fine di realizzare l'equilibrio tra le parti e armonizzare i loro interessi. In altri termini i giudici argomentano dagli artt. 1175, 1366 e 1375 per attuare una più giusta di-

Tale conclusione trova una significativa conferma in un preciso testo di legge, l'art. 1838, ult. comma, cod. civ. Nel l'unico caso in cui il legislatore ha disciplinato le clausole di esonero da responsabilità poste dalla banca a carico dei clienti, non ha ripetuto la regola dell'art. 1229, comma 1°, ma ha statuito la nullità di dette clausole anche nell'ipotesi di inosservanza dell'ordinaria diligenza. Il particolare rigore della norma viene giustificato dalla relazione (n. 739) con l'esigenza di tutela della « massa dei depositanti » ⁽⁹⁰⁾, quindi con la considerazione che il principio della invalidità dei patti di esonero solo nel caso di dolo e di colpa grave appare insufficiente a proteggere i creditori, quando sono imposti da un contraente forte. Da ciò discende che l'art. 1838, ult. comma, non ha carattere eccezionale, come da taluno è stato affrettatamente notato, ma esprime un contenuto di giustizia che è chiara manifestazione di una tendenza dell'ordinamento.

8. Come si è rilevato nelle pagine precedenti, la banca riversa il rischio di ogni operazione economica sui clienti mediante l'inserzione nei formulari da essa predisposti non solo di clausole di esonero da responsabilità, ma anche di clausole di li-

stribuzione dei vantaggi e dei rischi quale è richiesta, a stregua di buona fede, dal singolo regolamento negoziale. È lontana l'idea che quel regolamento si inserisca in una più complessa operazione economica, che coinvolge la politica delle imprese, incidendo sulla collettività. Se questo è vero, diventa chiara la ragione per cui non si può ricorrere alla buona fede per valutare l'iniquità delle condizioni generali vessatorie. Tale indagine prescinde dall'esame comparativo degli interessi contrapposti dei contraenti e dall'altro quelle del gruppo o della categoria dei soggetti con cui essi vengono in contatto allo scopo di impedire il rafforzarsi e il consolidarsi delle posizioni di potere economico con effetti dannosi nei rapporti sociali. Un simile accertamento non può essere compiuto sulla base della funzione che la nostra giurisprudenza ha assegnato alla buona fede e sembra piuttosto richiamare i principi dell'ordine pubblico, i valori espressi dalla Costituzione oppure richiedere l'operatività dei diritti fondamentali nel campo privatistico (c.d. *Drittwirkung*). Su tutti questi problemi v. BENATTI, *op. cit.*, p. 147 ss.

⁽⁹⁰⁾ Questo rilievo non è stato tenuto presente da TAVORMINA, *Realizzazione coattiva del pegno e norme bancarie uniformi*, in *Riv. dir. comm.* 1975, I, 185 s., il quale dimentica che la banca adotta solo schemi di contratto standardizzati.

mitazione del contenuto del contratto. La ragione di questa prassi va ricercata nel fatto che pure la seconda categoria di clausole consente di raggiungere il medesimo risultato delle prime ⁽⁹¹⁾. Si consideri, ad esempio, l'art. 2 delle norme uniformi per il servizio incasso di effetti e documenti, che esclude l'obbligo della banca cessionaria di accertare l'esatto indirizzo del trattario o il domicilio presso il quale deve essere effettuata la presentazione della carta commerciale: ebbene tale norma non differisce, quanto alle conseguenze pratiche, da quella formulata in chiave di esclusione della responsabilità della banca per mancato accertamento dell'indirizzo del trattario.

Secondo l'opinione prevalente le clausole che limitano il contenuto del contratto non hanno natura vessatoria ⁽⁹²⁾ e quindi non sono soggette alla specifica approvazione per iscritto ai sensi dell'art. 1341, comma 2°, nè pongono il problema di un loro controllo da parte del giudice. « È chiaro, infatti, che una cosa è la stipulazione di un contratto... non comprenda date prestazioni, o ne limiti qualitativamente o quantitativamente l'ambito, in modo da assegnare alle obbligazioni reciprocamente assunte l'esatta estensione voluta dalle parti; altra cosa, l'inserzione di una clausola che elimini o riduca la responsabilità di una delle parti nell'adempimento, o in conseguenza dell'inadempimento, delle obbligazioni che nel contratto sono ricomprese, per volontà dei contraenti o per disposto di legge. Nel primo caso viene in questione il contenuto del negozio, che, di

⁽⁹¹⁾ Un accenno in SACCOMANI, *Orientamenti della giurisprudenza e tendenze dottrinali in tema di clausole di esonero da responsabilità*, in *Giur. mer.* 1976, IV, 297.

⁽⁹²⁾ In dottrina v. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², Roma 1915, p. 641 s. La giurisprudenza ha esaminato il problema con riguardo alle clausole di determinazione del rischio assicurato: cfr. Cass. 3 ottobre 1967, n. 2254, in *Giur. it.* 1967, I, 1, 1248; Cass. 3 aprile 1968, n. 2823, *ibid.* 1969, I, 1, 497; Cass. 16 maggio 1975, n. 1910, in *Giust. civ.* 1975, I, 1710 (per una valutazione di questa giurisprudenza v. SACCOMANI, *In margine alla validità di clausole di delimitazione del rischio contenuto nei formulari delle polizze assicurative*, in *Giur. mer.* 1976, I, 256 ss.).

regola, le parti sono libere di determinare, allargandone o restringendone la portata rispetto allo schema legale tipico; nel secondo, invece, la sua esecuzione, o le conseguenze della sua eventuale inesecuzione, che possono essere oggetto di limitazione convenzionale, ma non fino al punto di ridurre o escludere la responsabilità di una delle parti anche in caso di dolo o colpa grave, perchè ciò inciderebbe sulla stessa serietà del vincolo, alterandone l'equilibrio in maniera così grave da non essere consentita dalla legge » ⁽⁹³⁾.

Questa opinione non può essere condivisa. Essa giustifica il carattere non oneroso delle clausole di limitazione dell'oggetto del contratto sulla base del principio dell'autonomia privata, ricorrendo allo stesso argomento che nei tempi passati era invocato a favore della liceità delle clausole di esonero ⁽⁹⁴⁾. Ma siffatto argomento — se non è stato sufficiente per la completa affermazione della regola della validità delle clausole di esonero — nemmeno può valere per impedire ogni forma di controllo di quelle di limitazione dell'oggetto. Insieme ai patti che fissano cifre irrisorie a titolo di risarcimento o contemplano inversioni dell'onere della prova, quelli di limitazione dell'oggetto costituiscono un espediente usato dalle imprese per mascherare l'esclusione della responsabilità per inadempimento e così addossare determinati rischi connessi all'esecuzione del contratto sulla massa degli utenti. Pertanto, le clausole in questione non possono essere ritenute lecite in assoluto, ma anche rispetto ad esse deve essere accertato caso per caso se rappresentano un abuso della libertà negoziale e perciò debbano essere vietate.

Tale indagine è assai delicata. Di fronte ad una clausola che incide sul contenuto del contratto, va affrontato, in primo luogo, il problema della qualificazione del contratto in cui è inserita, in quanto il suo significato dipende dall'esito della tipiz-

⁽⁹³⁾ Cass. 29 marzo 1976, n. 1129, cit., in *Banca borsa tit. cred.* 1976, II, 178 s.; Cass. 5 febbraio 1971, n. 280, in *Giur. it.* 1971, I, 1, 671.

⁽⁹⁴⁾ RIPERT, *Droit maritime*, II, Paris 1952, n. 1737, p. 615.

zazione ⁽⁹⁵⁾. Questo esame non è necessario in materia di contratti bancari, poichè essi sono per lo più privi di disciplina legale, e anche quando sono regolati positivamente, si tratta di una normativa così striminzita da lasciare ampio margine all'autonomia privata ⁽⁹⁶⁾. Si può passare, dunque, alla seconda fase dell'inadeguatezza, che riguarda l'indicazione del criterio in base al quale si deve valutare la liceità della clausola di limitazione dell'oggetto. Questo criterio non può che essere formulato in termini generali ed è individuato esattamente dal § 9, comma 2°, n. 2, della recente legge tedesca sulle condizioni generali di contratto, secondo cui si devono considerare inique le clausole che limitano essenziali diritti e obblighi derivanti dalla natura del contratto, così da compromettere la realizzazione del suo scopo tipico ⁽⁹⁷⁾.

A titolo esemplificativo applichiamo questa regola nell'analisi di due norme uniformi. La prima è l'art. 8, comma 1°, del modulo per i depositi a custodia chiusi, che limita l'oggetto dell'obbligazione di custodia della cosa depositata alla sola integrità esterna del plico, escludendolo con riguardo alla conservazione del contenuto. Esso appare coerente con la funzione economico-sociale del contratto in questione (cfr. anche gli artt. 1, comma 1°, e 3) e pertanto deve essere considerato valido.

La seconda norma presa in esame è l'art. 5 del regolamento della fideiussione *omnibus*, che impone al fideiussore « di tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore, e, in particolare, di informarsi presso lo stesso dello svolgimento dei suoi rapporti con l'azienda di credito, la quale è dispensata

⁽⁹⁵⁾ Su questo problema v. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974, *passim* (spec. p. 29 ss.) e SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino 1975, p. 802 ss.

⁽⁹⁶⁾ D'altra parte la disciplina legislativa dei contratti bancari è stata mutata dalla pratica (MACCARONE, *op. cit.*, p. 196; PAVONE LA ROSA, *Gli usi bancari*, in *Banca borsa tit. cred.* 1977, I, 2 s.).

⁽⁹⁷⁾ Su questa norma v. LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN, *op. cit.*, p. 162 ss. e GRABA, *op. cit.*, p. 221 ss.

dal chiedere al fideiussore la speciale autorizzazione prevista dall'art. 1956 cod. civ. per far credito al debitore ». Siffatta disposizione pregiudica non poco il fideiussore, addossandogli il difficile e gravoso onere di accertare continuamente la situazione patrimoniale del soggetto garantito, e contrasta, inoltre, con il criterio di una corretta gestione dell'attività creditizia, consentendo alla banca di concedere fidi con leggerezza. Per questi motivi l'art. 5 non può essere ritenuto una norma lecita ⁽⁹⁸⁾, tranne nel caso accennato prima, cioè di fideiussione concessa a favore di società cui il fideiussore è interessato direttamente.

⁽⁹⁸⁾ Una diversa valutazione in P. RESCIGNO, *op. cit.*, in *Banca borsa tit. cred.* 1972, II, 30 s.; cfr. anche la giurisprudenza citata nella nota 22.

FRANCESCO BENATTI

**IL PRIVILEGIO FISCALE SU BENI NON
APPARTENENTI AL DEBITORE D'IMPOSTA**

SOMMARIO: 1. La disposizione contenuta nell'art. 2759, comma 2°, cod. civ. — 2. Il problema della sua legittimità costituzionale. — 3. La soluzione.

1. La legge 29 luglio 1975, n. 426, modifica la normativa dei privilegi contenuta nel codice civile per armonizzarla con le nuove disposizioni tributarie ⁽¹⁾. Si tratta di una riforma a carattere prevalentemente tecnico, in quanto è caratterizzata dall'esigenza di « riportare nella sede propria, cioè nel codice civile ed accanto ai privilegi non fiscali, la disciplina dei privilegi fiscali, in precedenza sparsi nei diversi decreti della riforma tributaria, con ciò dettando, per l'intera materia dei tributi, una riforma organica e completa » ⁽²⁾.

Il giudizio complessivo sulla legge non è del tutto positivo, essendo non pochi i motivi di critica che possono essere ad essa rivolti ⁽³⁾. Il più grave riguarda la riproduzione, nell'art. 2759, comma 2°, della discussa regola contenuta nell'art. 211, comma 2°, T.U. 29 gennaio 1958, n. 645 ⁽⁴⁾, a sua volta

(1) Per una prima informazione v. COBAU, *Note in materia di privilegi sul credito d'imposta*, in *Dir. prat. trib.* 1977, 528 ss. Va anche sottolineato che questa riforma è stata l'occasione per assicurare una più completa garanzia dei crediti dei prestatori di lavoro e degli enti previdenziali, oltre che di quelli dello Stato per le imposte.

(2) Trib. Milano, 28 aprile 1977, in *Boll. trib.* 1977, 1023 ss.

(3) Non può essere condivisa, ad esempio, la soppressione, nell'art. 2758, comma 2°, del privilegio generale a favore dei crediti di rivalsa verso il cessionario, previsti dalle norme relative all'imposta sul valore aggiunto, introdotto dal D.P.R. 23 dicembre 1974, n. 687: su questo problema cfr. la mia nota di commento a Trib. Milano, 28 aprile 1977, *cit.*, p. 1026 s.

(4) « Il privilegio stabilito dall'art. 2759 del codice civile si intende riferito all'imposta di ricchezza mobile dovuta, in dipendenza dell'esercizio di attività commerciali o professionali, per il periodo d'imposta nel corso del quale ha avuto inizio l'esecuzione e per il precedente. Esso si applica sui beni indicati dall'articolo stesso, ancorchè appartenenti a persona diversa dal debitore, salvo che si tratti di beni rubati o smarriti, di merci affidate al debitore per la lavorazione o di merci

ripresa dall'art. 62 T.U. 24 agosto 1877, n. 4021 ⁽⁵⁾. Secondo la nuova formulazione dell'art. 2749, comma 2°, i crediti dello Stato per l'imposta sul reddito delle persone fisiche, sul reddito delle persone giuridiche e per l'imposta locale sui redditi, dovuta per i due anni anteriori a quello in cui si procede, hanno privilegio, limitatamente all'imposta o alla quota d'imposta imputabile al reddito d'impresa, sopra i mobili che servono all'esercizio di imprese commerciali e sopra le merci che si trovano nel locale adibito all'esercizio stesso o nell'abitazione dell'imprenditore, *ancorchè appartenenti a persona diversa dall'imprenditore*, salvo che si tratti di beni rubati o smarriti, di merci affidate all'imprenditore per la lavorazione o di merci non ancora nazionalizzate munite di regolare bolletta doganale. Le conseguenze pratiche di questa disposizione sono evidenti: i beni adibiti all'esercizio dell'impresa e acquistati a rate (quindi con riserva di proprietà del venditore) oppure utilizzati in base a contratto di locazione, di *leasing*, di comodato ecc. sono soggetti al privilegio dello Stato per le imposte dovute dall'imprenditore, senza che rilevi in alcun modo la circostanza che tali beni non sono di sua proprietà, ma appartengono a terzi.

Le ragioni per cui è stata mantenuta la norma dell'art. 211, comma 2°, T.U. 1958, non sono state rese palesi. Probabilmente il legislatore, preoccupato di evitare frodi a danno dello Stato, ha voluto impedire che l'imprenditore simuli contratti di locazione, di *leasing* ecc. per sfuggire ai suoi doveri tribu-

non ancora nazionalizzate munite di regolare bolletta doganale». Questa norma è stata inserita anche nell'art. 56, comma 4°, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

(5) Questa norma disponeva: «Il privilegio stabilito dal n. 1 dell'art. 1958 del codice civile è esteso alla riscossione della imposta di ricchezza mobile dell'anno in corso e del precedente, dovuta in dipendenza dell'esercizio di commercio, industria, arte e professione, sopra i beni mobili che servono all'esercizio e sopra le mercanzie che si trovano nel locale addetto all'esercizio stesso, o nella abitazione del contribuente, *quantunque i beni mobili e le mercanzie non siano di proprietà del debitore dell'imposta*, salvo che si tratti di oggetti derubati o smarriti, ovvero di depositi provvisori di merci destinate a solo fine di lavorazione o di merci in transito munite di regolare bolletta doganale».

tari. Ma potrebbe anche avere influito l'idea che tutti i beni necessari alla produzione del reddito d'impresa debbano essere posti a garanzia delle imposte gravanti su tale reddito indipendentemente dalla titolarità dei beni. È certo, comunque, che con la regola introdotta nell'art. 2759, comma 2°, i compilatori hanno cercato di assicurare allo Stato una rapida e spedita realizzazione dei crediti d'imposta, ma sulla scorta della tradizione storica questa giusta esigenza è stata attuata in modo non corretto.

La norma in esame costituisce, anzitutto, una inammissibile deroga al principio dell'art. 2740 cod. civ., per il quale « il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri ». Tale principio è razionalmente fondato e non sembra consentire eccezioni di sorta ⁽⁶⁾.

Anche dal punto di vista pratico la regola contenuta nell'art. 2759, comma 2°, non pare accettabile per i gravi inconvenienti che determina nella speditezza e nella sicurezza dei traffici. Chi stipula un contratto di *leasing*, di locazione oppure vende beni con riserva di proprietà è esposto al rischio di vedere assoggettati ad esecuzione forzata i beni dati in *leasing*, in locazione ecc. nel caso in cui il locatario o l'acquirente non paghi le imposte. Così la stipulazione di una serie di contratti di grande diffusione nell'attuale pratica dei commerci e di essenziale importanza per le imprese può diventare pregiudizievole per una delle parti; il che la costringerà ad adottare ogni più opportuna e idonea cautela in sede di conclusione di questi contrat-

(6) Anche gli artt. 2756, comma 2° 2760, comma 2°, e 2761, comma 2°, prevedono un privilegio su beni gravati da diritti di terzi, ma — a differenza dell'art. 2759, comma 2° — queste norme non meritano alcuna censura. Infatti, la prima si giustifica con la stretta connessione tra il bene oggetto del privilegio e i crediti per le spese di conservazione e di miglioramento del bene stesso (cfr. la relazione al codice civile, n. 1131); la seconda si spiega con la necessità di evitare frodi a danno dell'albergatore, posto che normalmente il cliente introduce, nell'albergo, beni propri; la terza si basa sulla giusta esigenza di fare rispondere anche taluni beni del mandante per le spese inerenti all'esecuzione del mandato.

ti. Ma in tale modo non solo si nuoce alla snellezza del commercio, ma si dà un colpo mortale al *leasing*, alla locazione, alla vendita a rate ecc.

2. Le precedenti considerazioni mettono in luce che la disposizione dell'art. 2759, comma 2°, non solo è estranea al nostro sistema del diritto civile, ma addirittura è contraria alle esigenze dei traffici. Forse aveva una sua ragione d'essere in una diversa economia, quella cioè del tempo in cui è stata per la prima volta formulata, come sembrano dimostrare le ipotesi di cui si è occupata la giurisprudenza ⁽⁷⁾. Oggi, di fronte ai gravi inconvenienti sopra denunciati perdono importanza le considerazioni che possono avere indotto il legislatore a dettare prima l'art. 62 T.U. 1877, poi l'art. 211, comma 2°, T.U. 1958 e infine l'art. 2759, comma 2°. Invero l'interesse collettivo alla sicurezza e alla rapidità del commercio non merita di essere sacrificato, nelle ipotesi previste dall'art. 2759, comma 2°, dinanzi all'interesse finanziario dello Stato, tanto più che l'apparato di garanzie predisposto a favore del fisco rende sufficientemente sicuri i crediti d'imposta senza dovere ricorrere ad una regola che produce intralci e danni alla circolazione dei beni.

Se poi si riflette a fondo sulla portata e sul significato dell'art. 2759, comma 2°, ci si avvede che essa è anticonstituzionale, in quanto viola l'art. 42 cost. La realizzazione del credito d'imposta dello Stato attraverso l'esecuzione forzata di un bene che non appartiene al debitore del tributo, costituisce una forma di espropriazione del diritto di proprietà non consentita dall'art. 42, il quale l'ammette solo per motivi di interesse generale e con indennizzo (comma 3°).

Il rilievo non è nuovo, essendo stato avanzato — vigente la passata legislazione tributaria — con riguardo all'art. 211, comma 2°, T.U. 1958, il quale, come è noto, ripeteva la stessa

(7) Sono riferite da SCANDALE, *La riscossione delle imposte dirette*¹⁰, Milano 1970, p. 505.

regola dell'art. 2759, comma 2°. Purtroppo la Corte costituzionale investita del problema della legittimità costituzionale di tale norma, l'ha risolto in senso negativo con la seguente motivazione ⁽⁸⁾.

La Corte ha premesso che i beni oggetto del privilegio di cui all'art. 211, comma 2°, « chiaramente denunciano una posizione sospetta non meno di quella derivante dal vincolo di parentela preveduto dall'art. 207, lett. b), dello stesso T.U. Perchè il terzo, invero, affidi al titolare dell'esercizio, debitore dell'imposta, mobili importanti e spesso molto costosi o merci che del pari possono essere di valore rilevante, come quelli che servono per l'attività esercitata, pur conscio dei rischi cui può andare incontro, evidentemente deve essersi posto di propria volontà in particolari rapporti, di certo non disinteressati, con detto debitore. Tali rapporti possono essere addirittura fraudolenti perchè diretti o a sottrarre i beni che ne sono oggetto all'esecuzione forzata da parte dei creditori o a dissimulare una vera e propria partecipazione all'attività del debitore (società di fatto); o possono essere bensì leciti e non dissimulati, ma consistenti in negozi a titolo oneroso (nella specie noleggio), dei quali, ovviamente, quei rischi devono trovare adeguato corrispettivo ».

Pertanto « sia per l'interesse pubblico alla esazione delle imposte, sia per impedire troppo facili frodi, non si può escludere che la difesa della proprietà, in certe situazioni, sia subordinata a condizioni o a presupposti o ad un particolare comportamento del proprietario. Il che, poi, si risolve non in una espropriazione, ma in una mera limitazione, consistente nella soggezione del bene ad un potere di esecuzione forzata che soltanto

⁽⁸⁾ Corte cost. 28 dicembre 1970, n. 203, in *Giur. cost.* 1970, 2251 ss. Non riguarda, invece, il problema in esame la sentenza della Corte cost. 10 giugno 1966, n. 64, in *Giur. cost.* 1966, 957 ss., la quale ha affrontato, respingendola, l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 211, proposta in relazione all'art. 63 della L. 5 gennaio 1956, n. 1, in riferimento all'art. 76 cost.

eventualmente può portare ad una incidenza diretta o quantitativamente rilevante sul contenuto del diritto a tale bene ».

3. Lo sbrigativo ragionamento della Corte non può essere condiviso ⁽⁹⁾. Essa ritiene che l'art. 2759, comma 2°, sia diretto ad evitare frodi a danno del fisco, riprendendo così la valutazione già espressa con riguardo all'art. 62 T.U. 1877, che è l'antecedente storico della vigente disposizione. Infatti, si legge nel più autorevole commento all'art. 62 che « per porre un argine ed un freno alle coperte vie ed ai fraudolenti artifizii, che eransi per lo innanzi lamentati, e che pur troppo erano riusciti a pregiudicare gravemente gli interessi delle Finanze, ... si stimò necessario costituire ancora una responsabilità, o, si dirà meglio, una garanzia reale, per lo adempimento della imposta obbligatoria, estendendo il privilegio, contemplato dallo articolo 1958 n. 1 del codice civile, a tutti i beni mobili, che servono all'esercizio dell'industria, o che si appartengono, o che non si appartengono all'esercente » ⁽¹⁰⁾. Ma simili rilievi, che sono

(9) Neppure va esente da critica l'orientamento della Corte, espresso nella sentenza 16 giugno 1964, n. 42, in *Giur. cost.* 1964, 548, e richiamato dalla decisione in esame, secondo cui non è fondata, in relazione all'art. 42, comma 2°, cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 207 lett. b) del T.U. 1958, n. 645, riprodotto ora nell'art. 52, comma 2°, lett. b) del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (« L'opposizione prevista dall'art. 619 del codice di procedura civile... non può essere proposta... b) dal coniuge e dai parenti e affini fino al terzo grado del contribuente o dei coobbligati, per quanto riguarda i mobili pignorati nella casa di abitazione del debitore »): v. M. S. GIANNINI, *Sopravvivenza di un privilegio del Fisco*, in *Giur. cost.* 1964, 550 ss.

(10) QUARTA, *Commento alla legge sulla imposta di ricchezza mobile*, III, 3ª ed., Milano 1925, p. 479. Nota ancora l'autore che « l'art. 62 del testo unico, come è noto, corrisponde all'art. 4 della legge 14 giugno 1873, ed ecco quanto intorno all'oggetto di esso ebbe ad esporre alla Camera il ministro delle Finanze, onorevole Minghetti, nella tornata del 25 aprile 1874. « L'art. 4 è veramente una delle cose più importanti che ci sono in questa legge. Oggi, o signori, è venuto in grandissimo costume che un esercente qualunque, o professionista, stato condannato a dover pagare la tassa di ricchezza mobile, o che ha egli stesso aderito alla tassazione, giacchè questi contribuenti i quali sanno già di sfuggire al pagamento non fanno mai grosse difficoltà all'iscrizione, quando poi l'esattore si presenta, dichiara

stati fatti propri dalla Corte, non sono più attuali. Si è visto in precedenza che nel moderno sistema economico è prassi frequente che l'imprenditore usi legittimamente di beni di cui altri abbia la proprietà, sicchè il ricorso al *leasing* e alla locazione per frodare i creditori, in particolare lo Stato, non è la regola, bensì l'eccezione. Di conseguenza l'art. 2759, comma 2°, preoccupandosi solo di casi marginali, appare un relitto storico.

La Corte ha intuito questa obiezione e allora ha soggiunto che l'art. 2759, comma 2°, può trovare una sua ragione d'essere anche nelle ipotesi in cui sussiste, ad esempio, un contratto di locazione stipulato senza frode: essendo il locatore consapevole dei pericoli cui può andare incontro, qualora il locatario non adempia i suoi obblighi tributari, può tenere conto di tale rischio nella determinazione del costo delle merci e dei prodotti e così assicurarsi contro futuri pregiudizi. Ma questa osservazione mette in luce, da un lato, la antieconomicità dell'art. 2759, comma 2°, che finisce con il causare un aumento del prezzo dei beni a danno della collettività, e dell'altro non tiene conto del fatto che anche un rialzo del prezzo non compensa il locatore del sacrificio subito con l'esecuzione forzata di un proprio bene in occasione dell'inadempimento altrui.

Neppure sembra convincente il secondo rilievo della Corte, secondo cui l'art. 211, comma 2°, risponderebbe all'esigenza di tutelare l'interesse dello Stato alla riscossione dei tributi. Siffatto interesse non giustifica l'aggressione di beni di un terzo, quando il debitore si rende inadempiente. Nè vale richia-

di non aver mezzi di pagarlo. E quando l'esattore va per fare gli atti esecutivi, lo stesso contribuente presenta un documento, dal quale risulta che tutta la roba esistente in casa, ovvero nel negozio, se trattasi di un commerciante, è di proprietà altrui: se in specie i negozianti vengono spesso provando che le mercanzie tutte essi le tengono per commissione da un qualunque francese, o cinese che gliele fa vendere. Se si tratta di una professionista, egli presenta una dichiarazione, che il suo servitore, per esempio, è il padrone di tutti i mobili che egli ha in casa. Questi fatti non si verificano già in poco numero, ma ogni giorno più frequentemente ».

marsi alla « funzione sociale » della proprietà, perchè si farebbe ricorso ad una non corretta interpretazione dell'art. 42 cost.

Malgrado i profondi dissensi che tuttora agitano la dottrina sul significato dell'art. 42 ⁽¹¹⁾, non vi è contrasto sulle seguenti proposizioni:

a) « la proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge », almeno nel senso che « una eventuale abolizione dell'istituto si prospetti contemporaneamente come una modificazione dell'ordinamento costituzionale » ⁽¹²⁾;

b) la « funzione sociale » della proprietà comporta limitazioni, anche gravi, al suo contenuto e alle modalità di godimento e di esercizio, ma non può mai essere causa della sua soppressione. Lo ha affermato con molta chiarezza la stessa Corte costituzionale, laddove sostiene che i limiti alla proprietà, disposti allo scopo di assicurarne la funzione sociale, « se possono comprimere le facoltà che formano la sostanza del diritto di proprietà, non possono mai pervenire ad annullarle. Del che fornisce riprova il disposto del comma 3° dello stesso art. 42 il quale, nel sancire che la proprietà privata può essere espropriata per motivi di interesse generale, fa salvo in tale caso per il proprietario il diritto alla corresponsione di un indennizzo. La proprietà non può quindi cedere del tutto, e cioè scomparire, senza che il proprietario ne riceva un corrispettivo, e quindi un utile, persino quando il pubblico interesse ne richieda il sacrificio, perchè anche in tal caso è dovuta la corresponsione di un indennizzo (nei limiti che la pubblica amministrazione è in grado di corrispondere in rapporto all'interesse che persegue), ma

⁽¹¹⁾ La letteratura è assai vasta; cfr., da ultimo, RODOTÀ, voce *Proprietà* (*Diritto vigente*), in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino 1967, 134 ss.; M. S. GIANNINI, *Base costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.* 1971, 443 ss.; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.* 1972, I, 1 ss.; TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, Genova (s.d.), p. 26 ss. (spec. p. 29 s. e 34 ss.).

⁽¹²⁾ NATOLI, *La proprietà*², Milano 1976, p. 40.

che, come questa Corte ha più volte affermato, non sia nè simbolico nè irrisorio » ⁽¹³⁾.

Sulla base di queste notazioni diventa agevole scorgere l'illegittimità costituzionale dell'art. 2759, comma 2°, in quanto si tratta di norma che incide profondamente sul diritto di proprietà fino ad annullarlo senza rispettare la prescrizione dell'art. 42, cioè senza concedere un « indennizzo » al proprietario. Prevedo una facile obiezione: al proprietario che subisce l'espropriazione del bene, potrebbe spettare, nei confronti dell'imprenditore, un'azione di arricchimento senza causa (art. 2041 cod. civ.) oppure un'azione di regresso ex art. 53 cost. ⁽¹⁴⁾ e, sotto questo profilo, potrebbe ritenersi osservato il precetto costituzionale. Senonchè l'attribuzione di tali azioni al proprietario non può essere equiparata all'« indennizzo » voluto dal costituente di fronte all'espropriazione, giacchè il loro esercizio difficilmente potrà fare recuperare al proprietario il valore del bene espropriato. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di indennità di espropriazione, la legge può prevedere una misura ridotta rispetto al valore venale del bene espropriato, « sempre che la misura stessa non sia 'irrisoria', sì da rendere l'indennità 'apparente' o 'puramente simbolica' o da farla apparire una mera 'lustra', ma sia invece tale che l'indennità possa essere considerata un 'serio ristoro', presentandosi con i caratteri della 'congruità', in correlazione con le finalità di interesse pubblico da perseguire » ⁽¹⁵⁾.

(13) Corte cost., 27 luglio 1972, n. 155, in *Giur. cost.* 1972, 1582 (spec. p. 1591).

(14) Ove si applichi, all'ipotesi in esame, la tesi da A. FEDELE, *Diritto tributario e diritto civile nella disciplina dei rapporti interni tra i soggetti passivi del tributo*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* 1969, I, 78 s.: « il principio della capacità contributiva ha raggiunto un tale grado di rilevanza giuridica, anche sotto il profilo della individuazione del soggetto tenuto a partecipare alle pubbliche spese nella misura del tributo, che ad esso si deve riconoscere un'immediata rilevanza preceettiva ».

(15) A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1972, 480.

In realtà, l'errore di fondo che ha viziato il ragionamento della Corte, sta nell'idea che l'interesse dello Stato alla realizzazione dei crediti d'imposta giustifichi l'espropriazione prevista dall'art. 2759, comma 2°. Un simile argomento fraintende il significato che le espressioni « funzione sociale » e « motivi d'interesse generale » rivestono in tema di espropriazione (artt. 42 e 43 cost.). Infatti, il trasferimento coattivo di beni alla mano pubblica o ad una proprietà privata diversa e privilegiata adempie ad un interesse generale della collettività in considerazione sia del carattere oggettivo di tali beni sia della loro rilevanza sociale, in modo da favorire l'evoluzione dei rapporti politico-economici verso un assetto di maggiore equità, per rimuovere le disuguaglianze di fatto di cui all'art. 3, comma 2°, cost. ecc. In altre parole l'espropriazione di determinati beni è ammessa dalla Costituzione *solo* per consentire un loro diverso uso e godimento in vista di una utilità collettiva. Orbene, questi non sono i motivi per cui è stato dettato l'art. 2759, comma 2°, nè i beni espropriati *ex art.* 2759, comma 2°, hanno la destinazione voluta dal costituente, così che la norma in esame appare fuori della logica della nostra Costituzione.

ANTONIO EMANUELE GRANELLI

**PROFILI CIVILISTICI E RIFLESSI TRIBUTARI
DEL NUOVO DIRITTO DI FAMIGLIA**

SOMMARIO: 1. Generalità. Il nuovo regime patrimoniale della famiglia. La comunione legale. Comunione d'azienda e impresa coniugale. Il regime separatistico dei beni acquistati prima del matrimonio, e dei beni esclusi dalla comunione. — 2. I regimi opzionali. La comunione convenzionale. La separazione dei beni. Il fondo patrimoniale. — 3. Regime transitorio. Facoltà di escludere dalla comunione i beni acquistati entro il 15 gennaio 1978. Facoltà di far retroagire la comunione alla data del matrimonio. — 4. Rapporti fra il regime speciale della famiglia e gli istituti di diritto comune. In particolare: sulla possibilità di costituire società fra coniugi. — 5. L'impresa familiare: suo carattere « esterno ». Natura creditoria, e non reale, dei diritti riconosciuti ai partecipi. — 6. Rilevanza tributaria della famiglia: varie figure. La *ratio* del « cumulo familiare dei redditi ». — 7. Diverso fondamento del cumulo fra coniugi. Profili di incostituzionalità del cumulo. La c.d. « Legge Visentini ». — 8. Segue: ancora sulla illegittimità costituzionale del cumulo. La sentenza n. 179 del 1976 e le sue conseguenze. La c.d. « Legge Paodolfi ». — 9. Le attenuazioni del carico fiscale in ragione di rapporti familiari: le detrazioni dall'imposta ed il loro nuovo regime, conseguente all'abolizione del cumulo. — 10. Altre ipotesi di rilevanza tributaria dei rapporti familiari. La presunzione di onerosità dei trasferimenti immobiliari. Le attenuazioni delle imposte di successione, di donazione e dell'INVM. — 11. Riflessi tributari del regime patrimoniale fra coniugi. La comunione legale e l'imposizione del reddito. — 12. Segue: rilevanza della comunione legale nell'imposizione indiretta. — 13. Il regime tributario nelle convenzioni patrimoniali tra coniugi. Conseguenze tributarie dei regimi opzionali di separazione e di comunione convenzionale. Trattamento tributario del fondo patrimoniale. — 14. Il regime tributario dell'impresa familiare. L'imputazione del reddito ai fini dell'imposizione diretta. L'atto di fissazione delle quote: regime tributario ed effetti. L'impresa familiare relativamente all'imposizione indiretta ed all'INVM. — 15. Le implicazioni fiscali del regime transitorio. L'esenzione da imposte e tasse degli atti relativi: delimitazione della sua portata. Problemi relativi all'imputazione del reddito prodotto nel periodo intertemporale.

1. La L. 19 maggio 1975, n. 151, sulla riforma del diritto di famiglia, ha introdotto nel regime patrimoniale del nucleo domestico profonde modificazioni, suscettibili di importanti riflessi in campo tributario: di questi, appunto, intendiamo occuparci, nei limiti consentiti dalla inevitabile approssimazione di un primo approccio al problema, e, quindi, senza pretesa alcuna di esaurire l'ampio e delicato argomento.

Il principio ispiratore della riforma può ravvisarsi, per questa parte, nell'art. 41 della legge, che modificando l'art. 159 Cod. Civ., ha individuato nella *comunione dei beni* il regime patrimoniale legale della famiglia, operante « in mancanza di diversa convenzione »: ed è, subito, la notare come siffatto principio operi un totale capovolgimento rispetto alla previgente legislazione, che, in conformità all'indirizzo di sfavore verso l'istituto della comunione cui risulta ispirato il Codice Civile ⁽¹⁾, recepiva, quale regime legale, quello della separazione dei beni (si cfr. gli abrogati artt. 210-214 Cod. Civ.), consentendo tuttavia ai coniugi di optare, pur con notevoli limitazioni, per la comunione « degli utili e degli acquisti » (artt. 215 e segg.), ovvero per la costituzione del patrimonio familiare (artt. 167 e segg.) ⁽²⁾.

Premesso che il regime della comunione ha inizio con il matrimonio, va subito rilevato che il regolamento dispone, a modificazione degli artt. 177, 178 e 179 Cod. Civ., dagli artt. 56, 57 e 158 della legge in esame, poggia sulla fondamentale distinzione fra i beni acquistati prima del matrimonio, relativamente ai quali permane il regime di separazione, e quelli acquistati in costanza di esso, soggetti, invece, alla comunione legale.

In particolare, cadono nella comunione i beni acquistati dopo la celebrazione del matrimonio, ad eccezione di quelli pervenuti ad un coniuge per successione o donazione, ovvero a titolo risarcitorio, o aventi uso strettamente personale, ed infine dei beni destinati all'esercizio della professione di uno dei coniugi, « tranne quelli destinati alla conduzione di un'azien-

⁽¹⁾ Cfr. BRANCA, *Della Comunione*, in *Commentario del Codice Civile* a c. di Scialoja e Branca, artt. 110-1172, Bologna-Roma 1960; pp. 219 e ss.

⁽²⁾ In argomento: G. TEDESCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile dir. da Vassalli*, vol. III, t. I, Torino 1956, 2^a ed., pp. 15 e ss.

Per una esaustiva ricostruzione dei precedenti storici, si veda il fondamentale lavoro dell'UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia* (1796-1942), Bologna 1974.

da facente parte della comunione ». Per le aziende costituite durante il matrimonio occorre, invece, ulteriormente distinguere a seconda che esse siano, oppure no, « gestite da entrambi i coniugi »: nel primo caso esse cadono in comunione interamente e *ab origine*; mentre, nell'ipotesi in cui l'impresa sia esercitata da un solo coniuge, la comunione opera soltanto *de residuo*, ed ossia limitatamente alle attività aziendali sussistenti allo scioglimento della comunione stessa. A quest'ultima ipotesi va per l'appunto riferita, a nostro avviso, l'anzidetta esclusione, dal novero dei beni « personali », di quelli destinati alla conduzione dell'azienda comune: tale precisazione, infatti, non avrebbe alcuna ragione di essere riguardo al caso della comunione originaria dell'azienda, postochè essa, per il presupporre la « gestione comune », risulta incompatibile con l'esercizio personale dell'impresa ⁽³⁾.

L'ipotesi della comunione coniugale d'azienda, testè menzionata, introduce il quesito, assai rilevante, come vedremo, dal punto di vista tributario, del carattere societario di tale istituto. Parrebbe, infatti, che la proprietà dell'azienda, unita alla sua gestione comune, e, quindi, all'esercizio congiunto dell'impresa, comporti la costituzione, fra i coniugi, di un rapporto societario: se così fosse, tuttavia, sorgerebbe questione, invero delicatissima, circa la qualificazione di siffatta società. È da sottolineare, al riguardo, che le norme citate discorrono di « gestione dell'azienda » nel senso più comprensivo, e quindi si riferiscono tanto all'ipotesi di conduzione di un'attività agricola, come a quella di esercizio di un'impresa commerciale: ora, mentre nel primo caso non sorgerebbero particolari problemi, ricadendosi nell'istituto della comunione tacita familia-

⁽³⁾ In argomento: E. Russo, *Considerazioni sull'oggetto della comunione*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano 1973, pp. 380 e ss., e specialm. 392-393; A. ed F. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*; vol. 1, Milano 1975, pp. 528-529; COLUSSI, *Azienda coniugale e disciplina dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 609 e ss.

re ⁽⁴⁾, il cui regolamento è affidato, a tenore dell'art. 2140 Cod. Civ., agli usi, con la precisazione, introdotta dall'art. 89 della legge in esame (art. 230 bis Cod. Civ.) che deve trattarsi di usi compatibili con la normativa della riforma, l'ipotesi di esercizio di un'impresa commerciale condurrebbe, invece, alla configurazione di una sorta di *monstrum*: infatti, la supposta società, non essendo dall'un lato costituita in alcuna delle forme di cui agli artt. 2291 e segg. Cod. Civ., e non potendo, d'altro canto, configurarsi, atteso il divieto di cui all'art. 2249 Cod. Civ., come società semplice, assumerebbe la singolarissima qualificazione di società irregolare ...*ex lege*.

L'obiezione potrebbe, tuttavia, essere superata ravvisandosi, nell'istituto in esame, una deroga al citato art. 2249: ma, a parte la difficoltà di supporre che una deroga così rilevante abbia potuto essere dalla legge introdotta in forma tacita, per l'esclusione del carattere societario della comunione coniugale d'azienda milita, a nostro avviso, decisamente il suo carattere legale, e non contrattuale. Invero, la nozione della società, enunciata dall'art. 2247 Cod. Civ., postula la esistenza, all'origine del rapporto, di un apposito contratto, che nella specie non è dato configurare ⁽⁵⁾.

Inoltre, la qualificazione societaria del rapporto risulterebbe incompatibile con la disposizione che ne prevede lo scioglimento *ex lege* per il caso di fallimento di uno dei coniugi: infatti, nè il fallimento della società, nè tantomeno, quello di un singolo socio, comportano lo scioglimento dell'ente sociale (artt. 146 e segg., R.D. 26 marzo 1942, n. 267). In conclusione, quindi, è nostro convincimento che la comunione coniugale d'impresa si collochi, come istituto ben distinto dalla socie-

⁽⁴⁾ Cfr.: LONCO, *Comunione familiare*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. III, Torino 1967, pp. 900 e ss.; FLORE, *Comunione tacita familiare*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano 1961, pp. 283 e ss.

⁽⁵⁾ V. per tutti: G. FERRI, *Delle società*, in *Commentario cit.*, artt. 2247-2324, Bologna-Roma 1960, pp. 14 e ss.

tà, su un piano, per così dire, di corrispondenza alla preesistente comunione tacita familiare. Nè potrebbe muoversi, a sostegno dell'opposta soluzione, il rilievo che, secondo la dottrina sin qui dominante, la comunione d'impresa non sarebbe configurabile che in una situazione di instabilità, come nel caso della comunione incidentale, cui segue necessariamente, con la gestione da parte degli eredi, il costituirsi, fra gli stessi, di una società ⁽⁶⁾: ciò avviene, infatti, proprio perchè la gestione degli eredi, che si pone in alternativa allo scioglimento, presuppone la stipulazione tra essi, ancorchè *per facta concludentia* ⁽⁷⁾, di un patto societario con conseguente reciproco conferimento delle rispettive quote. Nel caso che ne occupa, invece, non sussiste alcun accordo del genere: alla gestione in comune dell'azienda non corrisponde, da parte dei coniugi, alcun conferimento, in quanto la comunione dell'azienda, costituita dopo il matrimonio, non è presupposto della gestione comune, ma ne rappresenta, anzi, un effetto legale. Non intendiamo negare, beninteso, che l'istituto in esame, con l'escludere *ex positivo jure* l'identificazione della gestione dell'azienda comune con l'esercizio di un'impresa sociale, possa provocare una crisi dei principi sin qui elaborati in materia dalla dottrina civilistica: ma ci preme rilevare che, pur quando tali principi dovessero tenersi fermi, l'azienda coniugale resterebbe tuttavia insuscettibile di qualificarsi come società.

Per i beni acquistati prima del matrimonio sussiste invece, a norma dell'art. 58 (art. 179 Cod. Civ.), lett. a), il regime della separazione. Quanto ai frutti ed ai proventi che, per l'inerire a beni non comuni ai due coniugi, o per il derivare da attività svolte da ciascuno di essi separatamente, non sono,

⁽⁶⁾ G. FERRI, *Delle società* cit. loc. cit., e specialm. pp. 49 e ss.; *Le Società*, in *Trattato Vassalli* cit., vol. X, t. III, Torino 1971, pp. 23 e ss.; GHIDINI, *Società personali*, Padova 1972, pp. 205 e ss.; CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Trattato* cit., vol. X, t. I, 1, Torino 1974, pp. 63 e ss.

⁽⁷⁾ Cass., sez. I civ., 15 luglio 1965, n. 1525, in *Dir. fall.*, 1975, II, 606.

per così dire, *geneticamente* comuni, il regime legale della comunione opera soltanto *de residuo*, vale a dire per quelli tra essi che non risultino consumati allo scioglimento della comunione medesima ⁽⁸⁾.

Più complesso appare, invece, il regime relativo alle aziende: infatti, al caso dell'azienda costituita dopo il matrimonio e gestita da entrambi i coniugi, soggetta, come s'è visto, alla comunione legale, possono contrapporsi ben tre ulteriori ipotesi. Innanzitutto, qualora l'azienda, pur costituita prima del matrimonio, venga gestita da entrambi i coniugi, cadranno sin dall'origine in comunione, per il disposto dell'ultimo comma dell'art. 56 (art. 177 Cod. Civ.), gli utili e gli incrementi, ferma restando, invece, la separazione delle attività aziendali preesistenti al matrimonio ⁽⁹⁾. Ove, per converso, trattisi di azienda non gestita da entrambi i coniugi, opera la comunione *de residuo*, oltretutto sugli utili secondo la regola generale più innanzi ricordata, anche sugli incrementi. Se, infine, l'azienda, gestita da un solo coniuge, sia stata costituita in costanza di matrimonio, la comunione *de residuo* si costituisce non solo sugli utili e sugli incrementi, ma anche sui beni in essa originariamente organizzati: così dispone, infatti, ancorchè riferendosi impropriamente all'« impresa » anzichè all'azienda ⁽¹⁰⁾, l'art. 57 della legge di riforma (art. 178 Cod. Civ.).

È, poi, da ricordare che il regime della separazione si estende anche ai beni acquistati, durante il matrimonio, con il prezzo del trasferimento o mediante lo scambio di beni esclusi dalla comunione, purchè ciò sia espressamente dichiarato nell'atto d'acquisto (art. 58, lett. f.) ⁽¹¹⁾. L'applicazione di tale principio potrà, tuttavia, risultare assai complessa nel caso in

(8) FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, pp. 509 e ss.; DE PAOLA-MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano 1978, pp. 290 e ss.

(9) FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, pp. 515 e ss.

(10) CORSI, *Azienda coniugale, comunione legale e società*, in *Giur. comm.*, 1975, I, 615 e ss., e specialm. 621.

(11) FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, pp. 530 e ss.

cui oggetto dello scambio sia un'azienda costituita prima del matrimonio, ma gestita da entrambi i coniugi: infatti, poichè in tal caso la comunione opera, come si è visto, sin dall'origine relativamente agli incrementi, è da ritenere che il cespite acquistato entri in comunione per la quota corrispondente al valore di questi ultimi.

A norma dell'art. 70 (art. 191 Cod. Civ.) la comunione legale « si scioglie » per la dichiarazione di assenza o di morte presunta di uno dei coniugi, per l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, per la separazione personale dei coniugi o giudiziale dei beni, per il fallimento di uno dei coniugi, nonchè per mutamento convenzionale del regime patrimoniale. La dizione della norma è tuttavia, a nostro parere, impropria. Lo scioglimento della comunione, inteso nel suo significato tecnico di cessazione della contitolarità per quote di diritti reali, e conseguente « specificazione » di tali diritti nella titolarità esclusiva di parti determinate del bene comune, non può prodursi, salvo che per l'ipotesi, qui fuori discussione, del consolidarsi dell'intero diritto in capo a un solo partecipe, che per effetto di divisione ⁽¹²⁾ (art. 1111 Cod. Civ.): è, quindi, nostro convincimento che, sui beni già caduti nel regime della comunione legale, lo stato di contitolarità perduri, anche dopo il verificarsi di alcune fra le cause di scioglimento, sintanto che non siasi proceduto alla divisione. L'effetto considerato della norma in esame consiste, invece, nella cessazione del regime istauratosi fra i coniugi. Eppertanto, mentre i beni acquistati successivamente al verificarsi dell'evento risolutivo saranno attribuiti secondo il nuovo regime istauratosi, quelli già caduti nella comunione legale resteranno comuni; essi non saranno più soggetti, tuttavia, alle speciali disposizioni di cui agli artt. 56 e segg., ma troveranno il proprio regolamento nella disciplina generale dell'istituto (art. 1100 Cod. Civ.),

(12) Cfr. BRANCA, *Della comunione* cit., pp. 220 e ss.

con conseguente possibilità di far luogo alla divisione (art. 73, modificante l'art. 194 Cod. Civ.) ⁽¹³⁾.

Prima che siano cessati gli effetti del regime legale, invece, la comunione costituitasi sui singoli beni ricadenti nel patrimonio dei coniugi appare insuscettibile di scioglimento: il regime di che trattasi dà luogo, infatti, a un « blocco » normativo unitario ed organico, che può essere bensì « disattivato », nella sua interezza, mediante il « mutamento convenzionale del regime patrimoniale », ma non, invece, derogato, rispetto a singoli elementi patrimoniali. A tale proposito fa eccezione, confermandolo, il caso dello scioglimento dell'azienda comune, cui può addivenirsi, pure in costanza del regime legale, per accordo fra i coniugi (art. 70, ultimo comma) ⁽¹⁴⁾.

Quanto all'amministrazione dei beni comuni, la regola fondamentale, posta dall'art. 59 (art. 180 Cod. Civ.), fa capo alla distinzione fra ordinaria amministrazione, il cui esercizio, come pure la rappresentanza in giudizio, e salvi i casi di esclusione previsti dall'art. 62 (art. 183 Cod. Civ.), compete disgiuntamente ad entrambi i coniugi, ed atti di carattere straordinario, per i quali si richiede, in mancanza di procura o di altre particolari situazioni legittimantive il compimento da parte di un solo coniuge (artt. 60 e 61, modificanti gli artt. 18 e 182 Cod. Civ.), la partecipazione congiunta di entrambi ^(14 bis).

2. La comunione legale, di cui abbiamo tratteggiato gli aspetti essenziali, costituisce, quindi, un regime di carattere di-

⁽¹³⁾ L'interpretazione avanzata nel testo consente, a nostro avviso, di spiegare, sul piano teorico, la contrapposizione, attuata dalla norma in esame, tra « separazione giudiziale dei beni » e scioglimento della comunione; contrapposizione che risulterebbe altrimenti ingiustificata, come è parso al DELL'OLIO, *Comunione legale*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Padova 1973, pp. 263 e ss., e specialm. 266.

⁽¹⁴⁾ FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, pp. 571 e ss.

^(14 bis) Per i problemi di carattere processuale ingenerati dal nuovo istituto, cfr.: ATTARDI, *Profili processuali della comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 25 e ss.

spositivo ⁽¹⁵⁾, derogabile dalla diversa volontà dei coniugi, espressa nelle debite forme (art. 43, modificante l'art. 162 Cod. Civ.).

L'autonomia consentita alle parti in questa materia è, peraltro, di tipo *opzionale*, nel senso che essa si estrinseca non tanto in una libera determinazione del regolamento dei propri rapporti, quanto, piuttosto, nella scelta tra più possibili regolamenti, ammessi dalla legge ⁽¹⁶⁾.

L'atto con cui tale opzione viene esercitata si qualifica, a nostro avviso, come un contratto a durata indeterminata ⁽¹⁷⁾, con effetti di autodisciplina sostitutiva della disciplina legale ⁽¹⁸⁾: esso, infatti, stabilisce, ora per il momento in cui verranno ad esistere, l'attribuzione ed il regime giuridico di elementi patrimoniali indeterminati, ed opera, quindi, con lo stesso carattere di generalità, che è proprio del regime legale, cui si pone in alternativa.

Il regime della *comunione convenzionale* può essere adottato mediante convenzioni matrimoniali, peraltro entro limiti di autonomia contrattuale assai ristretti ⁽¹⁹⁾.

Nell'identificazione del contenuto di tale regime, così come esso appare disciplinato dagli artt. 79 e 80 (artt. 210 e 211 Cod. Civ.), occorre, a nostro avviso, distinguere due differenti profili: quello che pertiene alla determinazione dell'*oggetto* della comunione, e quello relativo agli *effetti* di essa.

⁽¹⁵⁾ Sulla distinzione tra norme imperative (inderogabili) e dispositive (derogabili) si veda per tutti: TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano 1975, 9ª ed. a c. di Schlesinger, pp. 19-20.

⁽¹⁶⁾ Sul principio di indeformabilità dei regimi patrimoniali tipici in *subiecta materia*, vedasi: FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli 1941, p. 297; TEDESCHI, *Il regime cit.* p. 42 e ss.

⁽¹⁷⁾ V. per tale categoria: MESSINEO, *Contratto, (dir. priv.) in Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano 1961, pp. 784 e ss., e specialm. 929.

⁽¹⁸⁾ FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, pp. 458 e ss.

⁽¹⁹⁾ DELL'OLIO, *Comunione cit.*, loc. cit., e specialm. p. 264-65; FRAGALI, *La Comunione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da Cicu e Messineo, vol. XIII, t. 1, App. agg., Milano 1977, pp. 23 e ss.

Il contenuto di detto regime presenta, invero, un'ampia zona di coincidenza con quello della comunione legale: di ciò, appare una traccia nella rubrica stessa — particolarmente rivelatrice per l'essere « interna » — ⁽²⁰⁾ dell'art. 79, ove l'istituto in esame risulta riepilogato sotto il titolo « modifiche convenzionali alla comunione dei beni », quasi che la sua adozione non escludesse in radice quest'ultima, limitandosi ad introdurre alcune varianti. Infatti la deroga al regime legale si esaurisce, per questa parte, nella facoltà di costituire in comunione taluni beni che da questo resterebbero esclusi, e di stabilire, per essi, quote non paritarie: facoltà ultriormente limitata dall'espresso divieto di comprendervi i beni di uso personale o professionale, e quelli conseguiti a titolo risarcitorio, talchè l'area di operatività del regime pattizio rimane circoscritto ai beni acquistati prima del matrimonio, a quelli pervenuti per successione o donazione, infine a quelli acquistati con il prezzo di realizzo o mediante lo scambio di beni personali. È, invece, da escludere che il regime convenzionale possa operare in senso inverso, ed ossia escludendo dalla comunione, o costituendoli in quote non paritarie, i beni che formerebbero oggetto della comunione legale: così dispone, infatti, l'ultimo comma del citato art. 79, confermando altresì, per tali beni, l'inderogabilità delle norme sull'amministrazione vigenti in materia di comunione legale.

Sarebbe, tuttavia, erroneo il trarre, dalle esposte considerazioni, il convincimento che la comunione convenzionale abbia carattere integrativo, e non alternativo, rispetto a quella legale. Che le cose stiano diversamente, lo si ricava, infatti, già dalla formulazione del citato ultimo comma dell'art. 79, ove si discorre di beni « che formerebbero » oggetto della comunio-

⁽²⁰⁾ Sul diverso valore, ai fini dell'interpretazione, del titolo « esterno » rispetto a quello « interno », si cfr.: CRISAFULLI, *A proposito del titolo delle leggi*, in *Stato e dir.*, 1941, 453 e ss., 471 e ss.; BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971, 2° ed., pp. 223 e 224, n. 91.

ne *ex lege*: l'uso del condizionale indica, chiaramente, che, esercitata l'opzione per il regime convenzionale, anche tali beni — pur con i limiti « quantitativi » di cui si è detto — vi ricadono.

Viene, così, in rilievo l'ulteriore profilo degli effetti della comunione convenzionale: effetti che si manifestano nell'operatività, rispetto all'intero patrimonio comune, costituito così dai beni volontariamente inclusi nella comunione secondo le quote stabilite, come da quelli che sarebbero assoggettati a regime legale per quote inderogabilmente paritarie, del regime di cui agli artt. 1100 e segg. Cod. Civ. Riteniamo, pertanto, che la comunione convenzionale possa essere sciolta, indipendentemente dal verificarsi di alcuna fra le condizioni di cui all'art. 70, mediante semplice revoca, previamente autorizzata dal giudice (artt. 43, comma 3° e 44), della convenzione che l'ha costituita ⁽²¹⁾: nel qual caso, salvo che non siasi fatto luogo all'adozione di altro regime convenzionale, si determinerà, per la parte che la riguarda, la reviviscenza del regime di comunione legale.

Particolare attenzione merita, poi, il caso in cui la comunione convenzionale verta su un'azienda: varrà il carattere volontario della « messa in comune » a determinare la configurazione di una società di fatto tra i coniugi?

A nostro avviso, occorre distinguere, a seconda che la comunione verta, fermo restando in entrambi i casi il requisito della cogestione, su un'azienda costituita dopo il matrimonio, ovvero anteriormente ad esso.

Nel primo caso, infatti, l'azienda costituirebbe oggetto di comunione *ex lege*, onde il regime convenzionale non ne modifica, per questa parte, il modo di essere, limitandosi ad operare una semplice interversione del titolo, e, quindi, della disciplina di tale comunione: manca, quindi, anche in questo

(21) FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, pp. 457 e ss.

caso, quella specifica messa in comune di mezzi, che è alla base del patto sociale.

Nel secondo caso, invece, trattandosi di azienda che non sarebbe comune *ex lege*, il conferimento nella comunione volontaria potrebbe forse dare luogo all'insorgere di una società di fatto tra i coniugi.

Un secondo regime alternativo a quello legale, di cui i coniugi possono pattuire l'adozione, e che può essere, in determinate ipotesi, giudizialmente istituito (art. 72, modificante l'art. 193 Cod. Civ.), è quello della *separazione*: esso produce, a norma dell'art. 83 (art. 215 Cod. Civ.) l'effetto di mantenere nella titolarità esclusiva di ciascun coniuge i beni acquistati durante il matrimonio.

Conseguentemente, il godimento e l'amministrazione di tali beni compete al coniuge che ne abbia la titolarità: onde, mentre dall'un lato l'amministrazione dell'altro coniuge può esercitarsi soltanto in virtù di procura, con l'obbligo di rendere conto dei frutti, ovvero di restituire, alla cessazione del rapporto matrimoniale, i frutti non consumati (art. 85, modificante l'articolo 217 Cod. Civ.), dall'altro il godimento dei beni da parte del coniuge non titolare comporta l'insorgere, a suo carico, di tutte le obbligazioni derivanti dall'usufrutto (art. 86, modificante l'art. 218 Cod. Civ.) ⁽²²⁾.

Il *favor communionis* si manifesta, tuttavia, anche nell'ambito del regime di separazione, sul piano probatorio: a norma dell'art. 87 (art. 219 Cod. Civ.), infatti, compete a ciascun coniuge la prova della proprietà esclusiva dei singoli beni, prova in difetto della quale essi sono attribuiti per quote eguali ad entrambi ⁽²³⁾. Quest'ultima disposizione dà luogo, pertanto, ad una particolare ipotesi di comunione legale, che può correttamente definirsi *presuntiva*: essa si distingue, infatti, proprio per la sua specificità, dal regime della comunione coniugale,

⁽²²⁾ In argom.: FINOCCHIARO, *Riforma* cit., pp. 603 e ss.

⁽²³⁾ FINOCCHIARO, *Riforma* cit., pp. 607-09.

che investe, invece, la generalità dei beni, e va, piuttosto, assimilata alla comunione di diritto comune, della quale costituisce, per l'appunto, una presunzione. Va osservato, al riguardo, che la comunione ex artt. 1100 e segg. Cod. Civ., mentre può coesistere con il regime della comunione familiare e con quello della comunione convenzionale, limitatamente ai beni da esse esclusi, può invece sussistere, in regime di separazione, rispetto a qualsiasi bene.

Per converso, non riveste, rispetto ai regimi sin qui considerati, carattere alternativo la costituzione del *fondo patrimoniale*, prevista dagli artt. 49 e segg. (167 e segg. Cod. Civ.): detto istituto, consistente nella costituzione di un vincolo di destinazione « a far fronte ai bisogni della famiglia » su taluni specifici beni — immobili, mobili registrati o titoli di credito — lascia salvo l'assoggettamento del patrimonio dei coniugi tanto al regime della comunione legale, come a quello della separazione o della comunione convenzionale: la disciplina specifica del fondo, costituente « patrimonio separato », concorrerà, quindi, con il regime legale o con quello convenzionale adottato, anche relativamente ai beni in esso costituiti. Infatti, il vincolo di destinazione, insito nella costituzione del fondo patrimoniale, non influisce sull'attribuzione della proprietà, solo riflettendosi sulla disponibilità dei beni che lo formano.

È infine, da ricordare come l'introduzione del nuovo regime, testè descritto, abbia determinato rilevanti modificazioni anche nel regime pubblicitario, attraverso la nuova formulazione, introdotta dagli artt. 206 e 207 della legge in esame, degli artt. 2684 e 1685 Cod. Civ. ⁽²⁴⁾, nonchè, da ultimo, per effetto dell'adeguamento della normativa concernente il sistema di intavolazione, attuato con la L. 8 agosto 1977, n. 574.

(24) Si veda peraltro, per una critica assai pertinente di tali disposizioni: CIAN, *Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia: una revisione che si impone*, in *Riv. dir. civ.* 1976, I, 33 e ss.

3. In una riforma, quale è quella in esame, destinata ad incidere su rapporti, oltrechè delicatissimi, di lunga durata, non poteva non rivestire particolare importanza, per i matrimoni già in atto, la problematica inerente alla successione dall'abrogato al nuovo ordinamento: ed infatti, tale problematica trova ampia trattazione nel capitolo della legge in esame, dedicato alle « norme finali e transitorie » (artt. 211 e segg.).

Del regime patrimoniale delle famiglie già costituite alla data di entrata in vigore della riforma — *id est*: dei matrimoni celebrati sino al 20 settembre 1975 ⁽²⁵⁾ — si occupa, in particolare, l'art. 228 ⁽²⁶⁾, testè modificato con il D.L. 9 settembre 1977, n. 688, conv. nella L. 31 ottobre 1977, n. 804.

Il principio guida, cui tale disposizione risulta ispirata, è quello in virtù del quale, operando il nuovo regime soltanto *de futuro*, esso trova applicazione, relativamente ai nuclei familiari già costituiti, soltanto a decorrere dal 15 gennaio 1978 (termine originariamente fissato al 21 settembre 1977), e limitatamente ai cespiti patrimoniali acquisiti dopo l'entrata in vigore della riforma, vale a dire dopo il 20 settembre 1975. Si riproducono quindi puntualmente, entro tali limiti temporali, le situazioni e le ipotesi delineate in precedenza, ma riferite, anzichè alla data del matrimonio, a quella del 21 settembre 1975, e decorrenti dal 15 gennaio 1978: la portata della norma in esame può quindi ravvisarsi, in estrema sintesi, in ciò, che essa include nella comunione, anche per le comunità coniugali preesistenti, tutti i beni suscettibili di tale regime, che sia-

⁽²⁵⁾ L'interpretazione avanzata dalla prevalente e più autorevole dottrina, secondo cui la legge di riforma sarebbe entrata in vigore il 20 settembre 1975 (nel senso riferito si cfr., ad esempio: ANDRIOLI, in *Foro it.*, 1975, V, 171; GABRIELLI, *Art. 240*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a c. di Carraro, Oppo, Trabucchi, vol. II, Padova 1976, p. 55), e non il 21 settembre 1975 (si cfr., in aal senso, e a modificazione dell'opposto orientamento manifestato nel vol. I: FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, vol. II, Milano 1976, p. 594 ha trovato conferma, con effetto di interpretazione autentica, nella citata L. n. 804 del 1977.

⁽²⁶⁾ Sull'argomento, si vedano: FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, vol. II, cit, pp. 554 e ss.; GABRIELLI, *Art. 228*, in *Commentario cit.*, pp. 20 e ss.

no stati acquistati successivamente all'entrata in vigore della nuova normativa — talchè, giova osservarlo, tale disposizione non costituisce deroga al principio *tempus regit actum* —, facendo tuttavia « slittare » (il termine è di moda!) gli effetti della comunione al secondo anno successivo. Pertanto, fermo restando il regime ormai costituitosi per gli acquisti precedenti, i beni non personali acquistati da alcuno dei coniugi o da entrambi, e le aziende costituite dopo il 21 settembre 1975, saranno soggetti, a decorrere dal 15 gennaio 1978, alla comunione legale; mentre per le aziende costituite anteriormente al 21 settembre 1975, anche se dopo il matrimonio, riteniamo che la comunione verta soltanto sugli utili e sugli incrementi prodotti a partire dal 15 gennaio 1978: tale conclusione discende, infatti, dal rilievo che, dovendosi avere riguardo, a norma del 1° comma del citato art. 228, al momento dell'acquisto dei beni, gli utili e gli incrementi acquisiti dopo la data di riferimento risultano inevitabilmente attratti dal nuovo regime ⁽²⁷⁾.

Diverso ordine di considerazione vale, invece, per la comunione *de residuo* dei frutti dei beni personali, dei proventi delle attività separate e dei beni e/o degli incrementi delle aziende gestite da un solo coniuge: infatti, poichè in tal caso l'elemento qualificante ai fini dell'applicazione dello *jus superveniens* è dato dallo scioglimento della comunione, appare evidente che la *communio de residuo* troverà senz'altro applicazione, al verificarsi di alcuna delle circostanze indicate nell'art. 70, indipendentemente così dalla data di celebrazione del matrimonio, come da quella di acquisto dei singoli beni. È, piuttosto, il caso di sottolineare che, venendo le predette circostanze in rilievo non già *ex se*, sibbene quali fatti risolutivi del regime di comunione legale, che costituisce, quindi, il presupposto del loro specifico effetto, esse daranno luogo alla comunio-

(27) Cfr.: GABRIELLI, *Art. 228 cit., loc. cit., e specialm. 21-22.*

ne del residuo soltanto se abbiano avuto a verificarsi dopo il fatidico 15 gennaio 1978.

L'art. 228, così come successivamente prorogato, fissa, quindi, nella stessa data del 15 gennaio 1978 il termine entro cui i coniugi possono sottrarsi, per i beni quivi considerati, al regime della comunione legale, optando per la separazione.

Va segnalata, al riguardo, una particolarità, la cui *ratio* appare di tutta evidenza: l'opzione può essere efficacemente esercitata, in tal caso, anche da uno solo dei coniugi.

Tale particolarità trova, invero, giustificazione e fondamento nel rilievo che l'opzione ex art. 228, comma 2°, riguarda esclusivamente elementi acquisiti nell'intervallo di vacanza della comunione legale, e non influisce, quindi, sul regime patrimoniale della famiglia: essa, quindi, non impedisce che, a decorrere dal 15 gennaio 1978, si renda pienamente operante l'istituto della comunione legale, la cui istaurazione solo potrà essere impedita da una convenzione tra i coniugi.

Quanto alla seconda ipotesi, osserviamo che il 2° comma dell'articolo in esame, limitandosi a disporre che i coniugi possano, entro il termine stabilito, « convenire che i beni acquistati anteriormente alla data indicata nel primo comma siano assoggettati al regime della comunione », potrebbe lasciare adito a qualche dubbio circa il *dies a quo* della sua previsione, ed ossia circa la possibilità di includere, in tali opzioni, anche beni acquistati prima del matrimonio.

A nostro avviso, tuttavia, il quesito trova agevole soluzione, avuto riguardo alla *ratio* della norma, che è quella di consentire una estensione del regime della comunione legale ⁽²⁸⁾,

(28) Secondo GABRIELLI, *Art. 228 cit.*, pp. 29-30, tale disposizione deve considerarsi (salvi i profili fiscali di cui diremo più avanti) « meramente confermativa di principi », posto che anche l'ordinamento abrogato « consentiva, sebbene non espressamente, di convenire la comunione degli utili e degli acquisti pur dopo la celebrazione del matrimonio »: onde dovrebbe permanere la possibilità « di stipulare la convenzione in parola anche dopo che sia decorso il biennio ». Ci permettiamo, al riguardo, di nutrire qualche perplessità: sopraggiunta, infatti l'abrogazio-

così da comprendere in essa anche i beni che vi sarebbero stati soggetti se il matrimonio fosse stato celebrato prima dell'entrata in vigore del nuovo regime: sembra evidente, pertanto, che tale opzione riguardi esclusivamente il periodo successivo alla celebrazione del matrimonio. È, inoltre, da ritenere, in virtù del già ricordato principio di indeformabilità e inscindibilità del regime in esame, che quest'ultima data costituisca un termine iniziale inderogabile, talchè i coniugi non potrebbero far decorrere la comunione legale da una data intermedia fra la celebrazione del matrimonio e l'entrata in vigore del nuovo regime.

Una eventuale estensione della comunione a beni acquistati anteriormente al matrimonio, e dunque « personali », potrà quindi avere luogo soltanto in virtù dell'adozione, entro lo stesso termine del 15 gennaio 1978, del regime convenzionale, di cui all'art. 78, ovvero mediante una normale cessione di quota, possibile a seguito della caducazione del divieto di cui all'art. 781 Cod. Civ. ⁽²⁹⁾, e del tutto svincolata dalle forme della convenzione coniugale.

4. Gli istituti, che abbiamo sin qui esaminati, riguardano il regime dei rapporti patrimoniali tra coniugi, e configurano, quindi, uno *ius speciale*, caratterizzato dall'avere a suo presupposto un particolare vincolo giuridico tra i soggetti considerati.

Tali rapporti sono, tuttavia, suscettibili di inquadrarsi anche nell'ambito degli istituti civilistici di diritto comune, riguardanti al generalità dei rapporti: istituti che, alla condizione del-

ne degli artt. 215 e ss., non sembra a noi più possibile far luogo all'applicazione di tale istituto. *Nulla questio*, riguardo alla facoltà dei coniugi di costituire in comunione, anche dopo il 15 gennaio 1978, beni precedentemente acquistati: ma, a nostro avviso, si avrebbe, in tal caso, non già l'estinzione del regime legale, sibbene la costituzione di una comunione di diritto comune, soggetta esclusivamente al regime di cui agli artt. 1100 e ss.

(²⁹) Corte cost., 27 giugno 1973, n. 91, in *Giur. ital.*, 1974, I, 1, 18, ed *ibidem*, 1265, nota di L. Russo, *Le liberalità tra coniugi nella prospettiva dei principi costituzionali in materia di famiglia*.

la loro compatibilità con il regime speciale, potranno trovarsi a concorrere con questo. È evidente, ad esempio, che due coniugi, i quali abbiano optato per il regime della separazione, potranno ben acquistare un immobile per quote indivise, sì da costituire, su di esso, una comunione di diritto comune: in tal caso, i loro rapporti saranno interamente regolati dagli artt. 1100 e segg. Cod. Civ., restando del tutto irrilevante, rispetto alla loro qualità di comunisti, il vincolo familiare che li unisce.

Le disposizioni in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi non hanno, quindi, carattere necessariamente esclusivo, potendo anzi di volta in volta i loro effetti coesistere con quelli di altri particolari regimi, cui essi abbiano affidato l'assetto e la composizione dei rispettivi interessi ⁽³⁰⁾.

Va poi aggiunto che la comunione legale, e gli altri alternativi regimi, per riguardare esclusivamente i coniugi, lasciano impregiudicata la operatività del diritto comune relativamente agli ulteriori, complessi rapporti, che possono intrecciarsi nell'ambito del gruppo domestico.

Nulla esclude, pertanto, che le relazioni tra i componenti di detto gruppo possano assumere, salvi gli impedimenti di cui diremo, carattere societario, allorquando esse risultino fondate sul conferimento di beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica.

In tale ipotesi, la disciplina comune, propria dei rapporti societari, ed ossia sui rapporti tra conferenti *in quanto tali*, e quella speciale, concernente il regime patrimoniale dei coniugi, opereranno su piani distinti.

Tuttavia, mentre nel caso in cui il regime vigente tra i coniugi sia quello della separazione non si porranno particolari problemi di connessione fra le due discipline, e ciò per l'ovvio motivo che la separazione produce l'effetto di rendere irrilevan-

⁽³⁰⁾ Si cfr. ad esempio, per le interazioni tra il regime patrimoniale dei coniugi e l'istituto del condominio edilizio: TERZAGO, *Condominio e nuovo diritto di famiglia*, in *Foro pad.*, 1976, II, 10 e ss.

te, nei rapporti economici, il vincolo matrimoniale ⁽³¹⁾, la situazione si presenta assai più complessa, sì da generare ipotesi di incompatibilità, allorquando tra i coniugi sussista un regime di comunione, convenzionale o legale.

A nostro parere la situazione si presenta profondamente diversa, a seconda del tipo di società che si ipotizzi costituita tra i coniugi.

Sintetizzando, con ovvia inevitabile approssimazione, un discorso del quale non ignoriamo la complessità, possiamo infatti notare, a titolo di basilare premessa, che mentre nella società di persone la quota sociale, in quanto semplice misura della partecipazione del socio alla « comunione d'impresa » ⁽³²⁾, si risolve, con la sola eccezione della quota del socio accomandante nella società in accomandita semplice, in un mero rapporto giuridico, cui fa capo un complesso di diritti esercitanti sul patrimonio sociale, la quota della società di capitali, come pure quella dell'accomandante di società in accomandita semplice ⁽³³⁾, assume, invece, una autonoma natura di « bene economico », coagulandosi, per così dire, il rapporto societario in una *res* suscettibile, a sua volta, di essere oggetto di diritti reali. Ciò trova, a nostro parere, una significativa conferma nel principio della trasferibilità, proprio di queste ultime (artt. 2322, 2355, 2479 Cod. Civ.), in contrapposto alla regola della intrasferibilità della prima ⁽³⁴⁾: principio che ci sembra compor-

(31) Cfr.: FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, pp. 600-61.

(32) Così: G. FERRI, *Le società cit.*, p. 143.

Tale espressione mira a sottolineare come la contitolarità sociale abbia un contenuto più ampio di quella ravvisabile nella comunione, in quanto comprende, oltre ai rapporti reali, anche rapporti di carattere personale (ad es.: di lavoro, di clientela, di credito): sul punto v. GHIDINI, *Società personali*, Padova 1972, p. 205. A fronte, quindi, della contitolarità di diritto reale, che dà luogo alla comunione, e della contitolarità del diritto di credito, che dà luogo alla solidarietà, la « contitolarità d'impresa » si presenta come un *unicum* comprendente tutti i possibili diritti finalizzati all'esercizio dell'attività economica, ad essa conseguenti.

(33) G. FERRI, *Le società cit.*, p. 383.

(34) GHIDINI, *Le società cit.*, p. 648.

tare, a sua volta, che, mentre il subentrare di un terzo nella posizione di socio personale, ovvero di accomandatario, si traduce in una novazione del patto sociale, il trasferimento di quote della società di capitali, o la cessione delle quote di accomandante, non modifica gli elementi della compagine societaria, essendo già insita *ab origine*, nella sua stessa struttura, la trasferibilità di tali partecipazioni.

Da quanto precede, emerge una prima, fondamentale differenza fra le due ipotesi: in regime di comunione tra coniugi, infatti, mentre la costituzione di una società personale non conduce ad una comunione delle quote, ma trasforma, semplicemente, la quota della comunione di godimento (art. 2248) in una corrispondente quota di comunione d'impresa, la costituzione, fra gli stessi, di una società capitalistica od accomandataria può dare invece luogo all'automatico insorgere della comunione sulle quote reciprocamente attribuite ai due coniugi soci: ciò accade, precisamente quante volte tali quote, per la particolare modalità della loro acquisizione, non siano riconducibili ad alcuno tra i beni esclusi dal regime legale, così come avverrebbe, ad esempio, nel caso in cui la sottoscrizione del capitale sociale avesse luogo con sostanze di carattere personale.

Alla luce di tale premessa, può dunque affermarsi che il regime della comunione tra coniugi è suscettibile di coesistere con la sussistenza, fra i medesimi soggetti, di un rapporto sociale, purchè trattisi di società personale diversa dall'accomandita semplice. In tal caso, infatti, le quote sociali, proprie di ciascuno, vengono, per così dire, « sovrapponendosi » alle corrispondenti quote di comunione: talchè i coniugi parteciperanno, *uti socii*, nella medesima proporzione in cui disporrebbero, mancando l'esercizio dell'impresa, del patrimonio sociale. Conseguentemente, non potendosi configurare le quote sociali alla stregua di « beni », suscettibili di costituire un autonomo diritto reale, è da escludere che il regime matrimoniale dia luogo all'insorgere di una comunione di quote: eppertanto, ove la società sia

costituita tra i soli coniugi, sembra di poter negare, per effetto della comunione, il venir meno della pluralità dei soci, prodromico, per l'art. 227, n. 4 Cod. Civ., allo scioglimento.

Diversi effetti si producono, invece, nel caso in cui tra i coniugi sia costituita una società capitalistica a responsabilità limitata, ovvero azionaria.

Nulla quaestio, ovviamente, nel caso in cui i conferimenti consistano in beni esclusi dalla comunione, rendendosi così operante, *in parte qua*, il regime di separazione, con conseguente ininfluenza del rapporto matrimoniale su quello societario.

Ma nell'opposta ipotesi che i conferimenti, cui le quote corrispondono, siano realizzati con beni comuni, il fatto che, come abbiamo già rilevato, la partecipazione sociale non si esaurisca in un diverso modo di essere della preesistente comunione, ma divenga, a sua volta, una *res*, soggetta al regime legale, determina il costituirsi, tra i coniugi, di una « comunione di quota » sulle rispettive partecipazioni. Da ciò, la relevantissima conseguenza che, ove della società non faccia parte almeno un terzo soggetto, verrà a mancare la pluralità stessa dei soci, con conseguente nullità, per mancanza di causa, del patto sociale: nullità, e non semplice venir meno, a sensi degli artt. 2362 e 2497, comma 2°, Cod. Civ., della limitazione della responsabilità, in quanto, nell'ipotesi considerata, il difetto di pluralità costituirebbe un vizio originario, e quindi impeditivo, dell'atto sociale, laddove i citati artt. 2362 e 2497 riguardano il caso di *sopravvenuta* concentrazione delle quote in mano ad un solo soggetto ⁽³⁵⁾. Quest'ultima situazione si verificherebbe,

(35) Sul punto: FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja e Branca* cit. artt. 2325-2461, Bologna-Roma 1961, p. 31. Merita ricordare, al riguardo, che il problema della validità delle società fra coniugi, assai dibattuto in diritto francese, venne dalla giurisprudenza di merito colà risolto in senso affermativo: si cfr., ad es., App. Parigi, 7 dicembre 1954, in *Rec. Dalloz*, 1955, J., 353, con n. di *Ripert*; nonché, in dottrina: GUERIN, *Vers la validité des sociétés entre époux*, ivi, 1950, Chr., 25; VASSEUR, *Le problème des sociétés entre époux après l'arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1954* in *Rev. trim. dr. comm.*, 1955, 239. Tale princi-

invece, nel caso di acquisto, da parte di un coniuge, della quota di una società preesistente al matrimonio, o comunque all'istaurarsi del regime comunitario, di cui l'altro coniuge avesse la residua partecipazione.

Ove, per converso, i coniugi, comproprietari delle quote, non siano gli unici soci, essi verranno costituendo, quali comunisti necessari di quota, un'unica parte sociale: nel caso di società a responsabilità limitata, tale effetto rappresenta una applicazione del principio della indivisibilità della quota; mentre, rispetto all'ipotesi di società azionarie, esso rientra puntualmente nella previsione dell'art. 2347 Cod. Civ.

Effetti particolarmente significativi la comunione tra i coniugi presenta, poi, riguardo alla società in forma accomandataria, sia questa semplice (art. 2313 Cod. Civ.) ovvero per azioni (art. 2462 Cod. Civ.).

Nota comune ad entrambe le società considerate è, infatti, la coesistenza, in esse, di due diversi gradi di responsabilità: quella illimitata dei soci accomandatari, e quella limitata degli accomandanti. L'elemento differenziale risiede, invece, nella « personificazione », propria esclusivamente della forma azionaria: ed è il caso di osservare come il riconoscimento della personalità giuridica non presenti, vuoi dal punto di vista ontologico, vuoi in relazione alle finalità cui è preordinato, vuoi infine

pio venne poi codificato dall'*Ordonnance* 19 dicembre 1958, n. 58-1258, che, inquadrando le società coniugali entro la categoria delle *sociétés particulières* di cui all'art. 1840 *Code civil*, statui il principio per cui *deux époux peuvent être simultanément au nombre des associés et participer ensemble à la gestion*, escludendo tuttavia che essi possano *être ensemble indéfiniment et solidairement responsables dans une société commerciale*. Vedasi, in argomento: HEMARD, *Le nouveau régime des sociétés entre époux*, in *Rec. Dalloz*, 1959, *Chr.*, 27. Sembra a noi, peraltro, che tale esperienza straniera, ancorchè sviluppata nell'ambito di un ordinamento familiare assai prossimo a quello testè introdotto in Italia, non possa contribuire alla soluzione del nostro problema, posto che la questione fu dalla citata giurisprudenza affrontata e risolta sotto il profilo della (pretesa) contrarietà all'ordine pubblico o del (preteso) carattere fraudolento della società tra coniugi, e non, invece, dal punto di vista adombrato nel testo.

per la sua diversa genesi storica, alcun elemento di identità con quello della limitata rispondenza dei soci ⁽³⁶⁾.

Ove, quindi, entrambi i coniugi militino, per così dire, dalla stessa parte, così presupponendosi, dall'altra, l'esistenza di un terzo *partner*, non sorgeranno problemi di pluralità dei soci: nel caso in cui i coniugi siano accomandatari, essi si troveranno, rispetto alla società, nella medesima situazione di partecipi per quote distinte che abbiamo già rilevato in relazione all'ipotesi di loro partecipazione in società personali; nella inversa ipotesi, si determinerà invece, fra essi, la comunione della quota di accomandante a ciascuno attribuita, con la conseguenza che essi rappresenteranno, insieme, una unica « parte sociale ».

Delicatissimo appare, infine, il problema della configurabilità, in costanza del regime di comunione, di società in accomandita nelle quali l'un coniuge assuma la veste di accomandatario e l'altro di accomandante.

Riteniamo che la risposta sia decisamente negativa nel caso della società in accomandita semplice. Infatti, il costituirsi della comunione sulla quota dell'accomandante, e la correlativa partecipazione dei due coniugi, *pro quota*, quali soci accomandatari, comporterà l'illimitata responsabilità di entrambi. Non potrà sfuggirsi, dunque, alla seguente alternativa: o che vi siano altri soci accomandanti, nel qual caso la società potrà sussistere tra questi e i coniugi, entrambi accomandatari; o che la società si esaurisca tra i due coniugi, e allora si avrebbe nullità del contratto sociale, dappoichè *sine causa*. Qualora si tratti, invece, di società in accomandita preesistente al matrimonio, o comunque all'istaurarsi della comunione,

⁽³⁶⁾ Cfr., anche per profili di carattere storicistico, i quali mostrano come il concetto della personalità giuridica sia sorto in epoca successiva all'istituto della limitazione della responsabilità, ed in vista dell'appagamento di esigenze « ideologiche » affatto diverse: GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna 1974, pp. 41 e ss.

di cui l'un coniuge fosse accomandatario, il verificarsi della predetta situazione, per effetto dell'acquisizione da parte dell'altro coniuge, secondo modalità idonee a determinare la comunione, dell'intera quota di accomandante, produrrà, decorsi sei mesi, lo scioglimento della società a norma dell'art. 2323 Cod. Civ.

Quanto alla società in accomandita azionaria, il problema appare complicato dalla difformità di vedute che sussistono in ordine di trasferibilità, e quindi, all'autonomia della quota dell'accomandatario. Aderendo all'autorevole opinione, che, muovendo dalla premessa per cui anche tali quote, in quanto rappresentate da azioni, non possono non assumersi liberamente negoziabili, ritiene doversi « separare il potere gestorio con la correlativa responsabilità illimitata dalla quota di partecipazione », con la conseguenza che il trasferimento riguarda la partecipazione stessa, ma non il potere gestorio e la correlativa responsabilità illimitata ⁽³⁷⁾, riteniamo che la comunione, per il costituirsi tanto sulla quota del coniuge accomandatario, come su quella del coniuge accomandante, condurrebbe alla elisione, *in parte qua*, della pluralità dei soci: onde la società non potrebbe avere luogo in mancanza di altri partecipi. In presenza di altri soci, invece, è da ritenere che, non sussistendo alcun impedimento alla comunione di azioni fra accomandatari ed accomandanti ⁽³⁸⁾, i coniugi comproprietari ben possano trovarsi, riguardo ai poteri di gestione ed alle conseguenti responsabilità, in posizione diversificata.

Assai delicata si presenta, poi, la problematica relativa alla configurabilità, tra i coniugi comunisti, di una società di fatto. Le considerazioni che precedono portano a distinguere, come entità *qualitativamente* diverse, la comunione d'azienda domestica e la società di fatto tra coniugi: in altri termini, non

⁽³⁷⁾ COSTI, *Società in accomandita per azioni*, in *Commentario Scialoja e Branca* cit., artt. 2462-2471, Bologna-Roma 1973, p. 21.

⁽³⁸⁾ COSTI, *Società* cit., p. 24.

sussiste, fra le due nozioni, un rapporto di « contenenza », in virtù del quale la società di fatto possa presentarsi come il risultato di una mera « addizione » di alcuni elementi organizzativi alla fattispecie della comunione d'azienda, ma un rapporto di completa alterità.

È, ancora, sulla base dell'esposto criterio che andrà di volta in volta verificata, con una indagine in fatto peraltro assai complessa e delicata, l'idoneità di determinati elementi esteriori a rivelare la costituzione, fra i coniugi, di una società di fatto avente per oggetto la gestione dell'azienda *ex lege* comune. Ed infatti, mentre nel caso in cui la comunione di azienda non abbia carattere legale, il patto sociale può ben rivelarsi, *per facta concludentia*, nella cogestione dell'azienda previamente messa in comune, la creazione della società di fatto, in presenza della comunione legale, non potrà che emergere da ulteriori elementi, idonei a configurare, in luogo della mera « gestione » dell'azienda da parte di entrambi, l'esercizio in comune dell'impresa commerciale, e l'assunzione, parimenti solidale, del « rischio » relativo a tale gestione. L'indicazione, in concreto, di tali elementi esula dall'economia del nostro modesto lavoro: ma è importante, a nostro parere, avere posto in luce l'esistenza di un crinale, sottile ed incerto fin che si vuole, ma non per questo misconoscibile, fra l'azienda coniugale e la società di fatto tra coniugi. Ad ulteriore riprova della validità della riferita impostazione, può allegarsi, ad esempio, il rilievo che, mentre nella disciplina della comunione appare, come si è visto, di fondamentale importanza la distinzione fra ordinaria e straordinaria amministrazione, nella società il sistema della legge ignora siffatta distinzione, solo vincolando il socio che compia atti di amministrazione al rispetto dei limiti posti dall'oggetto sociale ⁽³⁹⁾: onde, a nostro avviso, è sul piano delle modalità della gestione dell'azienda comune, e dei poteri in

(39) GHIDINI, *Società* cit., p. 209.

concreto esercitati dai coniugi titolari, che andranno ricercati gli indici rivelatori del contratto sociale, e della conseguente trasmutazione della comunione d'azienda in società di fatto.

5. Le considerazioni sin qui svolte, e l'esame, da noi pur brevemente intrapreso, delle diverse ipotesi di regolamentazione dei rapporti patrimoniali nell'ambito della famiglia, consentono di meglio individuare la *ratio* dell'istituto che già sin d'ora si annuncia come il più controvertibile della pur controversa materia: quello dell'*impresa familiare*, disciplinato dall'art. 89 (art. 230 bis Cod. Civ.) ⁽⁴⁰⁾.

In base a tale disposizione, il coniuge, i parenti entro il terzo e gli affini entro il secondo grado, i quali « prestino in modo continuativo la loro attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare », hanno diritto, « salvo che sia configurabile un idverso rapporto », al mantenimento « secondo la condizione patrimoniale della famiglia », e partecipano « agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonchè agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato »; inoltre, le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi, nonchè quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate, a maggioranza, « dai familiari che partecipano all'impresa stessa ».

La riserva della configurabilità di un diverso rapporto, e la stessa generica definizione dell'istituto, i cui confini si presentano assai sfumati, ne denunciano il carattere « residuale » ⁽⁴¹⁾: esso mira infatti, a riportare su un terreno di remunerabilità tutte quelle ipotesi di collaborazione domestica che, non trovando il proprio regolamento in particolari istituti, ap-

⁽⁴⁰⁾ FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, vol. I, pp. 609 e ss.

⁽⁴¹⁾ CORSI, *Azienda coniugale cit.*, loc. cit., e specialm. 617; OFFO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 105 e ss., e specialm. 128.

paiono insuscettibili di tradursi in rapporti di tipo sinallagmatico.

Per quanto concerne il regime dei rapporti coniugali, è stato osservato, infatti, come gli specifici istituti, che vi presiedono, non coprano la totalità delle ipotesi, rilevanti dal punto di vista della « collaborazione nell'interesse della famiglia » e del reciproco contributo ai bisogni familiari « in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo », posti dall'art. 24 (art. 143 Cod. Civ.) tra i doveri conseguenti al matrimonio ⁽⁴²⁾.

In regime di separazione, innanzitutto, il coniuge dell'imprenditore, ancorchè collaborante all'esercizio dell'impresa, non troverebbe alcuna specifica tutela. Ma, anche nell'ambito della comunione, legale o convenzionale, la partecipazione del coniuge agli utili ed agli incrementi è assicurata soltanto nella ipotesi di « cogestione » dell'azienda: pertanto, al coniuge che presti la propria collaborazione sotto forma di lavoro domestico, o che, collaborando nell'impresa, non vi svolga mansioni tali da dar luogo all'ipotesi della comune gestione, nessun diritto sarebbe riconosciuto in costanza del rapporto, essendogli solo riconosciuta, allo scioglimento di esso, la comunione *de residuo*.

Inoltre, gli istituti rubricati sotto il titolo del regime patrimoniale della famiglia riguardano esclusivamente i rapporti tra coniugi, e non offrono, quindi, alcun criterio di regolamentazione dei rapporti caratterizzati da parentela o affinità.

Negli esposti rilievi è insito, quindi, il criterio di deter-

(42) Cfr: BUSNELLI, *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 1397 e ss. È da sottolineare, al riguardo, la pertinente osservazione del FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 609 e segg., secondo cui la sostituzione, nel nuovo testo dell'art. 143, della contribuzione al mantenimento « non si propone come variante linguistica bensì come alternativa di regimi giuridici, così come alternativo è il tipo della famiglia solidale rispetto alla famiglia patriarcale ».

minazione dell'ambito di operatività dell'istituto in questione: esso copre, a nostro avviso, tutto quel complesso di prestazioni lavorative le quali, per il non avere la propria fonte in un preciso rapporto sinallagmatico, si ricollegano ai doveri di collaborazione derivanti dal matrimonio, o più in generale, ai doveri di solidarietà che sono alla base del gruppo domestico. In altri termini, è nostro convincimento che i diritti, riconosciuti dall'art. 230 bis, trovino il proprio presupposto nell'adempimento di « doveri morali e sociali », venendo quindi a coincidere con situazioni già inquadrabili nella categoria delle obbligazioni naturali (art. 2034 Cod. Civ.) ^(42 bis). Esulano, pertanto, dalla previsione della norma in esame tutte le ipotesi, in cui tali prestazioni, per lo svolgersi nell'ambito di un specifico rapporto obbligatorio, abbiano nel sinallagma, genetico o funzionale ⁽⁴³⁾, la propria causa: tale è, ad esempio, il caso del coniuge che partecipi alla gestione dell'azienda comune, o del familiare in genere che prenda parte all'esercizio dell'impresa in qualità di socio, ovvero di chi presti la propria collaborazione nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato ⁽⁴⁴⁾.

La rilevata esigenza di porre in essere una normativa di carattere residuale, e quindi « a larghe maglie », si manifesta nella definizione, assai lata, del concetto stesso di « impresa familiare ». Statuisce, infatti, il 3° comma dello stesso articolo essere tale l'impresa « cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo ».

Tale definizione va, tuttavia, chiarita, nel senso che la collaborazione dei familiari ben lungi dal costituire un requisito necessario di tale impresa, esprime, piuttosto, una delimitazione del suo elemento soggettivo: in altri termini, la norma mira

(42 bis) In senso analogo, si cfr.: CHECCHINI, *Sul fondamento dell'impresa familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 558 e segg., e specialm. 566.

(43) Per tale distinzione: TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1968, 16° ed., p. 715.

(44) ORPO, *Responsabilità* cit. loc. cit.

ad escludere il carattere familiare dell'impresa cui collaborino soggetti diversi da quelli indicati; non, invece, di quella che l'imprenditore eserciti senza l'altrui collaborazione. E va ulteriormente precisato, a questo riguardo, che i collaboratori dell'imprenditore, la cui presenza risulta qualificante ai fini qui considerati, sono, per le già esposte considerazioni, quelli, e quelli soltanto, che non risultino ascrivibili all'omonima categoria di cui all'art. 2094 Cod. Civ.: ciò è quanto dire che l'utilizzazione, da parte dell'imprenditore, della collaborazione di soggetti diversi dai propri familiari in veste di lavoratori subordinati, non è d'ostacolo alla qualificazione familiare dell'impresa, come lo sarebbe, invece, la presenza di estranei quali « soci di lavoro » ⁽⁴⁵⁾.

Le considerazioni che precedono consentono, dunque, di enunciare alcuni principi di notevole portata ai fini di un più preciso inquadramento dell'istituto.

Devesi ritenere che l'impresa individuale abbia *sempre* carattere di impresa familiare: onde il disposto dell'art. 230 bis si renderà operante per il sol fatto che l'imprenditore abbia dei familiari, e che questi prestino la propria attività nel nucleo domestico, ovvero nell'impresa. È, invece, da escludere il carattere familiare dell'impresa, allorquando essa abbia struttura societaria. Tale conclusione risulta, per la verità, di tutta evidenza nell'ipotesi in cui si tratti di società di capitali, e quindi personificata, non potendosi configurare rapporti parentali rispetto ad un *corpus*. Ma identica soluzione deve trarsi, altresì, per le società a base personale, ancorchè esse risultino costituite fra soggetti legati da vincoli familiari rilevanti *sub specie* dell'art. 230 bis: premesso, infatti, che il regime dell'impresa domestica non opererebbe in tal caso, come si è già detto, nei rapporti tra soci, regolati dal comune diritto societario, esso non si renderebbe applicabile neppure rispetto ai

(45) FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, pp. 615-16.

coniugi, ai parenti ed agli affini dei singoli soci, ancorchè collaboranti nel nucleo domestico o nell'impresa: infatti, tali vincoli, individuanti riguardo a ciascun socio, non sono, tra i soci stessi, « comunicabili ». Sembra, quindi, di dover accedere alla conclusione che non soltanto l'impresa individuale costituisce necessariamente una impresa domestica — salva, beninteso, l'inapplicabilità dell'art. 230 bis per mancanza di presupposto soggettivo, nel caso in cui l'imprenditore non annoveri parenti che prestino la loro collaborazione nella famiglia o nell'impresa —, ma che essa ne esaurisce, altresì, la nozione, non potendosi dare imprese domestiche non individuali ⁽⁴⁶⁾.

Sempre relativamente alla identificazione del presupposto soggettivo, riteniamo, poi, opportuno sottolineare che, tanto per familiari occupati nella impresa, come per quelli dediti al lavoro domestico, non è richiesto il requisito della coabitazione: privilegiando, in modo esclusivo, il vincolo familiare ⁽⁴⁷⁾, l'art. 230 bis riconosce partecipe all'impresa domestica anche il parente o l'affine che, pur prestando in modo continuativo la propria opera nella famiglia dell'imprenditore, conservi, tuttavia, un proprio domicilio. Di regola, la coabitazione sussiste, *de facto*, quale conseguenza delle particolari modalità di prestazione del lavoro casalingo, ma ciò non esclude che, in determinate ipotesi, la fattispecie possa realizzarsi indipendentemente da essa: si pensi ad una provvidenziale zia nubile che, pur avendo un proprio separato domicilio, si rechi presso il nipote, per coadiuvare nelle faccende domestiche e nella custodia dei bimbi ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ In tal senso, ancorchè non recisamente: vedasi: CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 101 e ss.; DETTI, *Impresa e azienda nella comunione legale*, in *Riv. not.*, 1975, I, 775 e ss.; COSTI, *Impresa familiare, azienda coniugale e « rapporti con i terzi » nel nuovo diritto di famiglia*, in *Giur. comm.*, 1976, 5 e ss.; GHEZZI, *Ordinamento della famiglia, impresa familiare e prestazioni di lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 1358 e ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr.: FINOCCHIARO, *Riforma cit.*, p. 613.

⁽⁴⁸⁾ Per qualche spunto, vedasi: P. FILIPPI, *La vecchia zia partecipa agli utili?* in *Giur. Comm.*, 1976, I, 173 e ss.

Giova, piuttosto, sottolineare come entrambi i requisiti di che trattasi, ed ossia il vincolo familiare dall'un lato, e il rapporto di cooperazione dall'altro, rivestano, ai fini della identificazione dei soggetti partecipanti all'impresa familiare, carattere non solo genetico, ma funzionale, nel senso che tale partecipazione non soltanto si costituisce in virtù di essi (profilo genetico), ma deve sussistere per tutta la durata del rapporto (profilo funzionale).

Relativamente al rapporto di collaborazione, va quindi osservato che, pur sussistendo il vincolo di coniugio, di parentela o di affinità, la partecipazione all'impresa viene meno non soltanto nell'ipotesi in cui il familiare cessi di prestare la propria opera lavorativa nell'impresa stessa o nella famiglia, ma anche nel caso che intervenga una modificazione nel titolo di tale prestazione: così avverrà, ad esempio, in conseguenza della assunzione, da parte dell'imprenditore, del familiare collaborante, con conseguente instaurarsi di un rapporto di lavoro subordinato. Per converso, la partecipazione all'impresa non viene meno allorquando si dia una semplice permutazione tra i due elementi del rapporto, nel senso che il familiare, già collaborante all'impresa, trasferisca la propria attività nella famiglia, o viceversa: tale evento potrà tuttavia influire, modificando la quantità e qualità del lavoro, sul *quantum* della partecipazione.

La partecipazione viene parimenti a cessare con l'estinguersi del legame familiare: e ciò, beninteso, quand'anche la collaborazione dovesse continuare, a diverso titolo, pur dopo l'evento risolutivo. Infatti, lo scioglimento di tale rapporto determina il venir meno di quel principio di solidarietà morale, che è, come abbiamo visto, alla base dell'istituto in considerazione; onde l'eventuale ulteriore svolgimento dell'attività lavorativa non potrà che ricollegarsi ad un diverso, specifico rapporto — di lavoro subordinato, di società, *et similia* — ovvero

dare luogo ad un'ipotesi di arricchimento *sine causa*, ben riconducibile al regime degli artt. 2041 e 2042 Cod. Civ.

Quanto alle fattispecie, relativamente alle quali l'ipotesi testè formulata è suscettibile di verificarsi, debbonsi distinguere i tre diversi tipi di vincolo familiare, presi in considerazione dalla norma in esame. Infatti, la possibilità di una sopravveniente cessazione del rapporto, mentre deve escludersi in radice riguardo alla parentela, e ciò per il consistere di essa in un vincolo di sangue (art. 74 Cod. Civ.), è invece configurabile, in conseguenza della L. 1° dicembre 1970, n. 898, che ha introdotto nel nostro ordinamento il regime divorzistico, riguardo al vincolo coniugale ed all'affinità. Ora, non v'ha dubbio, a nostro parere, che la pronuncia della sentenza di divorzio produca, con lo scioglimento degli effetti civili del vincolo coniugale, il venir meno dell'istituto in esame non soltanto riguardo al coniuge dell'imprenditore, ma anche nei confronti degli affini. L'affinità, invero, per il consistere nel vincolo « tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge », trova nel matrimonio la propria radice. Nè a diversa conclusione potrebbe addurre il 3° comma dell'art. 78, secondo cui l'affinità « non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge ... »: infatti, tale disposizione, riferendosi specificatamente alla morte, induce a ravvisare la cessazione dell'affinità per le altre ipotesi di scioglimento, diverse dalla morte; e, d'altro canto, siffatte ipotesi, anche a voler prescindere da una pur inevitabile interpretazione « evolutiva » dell'art. 78 in riferimento al sopravvenuto regime divorzistico, erano ben suscettibili di configurarsi anche sotto il vigore del regime di indissolubilità del matrimonio: basti por mente ai casi della dispensa *super rato*, o dei privilegi « petrino » e « paolino », consentiti dal diritto canonico.

Diverso discorso vale, invece, per l'ipotesi di annullamento del matrimonio: l'effetto dichiarativo della pronuncia comporterà, di regola, con la produzione di effetti *ex tunc*, l'inapplicabilità, sin dall'origine, del regime in esame: onde al coniu-

ge o all'affine, che abbia collaborato nell'impresa domestica o nella famiglia, non sarà dato fondare alcuna pretesa sull'art. 230 bis Cod. Civ., ma soltanto esperire l'azione di arricchimento. Tuttavia, nel caso in cui ricorrano le condizioni del matrimonio putativo (art. 19, modificante l'art. 128 Cod. Civ.), il regime dell'impresa familiare troverà piena applicazione sino alla data della sentenza dichiarante la nullità, così producendosi una situazione identica a quella conseguente allo scioglimento del matrimonio.

Resta, ora, da dire dei diritti specificamente riconosciuti ai partecipi dell'impresa familiare.

Va considerato, al riguardo, che il coesistere del diritto al mantenimento e della partecipazione ingenera, a prima vista, qualche perplessità. Premesso, infatti, che il mantenimento, per il prescindere dallo stato di bisogno dell'avente diritto, e per l'essere invece, quanto al suo contenuto, piuttosto riferito alle condizioni economiche dell'obbligato, si concreta nella somministrazione di tutto quanto è necessario ai bisogni della vita ⁽⁴⁹⁾, esso parrebbe assorbire la partecipazione agli utili. D'altro canto, la difficoltà non sembra superabile con il postulare l'alternativa fra i due diritti, in quanto la formulazione letterale della legge è chiara ed univoca nell'indicarli come concorrenti: del resto è sintomatica, in tal senso, la mancanza di qualsivoglia indicazione circa il soggetto cui competerebbe la scelta fra i due trattamenti ⁽⁵⁰⁾. Nè sembra, infine, ipotizzabile che, mentre il diritto al mantenimento compete al familiare il quale presti la propria opera nella famiglia, la partecipazione sia, invece, riconosciuta a coloro che collaborano nell'impresa: osta infatti, a tale interpretazione, la considerazione che le due cate-

⁽⁴⁹⁾ In argomento: TEDESCHI, *Gli alimenti*, in *Trattamento Versalli* cit., vol. III, t. II, Torino 1958, rist. 2° ed., pp. 417 e ss.; PROVERA, *Alimenti*, in *Commentario Scialoja* cit. (artt. 433-448), Bologna-Roma 1972, pp. 13-14.

⁽⁵⁰⁾ Nel senso criticato, vedasi: TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Torino 1976, pp. 231-32.

gorie di collaboratori sono espressamente diversificate, dall'ultima parte del 1° comma, ai fini del diritto di voto, riconosciuto, per l'appunto, ai soli « familiari che partecipano all'impresa », e non, invece, a coloro che prestino la propria attività nella comunità domestica ⁽⁵¹⁾; mentre, riguardo al mantenimento ed alla partecipazione, esse risultano unitariamente considerate come portatrici di entrambi i diritti.

A nostro avviso, il superamento della supposta incongruenza, che porterebbe a considerare pleonastica la partecipazione agli utili dell'impresa, è da ravvisare nel rilievo che, mentre il diritto di partecipazione è rapportato, dal punto di vista quantitativo, all'utile dell'impresa, il diritto di mantenimento va, invece, commisurato alla « condizione patrimoniale della famiglia ». Ora, la condizione patrimoniale della famiglia comprende, sì, l'impresa, ma non si esaurisce in essa, concorrendo a determinarla anche tutti gli altri elementi patrimoniali che possono far capo, oltrechè all'imprenditore, a tutti gli altri soggetti considerati nella norma in esame. Ciò risulta, del resto, in tutto conforme al diverso titolo cui i due diritti si ricollegano: il primo, infatti, trova la propria fonte in vincoli di solidarietà familiare, e prescindere, quindi, da ogni profilo sinallagmatico; il secondo, per converso, costituisce la remunerazione del lavoro prestato, trovando quindi, nella qualità e quantità di esso, il proprio parametro di commisurazione; ed è, a quest'ultimo riguardo, particolarmente sintomatica la corrispondenza della formula dell'art. 230 bis in esame ai principi di cui agli artt. 36 e 37 Cost., che riconoscono al lavoratore il diritto « ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro », parificando inoltre, a tal fine, il lavoro dell'uomo e quello della donna ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Contra, peraltro, cfr.: OPEO, *Responsabilità patrimoniale* cit. loc. cit., e specialm. 124.

⁽⁵²⁾ FINOCCHIARO, *Riforma* cit., p. 614; BELLANTONI e PONTORIERI, *La riforma del diritto di famiglia*, Napoli 1976, pp. 185-86.

In conformità alla riferita interpretazione, riteniamo dunque che, a fronte dell'ipotesi in cui, per l'esaurirsi nell'impresa l'intera consistenza patrimoniale del nucleo domestico, la partecipazione del familiare al reddito di questo, ragguagliata alla quantità e qualità del lavoro prestato, si trovi a coincidere con il diritto al mantenimento, possano darsi due opposte differenti situazioni: quella caratterizzata da una eccedenza della situazione patrimoniale della famiglia rispetto all'impresa, e dalla conseguente idoneità del mantenimento ad assorbire la partecipazione; e quella, per converso, in cui la redditività dell'impresa sia sufficientemente elevata, per comportare, a favore del partecipante, una quota di riparto degli utili di tale entità, da non essere interamente ricompresa nel mantenimento. Il diritto al mantenimento costituisce, secondo tale impostazione, un *minimo* garantito in ogni caso al familiare collaborante nell'impresa o nella famiglia.

È, pertanto, da ritenere, che, allorquando il familiare abbia beneficiato del mantenimento, il diritto di partecipazione gli competa eventualmente per la sola differenza: onde, nel caso in cui la quota di partecipazione al reddito non giunga a « coprire » il costo del mantenimento, quest'ultimo trattamento assumerà carattere esaustivo, escludendo il diritto di partecipazione agli utili.

A particolari difficoltà dà luogo, poi, l'inquadramento teorico dell'istituto, che, pur presentando alcuni connotati comuni ad alcune tradizionali figure di rapporti a carattere associativo, non pare, tuttavia, coincidere puntualmente non alcuna di esse.

Devesi, innanzitutto, escludere l'inquadramento dell'impresa familiare entro lo schema della società personale: ed invece, mentre la società comporta l'assunzione in comune del rischio dell'impresa, e quindi la ripartizione tra i soci così degli utili, come delle perdite, i partecipi all'impresa familiare non rispondono minimamente delle passività, onde neppure possono rimanere coinvolti, così come i soci (art. 147, R.D. 16 mar-

zo 1942, n. 267) dalla eventuale dichiarazione di fallimento⁽⁵³⁾. Ed è parimenti, da respingere la suggestione di chi volesse assimilare l'istituto in esame all'associazione in partecipazione, (artt. 2459 e segg. Cod. Civ.) in quanto, anche a voler prescindere dal rilievo che l'associato partecipa, salvo patto contrario, e pur nei limiti del suo apporto, alle perdite, tale accostamento troverebbe smentita vuoi nel più ampio grado di partecipazione del coadiutore familiare, cui spetta di concorrere al riparto non solo degli utili, ma altresì degli incrementi e degli acquisti, vuoi nel diritto di questi al mantenimento⁽⁵⁴⁾.

Per lo stesso ordine di considerazioni, è da negare l'identificabilità della partecipazione in esame con quella di cui all'art. 2102 Cod. Civ., concernente la partecipazione agli utili del prestatore di lavoro⁽⁵⁵⁾.

In realtà, il corretto inquadramento dell'istituto in esame deve muovere da una fondamentale premessa, nella quale risiede, per l'appunto, l'individuazione della *differentia specifica*, che lo caratterizza: quella della sua rilevanza esclusivamente *interna* al gruppo familiare. Tale conclusione, suggerita anche dal rilievo che una supposta rilevanza esterna di tale normativa creerebbe insormontabili difficoltà nella gestione dell'impresa⁽⁵⁶⁾, induce quindi a costruire il diritto del familiare come una semplice pretesa creditoria nei confronti dell'imprenditore,

(53) COSTI, *Impresa familiare* cit., loc. cit., e specialm. 12; OPPO, *Responsabilità* cit., loc. cit., e specialm. 126-27; SALANITRO, *Impresa familiare e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1976, I, 209 e ss. *Contra*: FINOCCHIARO, *Impresa familiare e fallimento*, in *Giust. civ.*, 1976, V, 111 e ss.

(54) In conformità, pur sottolineando l'analogia delle due posizioni: OPPO, *Responsabilità* cit., loc. ult. cit., e nota 43 ivi. Sull'istituto in generale, vedasi: DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, in *Commentario Scialoja* cit. (artt. 2549-2554), Bologna-Roma 1973.

(55) Sul punto: RIVA SANSEVERINO, *Della impresa*, in *Commentario Scialoja* cit. (artt. 2060-2134), Bologna-Roma 1961, 3° ed., pp. 237 e ss.

Si cfr. inoltre, per la definizione dell'impresa familiare come « ordinamento settoriale interno »: M. C. ANDRINI TAMBORINI, *Brevi note sulla soggettività giuridica dell'impresa familiare*, in *Giur. comm.*, 1977, 132 e ss.

(56) COSTI, *Impresa familiare* cit., loc. cit., e specialm. 5-6.

ricollegantesi ad un rapporto di carattere personale: onde il partecipante non acquista automaticamente la comproprietà, opponibile *erga omnes* ⁽⁵⁷⁾, sugli utili, sugli incrementi e sui beni con questi acquistati, a mano a mano che essi vengano ad esistenza, ma diviene, in dipendenza di tali vicende patrimoniali, titolare di una pretesa creditoria, di cui il parente imprenditore è soggetto passivo ⁽⁵⁸⁾. Ciò trova conferma, a nostro avviso, nel 4° comma dell'articolo in esame, ove è previsto che il diritto del partecipante possa essere, al termine del rapporto, liquidato in danaro. Nè d'altro canto, riteniamo, pur non nascondendoci la delicatezza della questione, che alla ricostruzione da noi proposta possa fare ostacolo la previsione di limiti alla trasferibilità del diritto (esso, infatti, può venire ceduto soltanto a soggetti aventi i requisiti di legge e con il consenso « di tutti i partecipi »): il diritto, della cui trasferibilità si occupa il 4° comma dell'articolo in esame, ha come oggetto, a nostro avviso, non già gli utili e gli incrementi, nè il relativo credito isolatamente considerato (che, in quanto liquidabile in danaro, può essere liberamente ceduto al termine del rapporto), ma la situazione soggettiva di « partecipante », intesa nella sua globalità.

Tale precisazione consente, traendo una ulteriore conseguenza non priva di pratiche implicazioni anche in materia tributaria, di negare all'impresa familiare il carattere di ente collettivo, o di soggetto non personificato: tale qualificazione si rivela, infatti, proprio ed esclusivamente nei rapporti esterni, caratterizzandosi come un complesso di diritti e doveri attribuiti al singolo in quanto membro del gruppo organizzato ⁽⁵⁹⁾.

(57) Sul carattere « assoluto » e sulla conseguente opponibilità *erga omnes* del diritto di proprietà, e degli altri diritti reali che riflettono il paradigma di questa, si cfr.: GIORGIANNI, *Diritti reali (diritto civile)*, in *Novissimo digesto cit.*, vol. V, Torino 1968, pp. 748 e ss., e specialm. 750.

(58) COSTI, *Impresa familiare cit.*, loc. cit., e specialm. 8; OPPO, *Responsabilità cit.*, loc. cit. *Contra*: FRACALI, *La comunione cit.*, pp. 44; PANUCCIO, *L'impresa familiare*, 1976, pp. 59 e ss.

(59) Sulla rilevanza « esterna » delle norme relative alla soggettività, si cfr..

6. Esaurite, sia pure *ultra crepidam*, le necessarie premesse di carattere generale, possiamo, ora, più avvertitamente soffermarci sugli aspetti tributari del nuovo regime patrimoniale della famiglia.

La problematica fiscale viene articolandosi in *subiecta materia*, nelle tre diverse dimensioni del nucleo domestico complessivamente inteso, del rapporto di coniugo, dell'impresa familiare.

Sotto il primo riguardo, va subito sottolineato che i particolari e diversi effetti, in funzione dei quali essa può assumere rilevanza, conferiscono alla comunità domestica, in materia tributaria, contorni assai variabili, così da modificarne l'estensione concettuale a seconda dei presupposti, cui essa incide. Ed invero, mentre a determinati fini, quali, ad esempio, l'individuazione delle aliquote del tributo successorio (art. 6, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637), ovvero la presunzione di gratuità degli atti di trasferimento immobiliare (art. 25, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634), i rapporti familiari vengono in rilievo esclusivamente per il loro carattere di vincoli intersoggettivi, indipendentemente da qualsivoglia loro proiezione sul piano economico e sociale, altre volte essi sono, invece, dalla legge considerati proprio da questo secondo punto di vista, ed ossia con riferimento al « nucleo domestico », caratterizzato, oltrechè dalla presenza del vincolo parentale, da un assetto organizzativo esprimendosi nella coabitazione e conseguente messa in comune di attività e di risorse ⁽⁶⁰⁾. Ciò può avvenire, ancora, secondo due fondamentali direttive, rispetto alle quali il cennato fenomeno di istituzionalizzazione del gruppo familiare si presenta, per così dire, gradatamente.

Sotto un primo profilo, il nucleo familiare può venire in

fra gli altri: MACNÌ, *Soggetto e persona nel diritto: contributo metodologico*, in *Studi in on. di V. Del Giudice*, vol. II, Milano, 1953, p. 23 e ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. D'AMATI, *La progettazione giuridica del reddito*, vol. 1, Padova 1973, pp. 231 e ss.

considerazione quale elemento identificativo della attitudine a contribuire di uno o di alcuni suoi membri, assunti dalla legge come centro di imputazione degli interessi del gruppo stesso; talchè le manifestazioni reddituali degli altri componenti vengono attribuite a tali soggetti, quali indici della sua capacità contributiva ⁽⁶¹⁾: così ad esempio, l'art. 4 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, in vigore sino al 31 dicembre 1974, prevedeva l'imputazione al capofamiglia, oltrechè dei redditi della moglie convivente o comunque non legalmente separata (imputazione, quest'ultima, poi caducata a seguito della dichiarata illegittimità costituzionale, *in parte qua*, della norma) ⁽⁶²⁾, anche dei redditi dei figli, fossero essi legittimi, naturali o adottivi, degli affiliati e dei figli dei coniugi, semprechè minori e non emancipati, e, in generale, dei redditi altrui dei quali il contribuente si trovi a disporre senza obbligo di rendiconto; e identico principio è, per questa parte, alla base della successiva L. 2 dicembre 1975, n. 576, portante disposizioni in materia di imposta sui redditi e sulle successioni, la quale (solo par-

(61) Cfr. D'AMATI, *La progettazione cit.*, vol. 1 cit., pp. 248, ed ivi ulteriore bibliografia.

(62) Corte cost., 15 luglio 1976, n. 179, in *Boll. Trib.*, 1976, 1160, con n. di GRANELLI, *Finalmente abolita la ... «tassa di maritaggio»*; in *Foro it.*, 1976, I, 2530, con n. di SALVETTI, GRIPPA, *Cumulo dei redditi e Costituzione*, in *Dir e prat. trib.*, 1976, II, 337, con n. di DE MITA, *La illegittimità costituzionale del c.d. «cumulo»*; in *Giur. cost.*, 1976, 1095, ed ivi 1978, 368 e ss., nota di GRASSI, *La sentenza sul c.d. «cumulo» dei redditi (ovvero la Corte costituzionale tra opinione pubblica e Parlamento)*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1977, II, 113, con nota di PERRONE, *Il cumulo dei redditi, il principio della capacità contributiva e la progressività del sistema tributario*.

E cfr. altresì, in argomento: A. FEDELE, *Possesso di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del «cumulo»*, in *Giur. cost.*, 1976, 2159 e ss.; PERRONE, *Il cumulo dei redditi familiari: costituzionalmente illegittimo o soltanto iniquo?* *ibidem*, 2188 e ss.; ZORZI, *Ma il cumulo dei redditi è davvero illegittimo?*, *ibidem*, 2207 e ss.; PROVINI, *Il cumulo e la diversificazione dei redditi*, in *Boll. Trib.*, 1976, 1401 e ss.; CIRILLO, *Legittimità costituzionale del «cumulo dei redditi», illegittimità costituzionale delle norme che lo limitano*, in *Legisl. e giur. trib.*, 1976, 1697 e ss.; STEFANI, *Imposta personale, cumulo dei redditi e capacità contributiva*, in *Boll. Trib.*, 1976, 1637 e ss.; GALLO, *Riforma fiscale della famiglia e principio di capacità contributiva*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1977, I, 92 e ss.

zionalmente rimuovendo i vizi di illegittimità che avevano determinato la caducazione del citato art. 4, D.P.R. n. 597, così da restare irrimediabilmente compromessa da una prevedibile conseguenziale pronunzia di incostituzionalità) investì entrambi i coniugi della soggettività tributaria, in via solidale, conservando, tuttavia, il principio del cumulo e dell'imputazione, ad entrambi, dei redditi altrui loro attribuibili *ratione familiae* ⁽⁶³⁾. Il principio del cumulo familiare risulta, per converso, definitivamente superato con l'entrata in vigore della L. 13 aprile 1977, n. 114, modificata con la L. 9 dicembre 1977, n. 909, il cui art. 1 statuisce imputabili i « redditi altrui », indipendentemente dai rapporti domestici, soltanto in ragione della effettiva libera disponibilità senza obbligo di rendiconto che il soggetto ne abbia, dettando, altresì, particolari criteri per l'applicazione *ex post* di tale principio anche relativamente al pregresso esercizio 1975.

Alle riferite ipotesi, va contrapposta quella in cui alla compagine familiare stessa, considerata quale ente collettivo ⁽⁶⁴⁾, sia dalla legge conferita la soggettività tributaria ⁽⁶⁵⁾: tale, secondo autorevole dottrina, il caso dell'abrogata imposta di famiglia, relativamente alla quale la definizione del nucleo domestico era enunciata nell'art. 112, T.U. 14 settembre 1931, n. 1175, intitolato, per l'appunto, al « soggetto dell'imposta » ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶³⁾ In argom.: POLI, *La riforma della riforma*, in *Boll. Trib.*, 1976, 1 e ss.

⁽⁶⁴⁾ Per tale pur controversa categoria, si cfr. in generale: MESSINEO, *Per l'individuazione del soggetto collettivo non personificato*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1952, I, 3 e ss.

⁽⁶⁵⁾ VANONI, *I soggetti passivi del rapporto giuridico tributario*, in *Foro it.*, 1935, IV, 323 e ss.; GIARDINA, *La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1962, I, 269 e ss.

Sull'argomento, resta fondamentale il lavoro dell'ANTONINI, *La soggettività tributaria*, Napoli, s.d., specialm. pp. 72 e ss., ove è sostenuto il carattere « meramente predicativo » di siffatta nozione. La questione è ora ripresa, in diversa prospettiva, dal D'AMATI, *La progettazione cit.*, vol. I cit., pp. 155 e ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr., pur da posizioni assai differenti: NAPOLITANO, *I soggetti dell'imposta di famiglia*, in *Giust. Trib.*, 1953, I, 350 e ss.; GUSTI, *Ingresso, Imposta di fami-*

Il secondo profilo ha tratto, invece, a quella particolare relazione giuridica bilaterale a contenuto complesso, che si istituisce fra due soggetti in dipendenza del matrimonio avente effetti civili: le disposizioni fiscali, ad esso relative, ignorano, quindi, il nucleo familiare globalmente considerato, per dare esclusivo rilievo al rapporto di coniugio. A tale schema rispondevano gli artt. 1, 5, 6 e 7 della citata legge n. 576 del 1975, che prevedevano, per l'appunto, l'onere della dichiarazione a carico di entrambi i coniugi, l'identificazione del domicilio della moglie con quello del marito, e la responsabilità solidale degli stessi per il debito d'imposta⁽⁶⁷⁾; ed ancora vi si informano, sia pure sotto profili radicalmente diversi, gli artt. 4 e 17 della L. n. 114 del 1977, che, rispettivamente, dettano il regime di imputazione dei redditi comuni ai due coniugi, e disciplinano la facoltà, agli stessi accordata, di presentare un'unica dichiarazione.

Ulteriore, autonoma rilevanza assume, infine, l'impresa familiare, caratterizzata, come abbiamo osservato (*supra* n. 5), dalla collaborazione prestata all'imprenditore in contemplazione dell'*adfectio familiae*: di tale istituto si occupa, infatti, disciplinandone il trattamento fiscale ai fini dell'imposizione personale diretta, l'art. 9 della citata legge n. 576 del 1975.

Naturalmente, le concettualizzazioni del fenomeno familiare, testè considerate, non si pongono in alternativa, ma rap-

glia, in *Rass. fin. pubbl.*, 1958, I, 506 e ss.; *La finanza locale*, Napoli 1962, p. 68; PROVINI, *Il concetto di famiglia nell'imposta omonima*, in *Dir. e prat. trib.*, 1962, II, 212 e ss.; *L'imposta di famiglia*, Padova, 1965, 4^a ed., pp. 5 e ss.; *Basi teoriche e profili costituzionali dell'imposta di famiglia*, in *Tributi*, 1966, 3 e ss.; *Soggetto passivo dell'imposta di famiglia*, ivi, 1966, I, 555 e ss.; D'AMATI, *Le basi civilistiche della fattispecie soggettiva dell'imposta di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, II, 67 e ss. Negano, invece, recisamente la soggettività del gruppo familiare: DE MITA, *La definizione giuridica dell'imposta di famiglia*, Napoli, s.d. pp. 166 e ss.; MORELLI, *Famiglia (imposta di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, pp. 808 e ss.

(67) Cfr., anche per alcuni spunti critici in ordine all'ambigua commistione, ravvisabile nel meccanismo predisposto dalla legge in esame, fra il principio della solidarietà e quello della soggettività collettiva: D'AMATI, *La dichiarazione dei redditi del nuovo diritto di famiglia*, in *Boll. Trib.*, 1976, 1717 e ss.

presentano per così dire, tre diversi livelli di rilevanza giuridica dell'aggregazione familiare, i quali presentano, a fronte di aree non coincidenti, zone comuni, proiettabili dall'uno all'altro piano.

Ai fini che ne occupano, il gruppo parentale o domestico, complessivamente considerato, assume scarsa rilevanza: infatti, i principi direttivi posti a base della nuova legislazione tributaria, per l'essere principalmente ispirati al canone della personalità dell'imposta, non lasciano, dall'un lato, alcuno spazio alla subbiettivazione del nucleo familiare ⁽⁶⁸⁾, e limitano grandemente, dall'altro, le ipotesi in cui la capacità contributiva di un soggetto può essere riferita alle manifestazioni reddituali dei suoi congiunti.

Sintomatica era già, a questo riguardo, la direttiva posta dal n. 3 dell'art. 2 della legge di delegazione, 9 ottobre 1971, n. 825, il quale, statuendo che concorrono a formare il reddito della persona fisica, soggetta alla relativa imposta, i redditi ad essa « imputati in ragione dei rapporti familiari », escludeva perciò stesso il gruppo familiare dal novero delle organizzazioni « assimilate » alle persone giuridiche, e quindi soggette all'alternativa imposta personale, in virtù del n. 8 del successivo art. 3; ed è, appunto in attuazione del riferito principio, che dapprima il citato art. 4, D.P.R. n. 597 del 1973, e, successivamente, gli artt. 1 e 4 della L. n. 576 del 1975, disposero la imputazione al soggetto passivo — od ai coniugi, già soggetti passivi solidali per effetto del « cumulo » — dei redditi dei « figli minori conviventi, compresi gli adottati, e dei figli naturali riconosciuti »; ancor più limitativamente, poi, l'art. 3 della L. n. 114 del 1977 statuisce essere imputati al soggetto passivo, *indipendentemente da ogni vincolo familiare*, i redditi altrui dei quali egli abbia la libera disponibilità, con esclusione di quelli soggetti a tassazione separata.

⁽⁶⁸⁾ Vedasi, al riguardo, l'ampia indagine ricostruttiva del D'AMATI, *La progettazione cit.*, vol. I cit., pp. 103 e ss.

Sotto questo profilo, il rapporto familiare, unito alla convivenza, produce l'attribuzione al soggetto considerato dei redditi percepiti dai familiari, allorquando ne ricorra, a fronte della indisponibilità da parte dei percipienti, la disponibilità da parte del soggetto stesso, senza obbligo di rendiconto: infatti, ove quest'ultimo obbligo sussista, come ad esempio, nel caso in cui trattisi di rappresentante legale di persona incapace, il rapporto sostanziale d'imposta si instaura, pur nel caso in cui sia vi parentela e convivenza con il curatore o tutore, direttamente ed autonomamente in capo a quest'ultimo, fermo restando, a carico del rappresentante, l'obbligo strumentale della dichiarazione (art. 1, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600).

L'esposto rilievo si appalesa importante ai fine della qualificazione dell'istituto. Esso denota, infatti, che la giustificazione del coarcevo non consiste nella « messa in comune » delle rispettive risorse — circostanza questa, che potrebbe ravvisarsi, indipendentemente da vincoli parentali giuridicamente riconosciuti, in qualsivoglia ipotesi di convivenza —, ma nella considerazione che viene a mancare, rispetto ai casi considerati, la normale corrispondenza soggettiva tra il fenomeno di produzione del reddito e la sua percezione ⁽⁶⁹⁾, onde il reddito stesso, indisponibile per colui che lo ha prodotto, affluisce direttamente al soggetto investito della sua disponibilità, ponendosi, quindi, come elemento costitutivo della di lui attitudine a contribuire.

Per tale aspetto, dunque, la direttiva della legge di delegazione, secondo cui alla formazione del reddito della persona fisica concorrevano i « redditi altrui dei quali ha la libera disponibilità e di quelli a lui imputati in ragione dei rapporti familiari », parrebbe essersi tradotta, nell'interpretazione riproduttiva per questa parte offertane dal legislatore delegato ⁽⁷⁰⁾, in

(69) Cfr.: D'AMATI, *La progettazione cit.*, vol. I cit., pp. 176 e ss.

(70) Sulla categoria delle interpretazioni c.d. « riproduttiva », si cfr. BETTI,

una sorta di endiadi, in relazione alla quale i redditi imputabili *ratione familiae* null'altro sarebbero che una particolare categoria dei redditi altrui liberamente disponibili: onde il rapporto familiare in tanto assumeva rilievo, ai fini considerati, in quanto postulasse una siffatta disponibilità ⁽⁷¹⁾.

Il potere di decidere circa l'impiego e la utilizzazione dei redditi del figlio minore costituisce, infatti, una connaturale manifestazione di quel più ampio complesso di funzioni, che si estrinseca nell'esercizio della patria potestà. Nè riteniamo che la configurazione di siffatto potere possa essere in qualche modo posta in dubbio o attenuata per effetto dell'art. 324 Cod. Civ., poi modificato con l'art. 146 della legge di riforma, che esclude dall'usufrutto legale, riconosciuto ai genitori sul patrimonio del figlio minore, alcune categorie di beni: la disponibilità del reddito sussiste infatti, a nostro avviso, indipendentemente dalla specifica costituzione di un diritto reale sui beni del minore.

È, pertanto, nostro convincimento che, sotto tale riguardo, gli artt. 3 e 4 della L. n. 114 del 1977, comportanti dall'una parte, come s'è visto, l'imputazione dei redditi altrui in dipendenza dell'effettiva disponibilità che il soggetto passivo ne abbia, senza più specificamente riferirsi al vincolo familiare come indice presuntivo di tale situazione, e limitanti, dall'altra l'im-

Teoria generale della interpretazione, vol. II, Milano, 1955, pp. 63 5e ss.; *Interpretazione della legge* cit., pp. 35 e ss.

L'illustre A., contrappone, per la verità, tale tipo di interpretazione, propria della traduzione, della rappresentazione drammatica e dell'esecuzione musicale, a quella « normativa », nella quale rientrano le varie forme dell'interpretazione giuridica. Ma il particolare meccanismo della legislazione delegata, così come delineato dall'art. 76 Cost., induce a ravvisare nella norma secondaria, unitamente alla fondamentale funzione normativa, una funzione riproduttiva rispetto alla norma primaria di delegazione: onde il controllo di costituzionalità della legge delegata sotto il profilo del c.d. « eccesso di delega » si configura come giudizio di verifica dell'osservanza del vincolo di subordinazione che caratterizza, in ogni caso, l'attività interpretativa.

⁽⁷¹⁾ ANTONINI, *La soggettività* cit., p. 152.

Sulla eterogeneità delle situazioni che sottendono all'istituto dell'imputazione, si cfr.: AMORTH, *Considerazioni nell'imputazione di redditi altrui*, in *Dir. e prat. trib.*, 1975, I, 250 e ss.

putabilità *ratione familiae* ai soli redditi derivanti da usufrutto legale — che sono come tali, giova rileva rilevarlo, redditi propri — comportino non tanto una radicale innovazione, quanto, piuttosto, la migliore esplicitazione di un principio già insito nella previgente normativa: è evidente, infatti, che taluni fra i redditi dei figli minori, non ricadenti nell'usufrutto legale, resteranno tuttavia imputabili al genitore, a sensi dell'art. 3 della legge citata, allorquando questi ne abbia la effettiva disponibilità; solo, che tale disponibilità non discende più, in virtù di una sorta di presunzione *iuris et de iure* assunta dalla legge, dal rapporto di filiazione, ma dovrà dimostrarsi sussistente in concreto.

7. La cennata identificazione veniva meno, invece, nell'assetto che all'istituto del cumulo venne conferito riguardo ai coniugi.

È evidente, infatti, che, quali possano essere le opzioni dei coniugi in ordine allo schema giuridico sulla cui base regolare i propri rapporti economici (comunione legale o convenzionale, separazione, fondo patrimoniale), in nessun caso potrebbe configurarsi l'ipotesi della libera disponibilità, da parte di un coniuge, dei redditi dell'altro: infatti, mentre dei beni personali nessuno ha il godimento e l'amministrazione, e, nel caso in cui ne sia stata volontariamente conferita al coniuge l'amministrazione, questi ha l'obbligo di renderne conto (artt. 64 e 85, L. n. 151 del 1975, modificante gli artt. 185 e 217 Cod. Civ.), i frutti percepiti in comunione cadono nella disponibilità paritaria di entrambi i titolari, e non sono, quindi, specificamente attribuibili all'uno od all'altro di essi.

Se tuttavia, la tassazione in coacervo dei coniugi poteva ancora trovare la propria giustificazione nel sullodato criterio della « disponibilità » nell'ipotesi in cui sussistesse, tra gli stessi, il regime della comunione, relativamente ai redditi provenienti da beni o attività comuni, e ciò sotto il profilo che la titolari-

tà congiunta di essi ne determina una « disponibilità collettiva », indifferentemente riferibile all'uno od all'altro coniuge, ciò non poteva valere, invece, nè per i redditi provenienti, ancorchè in regime comunistico, da beni o attività personali, posto che, in tal caso, la comunione non opera al momento in cui essi vengono percepiti, trattandosi di *communio de residuo*, nè, a maggior ragione, rispetto ai redditi percepiti in regime di separazione.

La generalizzazione del cumulo tra coniugi rivelava, quindi, il consistere del fondamento dell'istituto nella utilità aggiuntiva che i redditi stessi acquisiscono per effetto della convivenza, ancorchè la titolarità di essi si presenti, dal punto di vista giuridico, strettamente individuale ⁽⁷²⁾.

Nell'originaria formulazione dell'art. 4, D.P.R. n. 597 del 1973, la finalità dell'imposizione cumulativa venne tuttavia realizzata, sulla scia del sistema vigente per l'abrogata imposta complementare ⁽⁷³⁾, attraverso l'attribuzione, in via esclusiva al marito, della soggettività tributaria anche per i redditi della moglie non « legalmente ed effettivamente separata », e del correlativo obbligo di dichiarazione a norma dell'art. 2 comma 2°, del coevo D.P.R. n. 600.

Tale meccanismo parve, peraltro, in sospetto di illegittimità costituzionale sotto un duplice ordine di profili.

Da un punto di vista più ristretto, si dubitò, infatti, già con riferimento all'abrogata imposta complementare ⁽⁷⁴⁾, ma con

⁽⁷²⁾ Che « la capacità contributiva di due persone, coniugi non separati, sia in concreto superiore a quella delle stesse due persone, che non siano coniugi, a causa della riduzione delle spese generali, della collaborazione e dell'assistenza reciproca » è ammesso dalla stessa Corte Cost., la quale tuttavia, non ha ritenuto, nella citata sentenza n. 179 del 1976, che tale rilievo bastasse a giustificare l'applicazione generalizzata del cumulo.

⁽⁷³⁾ Si veda, per ulteriori riferimenti anche comparatistici, il diligente lavoro del NAVA, *Imposta sul reddito delle persone fisiche e tassazione dei coniugi: prospettive della riforma tributaria e comparazioni nell'ambito della C.E.E.*, in *Boll. Trib.*, 1974, 1285 e ss.

⁽⁷⁴⁾ La questione sollevata, in riferimento all'art. 131 dell'abrogato T.U. dal Trib. Oristano, 1° dicembre 1973, in *Boll. Trib.*, 1974, 1116, fu dichiarata inammissi-

argomentazione puntualmente riproducibile relativamente al regime applicativo dell'imposta sul reddito globale delle persone fisiche ⁽⁷⁵⁾, della compatibilità dell'obbligo, posto a carico del marito, di dichiarare, quale unico soggetto passivo, i redditi della moglie, con gli artt. 24, 53, 113 nonché, relativamente alle sanzioni penali applicabili *in parte qua*, con l'art. 27 della Costituzione.

È, appunto, nel dichiarato intento di superare siffatte ipotesi di contrasto, che, con gli artt. 5 e 7 della ricordata legge n. 576 del 1975, venne stabilito, dall'un lato, l'obbligo per entrambi i coniugi di sottoscrivere la dichiarazione, distintamente « per la parte relativa ai redditi propri » e congiuntamente « per le parti relative ai redditi ad essi imputati ed al reddito complessivo », e, dall'altro, la loro rispondenza in via solidale per il pagamento dell'imposta, nonché delle sovrattasse, pene pecuniarie ed interessi, da iscrivere a ruolo congiuntamente, con la sola eccezione delle sanzioni relative alla omessa sottoscrizione da parte di uno dei coniugi, applicabili soltanto a carico di questi.

L'inquadramento dell'istituto nello schema della solidarietà, appare, a nostro avviso, assai qualificante: esso indica, infatti, che la « comunità coniugale », costituita dai due soggetti passivi considerati, non venne delineata come un soggetto collettivo, essendo, al contrario, le due soggettività tributarie ben distinte, ancorchè astrette dal vincolo della solidarietà. Di ciò è conferma, nell'art. 8, comma 3 della stessa legge, ove era

sibile, per difetto di rilevanza, dalla Corte Cost., 6 febbraio 1975, n. 26, ivi, 1975, 500, con nota di GRANELLI, *Il « cumulo » al vaglio della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla*.

(75) Si vedano infatti, con riguardo all'art. 4, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, le ordinanze di riassunzione pronunziate dai Pretori di Voghera, 2 aprile 1975, in *Boll. Trib.*, 1975, 814; Roma, 15 aprile 1975, *ibidem*, 897, Firenze, 24 aprile 1975, *ibidem*, 901; Milano, 16 aprile 1975, *ibidem*, 1453, Arona, 26 aprile 1975, *ibidem*; Livorno, 29 aprile 1975, *ibidem*, cui fece seguito l'ordinanza della stessa Corte Cost., 10 ottobre 1975, n. 230, *ibidem*, 1708, in virtù della quale la denuncia d'incostituzionalità venne estesa all'art. 2 del citato D.P.R.

prescritta la notificazione dell'accertamento anche alla moglie, allorquando alla formazione della materia imponibile avessero concorso redditi di entrambi i coniugi.

Va osservato, al riguardo, che la cosiddetta soggettività collettiva, pur potendo addurre, in sede di realizzazione del credito, ad ipotesi di solidarietà, e pur avendo con questa in comune la struttura pluralistica ⁽⁷⁶⁾, trova la propria caratterizzazione nell'essere il rapporto, ancorchè facente capo a ciascun soggetto, riferito a questi non *uti singulus*, ma proprio in quanto facente parte di un gruppo, che vi assume per l'appunto, specifica rilevanza ai fini della qualificazione della fattispecie. Mentre, quindi, in mancanza di subiettivazione collettiva, la solidarietà nasce, per così dire, in se e per se, in virtù della comunanza del presupposto tributario (*eadem causa debendi*), ovvero per effetto di particolari disposizioni di rafforzamento della garanzia dell'amministrazione finanziaria ⁽⁷⁷⁾, allorquando tale subiettivazione sussista il vincolo stesso costituisce un riflesso dell'essere la fattispecie tributaria riferita al gruppo: onde la comunanza del presupposto fra più soggetti, ben lungi dal rappresentare un « accidente » del fenomeno, costituisce indefettibile elemento della fattispecie medesima ⁽⁷⁸⁾. Concludendo sul punto, e nei limiti del breve spazio consentitoci dalla economia del presente lavoro, possiamo affermare che di « soggettività collettiva » tributaria, intesa come reale istituto giuridico e non come espressione meramente predicativa di una classe di soggetti, e quindi come semplice espediente linguistico, può discorrersi esclusivamente riguardo a tributi, la cui fattispe-

⁽⁷⁶⁾ Cfr.: ANTONINI, *La soggettività* cit., p. 233.

⁽⁷⁷⁾ Per le due diverse ipotesi di solidarietà tributaria che possono rispettivamente denominarsi « naturale » e « garentistica », ci permettiamo di rinviare a GRANELLI, *Osservazioni in tema di solidarietà per debito d'imposta nei riflessi della tassazione comunale sulle aree fabbricabili*, in *Boll. Trib.*, 1967, 2613 ss.

⁽⁷⁸⁾ Sulle condizioni della corrispondenza dei « soggetti formulari » ad « altrettanti tipi di soggetti giuridici in senso tecnico », si vedano, fra gli altri: LAVAGNA, *Teoria dei soggetti e diritto tributario*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* 1961, I, 3 e ss.; D'AMATI, *La progettazione* cit., vol. I cit., pp. 194 e ss.

cie annoveri, fra i suoi elementi costitutivi, la presenza di un gruppo organizzato, ancorchè non personificato ⁽⁷⁹⁾. Tale era, come si è già osservato rispetto al previgente sistema, il caso dell'imposta di famiglia, almeno secondo la configurazione offer-tane, non senza contrasti, dal prevalente indirizzo interpretativo ⁽⁸⁰⁾: siffatto tributo appariva, infatti, come diretto ad incidere sull'agiatezza *della famiglia* (art. 112 T.U. citato), e delle aggregazioni ad essa succedanee (art. 114), talchè, anche nelle ipotesi in cui il rapporto facesse capo ad una singola persona fisica (cfr. l'art. 113), ciò si verificava in quanto il soggetto stesso veniva in rilievo quale « minima unità familiare ». Analoghe conclusioni possono trarsi, sotto il vigore della riforma tributaria, riguardo all'imposta sul reddito globale delle persone giuridiche, e precisamente alla statuizione dell'art. 2, lett. d), D.P.R. n. 598 del 1973 nella parte in cui dispone essere soggetti passivi anche « le società e gli enti di ogni tipo... senza personalità giuridica ... » ⁽⁸¹⁾. Nè sembra a noi che tale affermazione possa trovare smentita nell'art. 2 del coevo D.P.R. n. 599, istitutivo dell'« Ilor », il quale, riproducendo *in parte qua* il tenore dell'art. 8 dell'abrogato T.U. ⁽⁸²⁾, dispone essere soggetti passivi dell'imposta, fra gli altri, le « associazioni non riconosciute nonchè le altre organizzazioni prive di personalità giuridica, non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario ed autonomo » ⁽⁸³⁾ vero è, infatti, che l'« Ilor »

⁽⁷⁹⁾ Secondo l'ANTONINI, *La soggettività* cit., p. 108, le « organizzazioni di beni » verrebbero in particolare rilievo, per quanto attiene alla materia tributaria, esclusivamente quale criterio delimitativo del presupposto d'imposta.

⁽⁸⁰⁾ Si vedano, sul punto, gli AA. citati in n. 66.

⁽⁸¹⁾ Cfr., in argomento: d'AMATI, *La progettazione* cit., vol. I cit., p. 197.

⁽⁸²⁾ Sul rapporto di derivazione dell'art. 2, D.P.R. n. 598 dall'art. 8 dell'abrogato T.U., cfr.: d'AMATI, *La progettazione* cit., vol. I cit., pp. 195 e ss.

⁽⁸³⁾ Condividiamo, al riguardo, il rilievo del d'AMATI, *La progettazione* cit., vol. I cit., p. 197, secondo cui il legislatore della riforma « non si è limitato a stabilire, come quello del 1958, che le associazioni e le organizzazioni prive di personalità sono soggetti tributari, anzi, più specificatamente, soggetti del rapporto

è suscettibile di applicazione anche nei riguardi di singole persone fisiche e quindi non presuppone necessariamente il carattere collettivo del soggetto; ma la circostanza che la subiezione dei gruppi non personificati sia ricollegata al carattere unitario ed autonomo del presupposto rivela come, anche in questo caso, la struttura collettiva sia elevata ad elemento costitutivo della fattispecie.

Va, ora, considerato che il presupposto dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, identificabile nella produzione del reddito ⁽⁸⁴⁾, si verifica distintamente riguardo a ciascuno dei coniugi, laddove la messa in comune di esso, su cui il cumulo si fondava, costituisce un *posterius*, che attiene al consumo del reddito, anzichè alla sua produzione ⁽⁸⁵⁾: si dimostra quindi, per tale via, l'insussistenza di quella unitarietà di fattispecie impositiva, che sola avrebbe potuto giustificare la configurazione di una responsabilità tributaria collettiva.

8. Ma dell'illegittimità costituzionale del cumulo fra coniugi si dubitò anche sotto un diverso e più radicale profilo, che interessa, sul piano sostanziale, il principio stesso della capacità contributiva. Venne così ritenuto che l'istituto in esame, riferito, come nella specie, ad un tributo di carattere personale, violasse gli artt. 3 e 53 Cost., posto che, nel quadro dei principi di progressività e personalità dell'imposta, la convivenza familiare non determina, di per sè, alcuna differenziale capacità contributiva; ed ancora, che il cumulo, in quanto riferito,

giuridico tributario; ma si è spinto molto oltre, sancendo l'*assimilazione* di queste alle persone giuridiche»: assimilazione la cui rilevanza giuridica è dal chiaro A. individuata in ciò, che essa «implica l'omogeneizzazione della disciplina positiva di tali enti a quella delle persone giuridiche, in base al presupposto della loro coincidenza, quanto meno sul piano fenomenico».

⁽⁸⁴⁾ Sulla persistenza, nel nuovo ordinamento dell'imposizione diretta, del cosiddetto principio «delle fonte», supporto teorico della nozione del reddito come prodotto, cfr.: FALSITTA, *Lezioni sulla riforma tributaria*, Padova 1972, pp. 388-91; MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino 1974, 2ª ed., p. 464.

⁽⁸⁵⁾ D'AMATI, *La progettazione cit.*, vol. I, cit., p. 252.

per questa parte, al regime giuridico matrimoniale, e non, invece, alla situazione di fatto, potesse comportare, per il trattamento di sfavore non riservato al matrimonio, una lesione degli artt. 29 e 31 Cost.; infine, e con specifico riferimento al regime introdotto in sede di riforma tributaria, che l'imposizione in coacervo dei redditi relativi a diversi soggetti, con il conseguente onere addizionale derivante dalla progressività, non fosse compatibile con il carattere personale dell'imposta ⁽⁸⁶⁾.

È, appunto, nell'ambito di questa più penetrante valutazione, che la Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità del regime del cumulo fra coniugi, secondo le modalità applicative via via stabilite dalle disposizioni succedutesi sino alla citata legge n. 576 del 1975: talchè l'esclusione di quest'ultima dalla declaratoria di illegittimità dipendeva, come la sentenza stessa non mancò di avvertire, dall'essere mancata una qualsivoglia rimessione relativamente a tale norma, in ordine alla quale neppure sussistevano, a detta della stessa Corte, nè i presupposti per la sollevazione *ex officio*, nè le condizioni per la pronunzia di illegittimità « conseguenziale » ex art. 27, L. 11 marzo 1953, n. 87 ⁽⁸⁷⁾.

L'illegittimità, per questa parte, anche della citata legge n. 576 era, dunque, insita nella stessa *ratio decidendi* della sentenza costituzionale ⁽⁸⁸⁾: e di ciò è opportuno sottolineare come lo stesso legislatore non avesse mancato di prendere atto — fu questa, se non andiamo errati, la prima volta che ciò accadde nella storia della Repubblica: e ciò rende l'inconsueto zelo dei patri Soloni, per sè commendevole, fortemente sospetto!... —, disponendo, con il D. legge 9 luglio 1976, n. 470,

⁽⁸⁶⁾ Si cfr. le ordinanze citate in n. 75.

Per alcune interessanti critiche alla asserita incompatibilità del cumulo con il preteso carattere personale della « Irpef », v. inoltre: STEFANI, *Imposta personale, cumulo dei redditi e capacità contributiva*, in *Boll. Trib.*, 1976, 1637 e ss.

⁽⁸⁷⁾ Corte Cost., 27 giugno 1973, n. 91, cit.

⁽⁸⁸⁾ In argomento, vedasi: MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, p. 23 e ss.

conv. nella L. 19 agosto 1976, n. 569, la sospensione delle relative rate d'imposta.

Le vicende, sin qui riferite, hanno dato luogo a una disputa non sempre meditata e serena, largamente inquinata, sull'uno e sull'altro versante, da rivendicazioni corporative e da sfruttamenti politici; onde parve che volendosi prendere partito sulla questione, dovesse necessariamente optarsi, con la logica binaria che è propria dei *referendum*, o per, o contro il cumulo dei redditi.

Il nostro convincimento è, invece, nel senso che non l'istituto in sè e per sè considerato, ma la disciplina concretamente impressagli nel nostro ordinamento configgesse con i principi costituzionali (^{88 bis}).

Va premesso, infatti, che la nozione della capacità contributiva, costituente la base teorica dell'art. 53 Cost., non si esaurisce in una relazione meramente quantitativa, riferita all'entità del reddito, ma comporta e postula una qualificazione del dato numerico: in altri termini, la determinazione dell'attitudine di un soggetto a contribuire, ben lungi dall'esaurirsi nella rilevazione del *quantum* della sua manifestazione reddituale, involge, altresì, un apprezzamento del « contesto » in cui tale manifestazione si inserisce, e, quindi, delle particolari modalità di produzione dall'una parte, e di godimento dall'altra, del reddito (⁸⁸). A tale principio si ispira, a esempio, la cosiddetta « discriminazione qualitativa » dei redditi, istituito che sarebbe addirittura inconcepibile nell'ambito di una concezione meramente quantitativa della *causa impositionis* (⁸⁹).

Sotto questo profilo, dunque, non appare per se in contrasto con i principi costituzionali l'assunto che, in presenza

(^{88 bis}) Si v. del resto, per una lucida critica dell'inadeguatezza della nostra legislazione tributaria ad esprimere una « politica della famiglia » conforme ai principi costituzionali: BRACCINI, *Osservazioni della rilevanza tributaria dei doveri economici familiari*, in *Dir. e prat. trib.*, 1977, I, 1225 e ss.

(⁸⁹) MAFFEZZONI, *Il principio cit.*, pp. 99. e ss.

di particolari situazioni, quali, per l'appunto, la convivenza e la messa in comune delle proprie rispettive risorse, il reddito del soggetto possa acquisire una utilità marginale aggiuntiva, ed esprimere, quindi, una maggiore attitudine alla contribuzione.

Tuttavia, poichè il canone della capacità contributiva, specie se correlato al principio di eguaglianza, postula anche un criterio di coerenza e « ragionevolezza » ⁽⁹⁰⁾ nella ripartizione del carico tributario, l'imposizione delle utilità differenziali dei redditi cumulabili in tanto avrebbe potuto trovare ingresso, in quanto fosse stata articolata in modo da non determinare sprequazioni tra fattispecie che si presentino *in parte qua* assimilabili, ed ossia differenziate esclusivamente da elementi privi di rilevanza rispetto al principio costitutivo del cumulo.

Sotto tale riguardo, la circostanza che il coacervo dei redditi dei coniugi travasse, come s'è visto, il proprio fondamento nella « messa in comune » delle rispettive risorse, determinantesi nell'ambito della convivenza, induce a ritenere difficilmente giustificabile il trattamento di sfavore *in parte qua* riservato alla convivenza matrimoniale rispetto all'unione di fatto. Ed invero, posto che l'utilità differenziale del reddito dipenda dalla sua messa in comune, non vediamo quale differenza sia dato ravvisare, rispetto a ciò, fra le situazioni dei coniugi astretti da *iustae nuptiae*, e quella di coloro che siano semplicemente legati da una convivenza *more uxorio*, o anche (perchè no? ...) dalla comune milizia nel « Fuori ».

Potrebbe, tuttavia, alle sovraesposte argomentazioni obiettarsi che la presenza del vincolo coniugale, ben lungi dal costituire, relativamente al principio considerato, un elemento accidentale della fattispecie, ne rappresenta un connotato differenziale valido a giustificarne *in parte qua* la discriminazione, e questo sotto il profilo della particolare stabilità e garanzia

(90) MAFFEZZONI, *Il principio cit.*, pp. 65-66.

giuridica conferita, alla convivenza, dal regime matrimoniale. Ma tale rilievo, che pur non manca di trovare un qualche conforto proprio nel nuovo regime patrimoniale del rapporto di coniugio ⁽⁹¹⁾, avrebbe addotto, a nostro parere, a rivendicare un più organico e puntuale collegamento della disciplina tributaria con le varie ipotesi configurantisi in dipendenza delle opzioni consentite ai due coniugi, sul piano civilistico.

Non va, infine, sottovalutato, a nostro parere, per quanto più propriamente riguarda il regime di cumulo precedentemente in vigore, un ulteriore plausibile profilo di illegittimità costituzionale ravvisabile, sotto la specie dell'art. 76 Cost., nella non coerente attuazione delle direttive poste, in materia, dalla legge delega. Come, infatti, abbiamo già rilevato (sopra n. 7), l'art. 2 di detta legge autorizzava, dal punto di vista letterale, due diverse interpretazioni del cumulo dei redditi « in ragione dei rapporti familiari »: quella che identificasse tali rapporti come titoli del pieno godimento dell'altrui reddito, facendo quindi, della loro previsione, un corollario del principio più generale per cui concorrono a formare l'imponibile i redditi alieni dei quali il soggetto « ha la libera disponibilità »; e quella che, per converso, riconducesse tale criterio di imputazione all'autonomo principio della convivenza nell'ambito di un nucleo domestico giuridicamente identificato. Tale ambiguità del testo legislativo avrebbe potuto, già di per se, autorizzare un sospetto di violazione del citato art. 67 Cost. in relazione all'esigenza, sempre avvertita dalla Corte costituzionale di sufficiente « determinatezza dei principi e criteri direttivi impartiti al legislatore delegato ⁽⁹²⁾. Ma, ove si prescinda da tale questione,

(91) Cfr., sul punto, DE MITA, *La illegittimità cit.*, loc. cit., e specialm. 339-40.

(92) Per l'enunciazione dei principi insiti nell'art. 76 Cost. a proposito di delegazione legislativa, si v.: Corte cost., 19 dicembre 1962, n. 106, in *Giur. cost.*, 1962, 1408, con n. di CRISAFULLI, *Su alcuni aspetti problematici della delega contenuta nella L. 14 luglio 1959, n. 741, e dei relativi decreti delegati*, di MAZZIOTTI, *Osservazioni alla sentenza della Corte costituzionale 19 dicembre 1962, n. 106*, e di CONTI, *Legge e contratto collettivo nella disciplina delle condizioni di lavoro*.

la quale si colloca, come suole pessimamente dirsi, « a monte » del problema, non v'ha dubbio che al legislatore delegato si prospettasse una possibilità di opzione fra due diversi indirizzi interpretativi, entrambi formalmente corretti. Sembra evidente, tuttavia, che l'esercizio della funzione legislativa delegata, pur nell'ampio margine di discrezionalità ad essa consentito, resti, in ogni caso, vincolata all'osservanza di un principio di ragionevolezza e coerenza ⁽⁹³⁾, la cui violazione, quand'anche non si traduca nella figura dell'eccesso di potere legislativo, in verità estremamente controversa ⁽⁹⁴⁾, è tuttavia censurabile, a nostro parere, sotto il profilo dell'eccesso di delega: e ciò, in quanto il principio della sistematicità e della coerenza è insito nel contenuto stesso di qualsivoglia « direttiva ». Or bene: la scelta operata al riguardo dal provvedimento istitutivo dell'« Irpef », e ribadita dalle successive modificazioni, anteriori alla L. n. 114 del 1977, non sembra conforme a tale principio di sistematicità e coerenza, postochè, come abbiamo osservato, esso introduceva a una sorte di commistione tra due possibili, alternativi indirizzi.

Le considerazioni che precedono inducono, tuttavia, a ritenere che il rispetto dei principi costituzionali non comportasse necessariamente l'eliminazione dell'istituto del cumulo familiare, bastando forse, a tal fine, una organica integrale revisione della sua disciplina.

Peraltro, con la già ricordata legge n. 114 del 1977 si è preferito procedere alla totale eliminazione di siffatto meccanismo impositivo, adottando, così riguardo ai coniugi come ai fi-

⁽⁹³⁾ Cfr. Corte cost., 27 febbraio 1962, n. 7, in *Giur. cost.*, 1962, 73, con n. di ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice della « non arbitrarietà » delle leggi*, e di GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di « ragionevolezza » delle norme speciali?*

⁽⁹⁴⁾ Per l'ammissibilità del vizio di eccesso di potere legislativo, si vedano ABRAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, vol. II, Napoli 1962, pp. 221 e ss.; POMODORO, *Violazione dell'art. 136 della Costituzione o eccesso di potere legislativo?*, in *Riv. amm.*, 1963, I, 698 e ss. *Contra*: AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano 1951, pp. 161 e ss., 218.

gli, il principio della tassazione separata, e consentendo tuttavia ai coniugi di procedere unitariamente alla dichiarazione dei propri redditi. Statuisce, infatti, l'art. 17 essere in facoltà dei coniugi, non legalmente ed effettivamente separati, la presentazione di un unico modello di dichiarazione: ed è da sottolineare al riguardo, come l'esercizio di siffatta facoltà non incida in alcun modo sulla liquidazione dell'imposta, che ha luogo distintamente nei confronti di ciascun coniuge, ma influisca soltanto sul regime delle detrazioni dall'imposta, nonchè delle ritenute e dei crediti d'imposta, che, per l'essere imputati alla sommatoria dei due tributi, trovano maggior capienza, ampliandone così la possibilità di fruizione nel caso in cui i coniugi, per l'essere titolari di redditi molto modesti, non ne beneficerebbero, isolatamente considerati, in misura piena. Ulteriore effetto della dichiarazione unitaria è quello di rendere i coniugi solidalmente responsabili così dell'imposta, come delle soprattasse, pene pecuniarie ed interessi, e di consentire, ferma restando l'intestazione degli accertamenti ad entrambi i coniugi, di effettuare la notificazione di questi e delle cartelle esattoriali nei confronti del marito, con automatico effetto di legale conoscenza da parte della moglie.

9. I rapporti familiari producono inoltre, sempre relativamente all'imposizione diretta, taluni effetti di attenuazione del carico tributario, fondati sull'evidente presupposto che la capacità contributiva, espressa dalla percezione del reddito, sia tanto meno ampia, quanto più numerosi sono i soggetti che da detto reddito traggono i propri mezzi di sussistenza. Il riconoscimento della famiglia come elemento costitutivo della situazione economica individuale trova, infatti, esplicita consacrazione dall'un lato nell'art. 31 Cost., che prevede la istituzione di misure economiche e di « altre provvidenze intese ad agevolare » la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi », dall'altro nel successivo art. 36, ove è attribuito al

lavoratore il diritto a una retribuzione « in ogni caso sufficiente ad assicurare a sè e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa »: tale principio, dalla norma costituzionale specificatamente riferito al rapporto di lavoro subordinato, comporta infatti, su un piano più generale, la fondazione di una guarentigia di tipo economico, inerente la libertà e dignità della vita individuale, che non può non riflettersi, sul terreno del prelievo tributario, nel riconoscimento di un « minimo vitale » riferito all'intero nucleo domestico ⁽⁹⁵⁾. Nè potrebbe affermarsi, a nostro avviso, che tale minimo sia costituzionalmente indeterminato, e quindi commesso, nella sua quantificazione, all'arbitrio del legislatore: infatti, le condizioni necessarie e sufficienti a garantire la libertà e dignità della vita sono, a lor volta, ricavabili dal complesso dei principi costituzionali, talchè il precetto stesso non potrebbe dirsi soddisfatto allorquando, ad esempio, non fosse assicurata al cittadino ed ai suoi familiari la possibilità di tutelare adeguatamente la propria salute (art. 33), di accedere all'istruzione (art. 34), eccetera.

Giova, piuttosto, considerare che, come avviene per tutti i diritti pubblici, ricollegantisi a dichiarazioni programmatiche della Costituzione ⁽⁹⁶⁾ il contenuto dell'*enjoyment of life* è dalla normativa costituzionale determinato, per così dire, soltanto sel suo principio generatore, posto che esso tenderà, in concreto, ad espandersi proprio in funzione del grado di realizzazione degli obiettivi additati dalla legge fondamentale della Repubblica. L'attitudine a contribuire è, quindi, determinata non soltanto sulla base della ricchezza individuale, ma anche in considerazione dei trasferimenti che lo Stato e i pubblici po-

⁽⁹⁵⁾ LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano 1968, pp. 43-49; MAFFEZZONI, *Il principio cit.*, pp. 301 e ss.

⁽⁹⁶⁾ Sulla categoria dei diritti « sociali », che, nel, sistema dei diritti pubblici soggettivi, si inseriscono « fra i diritti di libertà, dei quali sono il coronamento, ed in parte il presupposto, perchè intesi a rendere effettivo il loro godimento, ed i diritti civili... », si cfr.: CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, Torino 1971, pp. 206 e ss.

teri in genere attuano attraverso l'approntamento dei servizi collettivi: infatti, il reddito individuale presenta, a parità di livello, un'utilità tanto maggiore quanto più ampia è la gamma dei bisogni che il percettore vede soddisfatti dall'intervento pubblico ⁽⁹⁷⁾: quanto più completa, ad esempio, risulterà la attuazione dell'art. 34 Cost., disponente per i « capaci e meritevoli » il diritto di raggiungere, « anche se privi di mezzi » (e quindi gratuitamente) i più alti gradi degli studi, e tanto meno gli oneri dell'istruzione daranno luogo a una decurtazione della capacità contributiva.

Va, poi, osservato che le attenuazioni tributarie qui considerate, costituenti una particolare specie di « provvidenze » ex art. 36 Cost., si distinguono, vuoi per la loro giustificazione giuridica, e vuoi anche, con l'entrata in vigore del nuovo ordinamento tributario, che ne prevede l'operatività rispetto all'imposta anzichè sull'imponibile, per le modalità di applicazione, dalle deduzioni dal reddito complessivo, riconosciute, ex art. 10 D.P.R. n. 597/1973, testè modificato dalla L. n. 114 1977, a fronte di particolari oneri, non deducibili, quali costi di produzione, dai singoli redditi: infatti, mentre queste ultime attengono alla identificazione del presupposto dell'imposta, consistente nella percezione di un reddito netto (artt. 1 e 3, D.P.R. n. 597/1973) cui si ricollega l'obbligo della dichiarazione (art. 1 D.P.R. n. 600), le prime riflettono, invece, la capacità contributiva insita nel reddito stesso in funzione di determinate variabili, quali, ad esempio, la natura del reddito, la composizione del nucleo familiare, e via dicendo. Nè la situazione poteva considerarsi diversa neppure sotto il vigore dell'abrogato T.U. delle imposte dirette, che pure disponeva essere tali deduzioni effettuate, sotto specie di parziali esenzioni, dal reddito netto: anche in quel caso, infatti, l'applicazione di siffatti benefici aveva luogo sul reddito già depurato dei costi, tal-

(97) MAFFEZZONI, *Il principio cit.*, loc. ult. cit.

chè l'imputazione degli oneri e delle spese atteneva ad una fase precedente. Sussiste tuttavia, fra i due ordini di trattamenti, un nesso di reciproca succedaneità: è evidente, infatti, che l'abbattimento dall'imposta trova fondamento in quelle sole voci di spesa, necessarie ad assicurare al contribuente ed ai suoi familiari libertà e dignità di vita, che non siano già considerate quali poste negative nella determinazione del reddito.

La rilevanza dell'aggregazione domestica sotto il profilo della considerazione unitaria della capacità contributiva, che si rifletteva principalmente, vuoi sul lato attivo dell'imposizione, dando luogo al cumulo dei redditi, vuoi su quello passivo, determinando l'imputabilità dei particolari abbattimenti per le persone a carico, di cui all'art. 15, D.P.R. n. 597 del 1973, modificato con l'art. 10 della legge n. 576 del 1975, si esplica, a seguito dell'abolizione del cumulo, soltanto in relazione a questo secondo profilo, attraverso il meccanismo delle deduzioni soggettive approntato, a modificazione dell'art. 15, D.P.R. n. 597 citato, dall'art. 6 della L. n. 114/1977.

Inoltre, poichè soltanto i carichi familiari sussistenti nel territorio dello Stato appaiono suscettibili della cennata qualificazione, dai benefici di che trattasi sono esclusi i soggetti non residenti (art. 20, D.P.R. n. 597 del 1973): ciò nell'evidente, razionale presupposto che i nuclei familiari risiedenti all'estero sono soggetti a guarentigie e provvidenze diverse da quelle, in contemplazione delle quali la norma tributaria dispone.

Tali abbattimenti variano, pertanto, in ragione del numero delle persone a carico e del grado di parentela di queste con il capo famiglia. Infatti, mentre per il coniuge, non legalmente ed effettivamente separato, sprovvisto di redditi propri eccedenti le 960 mila lire annue, l'imposta è decurtata di lire 72 mila, e per i figli a carico, intendendosi per tali, oltre ai minori, quelli inabili al lavoro e quelli di età non superiore a 26 anni che siano dediti agli studi o ad un tirocinio gratuito, semprechè non abbiano redditi propri eccedenti 960 mila lire (nè

si comprende bene, a fronte di tali limitazioni, il perchè della richiesta di gratuità del tirocinio!), sono dovute deduzioni in misura crescente rispetto al numero, da lire 7 mila per uno a lire 150 mila per otto figli, cui vanno aggiunte lire 72 mila per ogni altra unità oltre le otto, per le altre persone conviventi a carico o destinatarie di assegni alimentari non risultanti da provvedimenti dell'autorità giudiziaria (quelli corrisposti in virtù di provvedimento giudiziale sono, infatti, deducibili a sensi dell'art. 10 lett. g, D.P.R. n. 597/1973, modificato con l'art. 5, L. n. 114/1977), spetta, a condizione che trattisi di soggetti non possedenti redditi superiori alle lire 960 mila, una deduzione di 12 mila lire *pro capite*. Qualora uno dei coniugi non possieda redditi per ammontare superiore alle lire 960 mila, la detrazione « per figli » compete all'altro in misura doppia, e parimenti doppia è la deduzione spettante, indipendentemente dal reddito percepito dall'altro coniuge, per gli adottati ed affiliati di un solo coniuge: ciò, in quanto l'adozione e l'affiliazione esauriscono i propri effetti nell'ambito del rapporto fra l'adottante o affiliante e l'adottato o affiliato. In mancanza del coniuge, l'abbattimento di lire 72 mila è invece attribuito per il primo dei figli a carico, ed il tal caso l'ulteriore deduzione, dovuta per gli altri figli, è raddoppiata e indi ridotta dell'importo di lire 14 mila, pari alla deduzione complessivamente accordata per il primo figlio in presenza di entrambi i coniugi, che risulta assorbita in quella di più elevato ammontare, riconosciuta al figlio in assenza del coniuge. Pertanto, mentre chi abbia, in assenza del coniuge, un solo figlio a carico porterà in detrazione dall'imposta lire 72 mila, chi abbia altri carichi familiari oltre al primo figlio usufruirà di una deduzione variante da lire 16 mila, per il caso in cui vi sia un ulteriore figlio a carico, a lire 286 mila nell'ipotesi in cui vi siano otto figli escluso il primo, fermo restando l'abbattimento di lire 144 mila per ciascun carico oltre l'ottavo. Viceversa, questo fenomeno di « rappresentazione » del coniuge mancante non

opera riguardo ai carichi familiari diversi dai figli: epperò chi non abbia a proprio carico nè il coniuge, nè figli, ma altri parenti od affini, non usufruisce dell'abbattimento di lire 72 mila, potendosi portare in deduzione soltanto la quota di lire 12 mila per persona.

La connessione che lega inscindibilmente, come abbiamo posto in evidenza, il regime degli abbattimenti in esame con la considerazione unitaria dei redditi prodotti nell'ambito del nucleo domestico, trova puntuale conferma nella diversa definizione legislativa delle persone a carico, data nell'originaria formulazione dello stesso art. 15, rispetto a quella emergente dal testo modificato ex art. 6, L. n. 114/1977.

Vigente il cumulo familiare, infatti, il coniuge « non legalmente ed effettivamente separato » era considerato a carico, indipendentemente dal fatto che egli godesse, oppure no, di redditi propri: ciò, proprio in quanto il regime della convivenza determinava, per effetto del cumulo, la tassazione unitaria del reddito di entrambi. Per converso, con il venir meno dell'istituto del cumulo, il regime della detrazione relativa al coniuge non poté che essere *in parte qua* modificato, nel senso che essa viene riconosciuta nella sola ipotesi in cui il coniuge stesso, oltre ad essere convivente, non usufruisca di redditi propri superiori a lire 960 mila: infatti, con l'eliminazione del cumulo la permanenza in vigore dell'art. 15 avrebbe condotto, per effetto della separata liquidazione dell'imposta, all'incongruenza di duplicare, in un contesto impositivo più favorevole, l'abbattimento previsto in funzione di un meccanismo impositivo più oneroso. Tale esigenza era stata, del resto, avvertita in sede normativa, ancor prima del definitivo riassetto operato in virtù della L. n. 114, dalla L. 12 novembre 1976, n. 751, di cui meglio si dirà più avanti: essa, infatti, aveva stabilito che, limitatamente agli esercizi 1974 e precedenti, si facesse luogo, dall'imposta relativa a ciascun coniuge, all'intera deduzione per quota esente (che veniva quindi duplicata, in coeren-

za con la sua natura), ed alla detrazione in ragione della metà degli abbattimenti per persone a carico (i quali risultavano così egualitariamente ripartiti tra i coniugi), con esclusione, invece, della detrazione relativa al coniuge a carico ⁽⁹⁸⁾. Tale soluzione, inizialmente introdotta ai soli fini transitori, risulta, ora, generalizzata dalla nuova formulazione dell'art. 15.

Qualora, poi i coniugi vivano in regime di effettiva legale separazione, come pure nel caso di annullamento o scioglimento del matrimonio, non compete alcun abbattimento, essendo dall'un lato riconosciuta, a favore del coniuge che li eroga, la piena deducibilità degli assegni periodici corrisposti (art. 10, lett. g, D.P.R. n. 597 del 1973, modificato ex art. 5 L. n. 114 del 1977), e, dall'altro, usufruendo tali assegni, riguardo al percipiente, dell'assimilazione ai redditi di lavoro subordinato (art. 47, D.P.R. cit.).

Anche altre categorie di congiunti, identificate rispettivamente nei figli minori, ed in quelli maggiorenni che siano permanentemente inabili al lavoro o che, in età non superiore a ventisei anni, siano dediti a studi o tirocini gratuiti, e negli altri parenti od affini indicati dall'art. 433 Cod. Civ., sono considerate a carico soltanto nell'ipotesi in cui non godano, come s'è visto, per un ammontare superiore alle 960 mila lire annue, di redditi propri.

La descritta corrispondenza tra il regime degli abbattimenti in questione e il trattamento del reddito familiare si riflette, altresì, nel particolare regime degli speciali benefici, accordati, in virtù dell'art. 4, D.L. 6 luglio 1974, n. 259, conv. nella L. 17 agosto 1974, n. 384, ai redditi di lavoro dipendente il cui importo annuo non superi, autonomamente od in concor-

(98) CERNIGLIARO DINI, *Le nuove norme sul rimborso delle imposte sui redditi cumulati* (Legge 12 novembre 1976, n. 751), in *Dir. e prat. trib.*, 1976, I, 1157 e ss.; COCEYERA, *Adempimenti dei contribuenti e pagamento delle imposte dovute dai coniugi per l'anno 1974*, in *Boll. Trib.*, 1976, pp. 1793 e ss.; POLI, *Note sulla legge 12 novembre 1976, n. 751, ibidem*, pp. 1796 e ss.

so con altri redditi, i quattro milioni, e consistenti in un ulteriore abbattimento annuo di 36 mila lire e nell'aumento di 4 mila lire delle detrazioni previste per ciascun figlio a carico: infatti, la formazione di un reddito complessivo lordo superiore alla soglia considerata, in presenza del quale i benefici in questione vengono meno, con conseguente recupero d'imposta, era dato, in regime cumulativo, dal coacervo non solo dei redditi propri del contribuente, ma anche di quelli a lui imputati; laddove, introdotto il principio della tassazione separata, è da escludere che il recupero possa ancora aver luogo.

Immodificato è, invece, il meccanismo operante, in virtù del combinato disposto dell'ultimo comma della norma in esame, modificato con l'art. 2, L. n. 57 del 1975, e dell'art. 16, comma 2 del decreto n. 597, introdotto con l'art. 27, comma 3 della stessa legge n. 576, per i redditi d'impresa, cui è dato usufruire, oltrechè della detrazione forfettaria delle spese di produzione e degli oneri deducibili, degli abbattimenti aggiuntivi testè considerati, a condizione che il loro ammontare non superi l'importo di 4.500.000 lire *per persona*: in tal caso, peraltro, deve ritenersi che gli abbattimenti stessi rispondano a una *ratio* diversa, operando quali ulteriori manifestazioni della forfettazione delle passività, come tali riferibili al singolo reddito d'impresa ⁽⁹⁹⁾.

Come abbiamo già ricordato, la L. n. 751 del 1976, si diede carico di disciplinare gli effetti della eliminazione del cumulo fra i coniugi relativamente alla materia delle deduzioni dell'imposta. Essa dispose, infatti, che, relativamente ai periodi d'imposta interessati dalla pronunzia di incostituzionalità, vale a dire gli esercizi sino al 1974, il passaggio all'imposizione separata dei coniugi comportasse l'imputazione a ciascuno, per intero, della « quota esente », e l'esclusione, per converso, del-

⁽⁹⁹⁾ In argomento: Pucci, *Impresa minore: condizioni per l'applicazione delle deduzioni forfettarie*, in *Boll. Trib.*, 1976, pp. 1144 e ss.

la detrazione per coniuge a carico; inoltre, coerentemente con la particolare struttura di tale beneficio, venne, in tal caso, eliminata l'« ulteriore detrazione » prevista per i redditi di lavoro dipendente e per i redditi d'impresa ammessi alla forfettizzazione delle spese e degli oneri: tale deduzione risultava, infatti, assorbita dalla duplicazione della quota esente. Per converso, le detrazioni per forfettizzazione di oneri e spese erano applicate a ciascun coniuge nella misura spettantegli.

Va osservato, tuttavia, che la legge citata si limitava a disciplinare gli effetti della pronunzia d'incostituzionalità: essa, quindi, lasciava in vigore, per gli anni successivi al 1974, il regime di cumulo, alla cui eliminazione si è invece provveduto, disponendo, anche in via transitoria per l'esercizio 1975, con la L. n. 114 del 1977.

Va, infine, sottolineato che la problematica dei rapporti familiari non dispiega, invece, alcuna influenza sul regime applicativo della « ulteriore detrazione » di 24 mila annue, riconosciuta, a fronte dell'aumento del prezzo della benzina, a favore dei « possessori di reddito di lavoro dipendente » non superiore a lire 6 milioni annue, nonchè dei lavoratori soci di cooperativa e degli imprenditori minori, in virtù dell'art. 2, L. 30 novembre 1976, n. 786, convertita del D. Legge 8 ottobre 1976, n. 691, recante modificazioni al regime fiscale di alcuni prodotti petroliferi e del gas metano e per autotrazione: tale abbattimento è, infatti, riconosciuto per ciascun reddito delle menzionate categorie, indipendentemente dal fatto che esso formi coacervo con altri proventi del percettore o dei suoi familiari.

10. Se, tuttavia, i rapporti familiari assumono particolare rilevanza sul terreno dell'imposizione del reddito, e ciò proprio in funzione dei caratteri strutturali di tale modello impositivo, mirante all'individuazione della capacità contributiva del soggetto globalmente intesa, essi non mancano di venire

in considerazione, sia pure ad effetti più limitati, in altri settori dell'ordinamento tributario.

Numerose sono, infatti, le disposizioni che assumono i rapporti familiari ad elementi qualificativi del presupposto dell'obbligazione tributaria, assoggettandola, in dipendenza di essi, a trattamenti differenziati.

Ciò avviene sotto un duplice ordine di profili.

Innanzitutto, i particolari vincoli di solidarietà economica che sono alla base dell'aggregazione familiare impongono l'adozione di particolari criteri impositivi, intesi a garantire l'erario dalle elusioni tributarie che più agevolmente potrebbero realizzarsi nell'ambito di tali rapporti.

Un esempio paradigmatico di tale categoria di disposizioni è stato da noi già segnalato (*supra* n. 6) nell'art. 25 del decreto sull'imposta di registro, che, riproducendo, ma con maggiore assolutezza come vedremo, un principio già insito nell'art. 5 del D.L. Lgt 3 marzo 1945, n. 90, presume *juris et de jure* gratuiti i trasferimenti immobiliari posti in essere fra parenti in linea retta, semprechè la relativa imposta risulti inferiore a quella che sarebbe dovuta in caso di trasferimento a titolo oneroso ⁽¹⁰⁰⁾. La funzione strumentale e garantistica dell'istituto era, per la verità, più marcata ed evidente sotto il vigore del citato art. 5 del D.L. lgt. n. 90 del 1945, il quale consentiva la prova contraria della provenienza del prezzo pagato « in base a titoli aventi data certa ai sensi del Codice Civile »: infatti, la nuova disposizione, con l'escludere ogni possibilità di vittoria sulla presunzione, potrebbe avere trasferito il principio sul terreno sostanziale, annettendogli un valore qualificatorio della fattispecie. Ma, ad escludere una siffatta ipotesi interpretativa, vale il rilievo che, se così fosse, la qualificazione stessa dovrebbe operare in senso obiettivo, e quindi anche nel

(100) STOLFI, *Presunzione di liberalità ed alienazione immobiliare fra parenti*, in *Boll. Trib.*, 1976, 1472 e ss.

caso in cui l'imposta di donazione applicabile risulti inferiore a quella dovuta per il trasferimento a titolo oneroso.

Trattandosi, dunque di una presunzione in senso proprio, e, quindi, di una deroga al principio generale della libertà delle prove, è da ritenere che l'ambito della sua operatività sia strettamente circoscritto alla determinazione dell'aliquota dell'imposta di trasferimento; onde, per ogni ulteriore effetto, l'atto non potrà che essere qualificato sulla base della manifesta volontà delle parti. La precisazione è importante ai fini dell'imposta sugli incrementi di valore degli immobili, il cui soggetto passivo è individuato, dall'art. 4, D.P.R. n. 643 del 1972, modificato con D.P.R. 23 dicembre 1974, n. 688, nell'alienante a titolo oneroso e nell'acquirente a titolo gratuito: come altrove abbiamo rilevato ⁽¹⁰¹⁾, infatti, la presunzione di onerosità non potrebbe determinare alcuno spostamento della soggettivazione passiva rispetto a quella individuale sulla base della struttura dell'atto.

Sotto altro profilo, la particolare tutela di cui la famiglia è ritenuta meritevole anche dal punto di vista economico, ed il conseguente obiettivo interesse a che il patrimonio di ciascun componente sia conservato nell'ambito del nucleo familiare — interesse, questo, che trova puntualmente riscontro nel *favor familiae* cui la legislazione civile risulta ispirata, vuoi in tema di riserva di legittima, vuoi per quanto attiene al regime legale delle devoluzioni —, si traducono in particolari agevolazioni concernenti il regime fiscale delle successioni e donazioni.

Gli artt. 6 e 55, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637, istitutivo dell'imposta sulle successioni e donazioni, assoggettano, infatti, i trasferimenti a favore del coniuge e dei parenti in linea retta alla sola tariffa sul valore globale, escludendoli, invece, dall'applicazione dell'aliquota commisurata al valore delle sin-

⁽¹⁰¹⁾ GRANELLI, *Profilo giuridico dell'INVIM*, in *Dir. e prat. trib.*, 1975, I, 749 e ss.

gole quote devolute o dei beni o diritti a ciascuno gratuitamente trasmessi ⁽¹⁰²⁾.

Inoltre la Tariffa di quest'ultima, modificata con la Legge n. 576 del 1975, annovera fasce di esenzione crescenti in ragione dei rapporti di parentela (sino a 3.500.000 lire per i trasferimenti tra fratelli, sorelle e affini in linea retta, ed a 2.000.000 tra parenti fino al quarto ed affini sino al terzo grado), e prevede, altresì, a parità di valore, aliquote differenziate a seconda del rapporto di parentela.

Un analogo beneficio è poi previsto, dall'ultimo comma dell'art. 25, D.P.R. n. 643 del 1972, modificato con la L. n. 694 del 1975, relativamente all'imposta sull'incremento di valore degli immobili, il cui onere è dimezzato nel caso in cui il trasferimento abbia luogo, per causa di morte, in linea retta od in favore del coniuge ⁽¹⁰³⁾. In fine, va menzionata, nella stessa materia, l'esenzione, disposta dal 1° comma, lett. d) del citato art. 25 modificato, con il D.P.R. n. 6888 del 1974, ed ancora con la L. n. 694 del 1975, degli incrementi di valore relativi a fondi rustici « trasferiti per causa di morte o per atto tra vivi nell'ambito della famiglia diretto - coltivatrice », vale a dire del nucleo domestico che, sulla scorta di apposita attestazione dell'ispettorato provinciale agrario, risulti dedita « direttamente e abitualmente alla coltivazione dei fondi e all'allevamento e governo del bestiame, semprechè la complessiva forza lavorativa del nucleo familiare non sia inferiore ad un terzo di quella occorrente per le normali necessità... ».

11. Le norme e gli istituti, presi fin qui in considerazione, riguardano il trattamento fiscale delle manifestazioni di capacità contributiva, riferibili ai membri del gruppo in quan-

⁽¹⁰²⁾ AA. VV., *Imposta sulle successioni e donazioni*, in *Enciclopedia Tributaria Italiana*, vol. VII, Milano-Roma, s.d., pp. 153 e ss.; GALLO ORSI, *L'imposta sulle successioni*, Torino 1976, pp. 52 e ss.

⁽¹⁰³⁾ Cfr.: GRANELLI, *L'INVIM dopo la « Legge Visentini »*, in *Dir. e prat. trib.*, 1976, I, 3 e ss., e *specialm.* 10 e ss.

to tali: essi postulano, quindi, già definito il presupposto del tributo, e già individuato il suo riferimento soggettivo.

In molti casi, peraltro, la complessa realtà della vita familiare incide sulla qualificazione e sull'imputazione stessa del presupposto: il che, può verificarsi vuoi nell'ipotesi in cui i rapporti familiari entrino, in qualche modo, a far parte della fattispecie imponibile quali elementi costitutivi di essa, (tale era, ad esempio, il caso dell'abrogata imposta di famiglia) vuoi in quella che da tali rapporti si facciano dipendere la rilevazione e l'imputazione soggettiva del fatto imponibile.

Seguendo lo schema espositivo più innanzi adottato (cfr. *supra*, nn. 1 - 5), rivolgeremo preliminarmente la nostra attenzione sui riflessi tributari del regime patrimoniale in atto fra i coniugi.

Va premesso che la legge tributaria annovera, al riguardo, scarse disposizioni: onde l'impostazione dei vari problemi, prospettantisi sul piano fiscale, non potrà che muovere per lo più dall'assunzione, quali « dati », o « materiali », delle qualificazioni civilistiche dei diversi istituti, e della relativa disciplina, cui la normativa tributaria direttamente si ricollegghi adottandone le fattispecie ⁽¹⁰⁴⁾, salvo che nella ipotesi in cui la legge fiscale stessa detti una propria autonoma disciplina, svincolata da quella civilistica.

Il regime legale comporta, innanzitutto come si è visto, la comunione dei beni non « personali » acquistati dai due coniugi « insieme o separatamente », e delle aziende, gestite da entrambi i coniugi, costituite durante il matrimonio, ovvero, qualora si tratti di matrimonio celebrato prima dell'entrata in vigore del nuovo diritto di famiglia, dopo il 20 settembre 1975 (salvo che per i beni acquistati da tale data e sino al 15 gen-

⁽¹⁰⁴⁾ Sul problema delle qualificazioni nel diritto tributario, e dell'utilizzabilità a tal fine delle fattispecie normative contenute in altri rami dell'ordinamento; si cfr. AMATUCCI, *L'interpretazione della norma di diritto finanziario*, Napoli 1965, pp. 117 e ss.

naio 1978, non siasi manifestata volontà contraria) mentre, per le aziende costituite prima del matrimonio, ovvero anteriormente al 21 settembre 1975 nel caso di matrimonio già in atto alla data di entrata in vigore della riforma, la comunione riguarda soltanto gli utili e gli incrementi.

Ai fini dell'imposizione diretta, è il caso di osservare che, ove la proprietà dei beni oggetto della comunione dia per sé luogo, per il trattarsi di immobili, alla rilevazione di reddito fondiario ⁽¹⁰⁵⁾ quest'ultimo sarà, in costanza della comunione, imputato separatamente ed egualitariamente a ciascuno dei coniugi: tale conclusione, già insita negli artt. 23, 2° comma, e 33, 2° comma del D.P.R. n. 597 del 1973, trova, ora, esplicita conferma nel nuovo testo dell'art. 4 lett. a) D.P.R. citato, introdotto con la L. n. 114 del 1977, che statuisce essere « imputati per metà del loro ammontare netto a ciascuno dei coniugi » i redditi dei beni formanti oggetto di comunione legale. Parimenti, verranno ripartiti fra i coniugi i redditi inerenti a « beni capitali » ⁽¹⁰⁶⁾, quali, ad esempio, dividendi di azioni, interessi di obbligazioni, eccetera, acquistate in costanza di matrimonio.

Più delicato appare, invece, il problema relativo alla gestione comune dell'azienda, per il quale si prospetta tuttavia, a nostro avviso, identica soluzione. Va premesso, infatti, che la comunione dell'impresa comporta automaticamente, nel momento stesso in cui essi si formano, la comunione degli utili e degli incrementi: infatti, mentre nel caso in cui si tratti di azienda costituita dopo il matrimonio la partecipazione di entrambi agli utili ed agli incrementi costituisce il necessario riflesso della comproprietà costituitasi *ex lege* sul complesso

⁽¹⁰⁵⁾ Per la derivazione del reddito fondiario della categoria del diritto reale immobiliare di godimento, si cfr.: D'AMATI, *La progettazione* cit., vol. II, Padova 1974, pp. 207 e ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Sulla distinzione tra « beni capitali » e « beni diretti », si v.: DE VITI, DE MARCO, *Principi di economia finanziaria*, s.l., 1953, pp. 262 e ss.

aziendale, rispetto alle aziende formatesi prima del matrimonio tale comunione è espressamente ed autonomamente stabilita dalla legge: in entrambi i casi, quindi, gli utili provenienti dalla gestione comune dell'attività dovranno essere attribuiti in ragione della metà a ciascuno dei coniugi.

Ma la già rilevata imprecisione terminologica del legislatore civile fa sorgere, ai fini della qualificazione del reddito in esame, delicati problemi, che si riflettono sul trattamento fiscale della fattispecie. Infatti, poichè la « gestione comune » non può avere ad oggetto l'azienda (complesso organizzato di beni, e quindi elemento statico) ma l'impresa (attività considerata nel suo sviluppo dinamico), può sorgere il dubbio se la costituzione anteriore o successiva al matrimonio, ovvero, per le ipotesi transitorie, al 21 settembre 1975, da cui dipende la messa in comunione anche dell'azienda, oltrechè degli utili e degli acquisti, debba essere stabilita con riferimento alla formazione o acquisizione di quest'ultima, ovvero all'inizio dell'attività imprenditoriale, cui l'azienda stessa è finalizzata. A nostro avviso, il riferimento è senz'altro alla costituzione dell'azienda, posto che l'ultimo comma dell'art. 56 della legge di riforma (art. 177 Cod. Civ.) discorre di aziende « appartenenti ad uno dei coniugi anteriormente al matrimonio »: infatti, il concetto di appartenenza non sembra riferibile all'impresa. In altri termini, la normativa in esame va, a nostro avviso, interpretata nel senso che la gestione comune dell'impresa dà luogo alla comunione dell'azienda, per mezzo della quale l'impresa viene esercitata, nel caso in cui l'azienda stessa sia stata acquisita dopo il matrimonio, o, comunque, successivamente alla data di inizio del regime di comunione, ed alla semplice comunione degli utili e degli incrementi in ogni altro caso.

Nè sussiste, d'altro canto, alcuna corrispondenza biunivoca fra l'esercizio dell'impresa e la titolarità dell'azienda, ben potendo quest'ultima costituire oggetto di usufrutto, o di affitto a norma degli artt. 2561 e 2562 Cod. Civ.: in tale ipotesi,

è evidente che la comunione d'azienda non troverebbe in ogni caso applicazione, rimanendo ferma, peraltro, la comunione degli utili e degli incrementi (questi ultimi determinati sulla base del « regolamento in denaro » previsto dall'art. 2561, ultimo comma). Tale conclusione può evincersi, a nostro parere, dalla lett. c) del citato art. 56 della legge di riforma, che, statuendo esservi comunione soltanto *de residuo* relativamente ai « proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi », legittima, *a contrariis*, la tesi della piena partecipazione di entrambi ai proventi della attività comune, a mano a mano che questi si formano.

I su esposti rilievi si appalesano, quindi, assai conferenti ai fini della qualificazione dei redditi derivanti dalla « gestione comune » dell'attività, sia essa oppur no esercitata per mezzo di azienda in comproprietà: essi, infatti, per il ricollegarsi all'esercizio comune dell'impresa, vanno senz'altro considerati, ad ogni effetto, e per entrambi i coniugi, quali « redditi d'impresa », e come tali trattati agli effetti tributari ⁽¹⁰⁷⁾.

Con ciò, tuttavia, il problema dell'individuazione del regime fiscale, proprio dell'esaminata categoria di redditi, resta ben lungi dall'essere risolto. Va osservato, infatti, che nella sistematica accolta dalla vigente legislazione tributaria, il fenomeno della produzione, in forma collettiva, di un reddito d'impresa è ricondotto, per quanto concerne l'imposizione personale (art. 5, D.P.R. n. 597 citato), al paradigma della società di persone, essendo la società di fatto, che abbia per oggetto l'esercizio di attività commerciali, espressamente equiparata alla società in nome collettivo; talchè la già rilevata esclusione del carattere societario della comunione d'impresa fra i coniugi porta a risolvere in senso negativo il problema della identificazione del relativo utile con alcuno tra i redditi « prodotti in forma associata », previsti dalla norma tributaria. Nè, d'altro canto, la po-

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr.: CERNIGLIARO DINI, *Aspetti fiscali della riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. e prat. trib.*, 1975, I, 1335 e ss., e specialm. 1341-42.

sizione del coniuge coesercente l'impresa commerciale potrebbe venire ricondotta alla previsione dell'art. 41 del citato D.P.R. con conseguente inclusione della quota di utile, ad esso attribuita, nella categoria dei redditi di capitale « derivanti dalla partecipazione ad associazioni in partecipazione in qualità di associato », ovvero, facendosi riferimento al successivo art. 49, lett. c), in quella dei redditi di lavoro autonomo, cui sono assimilati i proventi del partecipante allorché il suo apporto sia « costituito esclusivamente dalla prestazione di lavoro »: nell'uno come nell'altro caso, infatti, lo schema dell'associazione in partecipazione, caratterizzato dall'essere la gestione dell'impresa attribuita al solo associante (art. 2552, comma 1, Cod. Civ.), non appare compatibile con il presupposto stesso della fattispecie in esame, consistente proprio nella comune gestione dell'impresa. Nè, infine, può annettersi valore decisivo, *in parte qua*, al disposto della lett. a) dell'art. 4 del D.P.R. n. 597 del 1973, nel testo novellato ex L. n. 114 del 1977, posto che ivi si discorre dei redditi *dei beni comuni*, laddove il caso che ne occupa riguarda piuttosto il reddito derivante dall'esercizio di una attività comune. In mancanza, quindi, di norme tributarie qualificative della fattispecie in esame, l'individuazione del regime applicabile non potrà che essere affidata all'analogia: e i rilievi di cui sopra ci inducono a ritenere che, per comunanza di presupposti e di elementi, l'impresa coniugale presenti, rispetto alle organizzazioni a base personale, carattere di maggiore similarità. Conseguentemente, e, sul punto, conclusivamente, esprimiamo l'avviso che il reddito prodotto dall'impresa coniugale debba essere egualitariamente ripartito fra i due partecipi, ai fini della imposizione personale, in applicazione (*ex analogia*) del ricordato art. 5 ⁽¹⁰⁸⁾.

(108) A identica conclusione, ma nella prospettiva di una applicazione diretta, e non analogica del citato art. 5, perviene la CERNIGLIARO DINI, *Aspetti cit.*, loc. ult. cit.

E cfr. altresì: SCHIAVON, *Sul trattamento fiscale delle imprese fra coniugi*, in *Legisl. e giur. trib.*, 1977, 103 3e ss.

Gli esposti rilievi si riflettono poi, trovandovi inoltre, a nostro parere, un decisivo elemento di conferma, sui profili procedurali della problematica in considerazione. Supposto, infatti, che fosse dato prescindere dall'assimilazione dell'impresa coniugale alle società ed associazioni di cui all'art. 5, D.P.R., n. 597, dovrebbe coerentemente revocarsi in dubbio l'operatività, per questa parte, anche degli artt. 6 e 40, comma 2, D.P.R. n. 600, che prevedono l'unitarietà della dichiarazione e dell'accertamento relativamente ai redditi prodotti in forma associata, da imputare poi ai singoli partecipi: ma non è chi non veda come la dissociazione del procedimento impositivo, cui dovrebbe addivenirsi in difetto di applicabilità degli articoli testè citati, risulterebbe addirittura impossibile, posto che, trattandosi di reddito d'impresa, esso viene determinato sulla base di scritture contabili necessariamente uniche, in quanto riferite all'impresa, e non ai soggetti imprenditori (art. 39, D.P.R. n. 600).

È, quindi, nostro convincimento che il reddito dell'impresa coniugale debba costituire oggetto di autonoma dichiarazione e di specifico accertamento, ferma restandone l'imputazione *pro quota* a ciascuno dei coniugi.

Opposta soluzione dovrebbe, per converso, valere riguardo all'imposizione reale.

Giova osservare, infatti, che, relativamente all'imposta locale sui redditi, le « società di ogni tipo » e le « associazioni non riconosciute », nonché le altre « organizzazioni prive di personalità giuridica », sono investite della piena « soggettività tributaria »: esse, infatti, vengono qui considerate (a differenza di quanto avviene riguardo all'imposta personale) quali centri di imputazione non soltanto del procedimento impositivo, ma della stessa obbligazione sostanziale d'imposta ⁽¹⁰⁸⁾.

(108) Cfr.: GRANELLI, *Contributo allo studio dell'imposta locale sui redditi*, in *Dir. e patr. trib.*, 1972, I, 873 e segg., e specialm. 878 e ss.

Sembra da escludere, innanzitutto, che l'impresa coniugale possa essere direttamente ricondotta alla previsione di tale norma quale ipotesi di organizzazione priva di personalità giuridica: manca infatti, nel rapporto fra i coniugi, proprio l'elemento organizzatorio, non potendo esso venire scorto, se non a prezzo di ridurre ad un *vacuum* il concetto stesso di organizzazione, nel mero comportamento dei coniugi, i quali gestiscono in comune l'impresa, nè appare, d'altro canto, ipotizzabile, *in parte qua*, una qualsivoglia applicazione analogica, posto che le norme attributive della cosiddetta soggettività tributaria, pur quando non vengano considerate, in ossequio al principio di specialità ed autonomia del diritto tributario, di carattere eccezionale, e quindi incorrenti nel divieto di cui all'art. 14 Dispp. prell., si presentano, in ogni caso, quali disposizioni « a fattispecie esclusiva » ⁽¹¹⁰⁾.

Da quanto s'è detto ,consegue, innanzitutto, che l'imposta locale sui redditi dovrà essere imputata, dopo l'unitario accertamento del reddito d'impresa, *pro quota* a ciascuno dei coniugi, al pari di quanto si verifica per l'imposta personale.

Le considerazioni di cui sopra si riflettono, inoltre, sul regime della detrazione di cui all'art. 7 del decreto istitutivo, modificato ex art. 11, L. n. 576 del 1975. A norma di tale disposizione, è riconosciuta alle persone fisiche una deduzione del 50 per cento dal reddito d'impresa, entro i limiti minimo e massimo di 6 e 12 milioni, a condizione che esse prestino la propria opera nell'impresa con carattere di prevalenza; mentre per le società semplici, in nome collettivo ed in accomandita semplice la deduzione « è calcolata con riferimento alla quota di reddito spettante a ciascuno dei soci che presti la propria opera nell'impresa purchè tale prestazione costituisca la sua prestazione prevalente ». Premesso che, in virtù della citata di-

⁽¹¹⁰⁾ M. S. GIANNINI, *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, in *Riv. sc. fin. e dir. fin.*, 1941, 173 e segg.

sposizione, il predetto beneficio competerà esclusivamente al coniuge che partecipi alla gestione dell'impresa con carattere di prevalenza, è evidente che la deduzione avrà luogo in applicazione del 1° comma dell'art. 7, sopra ricordato, e, quindi, sarà effettuato rispetto al reddito già imputato al singolo percettore.

12. Restano, ora, da prendere in esame i riflessi che il regime della comunione legale produce nel settore della imposizione indiretta.

Viene, primamente, in considerazione il problema della individuazione dei soggetti passivi dell'imposta di registro, per il caso in cui l'acquisto del cespite, cadente in comunione, abbia luogo, a titolo oneroso, in virtù di atto soggetto a registrazione. Va osservato che a norma dell'art. 55, D.P.R. n. 634 del 1972, al pagamento dell'imposta di registro sono solidalmente obbligate « le parti contraenti »: ciò porta a ritenere che, nel caso in cui l'acquisto di un bene, soggetto al regime di comunione legale, sia effettuato da uno dei coniugi, l'altro non assuma in alcun modo la veste di condebitore del tributo di registro. Infatti, posto che il costituirsi della comunione sul bene rappresenta un effetto legale dell'acquisto operato dal coniuge, deve essere esclusa qualsiasi partecipazione dell'altro coniuge alla vicenda contrattuale ⁽¹¹¹⁾.

Diversa soluzione vale invece, a nostro avviso, relativamente all'imposta di donazione o successione, per il caso in cui l'acquisto venga operato a titolo gratuito, ovvero *mortis causa*. Va osservato, infatti, che, a norma dell'art. 58, lett. b, della legge di riforma del diritto di famiglia i beni acquistati dal coniuge in costanza di matrimonio per effetto di donazione o successione cadono nel regime comunistico solo quando nell'atto di liberalità o nel testamento risulti « specificato che essi sono attri-

(111) Si cfr., sul punto: CIAN, *Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia. Una revisione che si impone*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 33 e ss., e *specialm.* 34.

buiti alla comunione », onde sembra configurarsi, al riguardo, la seguente alternativa: ove il titolo non attribuisca espressamente alla comunione la liberalità, la devoluzione od il legato, nessun problema potrà sorgere, esaurendosi l'intera vicenda nella sfera patrimoniale del coniuge beneficiario; qualora, invece, l'atto di liberalità od il testamento contengano una siffatta attribuzione, sembra che entrambi i coniugi assumano la veste di eredi, legatari o donatari, e conseguentemente, a sensi dell'art. 5, D.P.R. n. 637, la soggettività passiva rispetto al tributo considerato. Di tale tributo essi risponderanno, quindi, solidalmente, e questo non già, o non tanto, per effetto dell'art. 46 del citato D.P.R., il quale si limita a prescrivere la solidarietà tributaria degli eredi, sibbene in applicazione del principio generale di cui all'art. 1294 Cod. Civ., dovendosi nell'acquisto in comunione ravvisare quella *eadem causa* che costituisce, in via generale, il presupposto genetico del vincolo di solidarietà ⁽¹¹²⁾. Identico ordine di considerazioni è poi riproducibile, attesa l'identificazione, attuata dall'art. 4, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, come modificato dal D.P.R. 23 dicembre 1974, n. 688, del soggetto passivo nell'« acquirente a titolo gratuito », relativamente all'imposta sull'incremento di valore degli immobili, e ciò in relazione all'art. 26 dello stesso D.P.R., che prescrive la solidarietà tra i beneficiari.

Resta, tuttavia, da far cenno al caso particolare in cui il trasferimento *mortis causa* del bene comune, ovvero a titolo gratuito, abbia luogo dall'uno in favore dell'altro coniuge: ipotesi quest'ultima, che, resa possibile in dipendenza della caducazione del divieto di cui all'art. 781 Cod. Civ., non produce il ricostituirsi della comunione, essendone esclusi, per l'appunto, i beni acquisiti per effetto di liberalità o successione, salvochè nell'atto o nel testamento non sia specificato, e trattasi eviden-

(112) Ricorrerebbe in tal caso, per l'obbligazione tributaria, la responsabilità « della comunione »: sul punto, si veda l'ampio lavoro dell'Orpo, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 105 e ss.

temente di clausola neppure concepibile rispetto ai casi considerati, che essi « sono attribuiti alla comunione ». Orbene, è di tutta evidenza che, allorquando la successione o la liberalità abbiano ad oggetto singoli beni o diritti comuni, il trasferimento opera soltanto rispetto alla quota del *de cuius* o del donante: talchè agli effetti dell'imposta di successione o donazione, come pure riguardo all'imposta sul plusvalore degli immobili, verrà in considerazione il valore di tale quota, e non quello dell'intero bene o diritto.

Particolarmente delicata si presenterà, quindi, l'ipotesi in cui la successione fra coniugi abbia ad oggetto l'azienda da entrambi gestita.

Ove trattisi, infatti, d'azienda costituita in costanza di matrimonio, ovvero, per la fattispecie di diritto transitorio, dopo l'entrata in vigore della riforma, e quindi comune, l'imposta verrà applicata sulla metà del valore, determinato a norma dell'art. 21, D.P.R. n. 637. Per converso, qualora trattisi di azienda appartenente al coniuge defunto, il tributo successorio dovrà commisurarsi all'intero valore dell'azienda, diminuito della metà degli incrementi, già comuni a sensi dell'ultimo comma dell'art. 56 della legge di riforma; mentre, nel caso in cui l'azienda fosse di esclusiva proprietà del coniuge superstite, concorrerà a formare l'asse ereditario la sola metà del valore degli incrementi, caduti in comunione.

Pertanto, anche nel caso che la successione riguardi un'azienda non gestita da entrambi i coniugi, riteniamo che il valore della successione corrisponda alla sola metà del valore dell'azienda: con la morte del titolare, infatti, i beni e gli incrementi relativi all'impresa cadono, a sensi dell'art. 57 della legge di riforma, nella comunione *de residuo*.

Nel caso, invece, che i due coniugi trasferiscano ad altri, a titolo oneroso, il bene oggetto della comunione, dell'imposta di registro, cui l'atto risulti soggetto, e dell'eventuale imposta sul plusvalore degli immobili essi risponderanno entrambi so-

lidalmente con il compratore, a norma del già menzionato art. 55.

Analoga conclusione vale, a nostro avviso, per l'imposta sul valore aggiunto, qualora il trasferimento, per l'averne ad oggetto beni comuni relativi all'impresa cogestita, dia luogo, a norma dell'art. 4, D.P.R. n. 633 del 1972, modificato con l'art. 1 del D.P.R. n. 687 del 1974, ad applicazione di tale tributo. Va osservato, infatti, che le considerazioni, sulla cui base siamo pervenuti ad escludere non soltanto il carattere societario dell'impresa coniugale, ma anche la sua assimilabilità alle organizzazioni prive di personalità giuridica, comportano, anche ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, la negazione della soggettività tributaria di tale impresa, per sè considerata: riteniamo, quindi, che l'obbligazione tributaria faccia capo distintamente a ciascuno dei coniugi, fermo restando beninteso, per le già esposte ragioni, il vincolo della solidarietà.

Quanto all'imposta sull'incremento di valore degli immobili, anch'essa sarà dovuta in via solidale, a norma del citato art. 26, D.P.R. n. 643 del 1972.

13. Prima di intraprendere, dallo specifico punto di vista della problematica di diritto fiscale, l'esame dei regimi opzionali, cui i coniugi possono addivenire in virtù di appositi accordi, si ritiene opportuno soffermarsi, preliminarmente, a considerare il regime tributario delle convenzioni, mediante cui tale facoltà di opzione venga esercitata.

Prescindendo dai profili di diritto transitorio, che saranno considerati a suo luogo, va osservato che la scelta del regime opzionale deve essere effettuata con convenzione matrimoniale, da stipularsi in virtù di atto pubblico, e che tali convenzioni possono essere stipulate « in ogni tempo », ed anche successivamente modificate, purchè, ove ciò abbia luogo dopo la celebrazione del matrimonio, previa autorizzazione del giudice. Inoltre, la scelta del regime di separazione può essere di-

chiarata, oltrechè in apposita convenzione, nello stesso atto di matrimonio.

Come abbiamo già avuto occasione di affermare (*supra* n. 2), siffatte convenzioni non producono alcun trasferimento di ricchezza, nè danno direttamente luogo ad atti di disposizione patrimoniale, risolvendosi in meri accordi di carattere normativo, preordinati alla regolamentazione dei rapporti economici per categorie generali: esse, pertanto, scontano l'imposta di registro in misura fissa, a norma dell'art. 11, parte I della Tariffa All. A al D.P.R. n. 634 del 1972, quali atti « non aventi contenuto patrimoniale » ⁽¹¹³⁾. Qualora, poi, la dichiarazione di adozione del regime separatistico sia rilasciata nell'atto di matrimonio, permarrà, per l'intero atto, l'esenzione dall'obbligo di registrazione di cui all'art. 1, Tabella All. B al citato D.P.R., non costituendo tale declatoria una autonoma disposizione, ma un elemento intrinseco dell'atto stesso ⁽¹¹⁴⁾.

Le riferite conclusioni valgono, ovviamente, per il caso in cui la convenzione matrimoniale risponda allo schema « tipico », testè delineato, di accordo normativo, ispirato a principi di generalità ed astrattezza.

Infatti, qualora nell'ambito della convenzione siano patuiti, supponendo che ciò sia consentito, concreti trasferimenti di ricchezza, riteniamo che essi vadano assoggettati alla normale imposta. Se, ad esempio, i coniugi abbiano stabilito di mettere in comunione non già tutti gli immobili, presenti e futuri, ancorchè esclusi dal regime di comunione legale, ma un determinato immobile, tale clausola dovrebbe, a nostro avviso, comportare l'applicazione delle normali imposte, risolvendosi in un vero e proprio trasferimento del bene così individuato.

Poco v'è da dire, a nostro avviso, riguardo al regime della separazione, in quanto esso, producendo la completa disso-

(113) Cfr.: CERNICLIARO DINI, *Aspetti fiscali cit.*, loc. cit., e specialm. 1349-50.

(114) CERNICLIARO DINI, *Aspetti fiscali cit.*, loc. ult. cit.

ciazione delle situazioni patrimoniali dei coniugi, non dà luogo a particolari questioni dal punto di vista tributario. Tale regime determina infatti, per questa parte, l'irrilevanza del rapporto di coniugio: talchè le vicende patrimoniali interessanti la sfera di ciascuno saranno trattate, così nei riflessi dell'imputazione dei redditi ai fini dell'imposizione diretta, come per quanto attiene all'applicazione delle imposte sul trasferimento della ricchezza, prescindendo dal vincolo familiare in atto.

Per diverso ordine di considerazioni, non riteniamo che dia luogo ad una particolare problematica tributaria l'ipotesi della comunione convenzionale. Conformemente alle conclusioni, tratte a suo luogo (*supra*, n. 2) circa la riconducibilità della comunione convenzionale alla disciplina generale dell'istituto, la situazione dei coniugi, che per tale regime abbiano optato, non potrà che essere inquadrata, anche agli effetti specificamente tributari, nello schema della comunione di diritto comune. Conseguentemente, i redditi dei beni ricadenti in tale regime verranno imputati a ciascun coniuge in ragione delle rispettive quote; in caso di successione tra i coniugi, si avrà riguardo, agli effetti del tributo successorio e dell'imposta sugli incrementi di valore degli immobili, ai valori della quota trasferita; delle obbligazioni tributarie dipendenti dall'alienazione di beni comuni i coniugi risponderanno solidalmente.

Sempre sulla base delle considerazioni svolte in premessa, riteniamo inoltre che la comunione convenzionale su un'azienda costituita anteriormente al matrimonio determini, ove l'impresa venga esercitata congiuntamente dai coniugi, la configurabilità, fra gli stessi, di una società di fatto anche agli effetti tributari: pertanto il reddito di tale impresa, unitariamente accertato, sarà soggetto, per gli effetti dell'imposta personale, ad imputazione in virtù del più volte ricordato art. 5, D.P.R. n. 597 del 1973, mentre l'imposta locale sui redditi farà capo direttamente alla società.

Più delicate questioni presenta, dal punto di vista tributario, l'istituto del fondo patrimoniale.

Tale regime, che, come abbiamo già avuto occasione di sottolineare (*supra* n. 2) può ben coesistere, per la sua specialità, con quelli di carattere generale, sin qui esaminati, si concreta nella costituzione di un vincolo di destinazione di determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o di titoli di credito, « a far fronte ai bisogni della famiglia: esso non produce, quindi, necessariamente effetti traslativi, pur potendo, come vedremo, comportare il passaggio della titolarità di beni o diritti, allorquando tale effetto sia preordinato alla destinazione stessa.

Va infatti osservato che il fondo patrimoniale può essere costituito non soltanto da ciascuno dei coniugi, o da ambedue, ma altresì da un terzo, anche per testamento; nel quale ultimo caso la costituzione si perfeziona con la accettazione dei coniugi interessati. Inoltre, la proprietà dei beni costituiti in fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, « salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione ».

Le premesse considerazioni inducono, quindi, a risolvere diversamente il problema del trattamento fiscale dell'atto costitutivo del fondo, a seconda che esso tragga origine dalla liberalità o dalla disposizione testamentaria di un terzo, ovvero sia formato da beni di proprietà dei coniugi ⁽¹¹⁵⁾.

Nella prima ipotesi, non v'ha dubbio che la costituzione del fondo presupponga, quale suo necessario antecedente logico, il trasferimento dei beni da parte dell'autore della liberalità o del legato: trasferimento che, nel silenzio dell'atto, avrà luogo in capo ad entrambi i coniugi, ovvero potrà, se tale sia la manifesta volontà del disponente, produrre effetti nei confronti di uno soltanto fra essi. Conseguentemente, è da ritenere che, nel caso qui considerato, la costituzione del fondo dia

(115) CERNIGLIARO DINI, *Aspetti fiscali* cit., loc. cit., e specialm. 1350-51.

luogo ad applicazione dell'imposta di donazione o successione, a norma degli artt. 6, o 55, del D.P.R. n. 637 del 1972, nonchè, ove del fondo facciano parte beni immobili, dell'imposta sugli incrementi di valore. Quanto alla soggettività passiva, occorre distinguere: ove il trasferimento o la devoluzione abbia luogo nei riguardi di entrambi i coniugi, essi risponderanno solidalmente delle obbligazioni tributarie di che trattasi, in caso contrario, l'imposta sarà dovuta dal solo coniuge, cui compete la titolarità del bene così vincolato.

Per converso, la destinazione al fondo patrimoniale di beni che già appartengono ad entrambi i coniugi, ovvero a uno solo di essi allorchè sia espressamente stabilita nell'atto costitutivo la riserva della proprietà individuale, sconterà l'imposta di registro, quale atto di natura dichiarativa inerente a « beni e rapporti di qualsiasi natura », con l'aliquota dello 0,50% (art. 3, Tariffa, Parte I, All. A al D.P.R. n. 634/1972).

Più delicata appare, invece, l'ipotesi in cui il fondo patrimoniale sia, da uno dei coniugi, costituito con beni dei quali non siasi dal disponente espressamente ritenuta la proprietà: in tal caso, infatti, la destinazione al fondo produrrà l'effetto di costituire, sui beni che ne formano oggetto, la comunione tra i coniugi. Parrebbe quindi, a prima vista, che un tale atto abbia, nei limiti della quota di comproprietà attribuita all'altro coniuge, natura traslativa, e che, pertanto, esso possa essere per questa parte soggetto, attesane la gratuità, all'imposta di donazione, nonchè, trattandosi di immobili, all'imposta sul plusvalore: tali tributi, non potendosi ravvisare nel fondo, per le ragioni che meglio diremo, un ente collettivo, sarebbero, in ipotesi dovute per la sola quota acquisita dall'altro coniuge ⁽¹¹⁶⁾. Dubitiamo, peraltro, dell'esattezza dell'ipotizzata soluzione: infatti, la contitolarità dei beni conferiti al fondo non attiene al

⁽¹¹⁶⁾ Tale è, per l'appunto, l'opinione manifestata dalla CERNIGLIARO DINI, *Aspetti fiscali cit.*, loc. ult. cit.

contenuto negoziale dell'atto costitutivo, strettamente circoscritto al vincolo di destinazione, ma si presenta come un ulteriore effetto scaturente *ex lege* dal testo novellato dell'art. 168 Cod. Civ. È pertanto, nostro convincimento che, anche nel caso testè considerato, l'atto debba scontare la sola imposta di registro nella misura dello 0,50%.

Ulteriori problemi si ricollegano, avuto riguardo al profilo strutturale dell'istituto in esame, alla qualificazione di « patrimonio separato » ⁽¹¹⁷⁾, attribuibile al fondo. Potrebbe, infatti, dubitarsi che la specifica destinazione dei beni, in esso costituiti, e le conseguenti limitazioni alla loro disponibilità, ne autorizzi, a molteplici effetti, la considerazione unitaria ed autonoma, secondo uno schema ben noto ai teorici della cosiddetta soggettività collettiva. Sul piano più propriamente fiscale, la questione è di stabilire se, ed eventualmente a quali condizioni, il fondo possa venire in rilievo quale complesso di beni dotato di « soggettività tributaria ».

La soluzione, peraltro, non può a nostro parere che essere negativa.

Per quanto attiene, innanzitutto, all'imposizione personale diretta, l'incongruità dell'opposta interpretazione appariva già di tutta evidenza, ancor prima che l'entrata in vigore della L. n. 114 del 1977 portasse, come si dirà, ad escluderla *ex positivo iure*, ove si consideri che essa avrebbe condotto ad assoggettare il reddito del fondo all'imposta sul reddito globale delle persone giuridiche, e ciò in dipendenza della sua pretesa assimilazione alle « organizzazioni senza personalità giuridica », di cui discorre l'art. 2, lett. b, D.P.R. n. 598 del 1973. Ma la repulsione, pressochè istintiva, ad ammettere che potesse sottrarsi all'imposizione progressiva siffatta categoria di redditi, che, per l'essere destinati al consumo familiare, necessariamente concorrono alla individuazione della capacità contributiva

(117) In argomento, si cfr.: PINO, *Il patrimonio separato*, Padova 1950.

globale della persona fisica, trova decisiva conferma, sul piano letterale, proprio nella formulazione del citato art. 2, ove è precisato che in tanto tali organizzazioni scontano il tributo proporzionale, quali « patrimoni - soggetti » ⁽¹¹⁸⁾, in quanto non risultino « appartenenti ad altri soggetti passivi » e percepiscano il reddito « in modo unitario ed autonomo ». La norma si presenta, quindi, come riproduttiva e chiarificatrice del principio già insito nell'art. 8 del previgente T.U., il cui contenuto venne da autorevole dottrina individuato, al di là dell'infelice formulazione letterale, proprio nel riferimento ai « patrimoni senza soggetto in quanto essi stessi privi di personalità giuridica » ⁽¹¹⁹⁾. Non v'era dubbio, pertanto, che l'appartenenza, proclamata *ex lege*, dei beni costituiti in fondo ad alcuno dei coniugi, o ad entrambi, ne escludesse la soggettivazione ai fini qui considerati.

Tali conclusioni trovano, ora, positiva conferma nel testo dell'art. 4, lett. a) del D.P.R. n. 597, così come modificato dalla citata L. n. 114, che statuisce essere i redditi dei beni formanti oggetto del fondo imputati « per metà del loro ammontare netto a ciascuno dei coniugi », ovvero, nel caso in cui il fondo stesso permanga in vigore, in presenza di figli minori, pur dopo l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti del matrimonio, per l'intero ammontare al coniuge superstiti o a quello cui sia stata attribuita l'amministrazione.

D'altro canto, deve parimenti escludere la soggettività del fondo ai fini dell'imposizione reale, talchè anche l'imposta locale sui redditi dovrà essere applicata con i criteri di imputazione del reddito, testè considerati, distintamente a carico di ciascun coniuge: infatti, a norma dell'art. 2, D.P.R. n. 599 del 1972, la categoria dei soggetti passivi di tale imposta, diversi dalle persone fisiche, è individuata, con la sola eccezione delle società personali, in perfetta coincidenza con quella delle « per-

⁽¹¹⁸⁾ ANTONINI, *La soggettività* cit., p. 116.

⁽¹¹⁹⁾ ANTONINI, *La soggettività* cit., loc. ult. cit.

sone giuridiche » e degli altri enti ad esse equiparati agli effetti dell'imposta sul reddito globale delle persone giuridiche.

Va escluso infine, per lo stesso ordine di considerazioni, che il fondo patrimoniale possa assumere autonoma rilevanza, nell'ambito del procedimento applicativo delle imposte dirette, sotto il profilo della dichiarazione tributaria e dell'atto di accertamento: ciò, in quanto gli artt. 4, 6 e 40 del D.P.R. n. 600 limitano l'area di operatività della cosiddetta « soggettività strumentale » alle società personali ed alle organizzazioni, personificate o no, assoggettabili all'imposta sul reddito globale delle persone giuridiche.

Le conclusioni cui siamo pervenuti discendono del resto, conformemente a quanto abbiamo avuto modo di ricordare sotto altro profilo (cfr. *supra*, n. 7), dal principio della imposizione del reddito prodotto, che è alla base del vigente sistema: il vincolo di destinazione dei beni costituiti in fondo patrimoniale non incide, infatti, in alcun modo sulla produzione dei relativi redditi, dappoichè esso manifesta la sua rilevanza nell'ulteriore fase, estranea al presupposto dell'imposta, del consumo del reddito.

Devesi, quindi, ritenere che, a tutti gli effetti, il reddito dei beni qui considerati affluisca, per la parte di sua spettanza, a ciascuno dei coniugi, e che da questi debba essere dichiarato ed in capo a questi accertato quale componente del reddito complessivo.

È da sottolineare poi, a questo riguardo, come i redditi inerenti al fondo non possano che presentarsi sotto le specie del reddito « patrimoniale », intendendosi, con siffatta aggettivazione, quello prodotto esclusivamente in dipendenza della titolarità di un bene, senza il concorso dell'opera umana: onde possiamo far rientrare in detta categoria unitariamente considerandoli, oltre ai redditi fondiari e di capitale, alcuni fra i redditi equiparati a quelli di lavoro autonomo (cfr., ad es.: art. 49, comma 2°, lett. b) D.P.R. n. 597 del 1973), nonchè quelli pro-

venienti da rapporti di tipo locativo (affitto, noleggio, eccetera). Il vincolo di destinazione comporta infatti, a nostro avviso, nel caso in cui il bene, o il complesso dei beni, costituiti in fondo, configurino un'azienda (così, ad esempio, nel caso di un immobile alberghiero, di una nave, e simili), il divieto della assunzione diretta, da parte dei titolari, del relativo rischio d'impresa: conclusione, questa, che ci sembra discendere, oltrechè dalla relativa indisponibilità ed impignorabilità di siffatti beni, prescritte dagli artt. 51 e 52 della legge di riforma, anche, e soprattutto, dalla funzione stessa dell'istituto. Invero, la diretta destinazione dei beni « a far fronte ai bisogni della famiglia » non sembra offrire alternative al *godimento* del bene, nella sua duplice manifestazione della « utilizzazione diretta » (ad esempio: destinazione dell'immobile all'abitazione del nucleo familiare), ovvero dell'utilizzazione indiretta « attraverso la concessione (negoziale) di una certa misura di godimento altrui » ⁽¹²⁰⁾, da parte della famiglia.

Le considerazioni sin qui svolte consentono, inoltre, di risolvere negativamente il problema della assoggettabilità del fondo, di cui facciano parte beni immobili, all'applicazione decennale dell'imposta sul plusvalore degli immobili, secondo il regime risultante dall'art. 3 del decreto istitutivo e successive modificazioni: la citata disposizione assoggetta, infatti, allo speciale trattamento fiscale di che trattasi, oltre alle società « di ogni tipo ed oggetto », gli « 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 » ⁽¹²¹⁾. Ora, se è pur vero che nel testo dell'articolo in considerazione il rinvio al contenuto dell'art. 2, D.P.R. n. 598 non appare esaustivo, presentandosi piuttosto come una specificazione della più ampia categoria degli « enti privati diversi

⁽¹²⁰⁾ D'AMATI, *La progettazione* cit., vol. I, cit., p. 92.

⁽¹²¹⁾ Cfr.: GRANELLI, *L'I.N.F.I.M.* cit., loc. cit. e specialm. 5 e ss.

dalle società », riteniamo indubitabile che i caratteri strutturali dell'istituto in esame non ne autorizzino in alcun modo l'inclusione in quest'ultima classe.

Anche per questa parte, del resto, la soluzione emergente dal dato letterale trova puntuale conferma nella considerazione funzionale della fattispecie tributaria. Va osservato, infatti, che l'applicazione decennale dell'imposta sul plusvalore, originariamente finalizzata ad impedire l'elusione dell'imposta realizzantesi attraverso la circolazione delle quote di società di mera gestione, assolve, dopo l'ampliamento della base soggettiva sino a comprendervi tutte le società e gli enti pubblici e privati, alla diversa funzione di controbilanciare, mediante il prelievo attuato in dipendenza della mera titolarità dell'immobile, l'« effetto di immobilizzazione » (*lock-in effect*) insito in siffatto genere di tributo ⁽¹²²⁾. Ora, poichè il fondo patrimoniale non modifica la struttura individuale della proprietà, risolvendosi in un semplice vincolo di destinazione, non paiono rendersi operanti, rispetto ad esso, le ragioni giustificative del prelievo decennale.

Per lo stesso ordine di considerazioni, riteniamo che la presenza del fondo non dia luogo a particolari problemi relativamente alle imposte di trasferimento, di successione e donazione: invero, l'alienazione dei beni così vincolati, ove consentita a norma dell'art. 169 Cod. Civ. (art. 51 della legge di riforma) ed il loro trasferimento per causa di morte daranno luogo all'applicazione della relativa imposta secondo le regole generali. Ove trattisi, peraltro, di beni soggetti a giudizio di valore, è nostro convincimento che, nella stima, dovrà tenersi conto del vincolo di destinazione: vincolo che, in presenza di figli minori, perdura anche dopo la morte del coniuge titolare (art. 171, comma 2° Cod. Civ., novellato con l'art. 53 della legge di riforma).

(122) GRANELLI, *Imposte sui plusvalori ed « effetto di immobilizzazione »*, in *Boll. Trib.*, 1977, 393.

14. Come non mancammo di sottolineare (*supra*, n. 5), l'impresa familiare si presenta, nell'ambito della riforma, come l'istituto di più difficile inquadramento e di più vasto contenuto problematico: onde le incertezze interpretative, che sussistono circa la qualificazione civilistica di tale controversa figura, si riflettono, ulteriormente aggravate dalla specialità della materia, sull'identificazione del relativo regime tributario; mentre, d'altro canto, l'unità dell'ordinamento, dalla cui considerazione non sembra lecito prescindere, consente, come diremo, di utilizzare taluni dati normativi, concernenti il trattamento fiscale dell'istituto, quali elementi di riscontro, non certo decisivi ma pur sempre sintomatici, della validità di determinate scelte interpretative, attuate od attuabili in sede civilistica.

È da sottolineare, al riguardo, come la dottrina abbia subito avvertite e messe in evidenza le difficoltà cui adduce il problema dell'inquadramento dell'impresa familiare nell'ambito delle categorizzazioni operate dalla vigente legge tributaria ⁽¹²³⁾.

Tali difficoltà vennero solo in parte superate, limitatamente all'imposizione diretta, dall'art. 9 della ricordata L. n. 576 del 1975, il quale, modificando con l'aggiunta di un ultimo comma l'art. 5, D.P.R. n. 597 del 1973, ha statuito essere i redditi delle imprese familiari « imputabili a ciascun collaboratore familiare, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili, a condizione che la quota stessa sia fissata « prima dell'anno finanziario con atto pubblico o con scrittura privata autentica ».

(123) Cfr.: FILOSA, *Riforma del diritto di famiglia: riflessi tributari su impresa e azienda*, Padova, 1975, pp. 22 e ss.; MAZZELLI, *Aspetti patrimoniali e tributari della «nuova» famiglia italiana*, in *Boll. Trib.*, 1976, 429 e ss.; CERNIGLIARO DINTI, *La tassazione dell'impresa familiare, dubbi e proposte*, *ibidem*, 596 e ss.; *Aspetti fiscali cit.*, *loc. cit.*; FILIPPI, *L'impresa familiare nell'imposizione diretta*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1976, 601 e ss.; GRANELLI, *L'impresa familiare nella riforma tributaria*, *ibidem*, 621 e ss.; NASTASI, *L'impresa familiare: profilo civilistico e tributario*, in *Boll. Trib.*, 1977, 5 e ss.

Da ultimo, tale disposizione è stata interamente riformulata dal D.L. 1 luglio 1977, n. 351, conv. nella L. 8 agosto 1977, n. 535, precisandosi che l'autenticazione della scrittura privata deve avere luogo a ministero di notaio, che gli atti debbono essere sottoscritti da tutti i partecipanti, ed infine che, per i redditi conseguiti negli esercizi 1975 e 1976, la formalità in questione andava perfezionata prima della presentazione della dichiarazione dei redditi relativi all'anno 1975.

Nonostante la limitatezza della sua sfera di operatività, la disposizione testè riferita si rivela, sul piano interpretativo, assai importante, offrendo, appunto nel quadro della concezione unitaria, a nostro avviso imprescindibile, dell'ordinamento ⁽¹²⁴⁾, un valido supporto di natura testuale alla qualificazione dell'istituto, da noi a suo luogo delineata.

Innanzitutto, la norma citata, con l'attrarre l'impresa familiare nell'area dell'imposizione del reddito delle persone fisiche, ne esclude l'assimilabilità alle « associazioni non riconosciute » ed alle altre « organizzazioni senza personalità giuridica », soggette, a norma del più volte citato art. 2, D.P.R. n. 598, all'alternativa imposta sul reddito delle persone giuridiche. D'altro canto, la specifica previsione normativa circa la imputabilità del reddito ai singoli partecipanti indica come l'impresa familiare non rivesta, neppure in sede tributaria, la natura di società a base personale: se così fosse, infatti, il trattamento fiscale dell'impresa domestica avrebbe trovato compiuta disciplina nell'originaria formulazione dell'art. 5 del D.P.R. n. 597, che statuisce essere i redditi delle società personali, ancorchè unitariamente dichiarati ed accertati a norma dei già ricordati artt. 6 e 40, D.P.R. n. 600, « imputati a ciascun socio indipendentemente dall'effettiva percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁴⁾ Cfr.: AMATEUCCI, *L'interpretazione*, cit., pp. 123 e ss.

⁽¹²⁵⁾ In argomento: ANTONINI, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche: profili giuridici*, in *Dir. e prat. trib.*, 1972, I, 217 e ss., e specialm. 228 e ss.

Viene, per tale duplice via, negata *ex positivo iure* all'impresa in considerazione la natura di « soggetto collettivo », e questo, a nostro parere, con implicazioni di indubbia conclusione anche fuori della materia tributaria, posto che in tale esclusione si rivela l'assenza, nell'istituto di cui trattasi, di quella autonomia organizzatoria che costituisce per così dire, il supporto della considerazione unitaria del fenomeno produttivo del reddito.

La natura individualistica dell'impresa, ed il carattere meramente « interno » dei suoi profili associativi, trova, poi, ulteriore, e a nostro avviso insuperabile conferma, nella circostanza che all'imputazione del reddito possa farsi luogo soltanto in virtù delle previa formale fissazione delle quote di partecipazione, con conseguente attribuzione dell'intero reddito, in mancanza di tali adempimenti, all'imprenditore individuale, figurante nei rapporti esterni quale titolare dell'impresa.

Di più, è ancora da sottolineare come la suddivisione del reddito agli effetti fiscali, attuata dalla norma in esame, risulti del tutto svincolata dalla effettiva misura della partecipazione di ciascun collaboratore domestico: ed invero, mentre la quota di utile spettante al familiare, dappoichè riferita alla qualità e quantità del lavoro prestato, può essere esattamente determinata soltanto « a consuntivo », il criterio di ripartizione del reddito fiscale ha luogo *ex ante*, sulla base di una astratta e preventiva fissazione della quota.

L'imputazione *pro quota* del reddito dell'impresa familiare riflette, quindi, un modello normativo completamente diverso da quello ravvisabile nell'imputazione dei redditi prodotti in forma associata. In questa seconda ipotesi, infatti, la suddivisione del reddito d'impresa fra i soci costituisce un necessario riflesso della struttura collettiva della fattispecie, assunta come obbiettivamente rilevante a tutti gli effetti tributari: la ripartizione viene, quindi, a fare compiuto sistema dall'un lato con la già rilevata unitarietà della dichiarazione e dell'accerta-

mento, dall'altro con la soggettivazione del gruppo agli effetti dell'imposizione reale. Per converso, la suddivisione del reddito dell'impresa domestica riveste un carattere di assoluta peculiarità, presentandosi come un beneficio tributario, del tutto svincolato dalla qualificazione della fattispecie, che resta, anche agli ulteriori fini fiscali, interamente modellata secondo lo schema civilistico.

Utilizzando una recente, autorevole teorizzazione del concetto giuridico de diritto mobiliare come riconducibile alla categoria del diritto di credito ⁽¹²⁶⁾, l'elemento che differenzia l'impresa societaria dall'impresa domestica può ravvisarsi in ciò che, mentre nella prima titolare del « credito » è il gruppo collettivamente considerato, nel secondo debbono, invece, distinguersi due diversi ordini, o livelli di rapporti: l'uno, « esterno », facente capo al titolare dell'impresa, cui la fattispecie è interamente ed esclusivamente riferita; l'altro, « interno », esaurentesi nell'ambito del gruppo familiare, ed esprimente, per l'appunto, il diritto di partecipazione dei collaboratori domestici. In principio, e fuori dell'ambito di operatività della disposizione dianzi ricordata, questo secondo fascio di rapporti non assume, agli effetti dell'imposizione del reddito, alcuna rilevanza: e ciò trova conferma, a nostro avviso, nel disposto del già ricordato art. 59, D.P.R. n. 597, il quale, mentre dall'un lato esclude la deducibilità, quali costi, dei compensi erogati dall'imprenditore ai familiari « a carico », consente, dall'altro, di dedurre gli emolumenti erogati a favore di altri parenti ed affini solo se ed in quanto riflettano un rapporto di lavoro subordinato, risultante dalle registrazioni eseguite ai fini contributivi.

Le esposte considerazioni ci inducono, quindi, a negare che la norma qui considerata rifletta un principio di adeguamento del regime fiscale dell'istituto alla sua qualificazione civilisti-

(126) D'AMATI, *La progettazione cit.*, vol. I cit., pp. 93 e ss.

ca, e a ravvisare in esso, per converso, una mera disposizione di favore, con finalità esclusivamente agevolative ⁽¹²⁷⁾.

Ci sembra, poi, da sottolineare, al riguardo, come una diversa interpretazione della norma conduca a dubitare della sua legittimità sotto il profilo dell'art. 53 1 comma Cost. Ove infatti, postulandosi la rilevanza « esterna » dell'organizzazione ad impresa domestica, si pervenisse ad attribuire alla partecipazione dei collaboratori valore qualificante in ordine alla individuazione del fatto produttivo del reddito, assumendo che il reddito stesso, anzichè prodotto dall'imprenditore individuale e poi ripartito, sia prodotto direttamente dal gruppo, non troverebbe giustificazione, alla luce del principio di commisurazione del carico fiscale alla capacità contributiva, un meccanismo di ripartizione della materia imponibile del tutto svincolato dall'utile effettivamente percepito da ciascuno in ragione della quantità e qualità delle proprie prestazioni.

La soluzione, testè prospettata, consente inoltre, a nostro avviso, di dare per risolto il problema, altrimenti assai delicato, della qualificazione del reddito imputato al collaboratore domestico. Giova considerare, infatti, che l'art. 6, D.P.R. n. 597 del 1973 opera una classificazione dei singoli redditi, non priva di rilevanti conseguenze in ordine al loro trattamento fiscale, sulla base della fonte cui essi si ricollegano, ripartendoli in redditi fondiari, di capitale, di lavoro e d'impresa, oltre alla categoria residuale degli « altri redditi ». Ove, infatti, la norma tributaria avesse recepito il fenomeno dell'impresa familiare, così come esso risulta delineato sotto il profilo civilistico, non potrebbe prescindere dal rilievo che, mentre il reddito affluente al titolare « esterno » dell'impresa costituisce il diretto risultato dell'attività commerciale, così da inquadrarsi senz'ombra di dubbio nel reddito d'impresa (art. 51, D.P.R. n. 597 del 1973), il reddito attribuito al collaboratore domestico mal

(127) Cfr.: GRANELLI, *L'impresa familiare* cit., loc. cit.

tollererebbe cosiffatta definizione, in quanto esso si ricollega ad una forma partecipativa che, se pur si manifesta nel diritto ad una quota di utile e nell'esercizio di taluni poteri decisionali, non comporta tuttavia la piena assunzione del rischio d'impresa, e la conseguente contitolarità della stessa. D'altro canto, tale provento non potrebbe assimilarsi, quale reddito « da partecipazione », nè ai redditi di capitale (art. 41, lett. c, D.P.R. n. 597), posto che dalle organizzazioni, dalla partecipazione alle quali deriva tale categoria di reddito, sono escluse espressamente quelle indicate nell'art. 5, del cui testo la norma in esame, concernente la disciplina tributaria dell'impresa familiare, costituisce parte integrante, nè a quelli di lavoro autonomo (art. 49, lett. c, D.P.R. ult. cit.), cui vengono assimilati i redditi « derivanti dalla partecipazione ad associazioni in partecipazione in qualità di associato quando l'apporto è costituito esclusivamente dalla prestazione di lavoro, e ciò in quanto il diritto del collaboratore domestico non postula necessariamente, come s'è più volte sottolineato, la prestazione di lavoro nell'impresa, ben potendo esso competere in dipendenza dell'attività prestata nell'abitazione dell'imprenditore.

Infine, nonostante talune similitudini che la posizione del collaboratore domestico può presentare con quella del lavoratore subordinato, parrebbe da escludere, *in parte qua*, l'applicazione delle disposizioni relative ai redditi di lavoro dipendente (art. 46, D.P.R. cit.), ed a quelli ad essi « assimilati » (art. 47).

Non resterebbe, a questo punto, che far ricorso a quella sorta di ricettacolo delle perplessità del legislatore che è, per l'appunto, la categoria residuale degli « altri redditi » (art. 80, D.P.R. cit.) -. L'impostazione da noi delineata consente, invece, di superare ogni problema classificatorio, ascrivendo alla categoria del reddito d'impresa tanto quello dell'imprenditore, quanto quello dei suoi collaboratori familiari: l'imputazione costituisce infatti, secondo il nostro punto di vista, un *posterius* rispet-

to al processo produttivo, e non può, come tale, incidere sull'identificazione della fonte del reddito, che è e resta, in quanto prodotto da un imprenditore, reddito d'impresa, indipendentemente alla sua attribuzione soggettiva ⁽¹²⁸⁾.

Alla luce delle pregresse considerazioni vanno, quindi, a nostro avviso individuati la natura e gli effetti dell'atto con cui, fissandosi le quote di partecipazione, viene, per così dire, attivato il meccanismo della distinta imputazione del reddito.

Sembra, innanzitutto, pacifico che a tale atto dovesse, anche prima dell'entrata in vigore del citato D. Legge n. 351, attribuirsi carattere plurilaterale, dappoichè alla fissazione della quota spettante non può addivenirsi che in virtù di accordo fra l'imprenditore e i familiari interessati ⁽¹²⁹⁾. Al riguardo, è opportuno rammentare che l'art. 2 del D. Legge, portante « esonero dalle sanzioni per le dichiarazioni dei redditi presentate entro il 15 luglio 1977 (formula assai ingegnosa per non dire « proroga », e tale da far impallidire il fratacchione dell'antica storiella che, prima di mangiare pollo di venerdì, benediceva il piatto biascicando: *ego te baptizo carpan!*...) ha consentito di far luogo, entro il 15 luglio 1977, alla regolarizzazione degli atti formati, in difetto di qualche requisito, prima del 31 dicembre 1976.

Esso, inoltre, per l'essere esclusivamente finalizzato all'applicazione dell'imposta personale, non pare suscettibile — salvo, beninteso, il suo valore « indiziario », liberamente apprezzabile dal giudice a norma dell'art. 116 Cod. Civ. — di produrre ulteriori effetti, nè riguardo al rapporto fra l'imprenditore e il familiare, nè rispetto all'applicazione di tributi diversi dal-

⁽¹²⁸⁾ CERNIGLIARO DINI, *La tassazione* cit., loc. cit., e specialm. 560.

Contra, nel senso che, a differenza della quota di reddito del titolare, le quote dei collaboratori domestici costituiscano reddito da partecipazione, si cfr., peraltro, la Circol. 19 dicembre 1976, n. 10, in *Boll. Trib.*, 1977, del 110.

⁽¹²⁹⁾ *Contra*: POLI, *La riforma della riforma*, in *Boll. Trib.*, 1976, 7 e ss. e specialm. 9; CERNIGLIARO DINI, *La tassazione* cit., loc. cit.

l'imposta sul reddito delle persone fisiche, e, come tra breve si dirà, dell'imposta locale sui redditi. Conseguentemente, deve-
si ritenere del tutto arbitraria la pretesa, originariamente avan-
zata in sede ministeriale, di attrarre l'atto in questione nella ca-
tegoria prevista dall'art. 26, D.P.R. n. 634 del 1972, assogget-
tandolo all'imposta di registro, anzichè in misura fissa, con l'ali-
quota proporzionale riferita all'intero reddito ripartito, ivi com-
presa la quota del titolare dell'impresa, ⁽¹³⁰⁾: la questione è, ora,
superata per effetto dell'art. 25 della citata L. n. 114 del 1977,
che statuisce, al 1° comma, essere registrati a tassa fissa gli atti
con i quali vengono fissate le quote di partecipazione agli utili
dell'impresa familiare, dichiarando altresì, al 2° comma, soggetti
all'imposta fissa di registro solo in caso di uso gli atti con cui
i partecipanti provvedono alla distribuzione degli utili; ma la
critica mossa al riferito indirizzo conserva un suo attuale inte-
resse, in quanto essa induce ad annettere al 1° comma della nor-
ma citata carattere interpretativo, con conseguente applicabili-
tà del regime di favore anche agli atti posti in essere prima del-
la sua entrata in vigore.

Circa la durata nel tempo degli effetti dell'atto di riparti-
zione, il 3° comma del citato art. 25, L. n. 114 statuisce, confer-
mando l'interpretazione già accolta dal ministro delle fi-
nanze ⁽¹³¹⁾, che essi spieghino efficacia anche per i successivi
esercizi, « fino a quando le quote di partecipazione agli utili non
sono modificate ».

⁽¹³⁰⁾ Vedasi al riguardo, il Teleg. 24 dicembre 1975, n. 301655, in *Boll. Trib.*, 1976, 303, la successiva Nota 30 aprile 1976, n. 250289, *ibidem*, 933.

Per la critica di tale indirizzo, si cfr.: DONNAMARIA, *Due problemi di grande attualità: tassazione delle sentenze di divorzio e tassazione degli atti riguardanti la fissazione preventiva delle quote di utili annuali dell'impresa familiare*, in *Boll. Trib.*, 1976, 358 e ss. e specialm. 360-61.

Si veda inoltre, per l'interpretazione da noi difesa nel testo: Comm. trib. 1° grado Pescara 9 dicembre 1976, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1977, II, 184, con nota di BERTORA, *In tema di accertamento negativo dell'obbligo d'imposta e sulla registrazione della dichiarazione concernente le quote degli utili dell'impresa familiare*.

⁽¹³¹⁾ Circol. n. 10/1976, citata.

Le conclusioni cui siamo pervenuti circa l'area di operatività della norma in considerazione conducono, inoltre, ad affermarne l'applicabilità relativamente all'imposizione reale: ed infatti, l'art. 4 D.P.R. n. 599 del 1973 identifica l'imponibile « Ilor », riguardo alle persone fisiche, con quello determinato ai fini della imposta personale. È, pertanto, nostro convincimento che l'imposta locale sui redditi faccia carico a ciascun partecipe in ragione del reddito risultante a lui imputato ⁽¹³²⁾. Va poi considerato, al riguardo, il disposto dell'art. 5 L. n. 114 del 1977, citata, sostitutiva dell'art. 10, D.P.R. n. 597 del 1973, il quale, dopo avere statuito deducibile dal reddito complessivo soggetto a tributo personale l'imposta locale sui redditi che concorrono a formarlo, iscritta nei ruoli la cui riscossione ha inizio nel periodo d'imposta, precisa che, ricorrendo l'ipotesi « prevista dall'art. 5, primo comma », l'imposta locale è dedotta « a ciascun socio o associato nella proporzione stabilita dallo stesso articolo ». Ora, poichè il 1° comma dell'art. 5, D.P.R. n. 597 riguarda esclusivamente il regime di imputazione del reddito prodotto nell'ambito delle società personali, mentre l'imputazione del reddito dell'impresa familiare trova previsione nel 3° comma dello stesso articolo, aggiunto ex art. 9, L. 576 del 1975, e non potendo d'altro canto ritenersi che, nel caso qui considerato, l'imposta locale sui redditi sia deducibile esclusivamente, e per intero, dal reddito personale dell'imprenditore, e non da quello dei collaboratori domestici, e ciò, a tacer d'altro, perchè la deduzione *pro quota* dell'imposta locale si presenta come un inevitabile corollario del vincolo di inerenza, posto dallo stesso art. 10 *ut supra* modificato, del tributo reale deducibile dal reddito complessivo della persona, la mancata previsione, della norma in esame, della fattispecie qui considerata, appare rivelatrice di come la ripartizione del reddito tra i col-

(132) *Contra*: CERNIGLIARO DINI, *La tassazione* cit., loc. cit.

laboratori domestici dispieghi automatica efficacia anche agli effetti dell'imposta locale.

Sempre in materia di imposta locale sui redditi, è poi da considerare il problema dell'applicabilità, riguardo all'impresa familiare, dell'art. 7, comma 4°, D.P.R. n. 599 del 1973, modificato con l'art. 11, L. n. 576 del 1975, che prevede, limitatamente alle società personali, il calcolo della deduzione, entro i limiti minimo e massimo di 6 e 12 milioni, del 50 per cento del reddito spettante a ciascuno dei soci « che presti la propria opera nell'impresa, purchè tale prestazione costituisca la sua occupazione prevalente ». A nostro parere, proprio per la già rilevata insussistenza, fra le società personali e l'impresa domestica, d'un supporto analogico *in parte qua* rilevante, tale principio non è applicabile al caso nostro. Pertanto, anche ai fini della determinazione dell'abbattimento di che trattisi, dovrà aversi riguardo alla posizione di ciascun partecipe: onde la deduzione competerà a ciascuno, in ragione del reddito imputatogli, indipendentemente dal carattere di prevalenza dell'attività prestata ⁽¹³³⁾.

Un altro punto, meritevole di attenzione, concerne l'ipotesi in cui la gestione dell'impresa familiare abbia dato luogo, anzichè ad un reddito, ad una perdita. Va osservato infatti, che, a norma dell'art. 8, D.P.R. n. 597 del 1973, le perdite « derivanti dall'esercizio di imprese commerciali » sono ammesse in deduzione ai fini della determinazione del reddito complessivo netto, e che, allorquando la perdita stessa inerisca ad alcuna fra le società indicate nell'art. 5, essa viene sottratta « per ciascun socio o associato nella proporzione stabilita » dallo stesso art. 5. Sorge quindi il problema se la perdita dell'impresa familiare debba essere dedotta interamente dal reddito complessivo

⁽¹³³⁾ Ritiene, invece, la CERNIGLIARO DINI, *La tassazione cit.*, pur auspicando un intervento legislativo, che, allo stato della legislazione, non possa farsi luogo a deduzione « Ilor » per ciascun partecipe, competendo essa al solo titolare « esterno » dell'impresa.

del titolare « esterno », ovvero, rientrando nell'imputazione di cui all'art. 9, L. n. 576 del 1975, vada ripartita *pro quota* fra i partecipi. Invero, non appare decisiva, ad escludere questa seconda soluzione, la circostanza che lo stesso più volte citato art. 9 discorra esclusivamente di imputazioni *del reddito*, nulla dicendo quanto alla perdita: invero la categoria giuridica del reddito è suscettibile di includere la nozione della perdita, intesa, per l'appunto, quale *reddito negativo*. Osta invece, a nostro avviso, alla imputazione *pro quota* delle perdite il rilievo che, come abbiamo già osservato (*supra*, n. 5), i collaboratori familiari partecipano agli utili, ma non alle perdite: talchè queste ultime andranno interamente detratte dal reddito complessivo del titolare.

Considerando, ora, gli aspetti procedimentali della fattispecie, osserviamo che, in coerenza con la ricostruzione da noi offerta, deve individuare nell'imprenditore il solo soggetto legittimato all'accertamento così dell'imposta personale, come di quella reale: infatti, l'imputazione del reddito ai fini dell'applicazione dell'imposta sul reddito delle persone fisiche ai singoli partecipi costituisce, rispetto alla determinazione del reddito stesso, un *posterius*, presupponendone la definizione. È, pertanto, nostro convincimento che l'obbligo della dichiarazione del reddito dell'impresa faccia carico, a norma dell'art. 1, comma 2°, D.P.R. n. 600 del 1973, modif. dall'art. 3, D.P.R. n. 60 del 1975, esclusivamente al titolare di questa, e che debba conseguentemente escludersi, rispetto a tale adempimento, l'ipotesi di coobbligazione prevista dal 6° comma dell'articolo citato. Parimenti, solo all'imprenditore, e non ai collaboratori domestici, sarà notificato l'atto di accertamento o di rettifica. Da ciò discendono importanti conseguenze per quanto concerne il contenzioso tributario ed il regime delle sanzioni. È, infatti, da ritenere che all'impugnazione dell'accertamento sia esclusivamente legittimato il titolare dell'impresa, laddove ai partecipi, quali soggetti portatori di un mero interesse alla controversia, sarà

dato esclusivamente di intervenire *ad adiuvandum*, a norma dell'art 105, comma 2°, Cod. Proc. Civ., reso per questa parte applicabile per effetto del rinvio operato dall'art. 39, D.P.R. n. 636 del 1972. Quanto alle sanzioni inerenti la dichiarazione, e, più in generale, gli adempimenti finalizzati all'esercizio del controllo connesso all'amministrazione finanziaria, è nostro convincimento che esse facciano carico al solo titolare, questi essendo unico destinatario dei relativi obblighi: tale soluzione, pacifica, attese il carattere di stretta personalità (art. 27 Cost.) per le sanzioni penali (art. 56, D.P.R. n. 600 del 1973), vale, a nostro avviso, anche per le pene pecuniarie (artt. 46 e segg.), in quanto a tali sanzioni, dotate, a differenza delle sovrattasse, di una funzione squisitamente afflittiva, dovrebbero rendersi applicabili, siccome ad istituti che esprimono una potestà punitiva, i principi generali e le garanzie proprie del diritto penale. Siamo, conseguentemente, dello avviso che di tali esborsi l'imprenditore non possa in alcun modo rivalersi sui familiari, dovendoli ritenere a proprio totale carico.

Circa gli effetti manifestantisi nel settore del prelievo in diretto o, comunque, dei tributi diversi dalle imposte sui redditi, un primo, importante ordine di conseguenze va tratto nell'ipotesi di successione dell'imprenditore. Infatti, dalla qualificazione del diritto del collaboratore domestico agli utili ed agli incrementi dell'impresa, nonché di quello sui beni acquistati con essi, come diritto di credito (*supra*, n. 5), sembra necessariamente conseguire dall'un lato l'inclusione per intero di siffatti utili, incrementi e beni nell'asse creditario, e, dall'altro, il configurarsi, a fronte di essi, di passività ereditarie, corrispondenti ai maturati diritti di partecipazione: ciò che parrebbe confermato, a tacer d'altro, proprio nel 4° comma dell'art. 230 bis Cod. Civ., novellato con la legge di riforma, ove è prevista la liquidazione in denaro di tali diritti ⁽¹³⁴⁾. Nè diversa soluzio-

⁽¹³⁴⁾ In conformità: CERNIGLIARO DINI, *La tassazione cit., loc. cit., e specialm.* 601-02.

ne varrà, a nostro avviso, nel caso in cui la successione siasi aperta a favore di un partecipe, dappoichè il venir meno, per confusione, del relativo rapporto non è d'ostacolo alla deducibilità del debito agli effetti fiscali. Non riteniamo inoltre, che la passività di che trattasi possano farsi rientrare fra i debiti « inerenti all'esercizio » dell'impresa, soggetti al particolare regime probatorio di cui all'art. 14, D.P.R. n. 637 del 1972: esse, in quanto obbligazioni *ex lege*, debbono a nostro avviso riconoscersi indipendentemente da qualsivoglia formalità documentale.

Analogamente riteniamo che, nel caso di cessione dell'azienda, il diritto di partecipazione dei collaboratori familiari agli utili ed all'avviamento debba entrare, quale passività, nella determinazione del valore venale a norma dell'art. 48, 3° comma, D.P.R. n. 634, del 1972: e questo, tanto nell'ipotesi che la cessione abbia luogo a favore di un terzo, come nel caso che cessionario sia lo stesso partecipe. Quanto alla liquidazione del diritto di partecipazione, come pure nel caso in cui esso venga ad estinguersi per confusione a seguito del trasferimento dell'azienda allo stesso partecipe, essa darà luogo, a carico del partecipe, alla rilevazione di un reddito soggetto a tassazione separata a sensi dell'art. 12, D.P.R. n. 597 del 1973.

L'ipotesi di cessione al partecipe dell'intera azienda va considerata anche sotto il profilo della tassabilità dell'avviamento, a norma dell'art. 54, D.P.R. ultimamente citato. A tutta prima, ritenemmo che il realizzo potesse configurarsi, in tal caso, limitatamente alla quota di avviamento, eccedente il diritto di partecipazione del cessionario ⁽¹³⁵⁾. *Re melius perpensa*, crediamo di dover modificare la nostra precedente opinione: escluso, infatti, il carattere « reale » del diritto di partecipazione, l'effetto traslativo, insito nel realizzo, si verifica rispetto all'intero complesso aziendale mentre, d'altro canto, il requisito della onero-

(135) GRANELLI, *L'impresa familiare* cit., loc. cit., e specialm. 634-35.

sità ⁽¹³⁶⁾ non riguarda soltanto il supero, oggetto di corrispettivo, ma anche la quota di diritto del partecipante, posto che la cessione troverà, per questa parte, corrispondenza nel venir meno del diritto di credito.

Degna di menzione è pure l'eventualità che l'impresa familiare sia trasformata in società: anche in tal caso, è nostro convincimento che l'atto di trasformazione, o l'enunciazione di esso, diano luogo alla normale applicazione dell'imposta di conferimento, atteso il carattere non societario della preesistente struttura.

Quanto ai trasferimenti immobiliari di beni, oggetto del diritto di partecipazione, essi, quand'anche effettuati a favore del partecipante, daranno luogo alla applicazione dell'imposta sul plusvalore degli immobili. È, per converso, da escludere che l'impresa stessa possa venire assoggettata, per gli immobili di sua proprietà, all'applicazione periodica di tale tributo, prevista dall'art. 3, D.P.R. n. 643 del 1972 e successive modificazioni di cui al D.P.R. n. 688 del 1974 ed alla L. n. 694 del 1975 ⁽¹³⁷⁾.

15. Resta, ora, da far cenno alle implicazioni fiscali relative al regime transitorio previsto per i matrimoni già celebrati alla data dell'entrata in vigore della legge di riforma (*supra*, n. 3).

L'art. 228 di detta legge, infatti, mentre differisce *in parte qua*, a seguito della proroga testè disposta con il ricordato D.L. n. 688 del 1977, l'entrata in vigore del regime di comunione al 15 gennaio 1978, includendo in esso, a decorrere da tale data, anche i beni acquistati dal 21 novembre 1975, consente tuttavia a ciascuno dei coniugi di impedire, dall'una parte, con una contraria manifestazione di volontà, il prodursi di

⁽¹³⁶⁾ Sulla necessità di tale requisito ai fini dell'imposizione della plusvalenza, si cfr.: D'AMATI, *La Progettazione cit.*, vol. III, Padova 1975, pp. 158 e ss.

⁽¹³⁷⁾ Cfr.: GRANELLI, *Lineamenti cit.*, p. 53.

tale effetto relativamente a questi ultimi, e, dall'altra, di far retroagire, in virtù di apposito negozio bilaterale, il regime della comunione legale alla data di celebrazione del matrimonio.

Nell'uno come nell'altro caso, l'opzione deve essere perfezionata entro il 15 gennaio 1978. Ciò non significa, ovviamente, che, decorso detto termine, resti ai coniugi preclusa la facoltà di optare per l'uno o per l'altro regime: anzi, il principio della modificabilità delle convenzioni matrimoniali, ricavabile dal testo novellato degli artt. 162 e 163 Cod. Civ., induce e ritenere che i coniugi possano, in ogni tempo, prescegliere lo schema dei loro rapporti patrimoniali. E così, i coniugi che, non avendo posto in essere alcuna formale manifestazione di volontà, abbiano dato luogo, a decorrere dal 15 gennaio 1978, all'operatività del regime comunistico, ben potranno, in prosieguo, optare per la separazione, come pure, nel caso inverso in cui sia stato fatto luogo, nel termine prescritto, alla dichiarazione impeditiva dell'efficacia della comunione, detto regime potrà essere successivamente introdotto con apposita convenzione. L'innosservanza del termine impedisce, tuttavia, che l'opzione possa venire esercitata prescindendo dalla adozione di formali convenzioni matrimoniali, e che essa sia produttiva dei particolari effetti transitori di cui all'art. 228 della legge di riforma. Dopo il 15 gennaio 1978, quindi, il passaggio al regime separatistico non potrà più avere luogo in virtù di dichiarazione unilaterale, dovendosi a tanto addivenire con il formale strumento della convenzione: inoltre, per l'operare detto regime *ex nunc*, la scelta separatistica così attuata non farà venir meno la comunione ormai costituitasi sui beni acquistati dal 21 settembre 1975 sino alla sua adozione. D'altro canto, nell'inversa ipotesi di passaggio dal regime separatistico, prescelto in forza di tempestiva dichiarazione unilaterale, a quello comunistico, quest'ultimo produrrà effetti soltanto *de futuro*, permanendo la separazione dei beni acquisiti *medio tempore*. In entrambe le ipotesi, quindi, l'omogeneizzazione del regime dei beni acquistati nel pe-

riodo anteriore alla stipula della convenzione con quello prescelto in virtù di quest'ultima, potrebbe avere luogo esclusivamente attraverso un autonomo negozio, di divisione nell'un caso, e di conferimento nell'altro.

L'ipotesi della dichiarazione, intesa alla conservazione del regime separatistico, non dà luogo, dal punto di vista tributario, a particolari difficoltà: trattasi, infatti, al pari delle convenzioni di cui si è già detto *supra*, al n. 14, di atto non avente contenuto patrimoniale, che risulterebbe quindi, in assenza dell'esenzione di cui diremo, soggetto a registrazione in misura fissa.

Per converso, la convenzione con la quale i coniugi dispongono di far retroagire il regime di comunione legale alla data di celebrazione del matrimonio, includendovi i beni *medio tempore* acquistati, produce indubbi effetti traslativi, risolvendosi nella costituzione di quote di diritti reali su beni determinati, o quanto meno determinabili: e di ciò è riprova, offrendone conferma testuale, l'ultimo comma dell'art. 228, che prevede un particolare regime di favore per « gli atti di cui al presente articolo compresi i trasferimenti eventuali e conseguenti » ⁽¹³⁸⁾.

Sulla portata di siffatto regime agevolativo, consistente, oltrechè nella riduzione a metà degli onorari professionali (*scilicet*: notarili), nella totale esenzione « da imposte e tasse », riteniamo di dover spendere qualche parola.

Premesso che la portata della norma agevolativa « copre », per il disporre una totale esenzione, l'area così del 2° come del 1° comma, in quanto, come abbiamo già osservato, essa determina l'inapplicabilità della tassa fissa di registro agli atti che vi sarebbero soggetti, la sua formulazione letterale induce a circoscriverne l'operatività alle sole « imposte d'atto » ⁽¹³⁹⁾, ed ossia

(138) In argomento, vedasi: CERNIGLIARO DINI, *Aspetti fiscali cit.*, loc. cit. e specialm. 1352 e ss.; GALLO ORSI, *Riflessi fiscali dell'art. 228, L. 19 maggio 1975*, n. 151, in *Dir. fam., e pers.*, 1976, 1804 e ss.

(139) CERNIGLIARO DINI, *Aspetti fiscali cit.*, loc. ult. cit. specialmente 1353.

ai tributi che abbiano ad oggetto il negozio in quanto tale, sotto il profilo vuoi della forma documentale che lo racchiude (*corpus mechanicum*), vuoi del suo contenuto e dei suoi effetti (*corpus mysticum*).

Riteniamo, pertanto, che gli atti di che trattasi non solo beneficino della registrazione gratuita, ma siano, anche, esenti, dall'imposta di bollo.

Costituisce, invece, materia di dubbio l'esenzione dei predetti atti, allorquando essi diano luogo a trasferimenti immobiliari, alle imposte ipotecarie e catastali di cui agli artt. 1 e 21, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 635. Una rigorosa osservanza della *littera legis* condurrebbe, infatti, a negare per questa parte l'esenzione delle trascrizioni e delle volture catastali⁽¹⁴⁰⁾; ma, avuto riguardo alla specifica finalità agevolativa della norma in esame, non ci sentiremmo di escluderne l'applicazione anche relativamente alle predette imposte.

L'ipotesi, poi, che la convenzione di retroattività della comunione familiare riguardi beni immobili, dà luogo all'ulteriore problema del regime tributario di tale atto sotto il profilo dell'imposta sugli incrementi di valore. L'opinione da noi condivisa⁽¹⁴¹⁾, secondo cui tale tributo, ancorchè applicato in occasione di atti di trasferimento (art. 2, D.P.R. n. 643 del 1972, modificato con il D.P.R. n. 688 del 1974), ha tuttavia per oggetto l'obiettiva differenza di valore manifestatasi nell'intervallo di tempo considerato, fungendo l'atto traslativo quale semplice criterio di determinazione del periodo d'imposta, porta a distinguere, nell'ambito delle ipotesi agevolative, configurabili in materia, due differenti categorie: all'esenzione propriamente intesa, che si concreta nella definitiva sottrazione al prelievo dell'incremento manifestatosi in un dato periodo, fa riscontro, infatti, un effetto di *sospensione* dell'imposta, consistente nel

⁽¹⁴⁰⁾ *Contra*: CERNIGLIARO DINI, *Aspetti fiscali* cit., loc. ult. cit.,

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. GRANELLI, *Profilo* cit., loc. cit.

differimento del prelievo al verificarsi di una successiva condizione di imponibilità ⁽¹⁴²⁾. È, pertanto, da ritenere che l'esenzione in esame, per l'aver ad oggetto il trasferimento, mera *ocasio impositionis*, e non l'incremento di valore che costituisce il presupposto dell'imposta, dia luogo a questa seconda ipotesi agevolativa: pertanto mentre la convenzione di che trattasi non darà luogo ad applicazioni del tributo sull'incremento di valore dappoichè inidonea, per effetto dell'esenzione, a costituire evento interruttivo del periodo d'imposta, al successivo verificarsi della condizione di imponibilità il prelievo sarà effettuato con decorrenza dalla data di riferimento o di successivo acquisto dell'immobile, rimanendo ad ogni effetto irrilevante la convenzione *medio tempore* stipulata ⁽¹⁴³⁾.

È infine, da escludere che la convenzione di che trattasi possa dare luogo alla rilevazione di plusvalenze patrimoniali, dovendosi negare dall'un lato il carattere speculativo dell'operazione (art. 76, D.P.R. n. 597 del 1973), e, dall'altro, quando anche la convenzione avesse ad oggetto beni relativi all'impresa ovvero un'intera azienda (artt. 12 e 54, D.P.R. ult. cit.), il carattere oneroso dell'atto.

Il regime transitorio in esame può dare luogo, infine, a problemi di attribuzione fiscale dei redditi prodotti negli esercizi anteriori al 1978.

Ove, innanzitutto, i coniugi non esercitino particolari opzioni, i beni acquistati successivamente al 20 settembre 1975, non appartenenti alla categoria di quelli esclusi dal regime legale, entrano, come s'è detto, in comunione a decorrere dal 15

⁽¹⁴²⁾ GRANELLI, *Profilo* cit., loc. cit., e specialm. 770-71, 784-85; CERNIGLIARO DINI, *Aspetti fiscali* cit., loc. cit., e specialm. 1356; SPADA, *Riforma del diritto di famiglia: problemi tributari*, in *Riv. Not.*, 177 e ss.; SORVILLO, *La disciplina dell'IN.V.I.M. in occasione di trasferimenti di beni compresi nella comunione tra coniugi*, in *Comm. Trib. Centr.*, II, 1977, 913 e ss.

Contra: GALLO ORSI, *Riflessi* cit., loc. cit.

⁽¹⁴³⁾ A tale conclusione è anche pervenuto il competente Ministero, con Risol. 14 luglio 1976, n. 4/5415, in *Boll. Trib.*, 1976, 1681.

gennaio 1978, senza alcun effetto di retroazione: pertanto, mentre l'intero reddito da tali beni prodotto negli esercizi 1975, 1976 e 1977, sarà attribuito al coniuge intestatario, il reddito dell'esercizio 1978 sarà a questi interamente attribuito per il periodo 1°-15 gennaio, mentre l'ulteriore quota di reddito, riferibile al periodo 16 gennaio-31 dicembre, dovrà imputarsi a ciascun coniuge per la metà del suo ammontare.

Per converso, qualora alcuno dei coniugi renda, entro il termine stabilito, la dichiarazione di volontà contraria alla comunione, così attivando anche *de futuro* il regime separatistico, non si farà luogo, nè per il passato, nè per il futuro, ad alcuna imputazione, continuando ciascuno dei coniugi a percepire l'intero reddito di tali beni, e identica soluzione vale, ovviamente, anche per i beni acquistati dopo il 15 gennaio 1978, nel caso in cui i coniugi abbiano optato, con apposita convenzione, per il regime separatistico.

Infine, nell'ipotesi in cui si faccia o si sia fatto luogo, anche per i beni acquistati prima del 21 settembre 1975, all'adozione del regime comunistico « retroattivo », è nostro convincimento che l'intero regime di comunione venga ad effetto, per tutti i beni acquistati dopo la celebrazione del matrimonio, alla data del 15 gennaio 1978, e che, pertanto, l'imputazione a metà del relativo reddito debba operarsi, anche agli effetti fiscali, a partire da quest'ultima data.

Diverso discorso vale, tuttavia, per i redditi derivanti da « cogestione » di azienda: in tale ipotesi, infatti, la comunione degli utili è operante, pur quando l'azienda, appartenente all'un coniuge prima del matrimonio, non sia comune, a partire dal 21 settembre 1975; eppertanto, il reddito prodotto da tale data, sarà in ogni caso, imputato a ciascuno per la metà del suo ammontare.

GIAN GALEAZZO STENDARDI

**QUALCHE CONSIDERAZIONE SULLA L. 28. 1. 1977 n. 10
CONTENENTE LA DISCIPLINA DEL REGIME DEI SUOLI**

SOMMARIO: I: Introduzione; II: 1. Il corrispettivo per la concessione edificatoria come contribuzione dovuta; 2. Espropriazione come sanzione per la mancata attuazione delle previsioni di piano; 3. Prospettive di incostituzionalità nel sistema di alternativa fra il pagamento di un tributo e l'espropriazione.

I

Vi è un principio della L. 10/977 che sembra meritevole di brevi considerazioni, stanti il contenuto, la portata, e le conseguenze pratiche che la norma relativa potrà avere: si tratta del VI° comma dell'art. 13, secondo cui i proprietari, che non chiedano, nel tempo fissato, la concessione edificatoria per i terreni ricompresi nei Programmi Pluriennali di Attuazione, sono sottoposti alla procedura espropriativa da parte dei Comuni.

II

1. Il VI° comma dell'art. 13 stabilisce che, qualora nei tempi indicati dai Programmi Pluriennali di Attuazione, (programmi la cui durata non può essere inferiore a 3 e superiore ai 5 anni) i proprietari di immobili, ricompresi nei Programmi stessi, non chiedano le concessioni necessarie per dar luogo alle opere edilizie previste dai Programmi, essi proprietari saranno soggetti ad esproprio delle aree, (ma, in base alla giurisprudenza coerente, si può ritenere che saranno soggetti alle espropriazioni degli immobili) secondo le disposizioni contenute nella L. 865/971. Ben a ragione è stata sostenuta la natura essenzialmente rivoluzionaria di questa disposizione.

La norma, infatti, trasforma la posizione del proprietario di immobili dalla condizione del soggetto che ha la facoltà di

chiedere una concessione per compiere opere edificatorie, nella condizione del soggetto che ha l'obbligo di procedere alla attività edificatoria, sotto pena della gravissima sanzione dell'esproprio. Sembra, quindi, che, già sotto un primo profilo, non meramente nominalistico, non sia più esatto, in questo caso, parlare di concessione edificatoria, in quanto il concetto di concessione implica l'attribuzione, da parte della P.A., ad un soggetto, di un potere che precedentemente tale soggetto non aveva, mentre, con la disposizione considerata, non si attribuisce più un potere ad un soggetto che prima non ne disponeva, bensì gli si accolla un obbligo, accompagnato, per di più, da una sanzione.

La concessione edificatoria rimane come atto reso necessario dalle prescrizioni legislative, ma privo di effettivo contenuto, dato che l'attività edificatoria è divenuta un obbligo, e le modalità per il suo svolgimento o sono già imposte dal Piano, o sono il solo oggetto dell'indagine che l'Amm.ne fa prima di emanare la concessione, essendo superata la fase attinente al giudizio sulla liceità dell'edificare.

La concessione non è più tale; vi è solo il dovere di sottoporre al controllo della P.A. le modalità di esecuzione di un obbligo. L'attività edificatoria, quindi, è divenuta una di quelle « prestazioni personali » previste dall'art. 23 Cost.; tale prestazione obbligatoria è istituito reso costituzionalmente legittimo, sotto il profilo formale, dall'esistenza della legge che lo istituisce, ma ha delle conseguenze che inducono a dubitare fortemente della sua legittimità costituzionale sotto altri e differenti profili.

Infatti, in base all'art. 3 L. 10/977, la concessione comporta l'obbligo di corrispondere al Comune un contributo commisurato all'incidenza delle spese di urbanizzazione ed al costo di costruzione. Possiamo ritenere che, in forza dell'art. 9 lett. f) della legge in esame, forse non sia dovuto il contributo, per

la parte attinente alle opere di urbanizzazione, in quanto queste opere di urbanizzazione vengano realizzate in « attuazione di strumenti urbanistici », categoria in cui è possibile far rientrare il Programma Pluriennale di Attuazione; ma rimane sempre dovuta l'altra parte del contributo, quella, cioè, commisurata al costo di costruzione. Pertanto il proprietario di beni immobili, ricompresi in un Programma Pluriennale di Attuazione, che dovrà chiedere la concessione, non solo dovrà dar luogo alle opere relative, ma anche pagare almeno quella parte del contributo corrispondente al costo di costruzione, che è conseguenza ineluttabile del rilascio della concessione.

Appare, quindi, evidente che il proprietario non soltanto sarà tenuto ad una prestazione personale, ma anche ad una prestazione patrimoniale.

Questa prestazione patrimoniale ben difficilmente potrà essere classificata come « tassa », bensì sarà, più facilmente, classificata come « imposta »; ed allora avremo una imposizione di un tributo completamente svincolato dalla « capacità contributiva » posta dall'art. 53 Cost. come presupposto ineluttabile per la legittimità di qualsiasi tributo. Non si può dimenticare infatti che il pagamento del contributo commisurato al costo di costruzione, proprio perchè il ricavato di tale contributo viene destinato alla realizzazione di opere di urbanizzazione, al risanamento di complessi edilizi e all'acquisizione di aree da espropriare (art. 12 L. 10/977), è un vero e proprio tributo con destinazione specifica, posto a carico dei privati edificatori ed a vantaggio dei Comuni.

Si potrà, quindi, fondatamente dubitare della legittimità costituzionale di una norma che, oltre che imporre una prestazione personale (obbligo di costruire e, quindi, di accollarsi la spesa relativa) impone anche il pagamento di una somma, che costituisce sostanzialmente un tributo locale, senza tener conto del limite posto a questa possibilità di pretesa dall'art. 53 Cost.

2. Ma vi è una ulteriore considerazione: colui che non ottempera questo obbligo viene punito con l'espropriazione del bene di cui era proprietario.

La norma che impone il pagamento del tributo è, quindi, accompagnata da una duplice sanzione, perchè, se è vero che l'espropriazione ai sensi dell'art. 865/971 prevede il pagamento di una indennità di esproprio, è altresì vero che nel caso di specie l'indennizzo è meramente apparente e proprio il fatto di applicare l'espropriazione a danno di colui che non ha eseguito una prescrizione dell'autorità locale, privando il proprietario di un bene infungibile, attribuisce all'istituto della espropriazione un significato tipicamente punitivo.

Da troppo tempo, infatti, si è dimenticato che, nel momento della espropriazione, al soggetto espropriato vengono imposti alcuni differenti sacrifici: uno, consistente nell'imporgli la perdita di un bene infungibile, cioè non sostituibile, e, contestualmente, nel togliergli il potere dispositivo su quel bene e, quindi, nel negargli, per sempre, di poter disporre di quello specifico bene; l'altro, consistente nell'imporgli di ricevere un controvalore comunque sempre inferiore al valore obiettivo del bene che gli è stato sottratto.

Quando si è parlato e si è scritto di esproprio, si è sempre sottolineata la necessità che l'indennizzo fosse inferiore al valore venale del bene espropriato perchè al singolo proprietario doveva essere imposto un sacrificio nell'interesse della collettività; ma, così argomentando, si è (volutamente o meno) dimenticato che il sacrificio nell'interesse della collettività viene già imposto, e sopportato dal proprietario, nel momento in cui lo si priva di un bene infungibile, cioè di un bene che non è possibile sostituire con altro eguale, perchè altro eguale non esiste, e gli si toglie il potere di utilizzare un dato bene secondo le sue scelte, le sue intenzioni, le sue aspirazioni, le sue aspettative. Già questa perdita costituisce un sacrificio imposto al singolo a vantaggio della collettività, la quale utilizzerà quel

bene secondo le scelte proprie e non secondo quelle del proprietario; ciò, di per sè solo, vale ad escludere che gli si possa imporre un ulteriore sacrificio attraverso l'attribuzione di un indennizzo non corrispondente al valore venale del bene espropriato.

Proprio la logica che aveva affermato la necessità di un « sacrificio individuale » a vantaggio della collettività, doveva condurre a riconoscere che, una volta subito quel sacrificio consistente nella perdita di un bene infungibile e del relativo potere dispositivo, non si poteva costringere il singolo proprietario a subire un ulteriore sacrificio, attraverso la riduzione coattiva dell'entità del suo patrimonio.

Col sistema attualmente vigente, quindi, il proprietario viene colpito due volte: una, perchè perde un bene non sostituibile, di cui non può più disporre; l'altra, perchè riceve una somma di denaro inferiore al valore del bene stesso. Quando ciò avvenga perchè egli non ha dato esecuzione a quanto disposto dal Programma Pluriennale di Attuazione, cioè avvenga quale punizione inflittagli per la mancata esecuzione di una prestazione personale e patrimoniale impostagli dal Comune, il proprietario subisce contestualmente tre riduzioni: della sua iniziativa, della sua proprietà, e del suo patrimonio. Queste « riduzioni » o limitazioni, in quanto si verifichino a titolo sanzionatorio, sono punitive, e sono di molto dubbia legittimità costituzionale.

3. Va, innanzitutto, posto in rilievo che queste limitazioni non sono giustificate da alcuno dei motivi in base ai quali le norme costituzionali ammettono la compressione del diritto di iniziativa economica e del diritto di proprietà.

L'espropriazione, nel caso di specie, non è uno strumento per evitare danni alla sicurezza, alla libertà, ed alla dignità umana, nè per indirizzare l'attività economica a fini sociali, bensì è soltanto uno strumento punitivo.

Il limite alla proprietà privata non è posto per assicurare la funzione sociale o per renderla accessibile a tutti, perchè l'esproprio degli immobili, facendoli entrare nel patrimonio dell'ente pubblico, li toglie, sostanzialmente, dalla circolazione e dalla possibilità che i singoli soggetti possano acquisirli. Inoltre, l'accollare ad un soggetto l'obbligo di corrispondere un tributo all'ente locale, indipendentemente dal fatto che egli sia in condizioni o meno di poterlo corrispondere, e, quindi, senza nessun rapporto tra il tributo impostogli e la sua capacità contributiva, fa sì che l'esproprio conseguente al mancato pagamento del tributo, ancorchè tale mancato pagamento sia il frutto di una obiettiva mancanza di capacità contributiva, resti una sanzione posta al di là e contro il principio costituzionale.

Nè si può trascurare il fatto che ci si trova di fronte ad una punizione irrogata ad opera non di un giudice, ma della P.A., dopo un giudizio formulato dalla stessa P.A.; che, in questo giudizio, non è consentito al soggetto posto sotto accusa di liberarsi dall'obbligo di fare, dimostrando che egli si trovava nella materiale impossibilità di fare, e, quindi, non gli è consentita alcuna difesa; che la sanzione, applicata al soggetto che non ha adempiuto alla prescrizione del Programma Pluriennale, viene applicata proprio perchè egli ha esercitato un suo diritto fondamentale: quello di scelta fra l'agire nel campo economico e il restare inerte, cioè che tale sanzione gli viene applicata per essersi egli avvalso di una libertà essenziale per un individuo: quella di decidere sull'impiego del proprio patrimonio.

Se è vero che il potere dispositivo sui propri beni è limitato dalla norma costituzionale in funzione del pubblico interesse, in questo caso siamo di fronte non ad una limitazione del potere dispositivo, ma ad un indirizzo di questo potere in una unica direzione, indirizzo che è divenuto coattivo. Non si tratta più del contenimento di una potestà, bensì della creazione di un obbligo di esercitare questa presunta potestà in un solo modo, senza alcuna possibilità di scelta. Se la limitazione

del potere individuale è prevista dalla norma costituzionale, la costrizione ad agire non rientra nella previsione costituzionale, e non può certo essere assimilata alla limitazione del potere di agire.

Due aspetti, quindi, fanno sorgere degli interrogativi sulla legittimità costituzionale della norma: quello relativo all'obbligo di fare, e quello relativo alla punizione per il mancato adempimento di questo obbligo.

ALFONSO M. STILE

DISCREZIONALITÀ E POLITICA PENALE GIUDIZIARIA (*)

(*) *Questo studio è destinato agli « Scritti in memoria di Girolamo Bellavista ».*

SOMMARIO: 1. Legalismo e politica penale nel Codice del 1930. — 2. Discrezionalità in senso tecnico e politica penale giudiziaria. — 3. Considerazioni sull'esercizio del potere discrezionale nella prassi applicativa del trentennio 1944-1974. — 4. La riforma del 1974 e l'ampliamento del potere discrezionale del giudice: prospettive di indagine. — 5. Il problema di una politica penale giudiziaria istituzionalizzata in seguito alla riforma dell'art. 69 c.p. — 6. Segue: le possibilità di conflitto tra esigenze retributive ed esigenze connesse alla prevenzione generale. — 7. Conclusioni circa il potere discrezionale ex art. 69. — 8. Discrezionalità e politica penale nella sospensione condizionale della pena.

1. Quando Girolamo Bellavista scriveva l'ormai classico lavoro sulla discrezionalità ⁽¹⁾, uno studio, anche di carattere meramente problematico, sull'uso del potere discrezionale come manifestazione di una « politica giudiziaria » non avrebbe avuto eccessivo rilievo, perchè nel sistema originario del Codice Rocco, improntato al più rigoroso legalismo, i margini a disposizione del giudice nella sostanza erano talmente ristretti da rendere affatto trascurabile la questione.

Per quanto concerne l'adeguamento al caso concreto della pena prevista per il fatto tipico, si può affermare che le valutazioni normative, di natura necessariamente generale, persino in questa fase avevano una posizione di supremazia in confronto alle valutazioni giudiziarie legate alla concretezza dell'episodio criminoso ed al suo significato personale. Infatti il sistema delle circostanze, caratterizzato dal « catalogo » delle attenuanti e delle aggravanti comuni del fatto, dalla esclusione delle attenuanti generiche, dalla automaticità della recidiva, se da un lato accorciava le distanze tra il fatto tipico ed il fatto concreto ⁽²⁾ attra-

(1) G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, Milano 1939.

(2) L'avvicinamento delle previsioni normative al concreto episodio criminoso si verificava (e si verifica) non solo a livello di fatto ma anche a livello di persona mediante le « circostanze inerenti alla persona del colpevole ».

verso previsioni più specifiche, permettendo così di oltrepassare il limite superiore o inferiore della pena edittale, a ben vedere vincolava ulteriormente il giudice ad elementi di valutazione tassativi, predeterminati dal legislatore al di là del fatto tipico o, se si vuole, al di là della essenza del fatto tipico. Anche la restrizione (rispetto al Codice Zanardelli) del cumulo giuridico alla sola ipotesi del reato continuato esprimeva la tendenza a vincolare momento per momento l'iter della commisurazione della pena, imponendo una serie di valutazioni analitiche e controllabili.

Così, a parte la sospensione condizionale della pena, il perdono giudiziale e la liberazione condizionale, che non riguardano la commisurazione della pena, la parte generale del codice lasciava a disposizione del giudice la determinazione della pena tra il minimo ed il massimo, che esprime il più caratteristico (ed intangibile) dei poteri discrezionali, ed il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze, in fondo l'unica vera deroga al sistema legalistico del Codice Rocco.

Il rispetto delle scelte legislative appariva sufficientemente garantito anche in rapporto alla determinazione della pena tra il minimo ed il massimo proprio dalla « sapienza tecnica » di queste scelte ed in particolare dal livello dei *minimi* tale da attuare anche in concreto una politica criminale fondata principalmente sulla intimidazione ed intrinsecamente coerente nelle fasi della commisurazione e dell'esecuzione.

Le possibilità, anche solo teoriche, del giudice di adottare una politica penale diversa, ossia in contrasto con quella legislativa, risultavano peraltro ben scarse. L'unica occasione era il giudizio di prevalenza o di equivalenza, la cui previsione se da un lato costituiva una apparente sfasatura nel sistema legalistico, d'altro canto era il prodotto dello stesso legalismo: i compilatori del Codice avevano ben compreso l'intollerabile eccesso cui sarebbero andati incontro costringendo il giudice a una serie di somme e sottrazioni, per cui si adottò, limitatamente alle so-

le circostanze del fatto comportanti una variazione sulla pena — base, il criterio della *elisione*.

Tenendo presente la rarità dei giudizi di prevalenza delle aggravanti fin dalla entrata in vigore del Codice, si può ritenere che su questo istituto si incentrarono le prime e non appariscenti manifestazioni di politica penale giudiziaria.

2. È opportuno, intanto chiarire quale significato si intende attribuire all'espressione « politica penale giudiziaria » ed in che senso se ne coglie una contrapposizione con la discrezionalità in senso tecnico. Partendo da quest'ultima, tutti recepiscono che discrezionalità non significa arbitrio, che « non equivale a capriccio » ⁽³⁾ ma non a tutti è comune la percezione del tipo di vincolo che deve caratterizzare il suo esercizio.

Tralasciando e il discorso di teoria generale e l'evoluzione nella dottrina penalistica italiana del concetto di discrezionalità, per fermare l'attenzione solo sulle proposizioni più attuali, si può porre in rilievo che, a parte divergenze non indifferenti, oggi viene concordemente individuato e sottolineato il legame del potere discrezionale alla legge in relazione alla funzione per cui esso è attribuito ⁽⁴⁾. Vi sono degli scopi, che non possono essere trascurati dall'ordinamento. i quali per i limiti ontologici o pratici delle previsioni normative, sono perseguiti assegnando un ruolo determinante al caso concreto e quindi alla valutazione giudiziale.

In questa prospettiva, peraltro, discrezionalità non solo non equivale ad arbitrio o capriccio, ma neppure a diritto libero o giudiziario perchè essa non consiste assolutamente in un mero apprezzamento di fatto: a parte i limiti specifici relativi ai singoli istituti, la valutazione del caso concreto è *in funzione dello*

⁽³⁾ CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, 1936, 46.

⁽⁴⁾ V. per tutti, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano 1964, e LATACLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli 1967.

scopo da realizzare e questo scopo è predeterminato dalla legge ⁽⁵⁾ e va accertato attraverso il comune procedimento ermeneutico.

Nell'esercizio del potere discrezionale il giudice può incorrere non solo nei vizi di travisamento dei fatti o di mancanza di motivazione, ma anche in un comune errore di diritto, il che avviene quando si attribuisce alla discrezionalità una funzione diversa da quella per la quale la legge l'ha concessa: ad esempio, interpretando l'art. 133 in chiave di prevenzione generale ⁽⁶⁾.

Proprio nella commisurazione della pena tra il minimo ed il massimo, che costituisce l'ambito insopprimibile del potere discrezionale, dovrebbe considerarsi un altro aspetto del legame alla legge.

Il giudice, a rigore, dovrebbe commisurare la sanzione concreta senza distaccarsi dalla valutazione normativa generale del fatto tipico, ossia senza determinare alcuna frattura o contrapposizione tra la propria valutazione e quella legale, connessa ad esigenze di prevenzione generale. Così, ad esempio, nell'applicare il minimo della pena, *dovrebbe* ritenere inimmaginabile un episodio criminoso concreto, relativo al medesimo fatto tipico, meno grave ai sensi dell'art. 133; viceversa nell'applicare il massimo della pena, il giudice dovrebbe escludere la possibilità di una violazione concreta più grave, ecc. Se davvero ciò si verificasse, il giudice assolverebbe in maniera tecnicamente ineccepibile il suo compito di *proseguire l'opera del legislatore* dove questi non può inoltrarsi.

(5) Ciò viene sottolineato efficacemente dal BELLAVISTA, proprio in chiusura del citato lavoro sul potere discrezionale (p. 75): «A che varrebbe la provvidenza legislativa, che concede la discrezionalità al giudice, se gli scopi per i quali questo potere discrezionale fu concesso venissero disattesi o addirittura traditi?».

(6) V. sul punto BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 39; DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, 367 s.

Ma la più superficiale considerazione della prassi segnala subito che le cose non vanno affatto così. Non richiede dimostrazione il fatto che il giudice nel concretizzare la pena introduce un'ulteriore valutazione: la congruità *in assoluto* della sanzione, la proporzione effettiva tra la colpa ed il castigo. In questo modo egli tende in fondo a sostituire alla « pena esatta secondo la legge », che muove dalla valutazione legale del fatto tipico, la « pena che si ritiene giusta ed opportuna », ossia distaccata dalle considerazioni legislative collocate a monte.

Questa posizione — che può trovare un riscontro in quella parte della dottrina che, implicitamente o esplicitamente, equipara discrezionalità ad equità o che, più precisamente, vede nella discrezionalità essenzialmente lo strumento per colmare il divario tra legge e giustizia ⁽⁷⁾, in definitiva sostituisce all'ordine dei valori implicito nel Codice Penale un ordine di valori diverso. Come constateremo di qui a breve, il discorso trascende i limiti della commisurazione della pena tra il minimo ed il massimo e si estende ad ogni forma di potere discrezionale che interviene nel complesso iter di determinazione della sanzione.

Pertanto, generalizzando il discorso, di fronte alla accezione tecnica di discrezionalità, per politica penale giudiziaria, si può intendere l'esercizio del potere discrezionale non conforme alla legge, in genere per il prevalere di fini diversi su quelli per i quali il potere è stato concesso. Il fenomeno, peraltro, in tanto ha un suo peculiare significato rispetto alle comuni ipotesi di erronea applicazione della legge in quanto non sia di carattere accidentale ma rispecchi una prassi applicativa pressochè costante ⁽⁸⁾.

(7) Sul punto si rinvia alle analisi di M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli 1959, e di BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 7 ss.

(8) È stato recentemente osservato (R. BERTONI, in *Atti del Convegno su « Funzionalità e correttezza della pubblica amministrazione - Controllo penale e alternative »*, in *Giustizia e Costituzione*, 1977, 20), peraltro con riferimento ad un tema ben diverso, che una politica penale giudiziaria non può esservi, « proprio perchè l'autorità giudiziaria è un potere diffuso, un potere che si individua e si

3. Non mi sembra possa mettersi in dubbio che una politica giudiziaria della pena, nel senso indicato, sia stata protagonista della prassi applicativa nel trentennio dal 1944 al 1974: in tema di commisurazione delle pene e, più in generale, di discrezionalità penale, si è determinato un processo di reazione alla previsione di pene eccessivamente severe che, almeno dalla caduta del fascismo alla riforma dell'aprile 1974, ha coinvolto la magistratura nel suo complesso e non soltanto singoli giudici.

L'indice più significativo di questo coinvolgimento pressochè totale si riscontra nella tendenza generalizzata ad applicare la pena ai livelli minimi e, in misura ancora maggiore, nella completa inosservanza, in questi casi, dell'obbligo di motivazione; inosservanza ratificata per di più dalla giurisprudenza costante della stessa Corte di Cassazione ⁽⁹⁾. Parimenti in questi trenta anni le attenuanti generiche hanno assolto la funzione specifica di abbassare la pena al di sotto del minimo edittale ritenuto per lo più ancora eccessivamente elevato. Per queste circostanze indeterminate può ben dirsi che le ragioni pratiche della loro introduzione abbiano costantemente prevalso sulla oggettiva *ratio legis*, sulla cui determinazione la dottrina pure si è impegnata a fondo ⁽¹⁰⁾: la concessione o il rifiuto delle « ge-

esaurisce in ogni singolo magistrato, in ogni singolo giudice e che quindi non consente l'elaborazione di una politica, che possa portare a risultati prestabiliti e unitariamente programmati ». D'accordo, ovviamente, sull'impossibilità di « programmare » una linea di politica giudiziaria unitaria, mi sembra però che, almeno in tema di potere discrezionale nella commisurazione della pena, dove il riferimento al caso concreto assume una incidenza fondamentale e le esigenze di giustizia sostanziale sono più immediatamente percepite, possano emergere e siano emersi, al di là di ogni programmazione, dei dati obbiettivi di valore tali da spingere la quasi totalità dei giudici, consapevolmente o no, su di una piattaforma comune, non in linea con lo stretto diritto.

(9) V. per tutte Cass. 3 ottobre 1972, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1974, 803, 1208: « L'irrogazione della pena, che è un'operazione squisitamente discrezionale, anche se disciplinata dai criteri di cui all'art. 133 c.p., non ha bisogno di particolare motivazione allorchè non supera il minimo edittale poichè la commissione del reato basta a giustificare la sanzione minima ».

(10) V. specialmente, anche se su posizioni diverse, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., *passim* e LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., 111 ss.

neriche » è stato infatti ricollegato più ai tradizionali criteri di commisurazione della pena ⁽¹¹⁾ che alla ricerca ed alla individuazione di una vera e propria circostanza attenuante non tipizzata direttamente dalla legge ⁽¹²⁾.

Le attenuanti generiche, come strumento di politica penale, hanno giocato un ruolo forse ancora più rilevante dal momento in cui, dopo qualche perplessità iniziale, se ne ammise costantemente e senza eccezioni la partecipazione al giudizio di prevalenza o equivalenza con lo specifico compito di elidere le aggravanti contrapposte: tant'è che fino alla riforma del 1974, che ha sconvolto la funzione originaria del giudizio di comparazione, non è accaduto quasi mai che, concesse le attenuanti generiche, non ne fosse dichiarata almeno l'equivalenza nei confronti delle aggravanti contrapposte ⁽¹³⁾.

Nello stesso contesto si può inquadrare l'estrema larghezza nella concessione della sospensione condizionale della pena, che nella prassi ha evidenziato quasi una trasformazione della discrezionalità in doverosità, in presenza, ovviamente, dei presupposti di legge tassativi ⁽¹⁴⁾. Questa posizione esprime in particolare una reazione della magistratura all'abuso dello strumento penale e segnatamente della pena detentiva, in conformità, del resto, con i prevalenti orientamenti dottrinali in tema di pene detentive brevi.

(11) Nel senso di anteporre la pena ritenuta esatta secondo giustizia, alla pena esatta secondo legge.

(12) V. sul punto LATAGLIATA, *op. e loc. ult. cit.* Anche in questo caso, nella prassi la discrezionalità non è stata dunque esercitata per proseguire l'opera del legislatore sul metro dei fini da esso assegnati al giudice.

(13) È da osservare che alle « generiche », pur concesse in prevalenza per ragioni almeno formalmente più attinenti alla persona che al fatto, non venne esteso dalla giurisprudenza il divieto di bilanciamento contenuto nel 4° comma dell'art. 69. Tale incongruenza è stata infatti rilevata per primo da LATAGLIATA, *op. cit.*, 147.

(14) Lo rileva, da ultimo, DOLCINI, *In tema di non menzione della condanna, sospensione condizionale della pena e attenuanti generiche: discrezionalità vincolata o « graziosa » indulgenza?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 333 s.

Il meccanismo attraverso il quale si è reso tecnicamente possibile un fenomeno di così macroscopico distacco dell'esercizio del potere discrezionale dai canali legislativi è noto a tutti, ma vale la pena di riassumerlo, in quanto costituisce la « razionalizzazione a posteriori » in senso puramente formale, della politica penale giudiziaria.

Tutte le decisioni discrezionali, comunque incidenti sulla pena, quindi anche le attenuanti generiche, il giudizio di comparazione, la sospensione condizionale della pena ecc., vengono riferite all'art. 133, ossia al giudizio globale sul fatto e sulla personalità che è il presupposto per la determinazione della pena tra il minimo e il massimo (art. 132). Una volta imboccato questo binario la discrezionalità diviene praticamente *libera* per due ordini di ragioni tra loro connesse, in quanto:

a) manca nella giurisprudenza a tutti i livelli un concetto unitario (o diversi concetti precisi) circa la funzione della pena da realizzare attraverso il giudizio complessivo e unitario sul fatto e sulla personalità. Pertanto risulta incontrollabile proprio la congruenza tra la valutazione e lo scopo da raggiungere;

b) gli strumenti processuali di cui dispone il giudice sono del tutto insufficienti e inadeguati per quanto attiene alla effettiva conoscenza della personalità del reo.

In definitiva il riferimento della decisione discrezionale all'art. 133 non è altro che una formula atta a coprire la realtà che ogni valutazione che incide sulla pena — adeguamento della pena al caso concreto, sospensione condizionale della pena, ecc. — è autonoma da qualsiasi criterio normativo e che il caso concreto detta le proprie regole fino al limite delle previsioni tassative, senza ulteriori restrizioni.

Le ragioni del distacco della prassi dallo stretto diritto sono, come s'è fatto cenno, assolutamente chiare, ma anche su questo punto è il caso di svolgere qualche considerazione. Quando si assiste ad un fenomeno così diffuso di autonomia giudiziaria, ben diverso — ripetiamo — da altri fenomeni quali possono es-

sere degli orientamenti giurisprudenziali particolari, se ne deve arguire che esso dipende da una antinomia oggettiva tra dati normativi e dati della realtà comune. Non ci si può limitare a spiegare il fenomeno dicendo che il soggettivismo del giudice ha prevalso *di prepotenza* sulle valutazioni legislative approfittando del terreno favorevole, ma bisogna prendere atto che la magistratura, nel suo complesso, ha sostituito all'ordine dei valori normativi, o meglio all'ordine dei valori implicito nel Codice penale, un ordine di valori comunque diverso. Ed è a questo riguardo che si impongono delle considerazioni, perchè questo conflitto di valori non risulta da una semplice antinomia tra realtà e norme, ma proprio nel periodo che esaminiamo corrisponde ad un radicale mutamento delle scelte di fondo dello Stato. In particolare un sistema punitivo basato essenzialmente sulla prevenzione generale, intesa quale intimidazione, i cui corollari in relazione alla pena concreta sono l'esemplarità e l'affittività, solo a costo di notevoli sforzi di adattamento può coesistere con l'ordinamento giuridico costituzionale. E pertanto la politica penale giudiziaria che s'è sviluppata tra il 1948 ed il 1974 esprime in realtà anche la soluzione provvisoria dei problemi conseguenti ad una frattura tra i diversi rami dell'ordinamento, del quale una parte si è radicalmente rinnovata ed un'altra è rimasta sostanzialmente quella che era.

È opportuno ribadire dunque che le accennate modalità di esercizio del potere discrezionale in tema di pena costituiscono l'espressione di una politica penale giudiziaria la quale non è già fondata su di una mera posizione di rifiuto dei valori dell'ordinamento, ma che è sorretta dall'urgenza e dalla necessità di colmare una frattura all'interno stesso dell'ordinamento. È la carenza di una politica penale legislativa, tale da eliminare le contraddizioni di fondo, che ha imposto — si può dire — in via suppletiva una politica penale giudiziaria.

Per queste ragioni, mentre sarebbe ingeneroso lamentarsi, nel complesso, del modo in cui è stato esercitato il potere di-

screzionale in questi anni, non si può fare a meno di sottolineare i pericoli insiti nell'eccessivo protrarsi di tale situazione. Il prezzo, infatti, è molto elevato per uno Stato di diritto: le ben note e croniche carenze di motivazione e di controllo costituiscono il logico risultato di una prassi applicativa *praeter* o *contra legem* che non appare in grado di *garantire* nè le posizioni individuali, nè l'interesse effettivo dell'ordinamento.

4. La riforma dell'aprile 1974 si è risolta — come è noto — in uno straordinario ampliamento del potere discrezionale, sovvertendo in materia di pena i termini originari del rapporto tra legalità e discrezionalità. L'estensione dell'oggetto del giudizio di prevalenza o di equivalenza, l'ampliamento delle ipotesi di cumulo giuridico, l'eliminazione della automaticità della recidiva, i notevoli margini per la concessione della sospensione condizionale della pena, attribuiscono oggi al giudice penale — senza che vi siano dubbi — poteri e responsabilità enormi, specie quando si considerano le possibili combinazioni nell'esercizio della discrezionalità.

Ciò ha dato luogo ad una serie di problemi attinenti alla politica penale giudiziaria che segnalano due prospettive di indagine distinte ma convergenti.

La prima, che si ricollega a numerose previsioni iniziali di segno opposto ⁽¹⁵⁾, consiste nell'esaminare quale incidenza abbia avuto il capovolgimento del rapporto legalità-discrezionalità sulla politica penale giudiziaria precedentemente delineatasi, il

(15) La formulazione delle «previsioni», per la verità, data già dalla approvazione da parte del Senato (31 gennaio 1973) della riforma del Libro I del Codice penale, specie in tema di rapporto tra ampliamento del potere discrezionale e riforma della parte speciale. Si possono ricordare, a questo riguardo numerosi interventi nei convegni di Venezia («Carcere e società», 9-10 febbraio 1974), di Camerino («Orientamenti per una riforma del diritto penale», 22 febbraio 1974) e di Macerata (Tavola rotonda sulla riforma del Codice penale, 29 maggio 1974). V. inoltre, Gruppo penalistico dell'Università di Bologna, *Sulle linee emergenti della politica criminale in Italia*, Bologna 1974.

che è possibile dopo oltre un triennio di applicazione delle nuove disposizioni.

La seconda prospettiva è del tutto nuova e attiene all'ipotesi formulata da più parti secondo cui, almeno in relazione ad alcune modifiche, e segnatamente a quella del giudizio di prevalenza o di equivalenza ed anche a quella della sospensione condizionale della pena, sarebbe stata legalizzata o addirittura imposta dalla legge una forma di politica penale giudiziaria nell'uso del potere discrezionale, quale criterio del suo esercizio.

Per quanto concerne la prima prospettiva, che comporta una valutazione di carattere globale sulla prassi applicativa, da una indagine pur sommaria ⁽¹⁶⁾ sembra potersi arguire che nel complesso la riforma ha sortito il risultato auspicato di consentire una maggiore umanizzazione delle pene ⁽¹⁷⁾. Basti pensare, a questo riguardo, all'eliminazione degli aumenti automatici adottati dalla recidiva per condanne remote ⁽¹⁸⁾ o senza alcun collegamento logico con il nuovo reato ⁽¹⁹⁾; alla possibilità di cancellare attraverso il giudizio di prevalenza o di equivalenza alcune aggravanti ad efficacia speciale sopravvalutate dal legislatore del 1930 e specialmente quelle del furto ⁽²⁰⁾; al superamento di eccessi intollerabili derivanti in certi casi dal cumulo materiale delle pene; alla possibilità di reiterare la sospensione condizionale della pena per reati di scarsa importanza o realizzati a grande distanza di tempo, ecc.

Viceversa sono andate quasi totalmente deluse le speranze di coloro che facevano affidamento sull'ampliamento del potere

⁽¹⁶⁾ I dati rilevati si riferiscono prevalentemente alle massime ed alle sentenze pubblicate sulle riviste giuridiche al 31 dicembre 1977.

⁽¹⁷⁾ Cfr. *Relazione del Governo* al decreto-legge concernente provvedimenti urgenti sulla giustizia penale, presentata al Senato il 12 aprile 1974, n. 4.

⁽¹⁸⁾ V. ad es. Cass. 3 luglio 1975 (131423), *Cass. pen. Mass. ann.*, 1977, 96, 99: « Un lungo periodo trascorso dall'imputato senza violare la legge penale dimostra il suo ravvedimento e quindi può giustificare l'esclusione della recidiva ».

⁽¹⁹⁾ Cass. 21 agosto 1975 (131754), *Cass. pen. Mass. ann.*, 1976, 1082, 1372.

⁽²⁰⁾ Cass. 22 ottobre 1975 (132006), *Cass. pen. Mass. ann.*, 1976, 1014, 1275

discrezionale per un riavvicinamento della prassi alla legge, per una razionalizzazione dell'esercizio della discrezionalità, per un maggior rispetto del dovere di motivazione ⁽²¹⁾. Tali speranze si fondavano evidentemente sulla considerazione che il giudice, affrancato dai preesistenti vincoli troppo stretti, avrebbe finalmente avuto l'opportunità di effettuare delle valutazioni più aderenti alla specifica funzione del potere concesso; ma esse non potevano non andar deluse, specie in relazione a quelle modifiche che più incidono sulle previsioni di parte speciale. Basti pensare che, per esplicita ammissione contenuta nella Relazione del Governo, le innovazioni « introducono nel sistema un valido strumento di equità perchè *consentono di attenuare*, ancora prima che sia rivista la parte speciale del Codice, *l'ingiustificata severità di certe norme della disciplina vigente* » ⁽²²⁾. Ciò significa che si dà atto della inadeguatezza, nel senso della eccessiva severità, di alcune norme di parte speciale e che il potere discrezionale viene a costituire lo strumento posto a disposizione del giudice per alterare le conseguenze che la legge stessa prevede per certi reati. Ora, in un sistema ordinato e razionale la discrezionalità è lo strumento indispensabile per tener conto della realtà del caso concreto *all'interno del sistema*, cioè per il « proseguimento dell'opera del legislatore », viceversa dall'affermazione riportata risulta chiaro che la discrezionalità viene intesa come strumento di rottura del sistema, per consentire di superare le previsioni della parte speciale dello stesso Codice senza modificarle direttamente.

Se è cosa a tutti nota che l'ampliamento del potere discrezionale indotto dalla riforma del 1974 costituisce il surrogato di una ben più complessa riforma della parte speciale, quel che occorre tuttavia sottolineare è che la soluzione offerta ha deter-

⁽²¹⁾ Cfr. LATAGLIATA, *Relazione introduttiva del Convegno sui « Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale »* (Napoli, 10-12 ottobre 1975), in *Il Tommaso Natale*, 1975, 24 s. (estratto).

⁽²²⁾ *Rel. del Governo*, cit.

minato o meglio acuito una contraddizione interiore del sistema vigente. Infatti se da un lato si sono sdrammatizzati molti problemi che in passato non avevano potuto ricevere una risposta equitativa a dispetto della buona volontà o del buon senso dei magistrati, dall'altro il legislatore, nell'attribuire al giudice la funzione di arbitro di un conflitto interno alla legge penale, sembra averlo costretto a delle valutazioni avulse a priori da parametri normativi ⁽²³⁾ sui quali l'esercizio del potere discrezionale (almeno nello stato di diritto) dovrebbe poggiare.

A questo punto è già emerso, come anticipato, il nesso con la seconda prospettiva di indagine; si tratta ora di meglio verificare in quali ipotesi si espleti questa politica penale giudiziaria del caso concreto voluta dalla legge stessa, in quali forme si estrinsechi, se ed in quale misura sia controllabile.

Dei quattro istituti la cui modifica ha inciso sul potere discrezionale in realtà solo due — come si è anticipato — propongono più direttamente l'antinomia sistematica che il giudice viene chiamato a risolvere; essi sono in primo luogo (e certamente) il giudizio di prevalenza o di equivalenza, in secondo luogo (ma è da verificare) la sospensione condizionale della pena.

Riguardo al giudizio di prevalenza, è stato puntualmente ricordato che il legislatore del 1930 aveva escluso le circostanze comportanti una pena autonoma da quella prevista per il reato — base proprio perchè aveva proceduto caso per caso « ad un giudizio di disvalore analogo a quello compiuto con la creazione di autonome figure di reato e considerava tale giudizio insuscettibile di essere posto nel nulla ad opera della concreta valutazione del giudice » ⁽²⁴⁾. Pertanto non richiede ulteriore dimostrazione nè il tipo di incidenza che il giudizio ex art. 69 ha

⁽²³⁾ La valutazione del profilo tecnico dello stato di cose così determinatosi sarà oggetto del prosieguo di questo studio.

⁽²⁴⁾ VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, 1975, 51; v. sul punto STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 115 ss.

sulla parte speciale, nè il conflitto che la nuova normativa sembra porre affidando al giudice il compito di dirimerlo. Tale conflitto, come si constaterà tra breve, si accentua particolarmente per l'ingresso delle circostanze inerenti alla persona nella valutazione comparativa.

Riguardo alla sospensione condizionale della pena, la individuazione di una antinomia sistematica appare viceversa più complessa e quindi bisognosa di più accurata verifica. I termini di questo ipotizzato conflitto ⁽²⁵⁾ consisterebbero da un lato nella ipercriminalizzazione, e segnatamente nell'abuso del ricorso alla pena detentiva caratteristico della legislazione del 1930, dall'altro nell'inversione di tendenza espressa apertamente dal legislatore del 1974 ⁽²⁶⁾. Quel che occorre verificare preliminarmente è se tale antinomia resti estranea alla attuale *ratio legis* della sospensione condizionale della pena (perchè non v'è dubbio che rientri nell'*occasione legis*) ovvero vi sia penetrata.

Viceversa l'estensione delle ipotesi di cumulo giuridico e la discrezionalità degli aumenti di pena per la recidiva non sembrano comportare problemi di politica penale giudiziaria diversi da quelli tradizionali.

L'ampliamento della sfera del cumulo giuridico ci riavvicina alla tradizione liberale del Codice Zanardelli ⁽²⁷⁾: superficialmente, ma con sufficiente tranquillità, ci sembra di poter affermare che l'applicazione del cumulo giuridico al concorso

⁽²⁵⁾ VASSALLI, *op. ult. cit.*, 68; esplicitamente, BERTONI, *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 1405 ss.

⁽²⁶⁾ V. ancora la cit. *Relazione del Governo*.

⁽²⁷⁾ Gli artt. 67-79 del Codice Zanardelli dettavano, in tema di concorso di reati, una disciplina organica del cumulo giuridico, che, purtroppo, non è stata tenuta nel debito conto dal legislatore del 1974 nel momento della riduzione della portata del cumulo materiale. Per la impossibilità di procedere al cumulo giuridico di pene eterogenee, v. Corte Cost. 18 gennaio 1977, n. 34, *Cass. pen. Mass. ann.* 1977, 271 ss.; sulla soluzione offerta non possono non esprimersi forti perplessità, almeno sotto il profilo equitativo.

formale ed al *reato continuato eterogeneo* ⁽²⁸⁾ significa, in ultima analisi, che il legislatore del 1974 ha assegnato la prevalenza ai fattori unificanti di queste ipotesi di concorso (unità di azione, unità di disegno criminoso) onde consentire unitariamente la commisurazione della pena. Ciò dovrebbe verificarsi attraverso un procedimento logico che, *in analogia* al disposto degli artt. 132 e 133, tenga conto sotto il profilo fattuale del disvalore unitario del *complesso dei reati* che a sua volta costituisce la base per la valutazione della personalità del reo; laddove il legislatore del 1930, nel logico sviluppo della linea di politica criminale fondata sulla intimidazione, confermata e rafforzata da una repressione severa, aveva dato la prevalenza ai caratteri di autonomia dei singoli reati ⁽²⁹⁾. Pertanto, in tal caso l'*occasio legis*, che è la riduzione del rigore del cumulo materiale, ha dato luogo ad una norma che, pur nella sua notevole dimensione innovativa, non determina antinomie.

Neppure la discrezionalità della recidiva sembra proporre situazioni di conflitto interne al sistema. L'eliminazione della automaticità significa, a nostro avviso, che la ragion d'essere della recidiva si sposta dall'ambito di mere esigenze di prevenzione generale ⁽³⁰⁾ alla sfera di personalizzazione della pena ⁽³¹⁾. Il giudice, in tal modo, ha la possibilità (e il dovere) di ricercare, approfondire e valutare le vere ragioni della ricaduta nel reato, sì da esprimere *in concreto* il giudizio negativo su chi non ha maturato positivamente l'esperienza della condanna subita. In

(28) Usiamo questa espressione nella consapevolezza che la riforma ha sconvolto la dommatica del reato continuato. Ciò non può esimere però dall'esprimere un giudizio positivo sull'estensione del cumulo giuridico anche a queste ipotesi di concorso.

(29) La pena — si può dire — viene a corrispondere oggi alla «colpevolezza per i fatti», nel loro disvalore complessivo.

(30) In questo senso, prima della riforma, cfr. STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 79.

(31) Cfr. in generale, soprattutto LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli 1958; v., inoltre, i precisi rilievi di PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 306 s.

precedenza, il giudizio anticipato della legge senza tener conto dell'effettivo rapporto tra la persona e il fatto era certamente astratto, ma questa modifica, pur importantissima, specie sotto il profilo della ideologia complessiva del sistema punitivo, non sembra costringere il giudice a ricercare al di là della legge i criteri per l'esercizio del potere discrezionale assegnatogli ⁽³²⁾.

5. La dottrina non ha mancato di sottolineare gli effetti «quasi sconvolgenti» della modifica dell'art. 69, specie in relazione alla possibilità accordata al giudice di non tener conto delle circostanze per le quali la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato, cioè delle circostanze autonome o ad efficacia speciale ⁽³³⁾.

È stato opportunamente ricordato come la previsione delle circostanze ad efficacia speciale fosse collegata ad esigenze di prevenzione generale in tutto analoghe a quelle espresse con la previsione di determinate pene per determinati reati. Con la rimozione del vincolo precedentemente posto dall'art. 69, il giudice è messo in condizione «di modificare le stesse valutazioni del legislatore e finisce col sostituirsi ad esso» ⁽³⁴⁾. Infatti «so-

⁽³²⁾ Il NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 1975, 312, rileva come manchi ogni punto di riferimento normativo «per ciò che riguarda la scelta tra il procedere o il non procedere all'aumento della pena per la recidiva». Il rilievo appare senz'altro esatto nella misura in cui si vuol sottolineare l'opportunità di razionalizzare, almeno a questo riguardo, l'esercizio del potere discrezionale (cfr., infatti, § 48 StGB). È certo, intanto, che un uso corretto e controllabile della discrezionalità nella irrogazione degli aumenti di pena per la recidiva presupporrebbe accertata, oggi, la funzione della pena (cfr. PEDRAZZI, *op. cit.*, 307), il che certamente non è, così in dottrina come, ancor più, nella prassi. Proprio per queste ragioni si è anticipato nel testo che la nuova disciplina della recidiva non sembra proporre problemi di politica della pena (e di arbitrio giudiziario) diversi da quelli tradizionali. Cfr. sul punto BERTONI, *La riforma penale*, cit., 1399 ss., il quale pone in evidenza come proprio riguardo alla recidiva si sia manifestato nella giurisprudenza un notevole sforzo di motivazione.

⁽³³⁾ V. specialmente VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 3 ss.

⁽³⁴⁾ VASSALLI, *op. ult. cit.*, 6.

stituendo ora ad una valutazione del legislatore una valutazione del giudice la quale non può che muovere su quei binari dell'art. 133, nei quali non sembra che l'esigenza della prevenzione generale trovi spazio alcuno, si rischia di perdere di vista, almeno in taluni casi, quelle esigenze di astratta valutazione e comparazione che sono proprie ed esclusive del potere legislativo » ⁽³⁵⁾.

In questo modo, viene perfettamente evidenziato il conflitto che si determina tra le esigenze di prevenzione generale collegate alle previsioni normative e le esigenze connesse alla individualizzazione della pena di cui all'art. 133: il conflitto verrebbe ad essere risolto dando la prevalenza alle seconde e quindi trascurando, necessariamente, le prime.

Muovendo da queste osservazioni, si è segnalato il fatto che, mentre nella nostra tradizione legislativa la discrezionalità aveva sempre avuto la funzione di differenziare le posizioni individuali all'interno del tipo di fatto, ora l'incidenza della valutazione discrezionale a livello della fattispecie sembra addirittura minacciare i principi costituzionali di legalità e di eguaglianza « per quanto attiene alla uniformità di applicazione del modello legale, che costituisce la caratteristica insopprimibile della legge penale, e del suo riflesso dommatico rappresentato dalla tipicità del fatto » ⁽³⁶⁾. Anche in questa prospettiva, quindi, ciò che viene sottolineato è che nell'ipotesi in esame il potere discrezionale del giudice non consiste più nel proseguimento dell'opera del legislatore, là dove questi non arriva ad espandersi perchè condizionato dalle esigenze di generalizzazione, ma giunge a costituire una delega di poteri di pertinenza tipicamente legislativa.

⁽³⁵⁾ VASSALLI, *op. e loc. ult. cit.*

⁽³⁶⁾ SANTAMARIA, *Relazione al convegno sui « Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale »* (Napoli, 11 ottobre 1975); cit. dal dattiloscritto. (Per una sintesi dei lavori di questo convegno v. *Revue int. de droit pénal*, 1975, 231 ss.; *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 1245 ss.

Queste preoccupazioni si sarebbero potute almeno in parte superare sotto il profilo tecnico ⁽³⁷⁾, se la stessa struttura del giudizio di prevalenza o di equivalenza non fosse stata profondamente alterata anche dall'estensione alle circostanze inerenti alla persona del colpevole (art. 70 ult. c.). L'eliminazione anche di questo precedente limite sembra convalidare oggi sul piano normativo la prassi applicativa del giudizio di comparazione, inteso quale strumento di commisurazione della pena, con necessità di ricorso ai criteri generali dell'art. 133 per risolvere il concorso simultaneo di circostanze del fatto e di circostanze personali di segno opposto. Pertanto, la possibilità che un dato di carattere *personale* (ad es. la minore età) incida su una valutazione legale del *fatto* (ad es. le circostanze speciali del furto), e viceversa, rende ancora più concrete le preoccupazioni di eccessivo allentamento del vincolo alla legge e di una discrezionalità quasi libera e di portata quantitativamente enorme ⁽³⁸⁾.

I termini complessivi del problema sono stati colti di recente con grande precisione ⁽³⁹⁾ quando, concordando sul fatto che la previsione di circostanze ad efficacia speciale attiene « ad esigenze di prevenzione generale » non dissimili da quelle espresse con la previsione di titoli autonomi di reato, ci si è chiesto, proprio perchè tale valutazione può essere concretamente alterata, « se ed in che misura il giudice, nell'effettuare la comparazione tra le circostanze, debba tener conto anche di altre esigenze, oltre a quelle che trovano spazio nell'art. 133 c.p. e che servono di norma come parametro per la concreta commisurazione della pena » ⁽⁴⁰⁾. Si è aggiunto inoltre consapevolmente che la domanda « si giustifica anche con riferimento alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, perchè anche qui

(37) Ci sia consentito rinviare a quanto precedentemente osservato nel nostro *Il giudizio di prevalenza*, cit., 115 ss.

(38) Sul punto si rinvia al successivo paragrafo.

(39) BERTONI, *La riforma penale*, cit., 1358 ss.

(40) BERTONI, *La riforma*, cit., 1361.

la necessità di superare il dualismo fatto-persona, in un momento precedente a quello destinato alla determinazione della pena, induce a dubitare della sufficienza dei criteri predisposti allo scopo esclusivo di commisurare la sanzione e quindi conferma l'ipotesi che la modifica dell'art. 69 abbia allargato lo spettro dei processi valutativi attraverso cui il giudice deve pervenire alle proprie decisioni » ⁽⁴¹⁾.

Condividendo l'opinione che la modifica dell'art. 69 finisce con l'incidere nello stesso ordine di valutazioni che è alla base della *determinazione legale della pena* e con l'assegnare al giudice il compito di operare scelte di politica criminale per il caso singolo, il Bertoni prospetta la soluzione del problema « nell'opportunità che il giudice, nel momento di applicare la norma dell'art. 69, assegni la dovuta rilevanza non solo ai criteri che presiedono alla commisurazione della pena, *ma anche* ad esigenze di prevenzione generale » ⁽⁴²⁾.

La posizione testè esaminata si differenzia pertanto, dalle precedenti perchè, nell'evidenziare al pari delle altre il conflitto tra le esigenze di prevenzione generale e quelle di individuazione della misura della pena, non dà per scontato il prevalere delle seconde con totale sacrificio delle prime. Si lumeggia viceversa la possibilità che le esigenze connesse alla prevenzione generale conservino una incidenza entrando a far parte dei criteri che presiedono la valutazione ex art. 69 ⁽⁴³⁾.

In tal modo viene reso molto più complesso il discorso relativo alla politica penale giudiziaria autorizzata ed imposta dalla legge: se l'ipotesi formulata risultasse esatta, il giudice non dovrebbe limitarsi alla individuazione della *pena giusta* o della *pena esatta*, « saltando » il riferimento al valore assegnato dal legislatore ad alcune fattispecie circostanziate ed assumendo il

⁽⁴¹⁾ BERTONI, *La riforma*, loc. ult. cit.

⁽⁴²⁾ BERTONI, *La riforma*, cit., 1361 s.

⁽⁴³⁾ Si cfr. gli esempi tratti dalla giurisprudenza della Cassazione in BERTONI, *op. cit.*, 1364 s.

caso concreto ad unico criterio per realizzare lo scopo della pena ⁽⁴⁴⁾, ma dovrebbe invece tener conto, *insieme*, anche delle esigenze di prevenzione generale collegate alle previsioni normative.

6. A nostro avviso non si può dubitare che se davvero la indiscutibile trasformazione della struttura e della funzione del giudizio di prevalenza o di equivalenza comportasse moduli decisionali non diversi da quelli dell'art. 133, non dovrebbe esservi spazio per nessuna esigenza comunque collegata alla prevenzione generale.

Ma la necessità di prendere in seria considerazione l'ipotesi che il giudizio di prevalenza attinga a criteri non riconducibili in assoluto a quelli che presiedono la commisurazione della pena discende da un preciso dato normativo: il richiamo dell'art. 69 da parte dell'art. 157 per determinare il tempo necessario a prescrivere il reato. Infatti il terzo comma di quest'ultima norma non è stato toccato dalla riforma del 1974.

A questo riguardo occorre tener presente che il Progetto di riforma del Libro primo del Codice Penale, — dal quale è stato estratto il nuovo testo dell'art. 69 (art. 40 Prog.) — eliminava la incidenza del giudizio di prevalenza o di equivalenza sul calcolo del tempo necessario a prescrivere ⁽⁴⁵⁾. La dimenticanza — perchè riteniamo che di dimenticanza si tratti — da parte del legislatore del '74 di considerare tutti gli effetti della modifica dell'art. 69, ha portato, a nostro avviso, ad una disfunzione sistematica che si riflette direttamente sull'esercizio del potere discrezionale del giudice.

⁽⁴⁴⁾ Così avverrebbe, invece, secondo le posizioni precedentemente esaminate,

⁽⁴⁵⁾ L'art. 68 del Progetto, destinato a modificare gli artt. 157, 158 c.p. prevedeva al secondo comma che «per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato, consumato o tentato, senza tenere conto dell'aumento per le circostanze aggravanti e considerata la diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti». Nessun riferimento veniva fatto al giudizio di prevalenza o di equivalenza.

La prescrizione del reato nel sistema del codice Rocco si riporta ad una valutazione di carattere generale avulsa dal peculiare significato del singolo episodio criminoso (^{45 bis}): « per determinare il tempo necessario a prescrivere — dispone l'art. 157, 2° comma — si ha riguardo al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato, consumato o tentato, tenuto conto dell'aumento massimo di pena stabilito per le circostanze aggravanti e della diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti ». La connessione della prescrizione con la *valutazione legale* (generale e astratta) del reato e non con quella giudiziale (individuale — concreta) si spiegava facilmente nel sistema normativo originario per il suo legame alle esigenze di prevenzione generale. Tali esigenze non venivano messe in discussione dall'inserimento di una valutazione certamente discrezionale come il giudizio comparativo ex art. 69 (richiamato espressamente dal 3° c. dell'art. 157), nel momento in cui si riusciva a comprendere come esso postulasse in realtà un esercizio del potere discrezionale profondamente diverso da quello dell'art. 133, sia quanto alla funzione sia quanto ai criteri (⁴⁶). Questa discrezionalità non toccava infatti la pena concreta, ma incideva sulla sola *cornice della pena per il fatto* cogliendo in sintesi, ma *solo sotto questo aspetto*, il significato complessivo della simultanea presenza di circostanze aggravanti ed attenuanti (⁴⁷).

L'incidenza, indiscutibile, delle circostanze inerenti alla persona nel computo del tempo necessario a prescrivere si spiegava naturalmente nel senso che la prescrizione si riferiva al reato e non al solo fatto, ma il concorso di circostanze del fatto e di circostanze inerenti alla persona non veniva sottoposto ad

(^{45 bis}) Il Codice Zanardelli (art. 91) guardava invece alla pena che si *sarebbe dovuta infliggere*.

(⁴⁶) Sui rapporti tra prescrizione e discrezionalità v. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., 39 ss.

(⁴⁷) È la tesi che è stata da noi sostenuta prima della riforma del 1974. Cfr. *Il giudizio di prevalenza*, cit., *passim*, al quale si rinvia per la dimostrazione.

una previa valutazione unitaria del giudice, tale da costringere quest'ultimo a porsi il problema della concreta misura della pena prima di verificare se il reato fosse prescritto o no.

Nel cogliere in sintesi il complessivo valore di circostanze aggravanti ed attenuanti del fatto, il giudice non aveva ragione di soffermarsi nè su valutazioni di prevenzione generale, nè (almeno in teoria) su valutazioni di pena concreta ⁽⁴⁸⁾. Il giudice doveva solo porsi la questione del peso delle circostanze contrapposte nella concretezza del fatto criminoso ⁽⁴⁹⁾; le conseguenze anche in tema di prescrizione sarebbero scaturite per legge.

Nella logica originaria del codice, pertanto, il giudizio ex art. 69 non poteva determinare alcun conflitto tra esigenze di prevenzione generale e di individualizzazione: stabilire la prevalenza o l'equivalenza di circostanze del fatto di segno opposto non significava alterare l'ordine delle valutazioni connesse alla prescrizione del reato, sempre che si fosse compreso che tale giudizio riguardava una fase precedente a quella della commisurazione della pena e quindi postulava criteri diversi da quelli dell'art. 133.

Non bisogna dimenticare che in seguito alla trasformazione subita dall'istituto nella prassi, specie dopo l'introduzione delle attenuanti generiche, le possibilità di conflitto tra le esigenze connesse alla individuazione della pena e quelle relative alla prescrizione divenivano attuali. Sempre nella prassi, qua-

⁽⁴⁸⁾ Infatti si trattava semplicemente di stabilire il significato complessivamente aggravato o attenuato del fatto nella specifica situazione di concorso tra attenuanti ed aggravanti e di superare con un giudizio complessivo la pluralità di qualificazioni contrastanti: una valutazione nella quale non poteva rientrare alcun criterio di prevenzione generale, perchè restava legata essenzialmente a cogliere la specificità del caso concreto (ossia la concreta gravità del fatto pluricircostanziato); senza che vi rientrasse neppure la personalità del reo, indispensabile per un giudizio di individualizzazione.

⁽⁴⁹⁾ Gli unici spunti in questo senso offerti dalla dottrina si ritrovano in FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Milano 1934, 866 s. e M. GALLO, *Appunti di diritto penale - Le forme di manifestazione del reato*, Torino 1961, 19 ss.

lora la concessione delle attenuanti generiche e la successiva dichiarazione della loro prevalenza o equivalenza sulle aggravanti avesse dato luogo alla prescrizione del reato, la serie delle valutazioni discrezionali si traduceva sovente in una semplice *valutazione di opportunità* della declaratoria di prescrizione. E se questa valutazione dava un risultato negativo, in genere si negavano le generiche e tutto era risolto.

Senza approfondire ulteriormente il tema in questa sede, ci preme per ora soltanto mettere in evidenza l'effetto più significativo prodottosi, per la carenza di visione sistematica del legislatore del 1974, in relazione all'esercizio del potere discrezionale ex art. 69: il giudice oggi può trovarsi di fronte alla alternativa di dichiarare prescritto il reato o di comminare una sanzione più severa di quella che applicherebbe (e che avrebbe potuto applicare prima della riforma del 1974). Ad esempio, nel caso di furto pluriaggravato (per cui è prevista la reclusione da tre a dieci anni), in presenza dell'attenuante della minore età o delle « generiche », il giudice che valuta giusta o adeguata al caso concreto la pena di due anni, per giungere a questo risultato dovrebbe dichiarare almeno l'equivalenza tra le circostanze ⁽⁵⁰⁾; ma se, operando questo giudizio, il reato risultasse prescritto, come dovrà comportarsi il giudice, specie quando non gli appaiono affatto maturate le condizioni della causa estintiva sia in rapporto alla entità della fattispecie pluriaggravata sia in rapporto alla gravità concreta del reato? ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ Nell'esempio prospettato, il giudice, obbligato a procedere al giudizio di prevalenza o di equivalenza, se dichiara la prevalenza delle attenuanti (o anche l'equivalenza) dovrà applicare la pena della reclusione tra quindici giorni e tre anni; se dichiara prevalenti le aggravanti la pena oscillerà tra i tre e i dieci anni.

⁽⁵¹⁾ Il fenomeno non è sfuggito all'attenzione del VASSALLI, *Concorso tra circostanze*, cit., 7, il quale, nel rilevare che « non di rado i giudici dell'impugnazione hanno dichiarato la prevalenza di aggravanti prima non comparabili con le attenuanti », sottolinea opportunamente come « a talune di queste ultime decisioni non è stata estranea l'intenzione di evitare l'applicazione della prescrizione e dell'amnistia [...] a fatti ritenuti ancora rilevanti per l'offesa recata alla società o al singolo ».

Almeno quando l'esigenza di commisurare una certa pena viene a collidere con l'interesse dello Stato alla punizione del reo, dare per scontata la prevalenza dei criteri di individualizzazione della pena sarebbe alquanto aprioristico. Occorre ricordare infatti che i criteri dell'art. 133, ai quali è certo estranea la prevenzione generale, si riferiscono alla determinazione della pena tra il minimo ed il massimo (« nei limiti fissati dalla legge », recita l'art. 132) ed impongono al giudice una valutazione complessiva che fornisca *un dato di sintesi*; viceversa il giudizio di prevalenza non permette affatto una sintesi dei valori, dato il suo permanente effetto di *elisione*. Inoltre la determinazione della pena concreta non incide sulla prescrizione del reato, mentre la valutazione ex art. 69 continua ad incidervi. Questa profonda differenza di effetti è indice abbastanza significativo che una qualche difformità tra i due istituti resta, e che neppure dopo la riforma del 1974 l'art. 69 c.p. è divenuto mero strumento di commisurazione della pena per il reato circostanziato. In effetti è solo la vecchia tesi — chiaramente inficiata da concettualismo — che vede nell'art. 133 il fulcro di ogni potere discrezionale ⁽⁵²⁾ a permettere di sostenere *a priori* la necessità di ricorrere a siffatto criterio di valutazione senza porsi il problema del parallelo interesse dello Stato alla punizione del reo.

Nel contempo non sembra neppure agevole tentare di razionalizzare l'uso di criteri diversi: che cosa significa « tener conto *anche* delle esigenze di prevenzione generale », quando si è costretti a decidere sulla prevalenza o sulla equivalenza attraverso il ricorso al caso concreto? Certamente non è intento di chi ha prospettato queste tesi far riferimento a criteri come l'*esemplarità*; tuttavia neanche il ricorso (come criterio di valutazione) alla *fattispecie* (e non ai soli elementi indeterminati

(52) Per una critica, a nostro avviso definitiva, di questa tesi v. specialmente LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., 63 ss.; v. inoltre STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 170 ss.

ex art. 133) e all'allarme sociale connesso a determinati tipi di reati aggravati ⁽⁵³⁾ appare risolutivo.

Questo spunto si sarebbe potuto utilmente coltivare, a nostro avviso, se il giudizio di prevalenza fosse rimasto ristretto alle circostanze del fatto ⁽⁵⁴⁾, ma non quando si prospetta la possibilità che a fronte delle circostanze aggravanti che continuano a determinare notevole allarme sociale vi siano dei minori di diciotto anni, dei semi infermi di mente, ecc.: è l'effetto di *elisione*, cioè il non poter tener conto delle circostanze non prevalenti che si manifesta assurdo specialmente nel concorso tra circostanze ad efficacia speciale e circostanze personali (ivi comprese le generiche), e paradossalmente costituisce un vincolo nel determinare la pena concreta, perchè necessariamente o si trascura la gravità (o qualità) del fatto (già valutata incisivamente dal legislatore) o si trascurano dei dati significativi della persona, *senza una piena possibilità di recupero* nella determinazione della pena concreta ⁽⁵⁵⁾.

È davvero significativo il fatto che il legislatore del 1974 abbia mostrato di trascurare del tutto l'ipotesi che il giudice

(53) BERTONI, *La riforma*, cit., 1364.

(54) La valutazione comparativa, se limitata alle circostanze del fatto, avrebbe postulato come criterio di decisione basilare la gravità del fatto (con esclusione della capacità a delinquere), per cui la discrezionalità si sarebbe potuta ancora intendere come proseguimento dell'opera del legislatore, con il dovere di tener conto, in tal modo, *anche* delle valutazioni normative connesse all'attribuzione di una particolare rilevanza a determinate circostanze speciali. Una estensione così delimitata dell'oggetto del giudizio di prevalenza — fermi restando altri problemi (di identificazione delle circostanze ad efficacia speciale e di graduazione della pena) — avrebbe avuto il significato di una presa d'atto legislativa della parzialità e relatività del significato di quelle valutazioni apparse intangibili al legislatore del 1930.

(55) La possibilità di recupero era completa nel precedente sistema proprio per l'esclusione delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o autonoma: i margini di discrezionalità nel graduare gli aumenti o le diminuzioni per le circostanze prevalenti garantivano, nonostante l'effetto di *elisione*, la possibilità di tener conto nella determinazione della pena concreta di tutti i dati significativi positivi e negativi presenti nell'episodio criminoso circostanziato. Questa garanzia viene a mancare oggi, specie quando siano dichiarate prevalenti le circostanze ad efficacia speciale, che per lo più sono aggravanti.

dichiarare la prevalenza delle aggravanti speciali, con tutte le conseguenze, anche di ordine equitativo, che ne possono derivare ⁽⁵⁶⁾.

7. Riassumendo i dati salienti emersi dalle considerazioni che precedono, bisogna innanzitutto prendere atto, d'accordo con la dottrina più consapevole, ed insieme con gli stessi compilatori della riforma del 1974, che la possibilità accordata al giudice di eliminare dal novero degli elementi che concorrono a determinare la pena le c.d. circostanze ad efficacia speciale significa modificare il significato tradizionale della discrezionalità: il giudice non è più chiamato soltanto a proseguire l'opera del legislatore ma a *sostituire* le proprie valutazioni, legate alla concretezza dell'episodio criminoso, a quelle normative di parte speciale.

A parte le difficoltà di distinguere, in numerosi casi, le circostanze ad efficacia speciale dagli elementi specializzanti di una diversa fattispecie, l'eventualità di dover estendere il giudizio alle circostanze inerenti alla persona, e la relativa trasformazione della struttura del giudizio di prevalenza o di equivalenza, costringe il giudice a superare il dualismo fatto — persona in una fase antecedente a quella della commisurazione della pena.

Si deve sottolineare, che l'*effetto di elisione* non trova nessuna giustificazione nè in presenza di circostanze ad efficacia speciale, per esigenze di graduazione della pena, nè nel concorso di circostanze del fatto e della persona: fatto e persona possono condurre logicamente ad una sintesi che tenga conto (art. 133) di entrambi gli aspetti, ma non si prestano certo a un *raffronto* che consenta di annullare — a qualsiasi livello — la rilevanza di significati dell'uno o dell'altro tipo. Il giudice non ha a disposizione alcun criterio per operare questa scelta e quindi potrà soltanto « anticipare » la valutazione di pena concreta e deci-

(56) Per ricordare la più grave di queste conseguenze, basti pensare all'infrazione dell'ergastolo ad un minore degli anni diciotto.

dere sulla prevalenza o sull'equivalenza in modo da poter poi pervenire al risultato: il giudizio si risolve quindi in una finzione.

Proprio per questo, almeno in particolari situazioni, il giudice può essere posto nell'alternativa di dichiarare la prescrizione del reato per ragioni attinenti solo alla determinazione della pena concreta, ovvero, se non intende dichiarare il reato prescritto, di commisurare la pena tenendo conto anche di criteri attinenti alla prevenzione generale.

La legge non appare in grado di fornire all'interprete elementi univoci capaci di assegnare una precisa funzione al giudizio di prevalenza o di equivalenza e quindi di individuare i criteri per l'esercizio del potere discrezionale. Infatti, se l'oggetto della valutazione (fatto e persona) sembra orientare verso un giudizio di commisurazione della pena, il risultato (elisione delle circostanze non prevalenti) e così anche gli effetti (incidenza sulla prescrizione) sembrano escludere tale conclusione.

In definitiva, dunque, la legge sembra effettivamente costringere il giudice a risolvere una serie di contraddizioni interne alla legge penale, le quali lo propongono necessariamente come arbitro, senza vincoli effettivi, in una materia che comporta responsabilità qualitativamente e quantitativamente enormi.

8. L'altro istituto che — come abbiamo anticipato — sembra proporre problemi particolari di politica penale giudiziaria è la sospensione condizionale della pena.

Almeno a prima vista la riforma del 1974, nell'ampliare le possibilità di concessione del beneficio non sembra aver alterato i criteri di esercizio del potere discrezionale. Tuttavia una parte della dottrina, ha accentuato, in conseguenza della modifica *quantitativa*, il significato dell'istituto come correttivo dei danni che derivano dalle pene detentive brevi.

In particolare il Bertoni tende a sminuire il ruolo della *prognosi favorevole* « nel contesto di una disciplina che non

solo ammette la concessione della sospensione condizionale a favore di chi abbia già commesso altri reati (sia pure di un certo tipo), ma che ne consente la reiterazione anche in presenza del fallimento di una prima prognosi in ordine al comportamento del futuro reo ». Più della prognosi, e in un certo qual modo indipendentemente da essa, rileverebbe la funzione specifica dell'istituto « di evitare i pericoli connessi alle pene detentive di breve durata e alla incarcerazione di persone che si siano rese colpevoli di reati di non grave entità, e rispetto ai quali comunque la società non ritiene di dover reagire con la detenzione » ⁽⁵⁷⁾.

Seguendo questa ipotesi sarebbe dunque una valutazione sull'opportunità dell'esecuzione della pena (ed in particolare di quella detentiva) a decidere se concedere o meno la sospensione condizionale. E poichè tale valutazione di opportunità consiste specialmente nel prendere atto delle sfasature tra legge e realtà sociale, anche in questo caso il giudice, chiamato a giudicare la adeguatezza della legge alle esigenze sociali, svolgerebbe un ruolo politico più che tecnico.

Ora, se consideriamo qual'è stata per il passato la prassi applicativa della sospensione condizionale, se rammentiamo la Relazione governativa sull'« ingiustificata severità di certe norme della disciplina vigente », se teniamo presente che gli elementi a disposizione del giudice per esprimere la prognosi sono in genere inconsistenti, ci possiamo rendere conto che *nella pratica* queste osservazioni sono tutt'altro che prive di rilevanza. Peraltro, sotto il profilo tecnico-interpretativo ci sembra che la presunzione che il colpevole si asterrà dal commettere nuovi reati resti sempre un limite formalmente invalicabile per il giudice. Con questo intendiamo dire che se è vero che il giudice potrà agevolmente aggirare l'ostacolo formale, affermando per una valutazione di opportunità, contrariamente a quanto ritie-

(57) BERTONI, *La riforma*, cit., 1405 s.

ne, l'assenza di pericolosità del reo, ciò non potrà fare esplicitamente: per esempio se il giudice motivasse la concessione della sospensione condizionale nel senso che nonostante l'impossibilità di esprimere una prognosi favorevole il beneficio risulti opportuno perchè al fatto commesso non appare adeguata una reazione di tipo detentivo, incorrerebbe di certo — a nostro avviso — in un errore di diritto rilevabile in cassazione. Sotto questo aspetto, quindi, non sembra che possa prospettarsi una ipotesi di legalizzazione della politica penale giudiziaria perchè non appare autorizzato un sindacato dei valori normativi che automaticamente pone l'attività discrezionale al di fuori di ogni possibilità di controllo di diritto.

Il tema presenta peraltro dei risvolti di natura opposta a quello testè esaminato, perchè la notevole entità della pena che può essere sospesa nonchè la possibilità di reiterazione del beneficio ripropongono oggi in termini seri il problema se la prognosi favorevole sia l'unico criterio in base al quale concedere o negare la sospensione condizionale ovvero ne costituisca soltanto un limite inderogabile ⁽⁵⁸⁾. In altri termini, accertata la mancanza di pericolosità del reo, il giudice *può o deve* concedere oggi la sospensione?

Ammesso senz'altro che la ragion d'essere fondamentale dell'istituto è quella di evitare al reo l'espiazione di una *pena detentiva breve* che risulta non necessaria ed anzi dannosa per la società oltre che per il reo stesso, e cioè in contrasto con le esigenze di prevenzione speciale, il quesito è reso attuale proprio dalla considerazione che una pena vicina ai due anni (o a due anni e mezzo o a tre anni) di reclusione non si può definire *tout court* « breve » ⁽⁵⁹⁾.

Questa riflessione induce a ricordare che la sospensione condizionale, collegata alla prognosi di non pericolosità non solo

⁽⁵⁸⁾ In generale v. sul punto BARTULLI, *La sospensione condizionale della pena*, 1971, 118 ss.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. DOLCINI, *In tema di non menzione*, cit., 332 ss.

pone problemi di aderenza al principio retributivo ⁽⁶⁰⁾ ma può incidere negativamente anche in rapporto alla prevenzione generale ⁽⁶¹⁾, che trova nell'esecuzione della pena ben più che nella sola condanna la verifica e la riaffermazione concreta. Nè è a dire che questo aspetto non sia avvertito nella prassi: più spesso di quanto non risulti da motivazioni di comodo, molti giudici di merito, specie negli ultimi tempi, appaiono restii a concedere il beneficio agli autori di determinati reati ⁽⁶²⁾. Così, ad esempio, non si è ritenuto di concedere la sospensione della pena di cinque giorni di arresto « per l'opportunità che la sanzione, anche se mite, sia effettivamente scontata, dati i riflessi di allarme e pericolosità sociale che la sostanziale impunità dell'edilizia abusiva comporterebbe altrimenti » ⁽⁶³⁾.

A parte casi del genere, la cui soluzione appare difficilmente sostenibile sul piano giuridico ⁽⁶⁴⁾, il problema della presenza o dell'ingresso di criteri più complessi per la sospensione almeno delle pene comprese nella fascia più alta dovrebbe quanto meno porsi ⁽⁶⁵⁾. Senza voler minimamente pretendere di avanzare soluzioni che richiederebbero ben più ampia trattazione, ci

⁽⁶⁰⁾ Cfr. BETTIOL, *Diritto penale, parte generale*, 1976, 738 ss.

⁽⁶¹⁾ Riguardo al concetto di prevenzione generale occorrerebbe poter tenere ben distinte quelle che sono reali e oggettive esigenze di tutela dei beni giuridici connesse con lo strumento sanzionatorio, dai riflessi soggettivi quale « l'allarme sociale », dalla « esemplarità » ecc. Per una delimitazione del concetto di difesa dell'ordinamento (« Verteidigung der Rechtsordnung »), v. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1972, 628.

⁽⁶²⁾ Rileva il fenomeno BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: « fiore all'occhiello » della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, 378.

⁽⁶³⁾ Pretura di Pesaro, 13 ottobre 1976, est. Bardovagni, imp. Bolzano, *inedita*.

⁽⁶⁴⁾ V. Cass. 8 novembre 1952, *Giur. Cass. pen.*, 1952, 618.

⁽⁶⁵⁾ L'esigenza, com'è noto, è stata tenuta ben presente dal legislatore tedesco nella riforma dello StGB. L'attuale § 56, infatti, per la sospensione delle pene detentive al di sotto dei sei mesi si accontenta della sola prognosi di non pericolosità, per quelle comprese tra sei mesi ed un anno richiede inoltre l'assenza di esigenze di difesa dell'ordinamento, per le pene comprese tra uno e due anni la sospensione è legata al requisito ulteriore « di particolari circostanze attinenti al fatto e alla personalità dell'autore ».

sembra infatti che quanto più emerge la funzione sociale e non solo umanitaristica della sospensione condizionale, ossia quanto più si pone l'accento sul danno che deriva alla società e allo Stato dall'esecuzione edlle pene detentive, tanto più si è indotti a non considerare questo aspetto isolatamente ed a ricorrere invece ad una valutazione comparativa della pluralità degli interessi umani e sociali che possono essere coinvolti dalla sospensione condizionale di pene di una certa entità. In questa prospettiva, il potere discrezionale consisterebbe non solo nell'accertamento del presupposto di non pericolosità ma si estenderebbe al bilanciamento, in rapporto al caso concreto, quanto meno delle esigenze di prevenzione speciale con quelle di prevenzione generale connesse alla tutela dell'ordinamento.

Si tratterebbe anche in questo caso di una valutazione di politica penale del caso concreto, ma in una accezione questa volta accettabile, perchè l'esercizio del potere discrezionale, in un ambito che sfugge al legislatore, non proporrebbe affatto un giudizio sull'adeguatezza della legge ma postulerebbe anzi una particolare considerazione del caso concreto alla luce dell'ordinamento nel suo complesso e sotto questo aspetto sarebbe, almeno in teoria, motivabile e controllabile.

GABRIELE MOLTENI MASTAI FERRETTI

RAGIONE E IDEOLOGIA MARXISTA

Weber e Lukàcs e i problemi del metodo.

SOMMARIO: Parte prima: *Max Weber*. 1. Weber tra metodologia e filosofia. — 2. Il fondamento del sapere. — 3. « Validità » e « verità » del metodo. — 4. La funzione della scienza. — Parte seconda: *Gyorgy Lukàcs*. 5. I vincoli dell'ideologia in Lukàcs. — 6. Radici filosofiche. — 7. I « ricatti sociali » di Lukàcs. — 8. La dialettica del marxismo. — 9. Il marxismo come detentore della scienza. — Parte terza: *Le critiche di Lukàcs e l'apporto di Weber*. 10. Lukàcs e Weber. — 11. L'apporto weberiano.

PARTE PRIMA

1. Sulla scia di Merleau-Ponty, con tono cattivante si afferma che « tacitamente o esplicitamente si continua a vedere in Weber o comunque a prestargli un'implicazione speculativa di natura schiettamente filosofica: un filosofo che viene collocato sul piano di Rickert o di Windelband — la cosiddetta 'scuola bavarese', o di Heidelberg, della 'filosofia dei valori' — su quello di Dilthey o di Kant e di Hegel, e non manca chi si richiama persino a Platone » ⁽¹⁾.

Sganciare Weber dalla filosofia: è chiaro il tentativo di codesta interpretazione e si giustifica ampiamente sulla base dell'asserita autonomia della scienza sociale, della sociologia come disciplina del tutto indipendente. Così, per Ferrarotti l'intento di Weber consisterebbe precisamente nella fondazione dell'autonomia del giudizio sociologico ⁽²⁾.

Eppure — anche trascurando, per il momento, la questione dell'autonomia della sociologia — come avviare la comprensione di Weber al di fuori del contesto filosofico?

Che sia impossibile, molti lo riconoscono. Ma, nel difendere il rapporto fra Weber e la filosofia, si può anche andare oltre.

(1) F. FERRAROTTI, *Max Weber e il destino della ragione*, Bari 1965, p. 36.

(2) Ivi, p. 37.

Si assuma ad esempio il Weber metodologo. Le sue ricerche in questo campo non possono di certo essere ridotte alla pura elaborazione di una tecnica d'analisi; qualunque lettore non fatica a scorgere in esse preoccupazioni più vaste, tematiche globali, dai presupposti di validità del sapere scientifico alla stessa nozione di scienza.

Se le cose stanno così, è arduo negare che le intenzioni di Weber nel campo metodologico erano *lato sensu* filosofiche. Egli intendeva senza dubbio mediare scienza e filosofia, e il linguaggio di quest'ultima, oltre che il suo contesto, non potevano che risultargli pienamente congeniali.

Dire che « per Weber la metodologia è come un paio di scarpe: o serve per camminare o lo si butta via. Oggetto e metodo d'indagine appaiono inscindibili (...) nessuna dicotomia fra concetti analitici e teoria sostanziale » ⁽³⁾ significa affermare qualcosa di addirittura fuorviante.

In primo luogo, dallo stesso punto di vista logico, che il metodo sia concepibile solo in rapporto strumentale con il conoscere reale, non implica affatto che esso si identifichi con quest'ultimo.

In secondo luogo, Weber stesso (se non altro nel fondamentale saggio *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, del 1904) ha volto il suo interesse in maniera specifica ai problemi squisitamente formali del metodo da un canto, e all'approccio filosofico circa le condizioni e il valore del sapere scientifico dall'altro.

Infine, a rigore, di scienza sociale si può parlare solo in quanto essa includa un metodo.

Horkeimer e Adorno così esprimevano i rapporti fra scienza sociale e oggetto della ricerca empirica: « Il concetto di ri-

⁽³⁾ Ivi, p. 25. Sostanzialmente l'A. identifica la questione metodologica col problema del fondamento critico di una certa disciplina. Egli tende, come si dice nel testo, a sottovalutare l'elemento formale e filosofico che la riflessione di Weber presenta in certe sue opere.

cerca sociale empirica non definisce tanto un settore quanto piuttosto un metodo che si estende tendenzialmente a tutto l'ambito della ricerca sociologica... » ⁽⁴⁾. Orbene questo metodo costituisce l'elemento formale della ricerca sociologica, e ne è come tale distinto. Questo elemento formale non può non implicare per sua natura un contesto e una discussione schiettamente filosofiche nel senso pieno della parola.

Horkheimer e Adorno aggiungono, proprio sottolineando l'ineluttabilità di questo legame: « ... la sociologia, come dottrina della costituzione in società, è ancora oggi legata alla filosofia, dalla quale sorse, e senza che si possa vedere in questo un anacronismo: perchè la sociologia stessa non si lascia disegnare sul tronco dell'albero scientifico come un ramo fra tutti gli altri » ⁽⁵⁾.

2. A conferma della legittimità di questo recupero di Weber alla filosofia si deve considerare la sua intenzione di privilegiare, nel discorso scientifico, il « come » sul « che cosa », il metodo sul risultato ⁽⁶⁾; e oltre a questo, l'indubbio rilievo che egli concede alla ricerca sui presupposti del sapere, alla fondazione cioè di una vera e propria gnoseologia.

Con ciò — è palese — non si vuole affatto negare il predominio che nell'opera (e nella vita) di Max Weber hanno il politico e il sociale. Solo, si vuole qui affermare che non è que-

⁽⁴⁾ M. HORKHEIMER - TH. W. ADORNO, *Lezioni di sociologia*, Torino 1966 (5^a ed.), p. 133.

⁽⁵⁾ Ivi, p. 134. L'apice di questa sentenza in Adorno si colloca nella confluenza dell'itinerario critico, filosofico e sociologico, rappresentato dalla individuazione del rapporto fra arte e società, fra mimesi e razionalità, fra libertà e necessità: cfr. TH. W. ADORNO, *Teoria estetica* (ora a cura di G. Adorno e R. Tiedemann), Torino 1978.

⁽⁶⁾ Il che corrisponde a tutto il corso del pensiero filosofico-scientifico post-rinascimentale. Cfr. il passo di Descartes in *Oeuvr. Compl.* X, 458: « quae omnia distinguimus, nos qui rerum cognitionem evidentem et distinctam quaerimus, non autem Logistae, qui contenti sunt, si occurrat illis summa quaesita, etiamsi non animadvertant quomodo eadem dependeat ex datis, in quo tamen una scientia proprie consistit ». Ma è chiaro che la questione merita un discorso assai più ampio.

sta una ragione per occultare il ruolo della filosofia in Weber, e l'esistenza di una stessa filosofia weberiana.

Del resto, si capisce Weber solo sulla base della sua fede nella ragione, quella che gli permette di esorcizzare lo scandalo di ciò che razionale invece non è; e si vorrà allora concedere che ciò gli imponesse uno scrupoloso, generale esame dello strumento conoscitivo scientifico.

Il che rientra poi nella più pura tradizione filosofica tedesca: non è infatti allo stesso modo che Kant — all'indomani delle burrasche illuministiche — ritentò *ex novo* e radicalmente un nuovo approccio alla formalità del sapere?

Il paragone non è del tutto arbitrario, dal momento che si può trovare al tempo di Weber un *précis* *pendant* delle burrasche illuministiche: e cioè il vittorioso esordio del socialismo marxista, ultima veste della dialettica sociale dello stesso illuminismo.

Come Kant, Weber ha bisogno di ritrovare un piedistallo più sicuro al sapere, poichè quello ricevuto pare privato della sua saldezza razionale, e su tutti i campi del sapere pare diffondersi una pesante incertezza. Ideologie distruttive, dogmatiche, irrazionali costituiscono lo stimolo per cui Weber è spinto di nuovo a fare (dichiaratamente o no) di una metodologia una gnoseologia.

Parallelamente un Gyorgy Lukàcs (di cui diremo qualcosa più avanti) tentava di fondare un'opposta via al razionale, tesa a ricercare la totalità non nella ricerca indefinita e incontrollata, bensì in un sistema precostituito. Tentativo del tutto fallace, ma che indicava in qualche modo la carenza della nozione di « totalità » in Weber. « Già la più vecchia sociologia di tipo weberiano, dove l'ampiezza per gli interessi della materia si congiungeva pure a un intenso sforzo teoretico, rivelava la sua debolezza di fronte al problema della totalità: ed è caratteristica della stretta ideale in cui essa venne a trovarsi il tentativo di sollevarsi al di sopra della cieca fattualità mercé con-

cetti come quelli del tipo ideale, che essa poi, non potendo superare i suoi presupposti intimamente positivistici, era condotta a risolvere a loro volta in mera fattualità » (7).

3. In questo campo vi è, ammonisce Weber, « l'intrico senza fine dei problemi metodico-concettuali, che rimangono sempre in vita nel campo delle scienze della cultura » (8). Si tratta delle domande circa la validità dei giudizi di valore, e circa il senso stesso della « validità » oggettiva del sapere.

È interessante che Weber preferisca usare il termine 'validità', piuttosto che quello 'verità'. Non si tratta di una pura questione verbale.

Weber infatti (e con lui tanta parte della filosofia contemporanea) vede nella 'verità' l'assoluto da cui intende invece rifuggire; e preferisce l'uso di un termine come 'validità' che possiede a rigore un'accezione giuridica, sia pure in senso improprio: esso invero giunge quasi sino a identificarsi con 'vigore'.

Perciò 'validità oggettiva' suona quasi come oggi 'consenso reale': un consenso non tanto soggettivo, quanto oggettivo, sociale. È il riconoscimento sociale che offre validità.

È istruttivo riferire questo paradosso weberiano: « una dimostrazione scientifica corretta nel campo delle scienze sociali, condotta in forma metodica, deve essere riconosciuta come giusta, allorchè essa abbia realmente conseguito il proprio scopo, anche da un cinese ». La frase può avere un significato banale, ma acquista più senso ove la si ricomponga a una nozione di 'validità sociale' come da noi accennata.

(7) HORKHEIMER-ADORNO, cit., p. 135; l'asserzione di questi autori per cui il 'tipo ideale' di Weber si risolve in ultima analisi in « mera fattualità » rimane comunque ampiamente indimostrata. Al contrario, la pagina weberiana cui essi rinviano riafferma rigorosamente, dal suo punto di vista, il carattere propriamente 'tipico ideale' del sistema marxiano.

(8) MAX WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, ed. it., Torino 1961, p. 125

Weber dunque sostituisce alla verità tradizionale (quella che per Tommaso è l'equazione fra l'affermazione e il suo oggetto ⁽⁹⁾) la validità oggettiva fornita dall'universalità della comunità sociale; a patto, è chiaro, che sia meticolosamente rispettato il metodo correttamente stabilito e fondato; in altri termini ove manchi l'errore (o 'l'invalido', a voler rispettare la simmetria).

L'assolutezza dell'affermazione sparisce, e viene sostituita da una soggettività 'universale': ancora una volta c'è un'analogia profonda col sistema kantiano, dal momento che questa soggettività universale non è altro che il momento trascendentale delle categorie della ricerca scientifica.

Comunque, oltre questo punto Weber non procede. Egli non varca i confini di questa soggettività universale. A un certo punto egli arriva a chiedersi che cosa significhi parlare di 'verità oggettivamente valide', anche sul terreno sociologico, ma la sua stessa risposta è elusiva: «È una questione che, in considerazione del continuo mutare e della lotta accanita che investe anche i problemi apparentemente più elementari della nostra disciplina, il metodo del suo lavoro, il modo di formazione dei suoi concetti e la loro validità, non può essere evitata. Noi vogliamo quindi non già offrire delle soluzioni, ma piuttosto porre in luce dei problemi...» ⁽¹⁰⁾. E, di fatto, una soluzione della questione Weber non offrirà mai.

4. Ma questo non significa che la riflessione di Weber sulla scienza come attività umana non abbia portato frutti. Una lunga citazione di Weber metodologo può essere, in proposito, utile:

«La validità oggettiva di ogni sapere empirico poggia sul fatto, e soltanto sul fatto, che la realtà data viene ordinata se-

⁽⁹⁾ *Summa contra Gentiles*, I, 49, 1. Cfr. le osservazioni di J. DE MAISTRE, *Le serate di Pietroburgo*, Milano 1971, p. 113 e p. 145.

⁽¹⁰⁾ *Il metodo*, cit., p. 56.

condo categorie che sono 'soggettive' in senso specifico, in quanto cioè rappresentano il 'presupposto' della nostra conoscenza, e che sono vincolate al presupposto del 'valore' di quella verità che il sapere empirico soltanto può darci. A colui che non consideri fornita di valore questa verità — e la fede nel valore della verità scientifica è infatti prodotto di determinate culture, e non già qualcosa di dato naturalmente — non abbiamo nulla da offrire con i mezzi della nostra scienza (...). La possibilità di una conoscenza fornita di senso appare vincolata al costante impiego di punti di vista di carattere specifico, i quali da parte loro possono essere empiricamente constatati (...) ma 'non già' fondati validamente in base al materiale empirico» ⁽¹¹⁾.

È chiaro che qui Weber parla delle condizioni universali del sapere, per cui l'empirico, organizzato categorialmente, diviene il conosciuto, lo scientifico. Ma questa trascendentalità del sapere non è di certo il punto originale della speculazione weberiana.

Piuttosto, è estremamente interessante l'altra considerazione contenuta nel brano, secondo la quale proprio quest'attività, la scienza, che procede 'avalutativamente' costituisce, essa stessa, un valore. E, costituendo un valore, essa può essere riconosciuta o rifiutata, accettata o ignorata solo in virtù di una scelta previa che, dice Weber, è un 'presupposto' che in nessun modo potrà trovare un puntello o una 'dimostrazione' nel dato empirico. La fede nella scienza è dunque il prodotto di una cultura determinata, non è un dato naturale.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 134. Importante in Weber la tematica del « punto di vista ». Infatti è tale l'avvio di una ricerca, che sceglie un'individuazione nella gamma infinita delle possibilità (ivi, p. 84); d'altro canto, in un dato momento, solo una certa parte dell'infinità degli oggetti possibili ha *stricto sensu* un significato (ivi, p. 92); se ne conclude appunto che « ogni conoscenza della realtà culturale è sempre... una conoscenza da particolari 'punti di vista' » (ivi, p. 97). Weber rigetta l'ingenua concezione degli « specialisti » per cui sarebbe la materia stessa a suggerire il 'punto di vista'.

La scienza deve operare, secondo Weber, prescindendo dai valori e conformandosi correttamente alle categorie formali del conoscere; questo è noto. Ma alla domanda: « qual è il valore della scienza »? Weber risponde, come abbiamo visto, « è la scienza che costituisce il valore » ⁽¹²⁾.

Si può andare ancora oltre, e dire che la scienza è un valore che scegliamo solo in quanto è utile, che insomma è un semplice strumento? Tale infatti è il corso del pensiero postri-nascimentale.

Bisogna ammettere che molto in Weber potrebbe suffragare questa conclusione. Pigliamo ad esempio l'analisi che egli fa della « scienza » della giurisprudenza. « Essa » scrive « stabilisce ciò che è valido secondo le regole del pensiero giuridico, in parte imperativamente logico e in parte vincolato da schemi convenzionali; vale a dire, stabilisce se sono riconosciute obbligatorie determinate regole giuridiche e determinati metodi per la loro interpretazione. Non decide se debba esservi il diritto e se debbano essere formulate proprio quelle regole: questo soltanto essa può indicare: se si vuol conseguire un risultato, il mezzo per raggiungerlo ci è dato da qualche regola giuridica, secondo le norme del nostro pensiero giuridico ».

Come si vede la scienza tende qui a scivolare verso la tecnica, verso la combinazione logica di osservazione e probabilità.

Di nuovo, il « come » è privilegiato sul « che cosa ».

Ciò che si studia e, di più, il fatto stesso di studiare, sono valori che nessuna tecnica d'organizzazione di dati può dimostrare o qualificare.

Questo significa chiaramente il rifiuto di dare alla scienza una qualsiasi funzione di direttiva, di indicare delle scelte di valori. La scienza può solo considerare 'criticamente' i valori cioè analizzarli o anatomizzarli, ma mai qualificarli o privilegiarli

(12) Ivi, p. 134.

reciprocamente ⁽¹³⁾. Del resto, è questo il punto del pensiero weberiano che più è stato divulgato. Per Weber la scienza mostra all'individuo quello che egli 'può' e in certi casi 'vuole' fare, ma mai quello che egli 'deve' fare ⁽¹⁴⁾.

Non che il valore e l'empirico costituiscano due mondi distinti (quasi fossero spirito e materia): bensì essi costituiscono l'unica realtà che può essere sussunta e considerata da due diversi 'punti di vista', espressione tipicamente weberiana ⁽¹⁵⁾.

Alla luce di siffatta dottrina la pretesa totalitaria della scienza, dopo le trionfali speranze dell'ottocento, subisce duri attacchi. E Weber non ha remore nell'affermare che il destino di un'epoca di cultura « che ha mangiato dall'albero della conoscenza è quello di sapere che noi non possiamo cogliere il 'senso' del divenire cosmico in base al risultato della sua investigazione, per quanto perfettamente accertato esso sia, ma che dobbiamo essere in grado di crearlo, e che di conseguenza le 'intuizioni del mondo' non possono mai essere prodotto del sapere empirico nel suo progredire, mentre gli ideali supremi, che ci muovono nella maniera più potente, si sono formati in tutte le età solo nella lotta con altri ideali, che ad altri sono sacri come a noi i nostri » ⁽¹⁶⁾.

Questo generoso proposito di Weber di ridurre la scienza entro i limiti suoi propri balza fuori, è bene notarlo, proprio mentre, con significativa coincidenza, il tentativo opposto di far passare un progetto totalitario sotto i manti e il prestigio della scienza si stava svolgendo ad opera del grande anti-Weber, Gyorgy Lukàcs.

Weber, che alla scienza aveva consacrata la propria vita (e lui stesso lo dice con toni a volte patetici), rimase invece fedele a quella visione di una scienza che preferisce creare il

⁽¹³⁾ Ivi, p. 61.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*

⁽¹⁵⁾ Cfr. n. 10.

⁽¹⁶⁾ *Il Metodo*, cit., p. 64 s.

problema piuttosto che la ricetta già pronta ⁽¹⁷⁾, e che di fronte agli sconfinamenti totalitari delle ideologie riafferma la fiducia in quelli che sono, allo stesso tempo, i limiti e la grandezza della scienza autentica.

PARTE SECONDA

5. Di non facile individuazione e comunque pressochè ignorato è il momento dei rapporti fra scienza e ideologia in Gyorgy Lukàcs.

Sin dall'inizio di *Storia e coscienza di classe* egli afferma che quello che fa vibrare in modo principale il suo interesse è il discorso sul 'metodo'. Ma non vi è nulla di comune con quel 'primo passo epistemologico' che si è analizzato al centro della fondazione teorica weberiana; per Lukàcs il metodo esiste già così come già esistono la prassi e la teoria del movimento comunista, a cui quello deve applicarsi.

Quale che sia il personale apporto lukacsiano, la preoccupazione iniziale è di avvertire che egli « è d'accordo... anche in rapporto ai contenuti concreti » con quell'ideologia ⁽¹⁸⁾. *L'ortodossia* è fuori discussione, anzi Lukàcs dedica qualche energia a dissipare l'alone negativo da cui questa espressione è circondata. Gli scritti di Lenin sono 'metodologicamente' decisivi ⁽¹⁹⁾. Il metodo marxiano è onnipresente, e la « convin-

⁽¹⁷⁾ Ivi, p. 56.

⁽¹⁸⁾ G. LUKÀCS, *Storia e coscienza di classe*, Milano 1974, 5ª ed., p. XLVI dell'introd. del 1922.

⁽¹⁹⁾ *Ibid.* Quest'affermazione è drammaticamente ironica alla luce dell'autocritica del 1967, in cui la 'difesa' di Lukàcs deve consistere nella sua non conoscenza, all'epoca, degli scritti di Lenin; per far questo ricorre a salti mortali, come ad esempio a p. XIX dell'ed. cit.: « Ciò che in me era un'intenzione soggettiva e in Lenin invece il risultato di un'analisi autenticamente marxista di un movimento pratico all'interno della totalità della società, divenne nella mia esposizione un risultato puramente spirituale e quindi qualcosa di essenzialmente contemplativo ecc. ». Qui ogni parola ha il senso di una tragedia intellettuale volontaria: la diffamazione contro se stesso assume i contorni grotteschi della parodia più

zione di fondo » di *Storia e coscienza di classe* consiste nel « comprendere e applicare correttamente il metodo marxiano nella sua essenza, senza pensare per questo che esso debba essere 'migliorato' in un senso qualsiasi » ⁽²⁰⁾.

La cortina di cautele ideologiche è invero impressionante, specie in un'opera come questa, da molti considerata « eretica »; e naturalmente sarebbe ingeneroso fare dell'ironia ricordando che tale la considererà anche l'autore, nella celeberrima prefazione del 1967 ⁽²¹⁾.

Se una « polemica » con il pensiero di Engels è chiaramente presente, tuttavia essa avviene nello spirito del sistema complessivo, e anzi la prudenza verbale è somma: « Se in alcuni passi » scrive Lukács « si polemizza qui contro alcuni giudizi di Engels, ciò avviene nello spirito del sistema complessivo, come ogni lettore comprensivo non può non notare: prendendo le mosse dall'idea — vera o falsa che sia — che l'autore sostiene, in questi punti particolari, anche contro Engels, il punto di vista del marxismo ortodosso » ⁽²²⁾.

umiliante. Insomma: la stessa idea (si tratta della coscienza di classe) in bocca a Lenin è giusta, in bocca a Lukács è sbagliata. E a affermarlo non è, come sarebbe ancora naturale, Lenin, bensì lo stesso Lukács. Secondo quest'ultimo, dunque, perchè un'opinione non sia « spirituale », « contemplativa » (il che pare corrispondere a un'accusa infamante) essa deve possedere questi requisiti: a) deve « sgorgare da un movimento pratico »; b) deve stare « all'interno della totalità della società » (?). Era più semplice dire che solo i capipopolo possono filosofare. Nessuna ideologia era mai riuscita a imporre simili squallidi minuetti, così come è riuscita l'ideologia che doveva « liberare le coscienze ». È da aggiungere che secondo N. M. DE FEO (*Weber e Lukács*, Bari 1971, p. 130) si era in un'epoca in cui « oggettivamente i rapporti di produzione borghese impedivano a Lukács, in quanto 'intellettuale universitario' di conoscere compiutamente Marx e Lenin ». Il livello intellettuale di quest'affermazione è pari a quella sopra discussa, e non merita commento. Sulla *koiné* ideologica che genera questi fenomeni cfr. l'eccellente studio di A. PRANDI, *La storia mistificata*, in *Studi Cattolici* 202 (dicembre 1977) pp. 744-751. Più in generale: Q. PRINCIPE, *I fondamenti dell'ideologia in Italia*, in *Manuale di idee per la scuola*, Milano 1977, testo la cui appassionata impostazione sembra convenire alla comprensione appunto della stessa *koiné*.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. XLVII

⁽²¹⁾ Nell'ed. italiana cit. Cfr. n. 38

⁽²²⁾ Ivi, p. XLVII.

Insomma, con Marx è stato scoperto il « giusto metodo per la conoscenza della società e della storia. Il contrasto con la libera ricerca weberiana è abissale. Ma allora come si giustifica l'opera di Lukàcs?

Con l'esigenza, egli scrive, di applicare il metodo a se stesso, di sviluppare l'ideologia sui canali originali.

A questo punto non richiede una lunga dimostrazione l'affermare che il metodo, e l'ideologia che ne discende, sono divenuti un universale, una forma di pensiero eterna. Solo piccole correzioni sono ormai lecite, e le stesse questioni teoriche vanno affrontate « in mezzo al lavoro del partito » ⁽²³⁾.

6. Con *Storia e coscienza di classe*, insomma assistiamo a una poderosa opera di esegesi ideologica. Si tratta solo di « acquisire la consapevolezza intorno al pensiero di Marx, di mettere in giusta luce la sua infinita fecondità per la soluzione di problemi altrimenti insolubili » ⁽²⁴⁾. Il metodo, naturalmente, è quello dialettico, cioè quel metodo che, nella sua essenza, è definibile come la soppressione dell'unilateralità dei concetti.

Comincia così ad apparire quella linea Hegel-Marx che a questo « marxista che leggeva Marx con sguardo hegeliano ed Hegel con sguardo marxista » conferisce una cattivante originalità, tuttavia rischiosa poichè il saggista ungherese « dovette difendersi dal cadere nell'idealismo, e affaticarsi per non ripetere il marxismo » ⁽²⁵⁾.

Non si forzano troppo le cose se la si oppone all'altra linea, Kant-Schopenhauer alla cui estremità si colloca il filosofare di Max Weber ⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Ivi, p. XLV. Si tratta di un'affermazione logicamente assurda, che l'uso costante e dominante ha però reso accettabile.

⁽²⁴⁾ Ivi, p. XLVIII.

⁽²⁵⁾ Così A. SACCÀ, *Due opere di G. Lukàcs*, in *L'Osservatore Romano*, 9 febbraio 1978, p. 4.

⁽²⁶⁾ Lukàcs « confuta » Schopenhauer affermando (ivi, p. LII) che egli è « incapace di comprendere il metodo dialettico », e soprattutto in quanto le sue cri-

I solchi che separano Weber e Lukàcs hanno infatti radici filosoficamente e culturalmente profonde, alle quali si accennerà ancora più avanti.

Qui però occorre dire come la preoccupazione weberiana fosse la fondazione di un sapere 'critico'. Al contrario per Lukàcs quest'esigenza appare errata nei confronti del 'sistema ortodosso'. Un testo di *Storia e coscienza di classe* è illuminante in proposito. In esso si dice esplicitamente che «ogni tentativo di approfondire criticamente il metodo dialettico conduce necessariamente a un appiattimento» ⁽²⁷⁾.

7. Insomma, sul terreno metodologico un esame sereno del pensiero di Weber e di quello di Lukàcs mostra il secondo come drammaticamente impaniato nei lacci dell'*ortodossia*. Maggiore sensibilità egli rivela, tuttavia, su alcuni punti particolari del rapporto metodologico fra scienza e società.

Poichè non si hanno in questa sede pretese di completezza, bensì solo di evidenziazione di talune ma essenziali linee conduttrici, è opportuno richiamare esempi significativi.

Pigliamo la questione del rapporto fra l'osservatore e l'oggetto della ricerca, la materia di studio, i «fatti», come dice Lukàcs.

Per lo scrittore ungherese i fatti sono «gli idoli ai quali l'intera letteratura revisionistica offre sacrifici» ⁽²⁸⁾. Egli si prova di negare che possa esistere una 'fattualità' come tale distinta e distinguibile da chi la definisce, perlappunto, come fattualità.

Scrive ancora Lukàcs (e si noti come queste considerazioni diverranno dagli anni successivi fino a oggi del tutto vulgate e dominanti: segno chiaro del successo di un'ideologia):

tiche a Hegel sono *in realtà* «fenomeni storico-sociali». Cfr. quanto diremo nel testo a proposito dell'analogo trattamento cui Lukàcs sottoporrà Weber.

⁽²⁷⁾ *Storia*, cit., p. 5.

⁽²⁸⁾ *Ivi*, p. 7.

« Esso (cioè l'empirismo più 'ottuso' NdR) non si rende conto che l'enumerazione più semplice, la catalogazione di fatti più scarna di commenti è già una 'interpretazione': che già fin d'ora i fatti sono appresi a partire da una teoria, secondo un metodo, sono stati strappati al contesto di una teoria » ⁽²⁹⁾.

In altri termini la scelta dell'oggetto di studio non è qualcosa di puramente esteriore, ma costituisce in un determinato modo l'oggetto stesso, che trova la sua natura specifica solo in rapporto al ricercatore.

Tuttavia a questa concezione si potrebbe, weberianamente, opporre la considerazione per cui, una volta riconosciuta l'ambigua e incerta genesi di quello spicchio del reale che è il « fatto », nulla può essere a lui sostituito nella funzione di « controllo » della ricerca empirica. Cioè, ogni costruzione ideologica, ad esempio quelle che il metodo dialettico e materialistico genera, deve essere verificata sul dato empirico, deve trovare in esso una conferma essenziale, se vuole presentarsi come 'reale'.

Ma la pretesa di sottoporre a un controllo fattuale le forzate costruzioni del metodo dialettico irrita Lukàcs, la cui reazione è assai istruttiva. « Ciò che colpisce a prima vista » scrive « in un metodo di questo genere è il fatto che lo stesso sviluppo capitalistico tende a produrre uno sviluppo della società che asseconda ampiamente una simile impostazione di pensiero » ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ *Ibid.*

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 8. Si tratta qui — come diciamo nel testo — di una sorta di 'ricatto sociale' intorno alla genesi storica del pensiero, che è la caratteristica dominante del marxismo. Il culto del 'contesto storico' lo ha ormai reso imperante, ma i suoi fondamenti sono debolissimi. Un esempio può chiarire. La geometria ci è giunta dagli Egizi, e si è detto che essi l'hanno 'scoperta' per le necessità d'irrigazione del delta del Nilo. Ma, osserva Mircea Eliade (*Témoignages*, 1951) « non si vede bene come il fatto della scoperta delle prime leggi geometriche, dovute alle necessità empiriche dell'organizzazione, possa avere un'importanza qualunque nella validazione o invalidazione di queste leggi ». Il ricatto sociale giova perlopiù a esorcizzare i corretti criteri di vero/falso in favore dei monopoli ideologici dominanti.

Il punto è molto importante, perchè qui si inaugura quel tipo di « ricatto sociale » (del resto tutt'altro che scoperto da Lukàcs) che tanta 'fortuna' avrà negli anni successivi. In luogo della confutazione, in luogo del criterio vero/falso, l'origine sociale di un pensiero o di un pensatore diviene sufficiente a inficiarne ogni rilievo, a toglierlo di mezzo. Etichetta come: « pensiero borghese », « pensiero d'origine capitalistica » divengono così criteri e valutazioni filosofiche.

Naturalmente a questo trattamento tutto viene sottoposto, salvo lo stesso metodo dialettico, e gli ideologi che lo diffondono.

Anzi Lukàcs rischia di andare troppo oltre in questa discriminazione (e per tutta la vita ne pagherà duramente le conseguenze).

Infatti egli sottrae il metodo dialettico a quei ricatti sociali, di cui si è parlato, fino quasi al punto da 'spiritualizzarlo', da 'eternizzarlo', da sottrarlo a ogni vicenda storica. Quel metodo, egli sostiene, serve a cogliere l'assenza dietro l'apparenza ⁽³¹⁾ ma a parte il fatto che quello è un proposito tutto sommato piuttosto diffuso, egli giunge a identificare l'assenza con degli astratti e imperituri modelli ⁽³²⁾.

Così la critica di Lukàcs alla scienza, al suo culto dei fatti, alle angustie del suo specialismo, critica a cui è impossibile negare un eccellente fondamento, si risolve però non già in soluzioni critiche alternative, bensì nella fondazione di un mito di una scienza, quella marxiana, non infetta dalle contaminazioni della materia e dell'apparenza, e, paradossalmente, tutta volta alla contemplazione, o alla parodia di una contemplazione, dell'essenza.

8. Già nel *Capitale*, del resto, Marx dice che « se l'essenza delle cose e la loro forma fenomenica coincidessero direttamente » la scienza risulterebbe superflua ⁽³³⁾.

(31) *Storia*, cit. p. 8.

(32) Cfr. *supra*, circa le accuse a Lukàcs di 'idealismo'.

(33) K. MARX, *Il capitale*, Roma 1951, III, 3, p. 228.



Per scienza, è chiaro, Lukàcs intenderà il metodo dialettico. Ma, come abbiamo accennato, l'aporia è proprio in questa identificazione che egli intende spacciare come scontata.

Di fatto ogni scienza, ogni metodologia distingue e pone in contraddizione apparenza e realtà, fenomeno e essenza. Secondo Lukàcs, al contrario solo il *Capitale* e la dialettica marxiana, hanno colto questo sdoppiamento connaturato e inevitabile nel sistema capitalistico ⁽³⁴⁾. Anzi, da cui deriverebbero le difficoltà di lettura dello stesso sommo libro di Marx. « Proprio qui » asserisce il pensatore ungherese « la struttura concettuale interna del Capitale presenta le maggiori difficoltà per i lettori superficiali, che sono acriticamente prigionieri delle forme di pensiero dello sviluppo capitalistico. Infatti l'esposizione spinge proprio il carattere capitalistico di tutte le forme economiche alle sue punte più estreme, crea un *milieu* concettuale in cui queste forme si sviluppano in tutta la loro purezza, mentre la società viene descritta come 'corrispondente alla teoria', quindi interamente attraversata dal capitale e costituita soltanto di capitalisti e proletari. D'altro lato, non appena questa impostazione produce qualche risultato, non appena questo mondo fenomenico sembra coagularsi nella teoria, il risultato così ottenuto viene dissolto come mera apparenza, come riflesso rovesciato di rapporti rovesciati, riflesso che è soltanto 'l'espressione cosciente del movimento apparente' » ⁽³⁵⁾.

Insomma, il metodo dialettico consisterebbe in questo doppio pedale: l'alternarsi continuo della forma apparente (quella della vita quotidiana) e l'essenza celata (quella teorica). Ma, come sopra accennavamo, manca qualsiasi dimostrazione del fatto che a questo risultato non possa arrivare una qualunque indagine conoscitiva.

In realtà, tuttavia, c'è un fraintendimento assai più profondo. Esso consiste precisamente nel postulare che, dal mo-

⁽³⁴⁾ *Storia*, cit. p. 11.

⁽³⁵⁾ *Ivi*, pp. 11-12.

mento che si ha a che fare con un mondo che si sdoppia in apparenza e realtà, occorra di conseguenza una metodologia altrettanto « sdoppiata »: cioè a dire « dialettica ».

Questo postulato è un dogma dell'ideologia marxista classica. Valga per tutti Henri Lefebvre in *Qu'est-ce que la dialectique* ⁽³⁶⁾: « Poichè questo mondo è lacerato da contraddizioni, solo la dialettica (che ammette la contraddizione) permette di coglierlo nel suo insieme e di trovarne il senso e la direzione ».

Ma benchè postulato, questo dogma non ha alcunchè di reale. Non si può in proposito che parafrasare la perfetta, magistrale replica di Julien Benda, il quale, nella prefazione alla nuova edizione della *Trahison des clercs* chiaramente rileva che « poichè il mondo è contraddizione, l'idea del mondo deve essere contraddittoria: l'idea di una cosa deve essere della stessa natura di questa cosa; l'idea del blu deve esser blu, ecc. » ⁽³⁷⁾.

Occorre invece rispondere, secondo Benda, che la contraddizione è una cosa, l'idea di contraddizione è un'altra, che non è una contraddizione. « Ma va sottolineata » scrive « in uomini cosiddetti di pensiero, questa incredibile confusione fra la cosa e l'idea, confusione che, se involontaria, dimostra una notevole carenza intellettuale e, se volontaria (cosa che sono incline a credere), testimonia una notevole mancanza di onestà » ⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ NRF, oct. 1933.

⁽³⁷⁾ *La Trahison des clercs*, nella recente ed. it., Torino 1975, p. 27.

⁽³⁸⁾ *Ibid.* Le pagine di Benda sono indubbiamente definitive: contro Engels, Lenin, Lukàcs stesso, Stalin 'filosofò', secondo i quali la 'metafisica' ha a che fare con oggetti « fissi e statici », mentre la dialettica si muove fra oggetti « mobili e fluidi ». La confutazione di Benda è perentoria (ivi, p. 29): « Il materialismo dialettico rinnega la ragione anche per il fatto che intende concepire il cambiamento non come una successione di posizioni fisse, nonchè infinitamente vicine, ma come 'un'incessante mobilità' che ignora ogni fissità: o anche, per usare le sue etichette, come un puro 'dinamismo', indenne da ogni 'staticismo'... Ora simile atteggiamento decreta la formale abiura della ragione, visto che è proprio della ragione

9. E tuttavia c'è un altro 'monopolio' che egli riserva al solo metodo dialettico, con cui Lukàcs tenta di escludere la scienza al marxismo. Si tratta del cosiddetto piano della « globalità », o della « totalità concreta ». Solo il metodo dialettico, come s'è detto, coglierebbe tale totalità concreta, in quanto solo esso assume adeguatamente la contraddizione, non già sciogliendola nel discorso riflessivo nelle sue opposte componenti, bensì riproducendola fedelmente, come tale. Impresa disperata, e prima ancora falsa, secondo le argomentazioni sopra riferite di Julien Benda (per cui, di nuovo, la contraddizione della realtà è invero in una corretta teorizzazione fissata in due poli opposti che, per quanto sfumati fra di loro siano, non possono coincidere come vorrebbe l'elementare definizione di Lenin della dialettica: « coincidenza degli opposti »).

Ma può essere illusorio opporre l'errore logico alla concezione lukacsiana. Il suo sistema è infatti meta-logico; non già nel senso improponibile per cui esso andrebbe « oltre » la logica formale, aristotelica, bensì nel senso assai più realistico per cui esso ne prescinde ad opera di scelte di valore che condizionano sin dall'avvio il suo studio.

A rigore, una di queste scelte di valore è precisamente quella « ortodossia » su cui insistevamo in una delle pagine precedenti.

immobilizzare le cose di cui si tratta, almeno finchè se ne tratta, mentre un puro divenire, che per la sua essenza esclude ogni identità con se stesso, può essere oggetto di un'adesione mistica, ma non di un'attività razionale. Del resto i nostri 'dialettici', nella misura in cui dicono qualcosa, parlano appunto di cose fisse: parlano del sistema patriarcale, del sistema feudale, del sistema capitalistico, del sistema comunista, come di cose simili a se stesse, almeno nella misura in cui ne parlano ... Il materialismo dialettico, che pretende di essere nel divenire in quanto negazione di ogni realtà identica a se stessa, anche per pochissimo tempo, vuole essere essenzialmente nella contraddizione, e quindi essenzialmente, checchè se ne dica, nell'antirazionale ». Del resto, come ancora nota Benda, una siffatta furia del dinamico non ha sinora prodotto una sola conoscenza che non sia un mero sospiro d'anime affrante. Rilievi simili muove alla 'dialettica' F. OCARIZ, *Il marxismo - ideologia della rivoluzione*, ed. it. a cura F. Daverio, Milano 1977.

Così, anche nel pieno sviluppo delle premesse di *Storia e coscienza di classe*, quando si afferma che la « dialettica » non può non rivolgersi e non applicarsi a qualsiasi società reale e dunque anche alla 'società comunista' quale sarà fondata, si ha però subito cura di riaffermare il valore difeso meta-logicamente: « Il materialismo storico può e deve certamente essere applicato a se stesso: eppure quest'applicazione non conduce per nulla a un pieno relativismo, alla conseguenza che il materialismo storico non rappresenta il giusto metodo storico » ⁽³⁹⁾. Il che non significa altro che postulare quel metodo — che nega i valori assoluti — come valore assoluto. Il sistema lukaesiano si conferma compiutamente meta-logico nel senso da noi indicato.

Allo stesso modo accade per quanto riguarda la nozione di 'totalità concreta', che indica la giusta preoccupazione di conservare contro ogni specialismo una prospettiva globale, ma che nel sistema viene assolutizzata al punto che nulla è valido come risultato se non assunto in quella stessa categoria della totalità concreta e poichè deputato a cogliere la totalità concreta è solo il materialismo storico e dialettico, basterà unire sillogisticamente tutto ciò perchè si serri il circolo vizioso del sistema, e si dimostri il suo monopolio sulla scienza.

Del resto, il testo di Lukàcs non lascia dubbi: « Qui appare l'importanza decisiva della considerazione dialettica della totalità. Infatti è senz'altro possibile che qualcuno conosca e descriva un certo evento storico in modo sostanzialmente corretto, senza per questo essere in grado di cogliere ciò che questo evento è nella sua realtà effettiva, nella sua funzione reale nell'intero storico cui appartiene; quindi senza comprenderlo nell'unità del processo storico » ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ *Storia*, cit. pp. 283-284.

⁽⁴⁰⁾ *Ivi*, p. 17. Cfr. da ultimo le osservazioni di Luigi Clavell, in L. CLAVELL-J. L. R. SANCHEZ DE ALVA, *Gyorgy Lukàcs*, L'Aquila 1977.

Questa sentenza di Lukàcs pone sul tappeto un discorso sul metodo e una

La pretesa meta-logica al monopolio della scienza da parte dell'ideologia non potrebbe forse trovare conferma più impressionante di questa.

PARTE TERZA

10. Le brevi considerazioni che precedono permettono forse di cogliere talune radicali opposizioni fra le due « filosofie » di Lukàcs e di Weber. Entrambi, nella fondazione di un « metodo », rincorrono una possibilità razionale di approccio scientifico alla realtà sociale. Senza dubbio non vi sarà bisogno di insistere troppo sulla loro antitesi. Quello che in Weber è, dichiaratamente, 'apertura', rifiuto del risultato preconstituito, possibilità di autocorrezione del metodo medesimo diviene in Lukàcs ossequio al sistema, di fronte al quale scompare, in ultima analisi, la stessa empiria o 'prassi'.

Paradossalmente, l'estrema ortodossia di Lukàcs si converte però in 'eresia', giacchè assolutizza un pensiero che ha come dogma la negazione dell'assoluto stesso. Di certo, i censori sovietici del sistema, e lo stesso Lukàcs nell'umiliante sede dell'autocritica, si resero in parte conto di questo esito allorchè definirono 'idealista' un'opera come *Storia e coscienza di classe*.

Ma probabilmente sarebbe poco fruttuoso insistere sulla strada di questo raffronto.

Piuttosto, poichè i rapporti fra Lukàcs e Weber si arricchiscono della dura polemica (postuma) del primo col secondo, può essere istruttivo seguire alcune tappe di questa vicenda.

prassi di indagine della realtà a cui fa riscontro, con quale emozione e preoccupazione anche se con difformi obiettivi, la più nuova impostazione dello studio del diritto e della realtà canonica.

Perchè quest'ultimo vada oltre le apparenze occorre l'intervento di una sensibilità che è propria di colui che è *intus* la Chiesa e che, per usare le parole di Lukàcs, può andare oltre la descrizione « in modo sostanzialmente corretto » per « cogliere ... la realtà effettiva ». Tutto ciò in G. MOLteni MASTAI FERRETTI, *Lo studio del diritto canonico dopo il Vaticano secondo*, in *Apollinaris*, Roma 1967, XL, pp. 129 ss. ma segnatamente pp. 171 ss.

Tutto lo sforzo del Lukàcs successivo a *Storia e coscienza di classe*, quello per intenderci della *Distruzione della ragione*, è teso a applicare nei confronti di Weber quel 'ricatto sociale' cui dianzi si cennava. Secondo questo pensatore si doveva dimostrare la 'genesì sociale' del pensiero di Weber, di illustrarne la pretesa 'funzionalità sociale': in una parola a politicizzarlo nei confronti del sistema capitalistico.

Del resto in proposito già scriveva il Ferrarotti come « coloro che vedono il lui (Weber) il teorizzatore di una *politique d'abord* in chiave sociologica, non possono comprendere il problema che è al fondo del pensiero weberiano e che lo caratterizza in modo originale: la possibilità di scientificizzare il giudizio politico... » ⁽⁴¹⁾.

E con queste considerazioni si può essere d'accordo.

Tuttavia il tentativo lukacsiano di politicizzare Weber era, se possibile, assai più profondo, poichè non si riferiva tanto a delle pretese 'scelte' di Weber stesso, ma ne investiva direttamente il pensiero, giudicandolo ineluttabilmente 'determinato' dal sistema politico e economico del capitalismo.

Nella *Distruzione della ragione*, infatti, Max Weber viene del tutto 'inserito' nella « sociologia tedesca del periodo guglielmino » imbevuta di « concezioni storiche del tipo romantico-irrazionalistico » ⁽⁴²⁾. Questa sociologia viene da Lukàcs 'confutata' allo stesso modo con cui egli 'confuterà' il revisionismo di Bernstein: e cioè affermando che « si tratta di una corrente internazionale, prodotta dagli effetti del carattere parassitario dell'economia imperialistica sull'aristocrazia e burocrazia operaia » ⁽⁴³⁾.

La proposizione decisiva sarebbe dunque quella che indica la genesi sociale di un pensiero, un sistema: il « fattore do-

⁽⁴¹⁾ Max Weber, cit. pp. 31-34.

⁽⁴²⁾ G. Lukàcs, *La distruzione della ragione*, Torino 1959, pp. 607-608.

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 609.

minante » risulta pur sempre la chiave di confutazione nei confronti dell'avversario.

Weber stesso viene travolto da queste rozze soluzioni, e con lui tutta la sua sollecitudine a distinguere la riflessione della realtà dalla sua valutazione.

Scrivendo Lukács: « L'apparente storicità delle considerazioni sociologiche tende — anche se mai in modo esplicito — a giustificare il capitalismo come sistema necessario o sostanzialmente non più modificabile, e a scoprire le pretese contraddizioni economiche e sociali del socialismo che ne debbono rendere impossibile la realizzazione nel campo teorico e nel campo pratico.

Non mette conto esaminare più a fondo gli argomenti che a questo proposito vengono addotti; poichè i sociologi tedeschi si trovano economicamente dal punto di vista della nuova economia volgare soggettivistica, essi non possono conoscere nè intendere l'economia marxista, e tanto meno polemizzare con essa in modo obbiettivo » (⁴⁴).

Parole di nuovo impressionanti; e probabilmente non 'mette conto' di domandarsi che cosa voglia dire il trovarsi 'economicamente' dal punto di vista della nuova 'economia volgare', ecc. La filosofia è ormai uno strumento che serve a spacciare qualche accusa di corruzione di per sè irrivolgibile all'avversario, anche se il suo ruolo è destinato ad assurgere a più nobili funzioni di introspezione sistematica e di equilibrio sociale (⁴⁵).

Così, anche alcune pertinenti osservazioni lukacsiane vengono travolte da questi sistemi terroristici. Pertinente a questo punto, tra l'altro, la denuncia del formalismo weberiano, poichè anche nella sociologia troviamo un estremo formali-

(⁴⁴) Ivi, p. 614.

(⁴⁵) Si potrebbe a tal proposito richiamare l'intera produzione di questo pensatore. Per tutto valga la recentissima riapparizione di G. LUKÁCS, *Scritti sul realismo*, (a cura di A. CASALEGNO), Torino 1978.

smo nella metodologia e un estremo agnosticismo e relativismo gnoseologico.

E in effetti questo rilievo non è affatto privo di fondamento o di importanza nei confronti dello stesso Weber, e di un certo suo stillicidio di categorie, di possibilità formali difficilmente collegabili con il senso preciso di una ricerca, e fine, il più delle volte, a se stesse.

Ma il sistema terroristico lukacsiano ritorna subito dopo in atto, essendo profondamente e pesantemente vero che « anche qui, nel dotto tedesco (M. W.) che nelle sue intenzioni soggettive era quello che più onestamente e coerentemente si sforzava di esercitare la sua scienza in modo puramente oggettivo, di fondare e mettere in pratica una metodologia della pura oggettività, le tendenze imperialistiche della pseudooggettività si rivelano come le più forti ». O ancora: « Questa apparente 'scientificità', questa esclusione dei 'giudizi di valore' dalla sociologia è quindi *in realtà* (corsivo nostro) il grado più alto raggiunto finora dall'irrazionalismo » ⁽⁴⁶⁾.

Si chiarisce allora la natura della dialettica, del contrasto fra apparenza e realtà, della totalità concreta in Lukàcs: macchine tutte che permettono di capovolgere qualunque posizione, qualunque pensiero e che, essendo 'monopolizzate', non rischiano critiche. Si trattava di conquistare il diritto di affermare che quello che Weber *scriveva* era 'apparenza', mentre 'realtà' era il suo schieramento a favore dell'imperialismo, o altro ancora. La macchina ideologica marxista era riuscita a conquistarsi questo diritto.

Si legga ancora questo brano della *Distruzione della ragione*: « La sua stessa metodologia (di W.) e pervasa di tendenze irrazionalistiche, nate da motivi schiettamente imperialistici e divenute insuperabili per lui » ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, pp. 620-622.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, pp. 622-623.

Infine, ultimo gradino, il meccanismo innestato da Lukàcs si svilupperà sino a mostrare un Max Weber come nazista *in nuce*. Scrive lo stesso Lukàcs: « Contro questo nesso storico-metodologico nulla prova il fatto che egli avrebbe certamente respinto tali indirizzi di pensiero nella loro compiuta forma prefascista o fascista » ⁽⁴⁸⁾. A questo punto il circolo risulta di nuovo serrato, e appare « dimostrata » la transizione del pensiero « borghese » in pensiero « imperialista » e quindi « nazista ».

11. Non sarebbe impossibile trovare le radici di questi meccanismi lukacsiani — oltre che naturalmente in Marx — nello stesso Hegel. Il risultato è comunque quello di un sistema in cui il sapere è uno strumento dell'ideologia, intesa non tanto come « falsa coscienza » quanto come quell'*unicum* che solo può « mascherare » dietro ogni nozione la sua « reale » determinazione sociale ⁽⁴⁹⁾.

Nel caso analizzato (sia pure episodicamente) la 'vittima' è risultata Max Weber; ed è forse singolare che a essere stata colpita sia questa figura problematica e contraddittoria di anti-chierico moderno, un « dotto », tutto teso a garantire e costituire la dignità del proprio studio, la libertà del giudizio, la validità dei risultati. In questa figura pare presentarsi precisamente quell'archetipo protestante della realizzazione di sé nella professione-vocazione.

Nessuna predeterminazione in Weber: quella certezza nel sistema che in Lukàcs si irrigidisce nel dogma e in un grumo di

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 623

⁽⁴⁹⁾ Una riprova di questa tipologia dell'impegno (che tuttavia non toglie significato alla correttezza umana e alla presenza di altre doti), per quanto attiene un discepolo di Hegel che ben conosceva « il filosofo Marx », è riscontrabile in Gentile. Da ultimo siffatto aspetto del pensatore italiano è stato focalizzato, anche oltre la dimensione ecclesiasticistica da G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Stato e Chiesa in Giovanni Gentile*, Milano 1975.

rappresentazione che distruggono lo stesso autore è in Weber il perenne, indeterminabile fluire del sapere e delle culture.

« Le sintesi, con cui la storia di continuo lavora rimangono regolarmente nella forma di concetti solo relativamente determinati (...). Nessuno di quei sistemi concettuali, di cui non possiamo fare a meno per la penetrazione degli elementi di volta in volta significativi della realtà, può tuttavia esaurirne l'infinita ricchezza. Nessuno è qualcosa di diverso da un tentativo di recare ordine, sulla base della situazione attuale del nostro sapere e delle formazioni concettuali a nostra disposizione, nel caos di quei fatti che abbiamo compreso nell'ambito dei nostri interessi (...) Il suo risultato è un continuo processo di trasformazione di quei concetti con cui cerchiamo di penetrare la realtà... » ⁽⁵⁰⁾.

A confronto con questo pensiero — quale che sia la valutazione di esso, certamente non scontata — il sistema lukacsiano appare irrimediabilmente ottocentesco, 'materialistico' nel senso storico del termine. Merito di Weber è di avere allentato la pressione degli economicismi, dei cosiddetti « fattori dominanti » in favore di una visione che considera il rilievo e l'importanza del momento ideologico nella storia e nella società; è vero però che, proprio storicamente, quella visione lukacsiana pare aver prevalso contro di lui e pare aver formato una *koiné* oggi imperante, sia pure con caratteri profondamente mutati.

Le letture 'politiche' cui ancor oggi Marx Weber è sottoposto da parte di molti studiosi marxisti possono quindi intendersi quale considerevole conferma di questo fenomeno.

⁽⁵⁰⁾ *Metodo*, cit., p. 127.

SALVATORE DI GRAZIA

**LIBERTÀ DELLA SCUOLA
TRA IDEOLOGIA E PRASSI ITALIANE**

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il concetto «pratico» di libertà religiosa. — 3. La «spinta radicale» nella società italiana attuale. — 4. Il riconoscimento statale della dimensione operativa e sociale della Chiesa. — 5. Il finalismo dello Stato e la interazione persona-società. — 6. Il concordato strumento di attuazione pratica del diritto alla libertà religiosa. — 7. Il problema della «libertà della scuola» e la revisione del Concordato. — 8. Critica al concetto di «libertà nella scuola». — 9. La configurazione della scuola e le prospettive di rinnovamento. — 10. La revisione concordataria attuazione del pluralismo educativo. — 11. La disciplina dell'insegnamento della religione nella bozza di revisione del Concordato e proposte alternative.

1. La dottrina giuridica e teologica, sensibile ai fermenti della storia, ma immune dai furori polemici che in essa talvolta si agitano, è concorde nell'affermare che il concordato costituisce uno strumento polimorfo, idoneo, cioè, a regolare i rapporti tra lo Stato e la Chiesa in situazioni storiche ben determinate ⁽¹⁾.

In particolare, si ritiene che i concordati abbiano una precisa ragione d'essere allorchè la Chiesa è sotto la minaccia di persecuzioni, sicchè deve ricercare garanzie.

Questa intuizione, dunque, sottolinea il prevalente carattere di strumento di eccezionalità proprio dei concordati; tuttavia, dedurre da essa che il regime concordatario è inapplicabile in un sistema democratico, qual è l'italiano attuale, significa, a mio parere, non cogliere la reale ampiezza del problema.

Proprio per la sua estrema flessibilità, infatti, al sistema patizio, liberato da incrostazioni confessionalistiche o da condizionamenti di pretto stampo giurisdizionalistico, che appesantiscono e rendono anacronistico il sistema del '29, può essere attribuita una funzione più attuale, corrispondente alla esperienza di vita

(1) Scaturisce da questa constatazione il monito a non fare della questione concordataria un campo di contrapposizione di principi ideali: uno strumento, infatti, ha sempre valore contingente, dal quale, cioè, non dipendono l'essere e l'agire, sia della Chiesa, sia dello Stato.

democratica della società italiana ed, insieme, agli enunciati conciliari, e, fra tutti, quella di riconoscere e tutelare la libertà religiosa dei cittadini fedeli, strettamente connessa alla libertà della Chiesa cattolica.

Va subito affermato, tuttavia, che questa funzione, la quale si pone come esclusiva ragione validante il sistema pattizio, risulta inaccettabile da chi rileva che la libertà non è prerogativa specifica dei cristiani o dei credenti, ma è un diritto di tutti, sicchè sarebbe inammissibile che essi, anzicchè promuovere la causa comune della libertà, si limitassero a perseguire garanzie solo per se stessi.

La conclusione risulta ugualmente inaccettabile da coloro che sostengono che la realtà attuale non vede la Chiesa sotto la minaccia di persecuzioni o di tentativi di limitazione della sua sfera di azione magisteriale e pastorale, ma, al contrario, tutelata nell'insieme dei suoi membri, nell'esercizio della fede e dell'attività dei credenti, dalla legislazione attuale ⁽²⁾.

Queste obiezioni sono indubbiamente suggestive; tuttavia, esse vanno riportate alla concreta situazione sociale, culturale e politica italiana, confrontate con il problema storico del contenu-

(2) Proprio sulla base di quest'ultima considerazione vi è chi dubita della possibilità teorica e pratica di configurare lo strumento concordatario come ulteriore qualificazione di diritti, inerenti alla sfera religiosa, costituzionalmente garantiti. Si sostiene, infatti, che i principi in esso contenuti apparirebbero « di nessun conto, mera ripetizione esplicativa di quanto già contenuto nella carta fondamentale della Repubblica »; ovvero, « avrebbero il sapore di una soggezione della sovranità statale a quella della Chiesa, che risulta da quella garanzia « concordata » di diritti che l'ordinamento dovrebbe per sé solo garantire, come di fatto garantisce, e che non dovrebbe essere autorizzato a mettere in discussione con chicchessia.

Queste obiezioni, espresse da F. Onida, alle quali si risponderà più diffusamente nel testo, peccano di eccessivo formalismo. Infatti, non valutano adeguatamente lo iato esistente tra il *quid agens* e il *quod actum* insito nel meccanismo formale della Costituzione. Del resto, vi è chi sostiene, al proposito, essere una realtà di fatto la mancata attuazione delle istanze costituzionali ad opera di una « quasi endogena forza eversiva che investe, in sconcertante desuetudine, o in continua distorsione di istanze fondamentali, lo stesso ordinamento »; così: C. Bozzi, *Divorzio. Concordato e Costituzione*, in AA.VV., *Matrimonio, famiglia e divorzio*, Napoli 197, p. 227.

to e delle modalità di esercizio pratico della libertà religiosa, nonchè degli attributi sostanziali ed operativi dello Stato. Solo in questa ottica, infatti, si può cogliere il reale fondamento di dette obiezioni.

2. Senza dovere addentrarci, per ovvie ragioni, in un puntuale esame del concetto di libertà religiosa, è sufficiente, ai nostri fini, annotare « il significato culturale e l'ampiezza di pratica realizzazione che gli attribuisce la dichiarazione conciliare *Dignitatis humanae*: libertà non soltanto di professione, di culto, di propaganda, secondo lo schema classico liberale, ma anche di espressione concreta della carica animatrice e trasformatrice, propria della ispirazione religiosa, a livello sociale, culturale, educativo, assistenziale » ⁽³⁾.

Si fanno, inoltre, sempre più sentite nei credenti sia l'esigenza di pratica e piena attuazione del diritto « del singolo e della comunità dei credenti di vivere nella realtà temporale secondo la propria fede, di muoversi nel quotidiano conformemente alla visione della vita, alla scala di valori che derivano dalla propria fede religiosa » ⁽⁴⁾, sia l'esigenza di partecipazione alla vita sociale, in tutte le sue fasi, come « momento di crescita e di promozione della persona umana, come spazio reale di presenza e di intervento, di servizio ai fratelli, per essere protagonisti di una società umana » ⁽⁵⁾.

Tutto ciò pone immediatamente il problema dei modi di partecipazione, assieme con gli altri gruppi sociali, dei *Christifideles* all'opera promotrice di civiltà e di autentico progresso, giacchè i credenti, chiamati alla corresponsabilità nella Chiesa, non possono disinteressarsi delle corresponsabilità e solidarietà nel-

⁽³⁾ NICORA, *Revisione dei Patti Lateranensi: prospettive de jure condendo*, in *Riv. Cl. it.*, 12 (1976), p. 1039.

⁽⁴⁾ DALLA TORRE, *Istituzione dei consultori familiari*, in *Medicina e Morale*, 2-3 (1975), p. 153.

⁽⁵⁾ Così il documento finale dei lavori della 3^a Commis. Del Convegno Ecclesiale Evangelizzazione e Promozione Umana, Roma 1976.

l'ambito della società politica. Essi, infatti, partecipano in uguale misura della vita della Chiesa, quale organismo storico, e della società, per la animazione della quale sentono una vocazione particolare.

I laici cristiani, impegnati nella edificazione del Regno di Dio (che non è solo la Chiesa), mutuano il loro impegno non solo dal mandato ricevuto dalla Chiesa (dalla quale ottengono aiuti spirituali di grazia e di carismi, oltre che di illuminazione nell'ambito delle verità di fede e di morale), ma anche dal mondo nel quale sono posti e della liberazione del quale devono rispondere al giudizio storico oltre che a quello escatologico.

In questo senso, dunque, si può parlare di autonomia del laicato e quindi di possibilità, anzi di necessità di collaborazione con quanti, nella storia, operano per il bene comune ⁽⁶⁾.

Alla luce di questa riscoperta della funzione autonoma del laicato rispetto alla Chiesa istituzionale, si tende da alcuni, a

(6) In quanto laici, operanti con gli altri cittadini, di tendenze diverse e tuttavia impegnati nel medesimo sforzo, essi non sono semplici *nuncii* del Magistero ecclesiastico, ma mediatori nel mondo delle illuminazioni che vengono dalla Chiesa e, nella Chiesa, delle sollecitazioni che vengono dal mondo.

Infatti, poichè la Chiesa ed il mondo, di natura storica, sono realtà strutturate ciascuna con leggi proprie, in continua evoluzione, i laici sono chiamati a conciliare teologicamente e praticamente, perchè ad ambedue appartengono, la legittima e reciproca autonomia della Chiesa e del mondo con la loro profonda unione, esigita dal tipo tutto particolare della loro relazione.

Il laico sa che il mondo nel quale vive, in quanto evangelizzato, si identifica con la stessa consistenza umana della Chiesa: e, cioè, situato nella Chiesa; tuttavia, in quanto suscettibile di evangelizzazione, si trova, piuttosto, di fronte alla Chiesa. Il laico è, dunque, nella Chiesa e nel mondo, e, nello stesso tempo, di fronte al mondo. Ma il laico sa anche che il mondo è ritenuto un valore di dignità temporale legittimamente autonomo (cfr. *Gaudium et spes*, 37; *A.A.*, 7), il quale, con la società civile (*laica* secondo il senso attuale del termine) plasmatrice della forza del Kosmos e creatrice della storia umana, si situa di fianco alla Chiesa, pur non dissociato, per la fede, dal piano della Redenzione.

Nella chiesa e nel mondo, di fronte e di fianco al mondo, il laico, mentre è evangelizzato (e tuttavia permanentemente da evangelizzare), è soggetto di evangelizzazione grazie alla sua capacità di trovare il linguaggio antropologico adatto al mondo nel quale è situato (cfr. Paolo VI, *Evangelii nuntiandi*, 63); in unione con gli altri uomini non cristiani è protagonista della costruzione di un mondo non clericale, aperto, tuttavia, alla dimensione trascendentale del regno di Dio.

dedurre, sulla base dei principi generali dell'ordinamento, la ineludibilità di una disciplina giuridica del fenomeno religioso — costituito dalla prassi concreta dei cittadini cristianamente ispirati — sulla base esclusiva della legislazione ordinaria, escludente in via di principio ogni contatto pattizio con la Chiesa istituzionale.

In realtà, questa conclusione non regge sia per ragioni sostanziali, sia per motivi connessi all'attuale contesto sociale, politico e culturale italiano.

3. È stato, infatti, giustamente osservato, in relazione a tale contesto, che « mentre si manifesta una disponibilità sempre più ampia ed una crescente richiesta, e si aprono vie nuove, di partecipazione democratica, si avvertono difficoltà e resistenze, come pure ritardi culturali, nella piena considerazione di questa realtà » (7).

Effettivamente, l'attuale situazione italiana pone, sul piano sociale e culturale, alla Chiesa, ed ai laici cattolici in particolare, precisi problemi di rapporti sia con gli altri gruppi sociali comunque organizzati, sia con lo Stato, di cui sono parte integrante.

In realtà, si può osservare come la società italiana sia oggi fortemente caratterizzata non solo da una aggressiva contestazione delle istituzioni, ma anche da una critica alla legge come regola dei rapporti sociali.

Questa constatazione andrebbe dimostrata non solo attraverso i fenomeni sociali attuali (8), ma anche, e soprattutto, attraverso il processo culturale che li ha generati.

In sintesi, però, il discorso si può collegare allo sviluppo di una cultura storicistica, originata sia dall'Idealismo tedesco, sia

(7) Cfr. Documento finale dei lavori della 3ª Commis. Convegno ... cit.

(8) Per un sintetico ma esauriente impatto con il fenomeno delle manifestazioni violente contro i cattolici, che si situano nell'ambito dell'uso generalizzato della violenza nella nostra società, cfr. *Doc. di Justitia* 16/18 (1977), p. 24 e ss.

dal Marxismo, sia da altre ideologie ottocentesche, secondo le quali il diritto non scaturisce dalla legge naturale, che l'intelligenza scopre e la coscienza mette in atto nella realizzazione del bene comune e della persona, bensì dal mero situazionismo, strettamente soggettivistico ed individualistico ⁽⁹⁾.

In questo contesto ideologico sono contenute le premesse per la negazione stessa di ogni realtà e consistenza propria della società. Infatti, è stato giustamente osservato che « la società non è più tutelata da un *bonum* ulteriore, rispetto alla volontà del soggetto; essa diviene limite oggettivo, senza una potenza di motivazione rispetto al piacere individuale ⁽¹⁰⁾.

Da qui, dunque, trae la sua matrice ideologica quella che viene oggi definita la « società radicale ».

È stato esaurientemente posto in luce che essa si « esprime in forma di protesta collettiva nelle lotte per i diritti civili; ma il suo fronte di affermazione è più ampio e complesso. Nella società radicale i gruppi sociali tendono a mettere tutta la loro forza nell'esercizio del loro potere contrattuale in chiave di negoziazione e di partecipazione. La durezza, la pubblicità, la figura di riconoscimento nella lotta, che assume questa forma di rapporto, le offre una sua moralità » ⁽¹¹⁾.

D'altra parte, l'importanza che i gruppi radicali hanno attribuito alla prassi, li impegna con forza ad imporsi nella società italiana ⁽¹²⁾; ma ciò provoca lo scontro inevitabile con altri

(9) Sul tema v. RICOBELLO, *Cultura cattolica e culture*, in *Cristiani e società italiana*, Milano 1977.

(10) BAGET BOZZO, *Il Cristianesimo, il comunismo e la società radicale*, Firenze 1976.

(11) BAGET BOZZO, *Il ruolo dei cattolici nella società radicale*, in *La Repubblica*, 12 maggio 1976, p. 2.

(12) È indubbio, infatti, che « la società radicale può esistere solo mediante il totale esercizio del potere dei forti e quindi con la emarginazione di tutte le condizioni deboli. La proposta politica radicale non può oggi assumere che una forma tecnocratica; essa è possibile in una società in cui i valori etico-politici sono sostituiti da criteri puramente pragmatici ed operativi. La società dei forti non può essere che fondata sul principio dell'efficacia operativa, esteso a tutti i rapporti sociali »: così BAGET BOZZO, *Il cristianesimo...*, cit.

gruppi sociali e, in particolare, con i laici cattolici, essendo essi portatori di valori e di esigenze sociali che, ispirati alla trascendenza, suffragati dalla ragione, sono invariati nella storia ed espressi nella loro vita e nella loro cultura.

In questo clima sociale e politico, pertanto, vi è chi, con grandissima autorità ⁽¹³⁾, constata « un ridestarsi di fuoco anticlericale », « l'attacco a quanto resta di un codice morale che non tocca solo i problemi del sesso », nonchè il preciso intento di vanificare il patrimonio di valori etico-sociali nei quali si è storicizzata l'esperienza del cristianesimo.

Tutto ciò pone indubbiamente nuovi e gravi problemi di gestione politica. Ci si domanda, infatti, quale debba essere il ruolo dello Stato; se debbano essere istituzionalizzati in chiave pubblica o lasciati alla società civile i contrasti dei gruppi sociali; se debba esistere una ricerca pubblica dell'equità nella soluzione di tali conflitti.

I precedenti legislativi ed alcune precise tendenze dottrinali non sono confortanti al riguardo ed offrono anzi lo spunto a gravi considerazioni.

Sotto il primo aspetto, ad esempio, si può sicuramente sostenere che il *vulnus* del Concordato, operato dalla legge Fortuna, non rappresenta altro che l'effetto di una spinta radicale prevaricatrice delle norme giuridiche operanti in forza dei Patti ⁽¹⁴⁾.

In secondo luogo, la parte della dottrina ecclesiasticistica che propugna la tesi della caducazione per desuetudine del Concordato non soltanto sembra avvalorare la tesi della abdicazione dello

⁽¹³⁾ A. C. JEMOLO, *La fiamma anticlericale*, in *La Stampa*, 4 febbraio 1975, p. 3.

⁽¹⁴⁾ È stata rilevata al proposito « la tortuosità di procedimento, che ha impressionato soprattutto per la commistione in una legge di così fondamentale importanza per i suoi valori etici, addirittura costituzionali, di elementi spuri, che rappresentano un dato ricorrente e pieno di incognite nella nostra vita politica. Ciò che si sentiva di non poter realizzare con i mezzi messi a disposizione dalla Costituzione — revisione del Concordato con la doppia votazione — è stato realizzato con un procedimento di estremamente dubbia costituzionalità, dominato da una serrata, anzi ostentata, disciplina di partito »: C. Bozzi, *Divorzio...*, cit., p. 227.

Stato dai suoi poteri, istituzionalmente volti a garantire una sintesi politica e giuridica dei differenti interessi di cui sono portatori i diversi gruppi sociali, ma mostra anche di non avvedersi che la tesi di Jemolo, oggi ripresa quasi pedissequamente, era stata elaborata in un momento storico non caratterizzato da così accese contrapposizioni ideologiche.

È fuor di dubbio, dunque, che si pongono ai cattolici precisi problemi di rapporti con gli altri gruppi e con lo Stato, in relazione alle questioni che più da vicino toccano la persona ed il bene comune.

Orbene, se il metodo radicale fosse l'unico esperibile con probabilità di successo, diverrebbe reale anche per i cattolici l'ipotesi, prospettata in termini paradossali⁽¹⁵⁾, dell'assunzione di quel metodo nell'esercizio del diritto di iniziativa, puntando su quella partecipazione libera e spontanea, sull'impegno-disimpegno, sulla disobbedienza civile.

Ma, se i cattolici imboccassero la strada della contestazione-scontro, la cosiddetta « guerra di religione » diverrebbe un fenomeno endemico della nostra società.

Si osserva giustamente, pertanto, che siffatte questioni non possono essere risolte « nè con una adeguazione secolaristica ai nuovi dati, nè con la ripulsa integrista di essi. Si tratta di riscoprire l'identità cristiana nel momento in cui la Chiesa perde l'ultimo parametro morale che le era rimasto, quello della morale familiare. Ciò riconduce i cristiani alla loro tensione originaria, quella tra storia ed escatologia, esaltando, a un tempo, i valori di differenza e quelli di convivenza »⁽¹⁶⁾.

Tutto ciò, dunque, può essere ricondotto alla esigenza dei laici cattolici di operare, nella società in cui vivono, in unione con gli altri gruppi e, nello stesso tempo, di non perdere il « *primum et proprium* della loro vocazione, della propria identità.

⁽¹⁵⁾ G. Gozzer, *Scuola, religione e concordati*, in *Il Popolo*, 29 dicembre 1976, p. 2.

⁽¹⁶⁾ BACET BOZZO, *Il ruolo...*, cit., p. 3.

Questo valore inalienabile trova la sua pertinente esemplificazione in tema di matrimonio.

Infatti, proprio in relazione ad esso ed, in genere, in relazione agli aspetti familiari della esistenza umana, si esprime in termini accentuati quella forma di radicalismo o *Weltanschauung* individualistico-borghese da cui siamo partiti in queste considerazioni, e di cui le più recenti produzioni legislative e giurisprudenziali costituiscono un significativo momento.

Ora è indubbio che la negazione dell'efficacia civile al matrimonio religioso cattolico comporta per i credenti l'obbligo di sottostare ad una disciplina giuridica la quale, come tale, esprime e propone determinati motivi etici ed ideologici ⁽¹⁷⁾ i quali, divenendo a lungo andare fonte e metodologia pedagogica, contraddiranno sempre più in modo violento con la loro coscienza in tema di matrimonio.

Il problema è indubbiamente delicato e meriterebbe, perciò, una più ampia analisi. In sintesi, va sottolineato come sia lesiva della libertà di coscienza dei cittadini fedeli, la scissione dei due aspetti del matrimonio: quello puramente religioso, e quello, per così dire, naturale, la cui gestione dovrebbe essere lasciata integralmente allo Stato.

In altri termini, l'ipotesi separazionista in tema di matrimonio conduce alla conclusione che spetterebbe alla società civile la competenza sul matrimonio dei cristiani, non solo per gli effetti civili, ma anche per le condizioni e le modalità di esistenza del nozio.

(17) Si osserva, a proposito delle norme statali che riguardano più esplicitamente e direttamente i valori della persona, del matrimonio e della famiglia che «l'esame di tali norme ci porta ad un giudizio sul passato ed all'influsso che esso subiva dall'etica e dalla cultura cristiana, che al presente non è più dominante, ma trovasi in conflitto con la cultura laicista e con la cultura marxista. La mancanza di trascendenza in queste culture, che vanno sempre più allargando la loro sfera di influenza, ha determinato un cambiamento a volte radicale in alcuni istituti del diritto di famiglia, il quale perciò non appare più nella sua ispirazione di prevalente contenuto cristiano: così, V. FAGIOLO, *Sul nuovo diritto di famiglia in Italia*, in *L'Osservatore Romano*, 5-6 gennaio 1976, p. 5.

Invero, si può ammettere la possibilità di una distinzione, nell'ambito del matrimonio cristiano, tra un aspetto puramente religioso di esso ed un aspetto naturale, o, per meglio dire, sociale.

Ma è fuori discussione che tale distinzione non può approdare ad una separazione radicale dei due aspetti, posto che l'aspetto religioso del matrimonio presuppone una realtà naturale da vivere e sperimentare nella fede.

La realtà naturale, sociale, del matrimonio, dunque, non è irrilevante per la fede e per la coscienza del cristiano e ciò per una serie di motivi precisi.

Innanzitutto, il matrimonio, come realtà terrena, e dunque anche il matrimonio cristiano, in quanto realtà terrena inserita nella storia della salvezza, riceve la sua impronta da un complesso di fattori culturali che ne determinano le condizioni di esistenza.

Orbene la struttura giuridica del matrimonio, costituisce una componente fondamentale di questa realtà; anzi, essa non è estranea al complesso gioco dei fattori che determinano la integrale realtà del matrimonio. Da un lato, il diritto si pone come risultante finale di una evoluzione del costume, dall'altro rappresenta una spinta per una ulteriore evoluzione della base etico-sociale del matrimonio.

Ammesso dunque che nell'attuale contesto culturale italiano si verificano spinte volte a strutturare la realtà sociale del matrimonio in senso decisamente anticristiano, ipotizzare la possibilità di « sperimentare nella fede » quella realtà sociale, significa null'altro che sottoporre ad una ulteriore tensione la coscienza dei *Christifideles*.

Portato alle sue estreme, ma logiche, conseguenze, posto che già oggi si manifestano spinte anti-istituzionali in tema di matrimonio, esercitate dai fautori di una concezione libertaria dei rapporti umani, il discorso potrebbe implicare una legislazione

civile improntata alla legittimazione di una convivenza di coppia senza matrimonio.

Ma se così fosse (e l'art. 29 della Costituzione che parla di « famiglia come società naturale fondata sul matrimonio » non sembra idoneo a fungere da deterrente, se si considerano le conclusioni cui è pervenuto il nuovo diritto di famiglia in tema di « famiglia di fatto ») non si vede come potrebbe essere possibile la « sperimentazione nella fede » di una realtà sociale, quella matrimoniale appunto, del tutto insussistente.

Un altro argomento merita di essere esaminato. Dai fautori della ipotesi separazionista si fa leva sulla contrapposizione tra la configurazione essenzialmente privatistica del matrimonio canonico, e quella essenzialmente pubblicistica, configurata dalla legge comune.

Orbene, questo argomento, addotto per invocare la separazione dei due tipi di matrimonio, in nome della esigenza di tutelare interessi pubblicamente rilevanti, prova, a mio modo di vedere, esattamente il contrario.

Infatti, la configurazione privatistica dell'istituto matrimoniale poggia sulla fondamentale preoccupazione di salvaguardare il primato della coscienza della persona; nella configurazione pubblicistica, per contro, vengono in risalto esigenze di carattere sovraperonale, giustificabili più dal punto di vista istituzionale che da quello personalistico.

Ma, è proprio questo primato del personale sul sociale, che, d'altronde, non è estraneo alle più recenti produzioni legislative in materia matrimoniale e familiare, e del quale è fortemente impregnata la nostra Carta fondamentale, a richiedere che venga adeguatamente salvaguardata la componente fondamentale della persona: la sua coscienza, quale si esprime nella scelta del matrimonio meglio corrispondente ai suoi interessi morali e religiosi ^(17 bis).

^(17 bis) Ciò non esclude, anzi si impone come doverosa necessità, un intervento legislativo che ponga il regime matrimoniale al riparo da speculazioni d'or-

Le implicazioni del fenomeno non riguardano soltanto la generica attribuzione dell'efficacia civile al matrimonio religioso, ma concernono anche il problema dei limiti posti dallo Stato per la capacità degli sposi e per gli impedimenti, nonchè relativamente alla rilevanza nell'ordinamento dello Stato delle sentenze ecclesiastiche di nullità.

È evidente, infatti, che, proprio perchè l'avvento delle forze marxiste e laiciste è tale da influenzare in un senso ben preciso le produzioni legislative e giurisprudenziali, per questa via si realizzerebbe, dall'interno, lo svuotamento pratico del riconoscimento civile del matrimonio, operando questo solo nel caso in cui vi fosse identità fra i contenuti sostanziali della legge civile e della legge canonica.

4. Le considerazioni fin qui svolte non solo ribadiscono la non completa componibilità delle posizioni dei laici cattolici con quelle di gruppi sociali ispirati a ideologie diverse, ma focalizzano anche la fondamentale questione del modo di porsi dello Stato nei confronti dei cittadini e delle loro aspirazioni morali o spirituali, che non possono essere sacrificate in nome della sovranità dello Stato medesimo.

È vero, infatti, che l'essere e l'agire dello Stato si qualificano essenzialmente per il loro carattere di strumentalità a favore della persona.

Essendo esso privo di una propria eticità o ideologia, a meno che non si voglia ipotizzare uno Stato etico o ideologico, o uno Stato-società di tipo marxista, non solo non può privilegiarne alcuna, ma deve rispettare e promuovere tutto ciò che ha come fine il bene della persona e della società. Deve, inoltre, riconoscere

dine economico o d'altro genere. Ciò che va ribadito è che la recezione del matrimonio religioso nell'ordinamento statale risponde alla esigenza prima di rispetto e tutela della libertà religiosa del cittadino considerata sotto l'angolo visuale dell'autodeterminazione della coscienza in questo delicatissimo settore della vita personale.

che una parte dei cittadini sono uniti da legami etico-religiosi tanto solidi da formare una comunità organica e stabile, avente il diritto di esistenza e di tutela.

Si basa su queste osservazioni il fondamento di ammissibilità del regime concordatario: infatti, l'essenza dell'attività della Chiesa è data sia dal suo essere segno e strumento di salvezza, sia dal tradurre la fede e l'amore verso il Padre in solidarietà verso gli uomini tutti. Essa, pertanto, ha intrinseca la missione di evangelizzare e di amministrare i sacramenti, nonchè quella di attuare, assieme agli altri uomini che operano nella storia, la promozione umana nella sua integralità.

Essendo fine primario della Chiesa, attraverso l'incontro di tutti gli uomini con il Cristo Salvatore, l'elevazione dell'umano al divino mediante l'esercizio della carità a tutti i livelli, è implicito che essa, proprio perchè incarnata nella storia e, dunque, inserita nel corpo politico, esige, come primo ed essenziale strumento per raggiungere la sua finalità, la libertà a tutti i livelli: libertà educativa, espressiva, di azione e di penetrazione.

In questa prospettiva, la libertà della Chiesa è richiesta dalla sua natura di corpo sociale, operante nello Stato al pari di ogni altro gruppo sociale, di credenti o non credenti.

Ma questo è un aspetto unilaterale della Chiesa: infatti, come è stato acutamente osservato, « pur essendo nel corpo politico — in ogni corpo politico — attraverso un dato numero dei suoi membri e delle sue istituzioni — la Chiesa, come tale, la Chiesa nella sua essenza, non è una parte, ma un tutto; essa, infatti, è un regno assolutamente universale che si espande su tutto il mondo, al di sopra del corpo politico, di ogni corpo politico » ⁽¹⁸⁾.

Ne consegue che il riconoscimento della libertà religiosa non può prescindere dal riconoscimento dell'essere ed operare autentico della Chiesa.

(18) MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, Milano 1972, p. 183.

È fuor di dubbio, infatti, che la Chiesa visibile non potrà mai essere una pura società spirituale, ma sarà sempre un gruppo di uomini legati da vincoli religiosi, etici e giuridici, e, come tale, entrerà in contatto con altri gruppi costituenti il corpo sociale.

Ne consegue che lo Stato, il cui compito è quello di porre le condizioni favorevoli al raggiungimento del fine ultimo della persona, del fine che essa si è scelto (la conoscenza di Dio, l'amore ed il servizio a Dio ed ai fratelli) può attuare il suo scopo solo se riconosce, in termini autentici ed operanti, la peculiare realtà della Chiesa istituzionale.

Sulla base delle considerazioni fatte (l'inadeguatezza della legge ordinaria a garantire praticamente i diritti dei credenti appartenenti alla Chiesa; le spinte della cultura radicale che, ideologicamente, tende a rendere insignificante la tradizione e la presenza operativa dei credenti come persone ed in quanto formazione sociale, l'irriducibilità dell'essere cristiano a puro storicismo ⁽¹⁹⁾), si può concludere che lo Stato, strumento a servizio della persona e dei valori di cui essa è portatrice, non può non assumere un concreto impegno nei confronti dei cittadini credenti.

Da questo punto di vista lo strumento concordatario si qualifica e si impone proprio in riferimento alla realtà della Chiesa, la quale rimane, se colta sia nella sua universalità che nella sua particolarità (chiesa locale, territoriale, regionale, nazionale), istituzione organica che sussiste ed opera per il raggiungimento di fini metastorici e storici.

Ogni concordato, pertanto, ha la sua ragione d'essere nel fatto che mira chiaramente non solo alla tutela della libertà religiosa dei credenti, ma anche alla loro non emarginazione, al loro positivo agire nella storia per il bene comune.

Da questo secondo punto di vista il concordato si pone anche come espressione di moralità civile, come attuazione della vo-

(19) Infatti, i cristiani che colgono i « segni dei tempi », per operare nella storia sono mossi, non dai condizionamenti storici, ma dalla loro appartenenza a Cristo e dal loro cammino verso cieli nuovi e terre nuove.

lontà di trasformare la secessione in convivenza, lo scontro in mutua accettazione ⁽²⁰⁾.

5. In realtà le correnti dottrinali, avverse ad una regolamentazione speciale, cioè pattizia, del fenomeno religioso socialmente rilevante, appaiono condizionate non solo dai fermenti ideologici e di prassi sopra esaminati, ma anche da una forma di dogmatismo che rischia di esaurirsi in un discorso astratto sul fine dello Stato, sull'opera dello Stato, sul rapporto formale tra Stato e diritto, senza toccare, per contro, il problema di un determinato giudizio storico rispetto a questo concreto Stato.

In particolare, si sostiene che l'ipotesi separatista si imporrebbe come ineluttabile conseguenza dei principi insiti nella Costituzione repubblicana mentre non si accerta se la struttura burocratica di gestione del potere abbia realmente recepito le connotazioni da quella emergenti, nè si delucida fino a che punto le tematiche agnosticiste siano tributarie di una concezione di Stato liberal-individualistico-borghese non riscontrabile nella Costituzione.

L'asserzione, infatti, secondo cui la nota qualificante l'agire dello Stato nei confronti del fenomeno religioso deve essere quella del completo agnosticismo in merito alle opzioni religiose dei singoli sarebbe perfettamente legittima se significasse il rifiuto di ogni confessionalismo.

In realtà, essa tende a riproporre, esclusivamente sotto questo profilo, la più generale concezione liberale dello Stato agnostico. Si ripropone, in altri termini, la concezione di Stato, che

(20) In questa ottica va condivisa l'opinione di SPINELLI, secondo la quale «la presenza di un concordato può essere efficace strumento di tutela e di argine di fronte alla pressione del gruppo di pressione»: in *Dir. Eccl.* 1-2 (1975), p. 15.

Allo stesso modo è valida anche l'affermazione di Dossetti, secondo cui compito dello Stato è quello di «ristabilire il più possibile una certa *equitas* fra i singoli componenti dello Stato stesso. Questo non è solo un problema dogmatico o un problema giuridico, ma un problema dogmatico-giuridico, che si pone in una determinata concreta situazione storica», in *Iustitia*, 8-12 (1952), p. 289.

nella teorizzazione di Rousseau e dei suoi epigoni non ha altro fine che quello di permettere l'espletamento della naturale libertà del singolo, nello spontaneo impiego della persona e dei beni.

In questa ottica, dunque, la società civile è vista come somma di individui isolati, sicchè la funzione dello Stato consisterebbe nella pura produzione del diritto oggettivo, intesa come garanzia estrinseca dei singoli componenti. Peraltro, proprio questa configurazione dello Stato come persona morale, dotata degli attributi della sovranità, provvista di una propria eticità, ha favorito, con l'avvento dei sistemi integristi delle filosofie moderne, l'affermazione del concetto dispotico di Stato, a tenore del quale la società civile viene considerata un ente esistente in sè e per sè, totalmente trascendente in rapporto agli individui che la compongono, mentre lo Stato si pone come creatore della norma morale, come attuazione storica della perfezione etica.

La Costituzione repubblicana, per contro, come giusta reazione tanto al sistema totalitario, che considera la società un assoluto, svalutando eccessivamente la persona, quanto a quello individual-liberistico, che rischia di togliere alla società ogni realtà e consistenza propria, ha recepito integralmente la nozione del personalismo sociale, che considera la società un ente nuovo rispetto agli individui, ma esistente nelle persone che la compongono, realtà ontologicamente distinta, provvista della sua unità di ordine.

Derivano da una corretta interpretazione dell'interazione persona-società alcuni caratteri dello Stato contemporaneo; anzitutto, l'affermazione di un preciso finalismo dello Stato e del suo ordinamento giuridico; uno scopo, tuttavia, che se è di spettanza dello Stato non è esso a determinarne la sostanza, giacchè si ritrova nell'essenza della persona e nel bene comune ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Il concetto è stato adeguatamente espresso da DOSSETTI, *Funzioni...*, cit., p. 256: Lo Stato ha uno scopo, che non si esaurisce in esso Stato; l'ordinamento giuridico ha uno scopo che non si esaurisce in esso ordinamento; questo fine non è un fine che esso Stato o che esso ordinamento giuridico possa determinare nella

In secondo luogo, l'affermazione del finalismo dello Stato implica il riconoscimento, da parte del medesimo, della realtà e consistenza delle persone e di alcune formazioni sociali intermedie specificatamente individuate: famiglia, categoria professionale, comunità territoriali, comunità religiose.

In terzo luogo si impone « la rivendicazione da parte dello Stato di una funzione non solo di mediazione statica tra le forze sociali esistenti, ma di sintesi dinamica e quindi di *reformatio* del corpo sociale » ⁽²²⁾.

In questa ottica l'intervento dello Stato è previsto per compensare la indifferenza generale per la giustizia e la solidarietà espressa dalla concezione liberale, per assolvere un compito politico che è « essenzialmente un compito di civiltà e di cultura, cioè, aiutare l'uomo a conquistare la sua vera libertà di espansione e di autonomia; un compito di progresso in un ordine che è essenzialmente morale e umano » ⁽²³⁾.

Lo Stato, infatti, come organizzazione di esseri etici, deve tenere conto dell'essenziale eticità dei cittadini e promuoverla nei limiti della sua competenza. È stato opportunamente affermato a questo proposito che « non è lo Stato che dà il bene umano alle singole persone, perchè queste se lo devono conquistare da sole: è compito dello Stato di rimuovere tutti gli ostacoli, promuovere tutte le condizioni favorevoli alla massima espansione della persona e al massimo conseguimento del bene umano totale dei singoli componenti » ⁽²⁴⁾.

sua sostanza. È già definito dall'essenza dell'uomo e dello Stato e consiste necessariamente nel promovimento di tutte le condizioni necessarie e favorevoli al *bonum humanum simpliciter*.

(22) DOSSETTI, *Funzioni...*, cit., p. 258.

(23) MARITAIN, *L'Uomo...*, cit., p. 182.

(24) DOSSETTI, *Funzioni...*, cit., p. 260. In questo senso, pertanto, la Costituzione repubblicana rappresenta storicamente un salto di qualità rispetto alle costituzioni ottocentesche. Tutte, certamente, tendono, per istanza fondamentale, a dare dimensione giuridica alla libertà. Tuttavia, le prime esaurivano il rapporto cittadino-Stato nella tutela e nel riconoscimento del cittadino come individuo, concependo il corpo sociale come un campo di competizione entro il quale ciascuno

Lo Stato, dunque, in concreto, deve operare la rimozione degli ostacoli ad effettuare il massimo di promovimento di tutto quello che può garantire la piena espansione della sapienza e della virtù, alle quali non sono certo estranee, ma anzi strettamente connesse, le aspirazioni religiose di ciascuno.

6. D'altra parte, anche la critica marxista ha messo in evidenza che « compito della legge non è soltanto quello di garantire la libertà di essere atei o religiosi, lasciando la gestione di questa libertà all'individuo senza alcuna interferenza da parte dello Stato o della comunità » ⁽²⁵⁾, e che « non è possibile, nè vera questa neutralità dello Stato di fronte al fenomeno religioso, traducendosi, invece, in una sorta di *libera concorrenza* confessionale, nella quale, al pari di quanto accade nel settore economico, prevale la confessione dominante, che agisce in una posizione di quasi monopolio » ⁽²⁶⁾.

In realtà, queste considerazioni sono del tutto condivisibili, soprattutto se si considera confessionale il laicismo e l'ideologismo, e tali da dare consistenza al nostro assunto iniziale, e cioè che le promesse di libertà contenute nella Costituzione richiedono dei processi di specificazione e di rafforzamento, che le pongono al riparo dall'astrattismo e dal vuoto formalismo; che strumento a ciò idoneo è il regime pattizio (non solo concordatario,

prova agire per il conseguimento dei propri interessi, ponendosi l'apparato di governo in posizione neutra ed agnostica. La Costituzione repubblicana, invece, sulla base dell'esperienza concreta, che ha dimostrata quanto illusoria fosse quella concezione, e cioè, che la enunciazione formale dei diritti non ne garantisce la effettività, prevede la necessità di una normativa che migliori, attraverso i singoli istituti giuridici, la condizione sociale dell'individuo. Si ha così un passaggio dal privato al pubblico, dal pubblico al sociale che investe, direttamente o indirettamente, i settori fondamentali della vita dei cittadini a cui non sono estranee connessioni con il sentimento religioso di ciascuno.

⁽²⁵⁾ CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa*, Bari 1973, p. 7. Si sostiene, anzi, che « questa è la risposta di tutti i regimi liberaldemocratici, che hanno affermato l'esigenza di privatizzare il fenomeno religioso lasciandone la cura all'individuo ed ai gruppi interessati ».

⁽²⁶⁾ CARDIA, *Ateismo...*, cit., p. 8.

ma anche delle « intese »), posto che, come è stato autorevolmente asserito, « per quanto riguarda il sentimento religioso, la Costituzione si è interessata del fenomeno dal punto di vista sociale mediante il riconoscimento di una posizione particolare alla organizzazione della Chiesa cattolica, ed in genere dell'organizzazione di tutte le confessioni religiose » ⁽²⁷⁾ di cui gli artt. 7 ed 8 sono significativa espressione.

La legittimità del regime pattizio si coglie, d'altra parte, avendo presente lo Stato concreto, « in cui sussistono, fra il singolo e lo Stato che deve realizzare certi determinati fini, tutta una serie di comunità intermedie, di formazioni sociali più o meno spontanee, più o meno artificiose, le quali rappresentano storicamente dei punti di cristallizzazione. Ora, il compito dello Stato deve essere precisamente questo: riuscire a sciogliere queste cristallizzazioni, evidentemente, sempre con i mezzi che siano compatibili con quella che è la funzione fondamentale dello Stato, col rispetto della persona, ecc. » ⁽²⁸⁾.

Questa conclusione non è certamente condivisibile da chi fa leva su di una pretesa « rendita di posizione » della Chiesa cattolica, la quale agirebbe come confessione dominante.

In realtà, vale anche per questo aspetto il monito a scendere nel concreto della situazione italiana, al fine di evitare analisi pregiudicate da eccessivo formalismo o, peggio, da astratti ideologismi; invero, è concretamente accertabile, nell'attuale contesto sociale e culturale italiano, l'ampiezza delle limitazioni di cui soffre, in linea di fatto, l'attività dei cattolici avente per scopo il raggiungimento di fini autonomi, corrispondenti ai valori di cui, al pari di altri gruppi sociali, sono portatori.

7. Viene in esemplare evidenza il delicato problema della « libertà della scuola ». Si è osservato, in proposito, che siffatta

⁽²⁷⁾ GISMONDI, *Esigenze di armonizzazione costituzionale nei rapporti tra Chiesa e Stato*, in *Documentazione di Justitia*, 1-2 (1977), p. 5.

⁽²⁸⁾ DOSSETTI, *Funzioni...*, cit., p. 288.

libertà « è promessa a chiunque, ma è data solo a quanti sono in grado di approfondire ingenti capitali per la organizzazione di una rete scolastica che trasmetta determinate concezioni della vita e della società » ⁽²⁹⁾.

In effetti, le difficoltà alle quali va incontro chi si propone di garantire al fanciullo una educazione rispettosa del suo pieno sviluppo, conforme alla libertà di insegnamento, rispettosa del diritto dei genitori di scegliere per i figli una educazione conforme alle legittime esigenze, riguardano da vicino sia la Chiesa cattoli-

⁽²⁹⁾ CARDIA, *Ateismo...*, cit., p. 9. Il riferimento alla posizione della Chiesa cattolica è evidente; tuttavia, per porre fondate riserve su questa conclusione e, in particolare, per convalidare l'assunto della palese inferiorità in cui opera la scuola cattolica, a seguito di disparità legislative tra scuola di stato e scuola libera, è opportuno il riferimento al documento della S. Congregazione per l'educazione cristiana del 19 marzo 1977, in cui si analizzano « alcuni nuclei di obiezioni, difficoltà, alternative »;

1) molti, mossi da un malinteso senso di laicità, impugnano la Scuola Cattolica come istituzione; essi non ammettono che la Chiesa possa offrire, oltre alla testimonianza individuale dei suoi membri, quella specifica di proprie istituzioni dedite, per esempio, alla ricerca della verità o alle opere di carità (n. 18);

2) altre obiezioni sostengono che la Scuola Cattolica tenta di strumentalizzare un'istituzione umana per scopi religiosi e confessionali... dimenticando... che l'educazione integrale comprende in maniera imprescindibile la dimensione religiosa (n. 19);

3) secondo altri la Scuola Cattolica sarebbe un'istituzione anacronistica che, dopo aver svolto un ruolo di supplenza richiesto in passato, non avrebbe più ragion d'essere in un'epoca in cui la società civile sta assumendo a suo carico il servizio scolastico. Lo Stato... minaccia, con le istituzioni educative unificate a livello nazionale e sedicenti neutre, la sopravvivenza delle comunità naturali, fondate su una concezione comune della vita (n. 20);

4) è vero... che dove non si considerano i vantaggi di una presenza alternativa della Scuola Cattolica nell'attuale società pluralistica, vengono creati ad essa notevoli difficoltà (n. 21)...

5) è altrettanto vero che... dove i governi avvertono i vantaggi e la necessità di un pluralismo scolastico che offra varie alternative al sistema scolastico statale... dai sussidi vari concessi a titolo gratuito si giunge ad accordi, convenzioni, contratti che, mentre garantiscono alle scuole cattoliche la duplice possibilità di conservare il loro specifico carattere e di svolgere adeguatamente il loro compito, le inseriscono in modo più o meno completo nel sistema scolastico nazionale assicurando loro condizioni economiche e diritti analoghi a quelli delle scuole statali (n. 81).

ca, sia il laicato, proprio per la situazione in cui entrambi si trovano oggi in Italia.

Mentre in altri tempi, infatti, la Chiesa istituzionale e la più vasta comunità dei credenti, per abbondanza di vocazioni e sufficienti erogazioni da parte dei privati, potevano gestire efficacemente le proprie istituzioni educative, esercitando effettivamente il diritto proprio riconosciuto loro dalla Costituzione, oggi, per ragioni di intrinseca debolezza economica oggettivamente documentabile, e per ragioni dipendenti da certe leggi regionali discriminatrici tra istituzioni pubbliche ed istituzioni educative autonome (le quali, si può ben dire, garantiscono una effettiva « rendita di posizione » alle prime), la comunità ecclesiale si trova privata di un proprio fondamentale diritto-dovere.

A questo proposito si impongono alcune osservazioni, che costituiscono altrettante risposte ad obiezioni ricorrenti su questo argomento.

La prima, d'ordine più generale, riguarda l'istituzione educativa statale, la quale per se stessa non sottenderebbe, nè privilegierebbe alcuna particolare ideologia: si porrebbe, in altri termini, in posizione neutra ed agnostica, rispettosa dei diritti e delle aspirazioni morali e culturali di tutti i cittadini.

Ciò è vero in linea di principio, ma di fatto la realtà è ben più deludente. La scuola pubblica non è più quella gentiliana, controllata attraverso rigorosi concorsi dall'ideologia idealistica che si dichiarava, pur essendo storicistica, critica e rispettosa del pensiero e dei sentimenti dei cristiani, custoditi dalla Chiesa ⁽³⁰⁾.

Oggi tutte le ideologie sono presenti nella scuola pubblica e la propaganda si sostituisce alla ricerca.

È innegabile, del resto, che di fatto nella odierna realtà culturale, si assiste al « vasto sormontare di una cultura negatrice dei valori trascendenti e al rapido avanzare di movimenti po-

⁽³⁰⁾ Ampiamente sul tema MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Stato e Chiesa in Giovanni Gentile*, Milano 1975, p. 79 ss.

litici assertori del materialismo » ⁽³¹⁾. Il fenomeno è stato adeguatamente colto da quel finissimo giurista ed attento indagatore della realtà storica qual è A.C. Jemolo, il quale mette anche in evidenza come, tra la cultura ora emergente e quella tradizionale legata alla fede cattolica, sia in atto una lotta sostanziale, che si svolge nella scuola, in cui alligna e prospera ogni tipo di propaganda culturale, particolarmente quella marxista.

In siffatto contesto l'affermazione secondo cui nella scuola pubblica la libertà di coscienza e di insegnamento sono ampiamente garantite dalla Costituzione, richiede, quantomeno, una attenzione critica che ne eviti la genericità ed, anche, l'apoditticità.

L'affermazione, correlativa alla precedente, del concetto di scuola « come scuola del libero dialogo » ⁽³²⁾ non tiene conto della peculiarità del fenomeno scolastico, dove « il libero gioco delle idee, nella sua duplice espressione di manifestazione ragionata di convinzioni proprie e di capacità di valutazione critica delle convinzioni altrui, è naturalmente limitato, per la ancora insufficiente maturità intellettuale dell'alunno e al tempo stesso per la posizione di « timore riverenziale » che gli deriva dall'essere soggetto di un rapporto di supremazia speciale: posizione — si noti — che non è affatto irrilevante per il diritto, se si pensa che tutte le scuole, ma specialmente quelle in cui lo *status* di timore è più marcato, sono considerate dall'ordinamento non tanto come palestre di libera e (reciproca) manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost., ma come sede di appositi « insegnamenti » da parte di alcuni soggetti (appunto gli « insegnanti ») verso altri (gli alunni), distinti e contrapposti ai primi. Immaturità intellettuale e « timore riverenziale » alterano, pertanto, nella scuola, quel libero gioco delle idee che è considerato dall'ordinamento come

⁽³¹⁾ JEMOLO, *Religione e libertà*, in *Documentazione di Justitia*, 2 (1977), p.

⁽³²⁾ MARCIOTTA BROGLIO, *Scuole confessionali e laicità dello Stato*, in *Il Resto del Carlino*, 4 agosto 1977, p. 2.

presupposto del riconoscimento della generale libertà di manifestazione del pensiero ⁽³³⁾.

Nella scuola di oggi, non più gentiliana e non ancora « a misura d'uomo », anche per una carenza di formazione dei docenti, immessi numerosi nei ruoli senza una specifica preparazione culturale, metodologica, didattica e morale, anzi imbevuti di orecchiate ideologie, manca un adeguato concetto di « scuola », uno sforzo di « attento esame che permetta di pervenire alla formulazione di un concetto di scuola come luogo di formazione integrale attraverso l'assimilazione sistematica e critica della cultura, per cui, purtroppo, la scuola non è, nè diventerà, continuando ad operare in queste condizioni, « un luogo privilegiato di promozione integrale mediante l'incontro vivo e vitale con il patrimonio culturale » ^(33 bis).

Sappiamo, inoltre, e questo per una da tempo promessa riforma della scuola, mai avvenuta a livello di scuola media superiore, che nella scuola non avviene, allo stato attuale, un'autentica elaborazione culturale, cioè « un confronto e un inserimento dei valori perenni nel contesto attuale : la cultura, infatti, per essere educativa, deve innestarsi nelle problematiche del tempo in cui si svolge la vita del giovane. La scuola deve, pertanto, stimolare l'alunno all'esercizio dell'intelligenza sollecitando il dinamismo dell'educazione e della scoperta intellettuale ed esplicitando il senso delle esperienze e delle certezze vissute: una scuola che non assolva questo compito e che, al contrario, offra elaborazioni prefabbricate, diventa per ciò stesso ostacolo allo sviluppo della personalità degli alunni.

Inoltre, manca nella scuola odierna, specialmente in quella superiore, nonostante i decreti delegati, i consigli di classe e i collegi dei docenti, la possibilità (ed anche la volontà) di un confronto tra il programma formativo, i contenuti e i metodi,

⁽³³⁾ POTOTSCHNIC, *Insegnamento, istruzione, scuola*, Milano 1961, p. 76.

^(33 bis) Le citazioni sono ricavate dal *Documento della Sacra Congregazione per l'Educazione Cristiana del 19 marzo 1977*.

con la visione della realtà a cui la scuola si ispira e dalla quale tutto in essa dipende:

« Il riferimento implicito o esplicito a una determinata concezione di vita (*Weltanschauung*) è infatti ineludibile, in quanto rientra nella dinamica di ogni scelta... e costituisce il presupposto dell'unità d'insegnamento. Per questo la scuola deve partire da un progetto educativo intenzionalmente rivolto alla promozione totale della persona ».

L'assenza di tutto questo genera quello scadimento della scuola che tutti noi conosciamo: essa non è nè informativa (nozionistica), nè formativa, ma diventa sempre più luogo di disimpegno morale o di propaganda ideologica. Da qui discende la particolare esigenza della tutela e protezione dell'alunno nella propria libertà di opinione contro attentati cui difficilmente saprebbe altrimenti resistere.

È certo che siffatta tutela non potrebbe realizzarsi efficacemente imponendo all'insegnante il dovere del silenzio riguardo alle sue convinzioni personali. Vi è un motivo giuridico *ex art. 33 Cost.*; « l'arte e la scienza sono liberi e libero ne è l'insegnamento »; ma vi è un motivo d'ordine sostanziale: l'educatore, perchè la sua opera sia veramente efficace e non si riduca ad una serie di formule astratte, libresche, staccate dalla vita, deve impegnare le sue convinzioni personali, la sua tensione morale, di testimonianza e di impegno civile.

Tuttavia, è anche fuori discussione che l'educazione esige una sintonia di chi dona con chi riceve: tra l'ispirazione che anima il maestro e le concezioni fondamentali che l'alunno riceve dal suo ambiente sociale e familiare e che i suoi genitori sentono come un diritto-dovere di alimentare e sviluppare in lui. Questo motivo d'ordine sostanziale trova la sua puntuale trasposizione formale negli artt. 29 e 30 *Cost.*, da collegare con l'art. 26 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

La conclusione è evidente: un autentico pluralismo deve essere attuato nel sistema educativo-scolastico. Occorre, cioè,

che esso si strutturi in modo tale da garantire agli educatori la libertà di educare ai fondamenti della vita sociale con la loro intera convinzione e con la loro ispirazione personale, ma che, nel contempo, metta al riparo l'allievo dall'arbitrio e dall'indottrinamento, esigenza, quest'ultima, riconosciuta *ex art. 2 Cost.*, che sancisce il rispetto della personalità del minore.

Si può, pertanto, concludere che « la scuola privata, in quanto educatrice essa stessa, dispone di tutte quelle facoltà che ineriscono all'azione propria dell'insegnante » ⁽³⁴⁾ ponendosi come garanzia delle libertà di insegnamento e di coscienza in tutte le dimensioni in cui queste si articolano.

8. La seconda obiezione a cui occorre dare subito una precisa risposta è che la rivendicazione da parte della Chiesa e dei cattolici di un pluralismo scolastico « alternativo » al sistema statale si risolverebbe in « un pluralismo ghetizzante delle istituzioni, non *nelle* istituzioni » ⁽³⁵⁾.

Si è già detto, a questo proposito, come oggi nella scuola si coglie il fenomeno dello scontro delle ideologie e della propaganda a volte esasperata.

È vero che siffatta realtà non corrisponde nè al dettato costituzionale, nè alle istanze che emergono da diversi ambiti culturali. Si sostiene, anzi, che nella scuola vi sarebbero « valori comuni » da tutti condivisibili (marxisti, laici, cattolici) che caratterizzerebbero la scuola come luogo del libero dialogo, della ricerca e della valorizzazione di questi valori ⁽³⁶⁾.

Effettivamente, anche la dottrina marxista esclude nettamente l'ipotesi di una scuola ideologica o di parte; tuttavia, sottolinea chiaramente che il pluralismo scolastico (ovvero il pluralismo *nelle* istituzioni) « non può essere inteso come un sem-

⁽³⁴⁾ POTOTSCHNIC, *Insegnamento...*, cit., p. 102.

⁽³⁵⁾ MARGIOTTA BROGLIO, *Scuole confessionali...*, cit., p. 2.

⁽³⁶⁾ Per una puntualizzazione in tal senso, da parte cattolica, cfr. CORRADINI, *La difficile convivenza*, Brescia 1975, p. 126.

plice terreno neutro sul quale possano coabitare senza scontrarsi diverse posizioni culturali o ideali: al di là del principio, pur importante, della tolleranza e del reciproco rispetto, ci sono valori comuni a cui richiamarsi » ⁽³⁷⁾.

Quest'ultima affermazione, tuttavia, lascia chiaramente intendere che « il codice di interpretazione » di questi valori comuni è esclusivamente quello dettato dalla cultura cosiddetta progressista, egemonizzata dalla cultura marxista, portata, per principio, a concepire e ad organizzare il sistema scolastico-educativo in termini panstatalisti.

In effetti, è stato ampiamente dimostrato che la riforma gramsciana del marxismo non implica affatto la rinuncia a considerare tale ideologia come una integrale concezione del mondo, la quale deve dare la propria impronta ad una nuova epoca storica, sicchè, nella scuola, si è passati dalla cultura idealistica, fondamento — grazie alla mediazione gentiliana assertrice del « ruolo di religiosa plasmazione dei fanciulli, affidato alla Chiesa ma da esplicarsi nei limiti contrassegnati dalla filosofia statuale ⁽³⁸⁾ — dell'ideologia fascista, a quella marxista, acclimatata dal pensiero gramsciano.

Sulla scorta di queste premesse ideologiche si manifesta la precisa volontà politica di affidare allo Stato il diritto esclusivo di gestire il processo di istruzione-formazione dei cittadini.

Del resto, il pensiero gramsciano sottolinea adeguatamente il significato di tale massiccio processo di statalismo scolastico: « ... lo Stato non è agnostico, ma ha una sua concezione della vita ed ha il dovere di diffonderla, educando le masse nazionali. Ma questa attività formativa dello Stato, che si esprime, oltre che nell'attività politica generale, specialmente nella scuola, non si svolge sul niente e da niente: in realtà, essa è in con-

⁽³⁷⁾ CHIARANTE, in *Rinascita*, 41 (1976), p. 21.

⁽³⁸⁾ MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Stato e Chiesa...*, cit., p. 83.

correnza ed in contraddittorio con altre concezioni esplicite ed implicite » ⁽³⁹⁾.

Il concetto è ripreso in termini più netti dalla dottrina marxista contemporanea: « l'intervento pubblico (nel settore scolastico), in uno Stato democratico privo di specifiche determinazioni ideologiche, scadrebbe ad una posizione privatistica quasi che lo Stato non fosse di per sè portatore, il solo portatore, di valori validi nei quali tutte le specifiche posizioni abbiano a riconoscersi » ⁽⁴⁰⁾.

Condotta alle sue logiche conseguenze, il concetto esprime il principio secondo cui la volontà della maggioranza non solo esprime il diritto ma anche la moralità, il principio, cioè, del consenso quale fonte della norma etica, inaccettabile alla luce dei principi costituzionali che sottolineano il valore fondamentale della persona, la sua libertà di opinione e di coscienza.

Da siffatte premesse ideologiche non solo si deduce la non attuabilità pratica dell'asserito pluralismo nelle istituzioni, ma anche il fondamento della politica del diritto allo studio condotta dalle regioni amministrate, da giunte regionali di sinistra, che risulta punitiva nei confronti delle scuole autonome, per la maggioranza di ispirazione cattolica.

8. Una volta dimostrato che sul piano della realtà effettuale esistono concrete limitazioni al diritto costituzionalmente garantito ai cittadini cattolici di perseguire mete educative autonome, corrispondenti ai valori di cui sono portatori, non vale opporre che ciò avviene non per mezzo di una legge discriminatrice, ma soltanto in via di fatto, poichè lo sviluppo dimensionale della persona, così come la soluzione del suo conflitto tra *appetitus libertatis* e *appetitus societatis*, risulterà ottemperato dalla costituzione e « dai governanti in termini di

⁽³⁹⁾ GRAMSCI, *Letteratura e vita nazionale*, in *Quaderni dal carcere*, 5, Torino 1964, p. 217.

⁽⁴⁰⁾ FINELLI, *La 'scuola pubblica' dell'infanzia*, Roma 1974, p. 35.

libertà e di intolleranza nei confronti dei governati, a seconda delle norme dettate al riguardo e ai criteri di costume cui si informa il paese nell'applicarle » ⁽⁴¹⁾.

In realtà, la stessa critica marxista ha messo in evidenza come ciò significhi che la « legge, non intervenendo nelle situazioni di fatto, non dà ciò che la Costituzione promette, non realizza le condizioni di eguale libertà » ⁽⁴²⁾.

Alla luce di questa giusta intuizione appare però eccessivamente formalistico, ed anche contraddittorio, appellarsi all'art. 33 Cost., per sostenere che vi è nella Carta fondamentale un preciso ostacolo alla erogazione di sussidi alle scuole autonome.

L'art. 33 Cost. ha di certo una sua precisa funzione normativa che nessun criterio interpretativo può vanificare. Tuttavia, non si può operare l'interpretazione di esso in maniera meccanica, svincolandolo dall'intero sistema della Costituzione.

La *ratio* di questo sistema consiste, appunto, nel superamento dell'ottica mistificatrice delle libertà individual-democratiche, retoricamente proclamate, ma molto spesso non operanti sul piano storico concreto.

Questa *ratio*, presente intimamente in tutte le fibre dell'ordinamento costituzionale, è espressa in maniera esplicita dall'art. 3, II comma Cost.: « è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli d'ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i la-

⁽⁴¹⁾ PEYROT, *Libertà e religione nelle Chiese evangeliche*, in *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna 1975, p. 556. Analoghi concetti sono sostenuti da FUBINI, *Ebraismo italiano e problemi di libertà religiosa*, *ibidem*, p. 673 ss. e, più in generale con la consueta forza di linguaggio da BELLINI, *Libertà dell'uomo e fattore religioso nei sistemi ideologici contemporanei*, *ibidem*, p. 105 ss. Sul ruolo dello Stato costituzionale, rispettoso della reciproca autonomia Stato-Chiesa, nonché dei *cives-fideles*, CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa*, 2, Milano 1974.

⁽⁴²⁾ CARDIA, *Ateismo...*, cit., p. 12.

voratori all'organizzazione politica economica e sociale del Paese ».

Orbene, è stato ampiamente dimostrato che la Carta costituzionale riconosce la fondamentale importanza della scuola autonoma come garanzia del diritto primario degli alunni e delle loro famiglie ad una formazione della persona conforme con la propria ispirazione personale, come garanzia, cioè, del pieno sviluppo della persona umana.

Ma questa garanzia può mancare qualora si frappongano ostacoli d'ordine economico e sociale che vengono ad alterare la ripartizione di questi beni fra i singoli componenti della società.

Ora, l'inciso « senza oneri per lo Stato » ha questa funzione precisa: evitare che un gruppo sociale economicamente forte al punto da istituire una rete capillare scolastica di gran lunga preponderante rispetto a quella di altri gruppi possa accentuare la sua forza di pressione mediante i sussidi statali. In questo senso pare esatta, dunque, l'interpretazione dell'art. 33 Cost. secondo la quale esso comporta l'insussistenza da parte dello Stato di un obbligo finanziario nei confronti degli istituti privati.

Ma tale limite dello Stato non ha più ragion d'essere, ed anzi, sarebbe in manifesta contraddizione con l'art. 3 II comma Cost., qualora si tratti di gruppi che per oggettive carenze economiche vedono grandemente limitato il loro diritto ad istituire scuole.

L'art. 9, n. 1 della Bozza di revisione del Concordato si situa esattamente nel solco di questa interpretazione, per evitare, appunto, che una cultura diventi egemone, favorita dalle stesse strutture (e carenze) dello Stato.

Si è realizzato, in tal modo, il ricorso, auspicato anche dalla critica marxista, « a quelle opzioni legislative che maggiore *incidenza* hanno sul terreno sociale » ⁽⁴³⁾, e si è messa in evidenza

(43) CARDIA, *Ateismo...*, cit., p. 12.

esemplare la precisa funzione attuale del concordato quale strumento di specificazione e rafforzamento dei diritti di libertà, per superare, *sul piano concreto*, i limiti intrinseci delle garanzie meramente formali, contenute nella Costituzione.

Eppure, vi è in dottrina chi critica la soluzione adottata motivandola con il fatto che « qui alla Chiesa non è riconosciuto solo l'astratto diritto di istituire scuole, ma è piuttosto *assicurata* la *possibilità* di farlo » ⁽⁴⁴⁾, come se si trattasse di una violazione, anzichè di una puntuale applicazione del principio insito nell'art. 3 Cost.

Allo stesso modo, « desterebbe preoccupazioni » la previsione della Bozza secondo cui « nel rispetto del principio della parità di trattamento, qualora lo Stato, le Regioni o i Comuni assicurino alle istituzioni scolastiche o educative da loro dipendenti o ai loro alunni benefici che vadano oltre quelli obbligatori in forza delle leggi dello Stato, le istituzioni gestite da enti ecclesiastici e i loro alunni non potranno essere esclusi da tali benefici ».

In realtà, siffatte « preoccupazioni » sono condotte sul presupposto che le scuole cattoliche si « pongono in concorrenza con la scuola pubblica »: presupposto che si rileva infondato ed anti-storico, posto che nel nostro sistema costituzionale scolastico tanto la scuola pubblica, quanto quella autonoma, lungi dall'essere in concorrenza, sono volte entrambe al servizio della persona.

Ciò significa, in altri termini, che se è incostestabile che la scuola deve sottendere una ideologia, essa altro non può essere che l'ideologia democratica, nel senso, cioè, che la scuola pubblica non può trovare più una base comune nella ideologia perchè le ideologie attuali non sono più comuni, bensì nell'antropologia e nella psico-dinamica. Il punto di partenza è, dunque, la persona, considerata secondo la dinamica e lo sviluppo del singolo: il problema della scuola, pertanto, da ideologico diventa metodologico

⁽⁴⁴⁾ BELLINI, *Note critiche allo schema di nuovo concordato, s.d., pro manuscripto*, p. 24-25.

e comporta la considerazione della persona prima dei contenuti, i quali vanno adattati alle esigenze del singolo e dei tempi.

« Non va dimenticato che nella scuola si istruisce per educare, cioè per costruire l'uomo dal di dentro, per liberarlo dai condizionamenti che potrebbero impedirgli di vivere pienamente da uomo. Per questo la scuola deve partire da un progetto educativo intenzionalmente rivolto alla promozione totale della persona » (^{44 bis}).

La conclusione è evidente: l'attenzione per la persona concreta, culturalmente « situata » comporta l'offerta alla medesima della massima libertà di scelta tra servizio scolastico statale e servizio scolastico autonomo e che questa libertà di scelta non può essere compromessa da sperequazioni economiche o sostanziali d'altro genere.

A questo proposito si può cogliere la paradossale conclusione a cui perviene la dottrina abrogazionista attuale.

Pur essendo stata demolita, per opera delle forze sociali e politiche che hanno dato vita alla Costituzione repubblicana, la concezione « borghese » del diritto, ed essendo stato decisamente respinto l'agnosticismo o il cryptoagnosticismo dello Stato in tutti i settori della vita personale e sociale, si tende, da parte di alcune espressioni della dottrina ecclesiasticistica, ad imporre siffatto agnosticismo esclusivamente in riferimento al campo di attività dei cittadini direttamente o indirettamente connesso alle loro ispirazioni religiose (⁴⁵).

È vero che la critica allo strumento concordatario, ma non solo ad esso, posto che sono messe in discussione, sul piano teologico come su quello pratico, le modalità di espressione concreta

(^{44-bis}) Cfr. *Documento S.C.E.C.*, cit., n. 29.

(⁴⁵) Al di là di una impostazione generale, per cui cfr. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 4 ed. Milano 1975, p. 163 ss.; vedansi DALLA TORRE, *Sulla libertà della scuola in Italia*, in *Arch. giur.*, 1975, CLXXXVIII, p. 91 ss. e TALAMANCA, *Libertà della scuola, libertà nella scuola*, Padova 1975, che non possono prescindere dalle individuazioni dei concetti di agnosticismo ecc. limpidamente tracciati, tra gli altri da D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, Milano 1970.

del convincimento religioso, sulla base, appunto, della pretesa incapacità dei cattolici di organizzare una esperienza sociale rispettosa della laicità delle strutture sociali e politiche, tende, nelle intenzioni dei suoi propugnatori ad abbattere i privilegi di cui sarebbe portatrice la Chiesa cattolica. Tuttavia, a prescindere dalla reale consistenza di siffatti privilegi, la dottrina in esame, poichè insiste sui temi dell'apporto personale, della testimonianza *perinde ac cadaver* tende a riproporre, in termini astrattamente dogmatici, il tema del neopareggiamento delle situazioni di partenza, elaborato dalla teorica liberal-borghese, allo scopo, appunto, di consentire alla iniziativa personale di beneficiare dello stimolo che lo chiama ad una vocazione di impegno e di rischio ⁽⁴⁶⁾.

Ma è proprio questa conclusione che si rivela non reale, e perciò inaccettabile: si trascura, cioè, che sul piano culturale, su quello storico-sociale ed anche su quello storico-giuridico si verificano tali frapposizioni al libero espletamento delle personali e sociali esigenze d'ordine religioso, da essere superate unicamente in forza di un eroismo che è utopistico pretendere dalla generalità dei soggetti ⁽⁴⁷⁾.

Ora, poichè la Chiesa non si stanca di ripetere che « è compito formale della scuola, in quanto istituzione educativa, rilevare la dimensione etica e religiosa della cultura, proprio allo scopo di attivare il dinamismo spirituale del soggetto e aiutarlo a raggiungere la libertà etica che presuppone e perfeziona quella psicologica », lo Stato, che è al servizio della persona e della comunità, non solo deve rendersi garante della libertà della Chiesa nella istituzione e gestione di scuole cattoliche aperte ai credenti ed anche a quanti si ispirano « ai valori assoluti dai quali dipende il senso

⁽⁴⁶⁾ BELLINI, *Note...*, cit., p. 26.

⁽⁴⁷⁾ Questa pare essere una pertinente applicazione, nel settore del fenomeno religioso, dei principi espressi da Dossetti a proposito del compito di liberazione (dal bisogno, dalla frustrazione) da attribuire alle istituzioni pubbliche. Ved. DOSSETTI, *Funzioni...*, cit., p. 289.

e il valore della vita dell'uomo », ma anche garante del diritto dei cittadini ad avere una scuola che « sia realmente educativa, in grado cioè di formare personalità forti e responsabili, capaci di scelte libere e giuste »; una scuola « vista come istituzione in cui i giovani sono resi capaci di aprirsi progressivamente alla realtà e di formarsi una determinata concezione della vita »; una scuola, infine, che si costituisca come comunità nella quale i valori sono mediati da rapporti interpersonali autentici tra i diversi membri che la compongono e dall'adesione non solo individuale, ma comunitaria alla visione della realtà a cui la scuola stessa » si ispira (^{47 bis}).

In realtà, la Costituzione repubblicana impone chiaramente allo Stato una opera positiva di promozione e ripartizione del bene comune tra i singoli componenti, sulla base di una proporzionalità tra il bene attribuito e apporto di ciascuno alla società, per cui sarebbe contraddittorio promettere ai cittadini (e alle comunità intermedie) il rispetto e la conquista della dignità personale, il significato autentico della « soggettività » di diritto, e, nel contempo, disattendere quella promessa in tutti i settori, primo fra tutti, quello scolastico.

La dottrina più recente, nello sforzo di armonizzazione dell'istituto concordatario ai principi costituzionali, ha prospettato l'esigenza di affrontare in termini nuovi ed originali il problema; in altri termini, l'approccio al problema va condotto non più « dal punto di vista dello Stato o della Chiesa, ma, invece, dal punto di vista della scuola, che ha un suo ruolo autonomo da svolgere, dovendo esser, come riconosce oggi l'art. 2 della legge 30 luglio 1973, n. 477 sullo stato giuridico del personale, adeguata alle esigenze personali e sociali di coloro che vi partecipano » (⁴⁸).

(^{47 bis}) Cfr. *Documento S.C.E.C.*, cit., nn. 30-31.

(⁴⁸) POTOTSCHNIG, *L'insegnamento della religione nelle scuole: dall'obbligo alla facoltatività*, in *Humanitas*, 1-2 (1974), p. 129.

L'art. 9, n. 2 della Bozza di revisione ha sostanzialmente recepito questa fondamentale istanza.

Preliminarmente è da osservare come alla scuola venga oggi attribuita dall'ordinamento giuridico una funzione nuova: non più solo quella di *istruire*, ossia di formare un tipo astratto di cittadino, fornendogli un puro addestramento tecnico e professionale, favorendogli l'acquisizione di abitudini meccaniche, capaci di inserirlo nel tessuto socio-economico, ma quella di *educare*, vale a dire di guidare l'uomo allo sviluppo delle proprie facoltà per diventare persona umana compiuta, per mezzo dell'uso libero ed integrale delle facoltà costituite dalla conoscenza, dalla forza del giudizio critico, delle virtù morali.

L'educazione, che è compito della scuola pubblica, significa, dunque, formazione della persona umana, tenendo conto di tutti i valori umani: materiali, culturali, spirituali, morali, religiosi. Infatti, l'uomo, come essere naturale, trova il suo perfezionamento nello sviluppo delle sue facoltà nel mondo oggettivo, interagendo con il proprio ambiente naturale; come essere storico entra nel mondo sociale innescando un'azione reciproca tra individuo e civiltà; come essere spirituale, infine, trova il suo sviluppo nella coscienza e nella libera accettazione della volontà divina, impressa nella natura e trasmessa dalla Rivelazione.

In definitiva, questa concezione dell'educazione poggia sulla principale aspirazione dell'uomo, che è quella della libertà, cioè spontaneità, espansione autonoma, riconoscimento della propria dignità personale.

L'organizzazione giuridica del sistema scolastico italiano riflette i caratteri della società attuale, democratica, pluralista e personalista, sicchè le aspirazioni morali o spirituali dei singoli o dei corpi sociali organizzati non possono essere sacrificate in nome della sovranità dello Stato.

Contro questa conclusione non varrebbe opporre l'art. 9 Cost., in forza del quale « la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura ». In realtà codesto articolo non solo non

legittima un potere assoluto dello Stato in questo campo, quasi che la « cultura » fosse un suo fine e quasi che ogni attività riconducibile allo sviluppo della cultura fosse un'attività pubblica, che lo Stato orienta e disciplina al pari di ogni altro settore.

È vero invece l'opposto: la cultura è un valore che non appartiene allo Stato, che, anzi, da esso deve essere rispettato.

La cultura, infatti, ha una funzione eminentemente personalistica, nel senso che la persona viene collocata nell'ambiente culturale in modo vitale, messa in condizione di vivere in una data realtà culturale, resa attivamente partecipe di essa. Così intesa, cioè, la cultura è presupposto imprescindibile per attuare le esigenze di sviluppo e di perfezionamento dell'uomo, che costituiscono il bene umano totale e, correlativamente, il fine autentico dello Stato.

In altri termini, perchè l'educazione sia veramente efficace, non può essere intesa nel senso di un determinismo pedagogico-socio-culturale ⁽⁴⁹⁾. L'educazione, davanti ai beni culturali, ha una posizione critica e selezionatrice, proprio perchè tende a far sì che i beni culturali diventino beni formativi.

Se è incontestabile, dunque, che in una società pluralista la adesione all'uno o all'altro indirizzo culturale, storicamente in atto nella coscienza popolare, dipende dalla libera adesione di ciascuno, è anche fuor di dubbio che l'educazione non potrebbe essere validamente attuata se venisse staccata dalle radici che le danno consistenza e vigore negli spiriti.

Orbene, se la scuola pubblica vuole effettivamente attuare il suo compito educativo, non può non favorire la comunicazione dei valori promotori della maturazione personale e presenti nelle varie culture.

(49) È questa l'esperienza dello Stato liberale, il quale ha fondato l'organizzazione scolastica su di una concezione neutra dell'educazione, in base alla quale la formazione della personalità sarebbe il termine di una spontaneità evolutiva, senza che occorra una regola ed una guida oltre se stessa.

D'altra parte, è certo che ogni cultura ha i suoi valori, sicchè ciascuna non può essere considerata superiore alle altre, ma semplicemente diversa; è anche certo, tuttavia, che se i valori contenuti in ogni cultura sono relativi in quanto all'esistenza, sono assoluti riguardo la loro essenza.

Di qui, pertanto, la fondamentale conseguenza per cui la coscientizzazione dei valori della propria cultura è *conditio* per l'apertura ed il dialogo con le altre culture.

In questo senso preciso assume legittimità il riconoscimento, operato dalla bozza di revisione del Concordato, del « valore della cultura religiosa », intendendo questa, appunto, come « sistema organico di valori, derivante dalla parola rivelata e dalla esperienza ecclesiale, che, adeguatamente interiorizzato, consente ad ogni fedele di individuare il significato della propria vocazione personale in sintonia con il disegno di Dio sul mondo; gli fornisce, quindi, le reali capacità di libera scelta; gli permette di esprimere responsabilmente nel modo migliore la propria funzione personale nella storia, in tensione armonica verso il supremo fine comune, che è il Regno » ⁽⁵⁰⁾.

Il rovesciamento dell'impostazione dell'art. 36 Conc. è evidente: qui l'insegnamento della religione viene considerato come « interpretazione cristiana della realtà », con il rischio, non solo potenziale, che la scuola, in quanto istituzione secolare, dogmatizzi in materia religiosa prendendo posizione a favore di una determinata confessione; il progetto di revisione, invece, non intende riservare uno spazio di favore alla confessione cattolica, ma introduce il principio del pluralismo educativo nella sua duplice eccezione, personale e sociale.

10. Quest'ultima affermazione richiede una chiarificazione sul piano teoretico, negandosi da parte di qualcuno il carat-

⁽⁵⁰⁾ MANFREDINI, *Esperienza ecclesiale e cultura*, in *Pluralismo culturale: scuola e società*, Milano 1976, p. 132.

tere pluralista della soluzione adottata in sede di progetto di revisione.

Orbene, è vero che sul piano generale, il pluralismo si pone come riconoscimento di posizioni culturali diverse, implicanti aspetti etico-religioso-politico-sociali diversi, come è vero che l'ideologismo compromette la funzionalità del pluralismo, giacchè, dando della realtà una visione compatta e conchiusa, si pone come visione egemone e, quindi, incapace di dialogo e comprensione con altre posizioni culturali.

Il rispetto del pluralismo, dunque, si realizza nel superamento di ogni ideologia. Con ciò non si intende parlare di neutralismo asettico, ma di accettazione e confronto delle diverse posizioni culturali presenti nella nostra società, emergenti sia sia dalla grande impronta del cristianesimo, sia dalle rivoluzioni culturali susseguitesi storicamente a quella protestante.

Ma il riconoscimento del pluralismo non si può porre solo in termini teorici, tali da assumere come formalmente valide diverse espressioni culturali, ideali e politiche. Ciò rischia di condurre ad una forma di sincretismo culturale, ad una sorta di pacifismo acritico, negatore della consistenza stessa del pluralismo.

Il riconoscimento del pluralismo, pertanto, deve avvenire in termini pratici; in riferimento, cioè, alla persona, che, formata in una determinata società, avendo attinto a fonti culturali specifiche, ha una propria identità, che non può non coimprimare il suo modo di pensare e di agire, ossia la sua coscienza.

Di qui la conseguenza secondo la quale la coscienza personale, che è la risultante di un cammino di maturazione avvenuto in un ambito culturale-religioso-sociale, costituisce il punto di partenza ineludibile da qualsiasi organismo pubblico che operi in rapporto con la persona.

Il pluralismo culturale, implica, quindi, un pluralismo personale.

Proprio sulla base di queste intuizioni il progetto di revisione predispone opportuni meccanismi di servizio alla persona umana, quale entità viva ed operante, dotata di un proprio orientamento morale, base e fonte di un cammino culturale per la propria maturazione.

11. Occorre, tuttavia, osservare che il sistema delineato dalla bozza non è pienamente coerente con l'affermazione del principio del dovere dello Stato di garantire a tutti il diritto di ricevere una educazione conforme alla loro religiosità naturale e culturale.

Il sistema, infatti, è tale da garantire la formazione culturale di quanti, non solo si riconoscono culturalmente compresi nella tradizione religiosa cristiana, ma manifestano concretamente la loro appartenenza alla Chiesa cattolica o alle altre Chiese, ai quali soltanto verrebbe impartito l'insegnamento della religione secondo la propria specifica tradizione.

Pertanto, poichè non tutti hanno una appartenenza *vitale* alla Chiesa, non essendo oggi da un punto di vista strettamente esistenziale e non ontologico, sufficiente, anche se importante, quella *battesimale*, ma tutti hanno il diritto all'educazione religiosa, occorre individuare il meccanismo per garantire, a tutti i cittadini, una apertura all'Essere che si fa storia, si fa salvezza, si fa religione, si fa speranza o utopia.

È vero che l'approntamento di queste linee e mete educative non entra, a rigore, a far parte dell'oggetto di negoziazione, essendo di competenza autonoma dello Stato, da attuarsi in via di legislazione ordinaria, ma è anche vero che la non considerazione del problema rischia di vanificare la portata originale del progetto di revisione, e di perpetuare l'anacronistico sistema del 1929, anche se con i Patti lateranensi « esce rinvigorita la stessa sovranità dello Stato » ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ CONSOLI, *Dalla politica ecclesiastica della Destra alla attuale reciproca autonomia tra Stato e Chiesa*, Milano 1964, p. 96.

Ammesso, dunque, che nessuno può essere privato di un bene fondamentale che postula un diritto-dovere costituzionalmente garantito, qual è l'educazione alla religiosità, si può validamente sostenere che l'integrità della formazione personale può essere a tutti garantita, dalla scuola materna a quella dell'obbligo, media compresa, secondo la tradizione cattolica, utilizzando questa non sulla base di una precisa scelta confessionale, ma in forza di alcune idee di fondo in essa contenute, di fratellanza, di apertura verso il bene, ecc. ⁽⁵²⁾.

Agli studenti delle scuole medie superiori tale garanzia va posta in forme diversificate: come accostamento ai problemi della religiosità secondo le grandi religioni storiche, o nella forma della tradizione popolare culturale italiana, o come approfondimento della religiosità nella forma ecclesiale di appartenenza, ossia secondo le diverse confessioni operanti nella realtà italiana.

Ciò comporterebbe l'istituzione di due cattedre distinte: di scienze religiose l'una, di dottrina del cristianesimo cattolico (o di protestantesimo per le eventuali minoranze) l'altra.

In tal modo, l'uno e l'altro insegnamento verrebbero a far parte integrante del piano scolastico, superando le contraddizioni che generano sia l'istituto attuale dell'esonero, sia quello della facoltatività, i quali rendono, entrambi, vano il principio della integralità della formazione dei giovani.

In questa prospettiva, il problema delle cattedre, dei contenuti, della nomina dei docenti non è di difficile soluzione.

Per quanto riguarda la cattedra di « scienze religiose » lo Stato, analogamente a quanto avviene per la cattedra di « Storia della Chiesa e liturgia » presso gli Istituti Professionali d'Arte, dovrebbe accertarsi della preparazione culturale e

(52) Sul concetto di religione come « atteggiamento vitale », di cui sono tributari gli « Orientamenti per la scuola materna » del 1969. Cfr. MAZZETTI, *Scuola materna e società degli adulti*, Roma 1969, pp. 101-103.

professionale dei docenti da esso nominati; i programmi si incentrerebbero sulla « religiosità umana », sulle « religioni storiche », sul contributo da esse dato alle culture ed alla promozione umana in tutte le sue dimensioni.

Per quanto riguarda la cattedra di « dottrina del cristianesimo cattolico » non sembra doversi mutare la normativa attuale, fatta salva l'esigenza dello Stato di avere maggiori garanzie sulla preparazione teologica, psico-pedagogica e metodologica, presentati per la nomina dell'autorità ecclesiastica.

D'altra parte, l'istituto della opzionalità si impone proprio perchè, oltre a garantire a tutti la presa di coscienza della religiosità e della appartenenza religiosa, nonchè la libertà della formazione integrale, esso è tale da vanificare gli spunti critici di coloro che vedono nella attuale normativa un inamissibile privilegio della Chiesa cattolica.

L'istituto, inoltre, sarebbe corrispondente alle posizioni della stessa Chiesa cattolica, la quale, infatti, « guarda all'insegnamento religioso nelle scuole con una visione più vasta: cerca di cogliere le istanze anche di coloro che, pur non riconoscendo esplicitamente la propria appartenenza alla Chiesa cattolica, pongono in termini nuovi la domanda religiosa, e, pertanto, desidera che, nella prospettiva di una formazione integrale della persona, la problematica religiosa non sia disattesa, ma vi rientri con tutte le sue dimensioni culturali, sociali e morali » ⁽⁵³⁾.

Sotto questo profilo, l'istituto dell'esonero e della facoltatività sono incoerenti ed inattuabili; contrastano con le motivazioni solenni poste a fondamento della trattativa concorda-

(53) FAGIOL, *La revisione del Concordato*, Torino 1977, p. 15. Ancora recentemente si è sottolineata « la corretta finalizzazione della attività educativa della scuola alla formazione integrale della persona » (SAENATARO, *Note sull'insegnamento della religione*, in *Documentazioni di Iustitia*, 1978, n. 2, p. 29). Appare evidente l'influenza della *Declaratio de educatione christiana Gravissimum educationis* del 28 ottobre 1975, ricordata anche da FUMAGALLI CARULLI, *Non è una invenzione fascista l'insegnamento religioso inteso « quale fondamento e coronamento » dell'istruzione*, in *Riv. ult. cit.*, n. 1, p. 10.

taria, svuotano in pratica il dichiarato « riconoscimento del valore della cultura religiosa »; contraddicono il principio di globalità del piano educativo; l'esonero emargina i non credenti o i credenti in religioni non cattoliche; la facoltatività emargina sia l'insegnamento della religione, sia gli insegnamenti, che verrebbero posti nel ghetto del confessionalismo.

L'opzionalità, invece, rende chiara la posizione di ciascuno, mettendo tutti sul piano di libertà e parità.

Del resto, affermare che « la Chiesa cattolica soltanto può dare in Italia in maniera rispondente alle esigenze della tradizione e alle istanze socia-culturali e morali del paese » ⁽⁵⁴⁾, un adeguato servizio di questo tipo, significa non tenere conto delle mutate condizioni storiche e culturali rispetto agli anni trenta, quando l'idealismo gentiliano accettava la religione cristiana e la Chiesa cattolica come componenti della storia e della civiltà italiana, da superare nella visione filosofica della vita; comporta anche la non considerazione dell'attuale situazione morale e culturale, che è pluralistica e, come tale, richiede una pluralità di presenze ⁽⁵⁵⁾.

Ciò che va senz'altro ribadito è che per la cattedra di « dottrina del cristianesimo cattolico » l'insegnamento deve essere impartito da « coloro i quali — scientificamente idonei e come tali riconosciuti abili — vengono proposti dall'autorità della Chiesa cattolica, che ha la capacità di far svolgere adeguatamente il servizio che, sia la materia, sia il piano globale educativo, richiedono » ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ FAGIOLLO, *La revisione...*, cit., p. 20.

⁽⁵⁵⁾ Discorso questo, che trascende la questione dell'insegnamento religioso nel nostro paese e che riecheggia le considerazioni a vasto respiro di MARCIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano 1967, riprese da ultimo da CIPROTTI, *Religione e morale nelle norme internazionali in materia di istruzione e educazione*, in *Documentazioni di Justitia*, 1978, n. 1, p. 1 ss.

⁽⁵⁶⁾ FAGIOLLO, *La revisione...*, cit., p. 20.

La presenza istituzionale della Chiesa si pone, infatti, come conseguenza logica di premesse contenute interamente nella fondazione teoretica dell'istituto.

Infatti, il « riconoscimento del valore della cultura religiosa » significa precisamente, per i cattolici, assunzione del cristianesimo come novità di vita in Cristo, che investe totalmente la persona e la guida ad una continua conversione, ed una crescita e maturazione costante e totale nella vita di relazione con se stesso, con il mondo, con Dio.

Occorre soprattutto sottolineare che la cultura religiosa è caratterizzata dal fatto di essere in rapporto dinamico con la esperienza ecclesiale di ascolto e di attuazione della Parola (⁵⁷).

La Chiesa cattolica, pertanto, comunità pellegrina sotto la guida dei pastori, è la garante della autenticità di questa esperienza vitale, cosicchè non può essere esclusa dal compito fondamentale di contribuire alla crescita etica e culturale della persona, che si svolge nella scuola pubblica.

Se venisse meno questa garanzia di autenticità, infatti, si avrebbe una riduzione della cultura religiosa in termini romantico-sentimentali, con celebrazione puramente emotiva dei momenti base dell'anno liturgico, con l'utilizzazione in senso affettivo, estetico-idealistico, del Vangelo e della tradizione cristiana, e, come tale, inadeguata al compito formativo che essa si propone.

(⁵⁷) La Chiesa « che custodisce il deposito della Parola di Dio, da cui vengono attinti i principi per l'ordine morale e religioso » (*Gaudium et spes*, par. 33), fa sì che « il popolo di Dio sotto la guida del sacro magistero, al quale fedelmente conformandosi accoglie non la parola degli uomini ma, qual'è in realtà, la parola di Dio, aderisce indefettibilmente alla fede, una volta trasmessa ai santi, con retto giudizio penetri in essa più a fondo e più pienamente e l'applichi nella vita » (*Lumen gentium*, par. 12).

INDICE

ANNA MARIA GIOMARO, <i>Deperibilità dei mezzi di prova e diritto condizionato</i>	1
ANNA MARIA GIOMARO, <i>'Actio in factum adversus argentarios'</i>	53
FRANCESCO BENATTI, <i>Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria</i>	101
FRANCESCO BENATTI, <i>Il privilegio fiscale su beni non appartenenti al debitore d'imposta</i>	143
ANTONIO EMANUELE GRANELLI, <i>Profili civilistici e riflessi tributari del nuovo diritto di famiglia</i>	155
GIAN GALEAZZO STENDARDI, <i>Qualche considerazione sulla L. 28 gennaio 1977 n. 10 contenente la disciplina del regime dei suoli</i>	263
ALFONSO M. STILE, <i>Discrezionalità e politica penale giudiziaria</i>	273
GABRIELE MOLTENI MASTAI FERRETTI, <i>Ragione e ideologia marxista (Weber e Lukàcs e i problemi del metodo)</i>	307
SALVATORE DI GRAZIA, <i>Libertà della scuola tra ideologia e prassi italiane</i>	335

